

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**DOLO OU IMPRUDÊNCIA?: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA
DA CEGUEIRA DELIBERADA**

DEBORAH LUÍSE SANTOS ALVES

**RIO DE JANEIRO
2020/PLE**

DEBORAH LUÍSE SANTOS ALVES

**DOLO OU IMPRUDÊNCIA?: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA
DA CEGUEIRA DELIBERADA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Antônio Martins.

RIO DE JANEIRO

2020/PLE

CIP - Catalogação na Publicação

AA474d Alves, Deborah Luise Santos
 Dolo ou imprudência?: uma análise da
 aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada /
 Deborah Luise Santos Alves. -- Rio de Janeiro, 2020.
 79 f.

 Orientador: Antônio Martins.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

 1. Cegueira Deliberada. 2. Ignorância Deliberada.
 3. Dolo. 4. Culpa. 5. Imputação Subjetiva. I.
 Martins, Antônio, orient. II. Título.

DEBORAH LUÍSE SANTOS ALVES

**DOLO OU IMPRUDÊNCIA?: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA
DA CEGUEIRA DELIBERADA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Antônio Martins.

Data da Aprovação: ___/___/___.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Antônio Martins

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2020/PLE

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, pelo cuidado e amor incondicional por mim, pois sem Ele, nada seria.

Aos meus pais Andreia e Jorge, por sempre incentivarem meus estudos e pelos sacrifícios feitos para que eu pudesse futuramente honrá-los.

Aos meus queridos e amores Gabriel, Tainá, Malu, Camila, Helena, Vitor, Eduarda, Ingrid, Camila, pelo apoio incondicional, cumplicidade, paciência e incentivo.

Ao professor e amigo Rodrigo, que lapidou o meu interesse pelas ciências criminais, e me ensinou que os caminhos da vida não são fáceis, mas nós que escolhemos como trilhá-los da melhor forma.

Ao professor Hamilton, que trouxe brilho aos meus olhos para a docência na área penal, e pelos conselhos frutíferos durante a graduação.

Ao professor Antônio Martins, por sua paciência, ensinamento e por dar vida à palavra “mestre”, demonstrando zelo ao ensino e cuidado com o aprendizado dos alunos.

RESUMO

A teoria da cegueira deliberada, com sua origem no sistema jurídico da *common law*, tem por objetivo a solução dos casos em que o agente deliberadamente, diante de uma suspeita, ou cria meio prévios de evitação do conhecimento, ou diante de uma suspeita, podendo verificar sua procedência, não o faz, para que ao final evite potencial responsabilização. A teoria que teve seu desenvolvimento no direito norte-americano, de matriz anglo-saxã, e foi transplantada para o sistema romano-germânico, que não angariou uma unanimidade quanto a sua aplicação. Partindo disso, é necessário um estudo quanto a compatibilidade da teoria com o Direito Penal brasileiro, além de traçar os caminhos para sua imputação a título de imputação subjetiva. Para efeitos deste trabalho, entende-se que a conduta do agente em cegueira ou ignorância deliberada, deverá ser analisada a partir de critérios de prudência e dever objetivo de cuidado, legalmente dispostos ou não. Posto isto, foi proposta uma imputação a título de imprudência, em razão desta falta de cuidado do agente.

Palavras-chave: Cegueira Deliberada; Ignorância Deliberada; Dolo; Culpa; Imprudência; Direito Penal Brasileiro; Imputação Subjetiva.

ABSTRACT

The theory of willful blindness, with its origin in the common law legal system, aims to solve cases in which the agent deliberately, when facing a suspicion, or creates previous means of avoiding knowledge, or when facing a suspicion, and may verify its origin, it does not, so that in the end it avoids potential liability. The theory that had its development in North American law, of Anglo-Saxon origin, and was transplanted to the Roman-Germanic system, which did not obtain an unanimity regarding its application. Based on this, it is necessary to study the theory's compatibility with Brazilian Criminal Law, in addition to tracing the paths for its imputation as intent or guilt. For the purpose of this work, it is considered that the conduct of the agent in deliberate blindness or ignorance, should be analyzed based on criteria of prudence and objective duty of care, legally disposed or not. That said, an imputation was proposed as imprudence, due to this lack of care by the agent.

Keywords: willful blindness; deliberate ignorance; deceit; fault; recklessness; Brazilian criminal law; subjective imputation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - QUESTÕES TERMINOLÓGICAS, PRÁTICAS E HISTÓRICAS ACERCA DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA	10
1.1. Conceito e breve análise do instituto	10
1.2. Análise histórica da cegueira deliberada no sistema jurídico-penal da <i>common law</i>	11
1.2.1. Caso Regina vs. Sleep	13
1.2.3. Model Penal Code	15
1.2.4. Jewel vs. United States	16
1.2.5. Globaltech Appliances Inc. vs. SEB.....	17
1.3. Breve análise da imputação subjetiva no contexto da <i>common law</i>	18
1.4. Recepção da teoria pelo sistema jurídico romano-germânico	24
1.4.1. Recepção pelo direito espanhol	25
1.5. Da compatibilidade do instituto com o direito brasileiro e a interpretação dos tribunais .	28
1.5.1. Banco Central de Fortaleza.....	29
1.5.2. Ação Penal nº 470/MG (Mensalão).....	32
1.5.3. Operação Lava Jato	36
CAPÍTULO II - DISCUSSÕES ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO NOS CASOS DE CEGUEIRA DELIBERADA	40
2.1. Problemáticas acerca da equiparação da cegueira deliberada e o dolo eventual.....	40
2.2. Positivização dos deveres de conhecimento.....	48
2.3. Da violação do dever de cuidado.....	51
2.4. O problema da figura da alta probabilidade	54
CAPÍTULO III - DESDOBRAMENTOS ACERCA DA APLICABILIDADE DO INSTITUTO	58
3.1. Por uma análise normativa do conceito de dolo	58
3.2. A proposta espanhola para aplicação do instituto	62
3.3. Possível aplicabilidade da teoria no Brasil	65
3.4. Da análise da legalidade: dolo ou imprudência	68
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

A teoria da cegueira deliberada, também conhecida como *willful blindness*, embora já trabalhada há algum tempo, enseja discussões e interpretações que têm ganhado relevância nos últimos anos, especialmente no cenário jurídico nacional. Nesse sentido, a teoria tem buscado solucionar lacunas interpretativas na imputação subjetiva, ao corroborar com debates acerca da equiparação com o dolo ou culpa.

Assim, diante da crescente adoção da teoria nos diversos sistemas jurídicos existentes, o presente trabalho tem por finalidade analisar a compatibilidade da cegueira deliberada com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como verificar o âmbito de incidência de sua possível aplicação. Para tanto, o primeiro capítulo aborda questões terminológicas e conceituais acerca da teoria e suas subdivisões, além de realizar uma breve análise histórica de como a *willful blindness* foi desenvolvida no sistema jurídico anglo-saxão, em especial pela doutrina e jurisprudência norte-americana. Por conseguinte, procede-se ao estudo analítico da imputação subjetiva na *common law*, chegando aos contornos cruciais para o desenvolvimento da teoria em solo estadunidense.

Após, passa-se para uma análise de como a teoria foi recepcionada pelo sistema da *civil law*, ao passo que a Espanha e o Brasil, ao transplantarem a cegueira deliberada, tiveram entendimentos doutrinários e jurisprudenciais semelhantes. Por fim, é feita uma breve exposição de como a teoria foi entendida pelos tribunais brasileiros, tendo por base três *leading cases*.

O segundo capítulo consiste em uma exposição sobre como a cegueira deliberada pode ser verificada no elemento subjetivo do tipo. Desse modo, inicia-se com uma discussão acerca da equiparação da teoria com o dolo eventual, cuja defesa é comumente trabalhada na *civil law*. Ademais, aborda-se o entendimento doutrinário acerca da positivação dos deveres de conhecimento, bem como traz os argumentos que embasam a responsabilização por violação ao dever de cuidado do agente. Ao final do capítulo, aborda-se como a possibilidade de verificação da alta probabilidade de um cometimento de um delito, pode ser aferida, se utilizá-la como critério de analítico da cegueira deliberada.

No terceiro e último capítulo, são analisadas as possibilidades de aplicação da *willful blindness* pelo intérprete do judiciário. Aqui, além de trazer discussões quanto a aplicabilidade da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, é discutido se a cegueira deliberada é um caso de dolo ou culpa.

CAPÍTULO I - QUESTÕES TERMINOLÓGICAS, PRÁTICAS E HISTÓRICAS ACERCA DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

1.1. Conceito e breve análise do instituto

A Teoria da Cegueira Deliberada, apesar de ser considerada um instituto novo no cenário dogmático brasileiro, é um tema tratado há tempos na realidade estadunidense e européia. A teoria tem como escopo o elemento subjetivo do tipo, comportando diversas discussões acerca de sua nomenclatura, conceito e aplicabilidade.

Partindo de uma construção teórica iniciada na Inglaterra, em meados do século XIX, a teoria da cegueira deliberada pode ser chamada de teoria da evitação de consciência ou de *willful blindness doctrine*, que em tradução literal significa cegueira intencional ou deliberada. Além disso, também pode ser denominada como a teoria das instruções de avestruz, pois faz alusão ao fato de que quando o animal esconde seu bico, ele fica alheio à realidade ao seu redor¹.

Por seu turno, o instituto em apreço tem um conceito dividido em categorias *lato* e *stricto sensu*. No seu sentido geral, Sydow, nas palavras de Williams, afirma que a teoria “seria uma situação subjetiva em que se atribui ao agente a situação de conhecimento de elementos do tipo mesmo sem a sua demonstração processual ou fática, tornando possível o atendimento do tipo subjetivo”².

Sydow acrescenta que a teoria é composta por situações de cegueira deliberada em sentido estrito e ignorância deliberada. Dessa forma, as situações *supra* são respectivamente:

- (i) a primeira em que uma pessoa conhece certos fatos presentes ou futuros mas cria meios prévios para não os identificar numa situação futura e, com isso, ter alguma espécie de vantagem pessoal, tolerando suas consequências;
- (ii) a segunda que é a situação em que uma pessoa não conhece perfeitamente os fatos da realidade presente, suspeita deles, poderia conhecê-los, mas não o faz para, com isso, obter alguma vantagem pessoal, tolerando suas consequências³.

¹ Nesse sentido, Moser afirma: “Daí surgiu o nome “instruções do Avestruz”, uma vez que o agente, assim como o avestruz, enfia sua cabeça na terra, deixando de enxergar as coisas ao seu redor e evitando, assim, tomar conhecimento dos fatos.” MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico.

² SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. 3ª Reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 76.

³ Ibid., p. 46.

Nessa toada, Sydow exemplifica⁴ a situação da cegueira deliberada *stricto sensu* na hipótese em que o indivíduo acaba prevendo que poderia responder por algum processo judicial, e antes de receber alguma intimação, orienta o porteiro de seu prédio a não receber nenhum documento judicial. Já quanto à situação de ignorância deliberada, o autor cita o caso do transporte de veículo intermunicipal, cujo condutor não verifica em todos os compartimentos possíveis do carro para se certificar se existe algum conteúdo de origem ilícita. Assim, seguindo o conceito apresentado pelo autor, constata-se que a cegueira deliberada em sentido estrito equivaleria a uma ação, e a ignorância deliberada teria a roupagem omissiva, visto que seria provocada por ausência de uma ação esperada.

1.2. Análise histórica da cegueira deliberada no sistema jurídico-penal da *common law*

Com o objetivo de contextualizar e trazer uma análise acerca do tema, é necessário fazer uma verificação histórica do instituto, bem como trazer os critérios e entendimentos que embasaram o nascimento da teoria no contexto da *common law*. Segundo Pádua, a *common law* pode ser definida como um conjunto de regras criadas, de cunho material ou processual, consolidadas pelas Cortes Reais de Justiça na Inglaterra, tendo em vista a solução de casos⁵. Assim sendo, a autora acrescenta que a consolidação ocorreu na era moderna, após uma base formalista, que densificou o direito aplicado nas Cortes Reais, valendo para todos, diferentemente dos costumes locais que as jurisdições locais aplicavam⁶. Em sentido amplo, Almeida conceitua a *common law* como um sistema jurídico que nasceu e vigora na Inglaterra, teve parte de seu desenvolvimento nos Estados Unidos, e tem a força dos precedentes judiciais como uma das principais fontes para a construção e a efetivação dos direitos⁷.

Além disso, no caso dos Estados Unidos, o sistema jurídico da *common law* possui uma característica crucial, qual seja a interdependência institucional, tendo como base o liberalismo de matriz francesa. Frisa-se, mesmo os Estados Unidos possuindo uma constituição federal que conjuga alguns interesses comuns, é a interdependência dos estados da América que fazem vigorar seus próprios entendimentos.

⁴ Ibid., p. 47.

⁵ PÁDUA, Idiene Aparecida Vitor de. Breves noções de Common Law y Equity no direito inglês. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, n. 15, v.8, 2005, p. 144.

⁶ Ibid., p. 145.

⁷ ALMEIDA, Gregorio Assagra de. O sistema jurídico nos Estados Unidos - common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 251, jan. 2016, p. 328.

Nessa perspectiva, Almeida aponta que existem 51 governos diferentes (o federal e outros 50 estaduais), sendo cada qual com seu sistema jurídico independente e com amplo poder para definir e decidir o direito vigente no seu espaço de competência⁸. Assim sendo, depreende-se que por conta dessa interdependência, o desenvolvimento que se seguiu em território estadunidense não é unísono e homogêneo, mas é heterogêneo e característico de cada estado atuante.

Dessa forma, como bem ilustra Lucchesi, nas palavras de Meador:

Deve-se destacar, antes de mais nada, que não há um sistema jurídico-penal americano. Em realidade, há nos Estados Unidos uma pluralidade de sistemas sobrepostos, os quais são, por vezes, harmônicos e por outras, conflitantes. Isso ocorre porque o sistema federalista americano permite que os estados reservem para si muitas competências legislativas, dentre as quais a competência para legislar sobre matéria penal, de modo que a União pode legislar nesse campo apenas sobre crimes federais e seu processo. Não há entre esses sistemas jurídicos estaduais maior preocupação com a uniformidade, não apenas com relação à definição de crimes - denominada em alguns estados a “parte especial” de suas respectivas legislações penais - como também no que diz respeito às definições de categorias básicas de imputação⁹.

Lucchesi ainda completa que, em razão disso, a discussão da teoria da cegueira deliberada no direito penal anglo-americano se insere na análise dos elementos subjetivos necessários para constatar um injusto¹⁰. O autor conclui que, em razão da ausência de contornos claros, uníssonos quanto à definição das categorias envolvidas, esta teoria mostra-se uma temática de grande complexidade, tanto para o direito estadunidense quanto para o direito inglês¹¹.

Posto isto, diante desse cenário que a teoria da cegueira deliberada surgiu, tendo ultrapassado por cinco fases históricas que foram essenciais para chegar na teoria como é conhecida hoje. Desse modo, tais fases representam: (a) o início da teoria, no caso *Regina vs. Sleep*; (b) o caso *Spurr vs. United States*; (c) a aplicação baseada no *Model Penal Code*; (d) o caso *Jewell vs. United States* e (e) o caso *Globaltech Appliances Inc. vs. SEB*¹². Assim, será

⁸ Ibid., p. 330.

⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 65-66 *apud* MEADOR, Daniel John. **American Courts**. 2 ed. St. Paul: West, 2000, p. 1.

¹⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 66.

¹¹ Ibid., p. 66.

¹² SYDOW, Spencer Toth. *Op. Cit.*, p. 86.

feita uma breve exposição de como cada fase se desenvolveu, além de trazer os entendimentos marcantes que foram essenciais para a evolução do estudo da cegueira deliberada.

1.2.1. Caso *Regina vs. Sleep*

No ano de 1861, em território inglês, o julgamento de Willian Sleep seria o pontapé inicial para a teoria que hoje é discutida e difundida. O caso versava sobre a conduta de um comerciante de metais, que tinha em sua posse e transporte, juntamente com seus produtos, materiais de uso naval que continham a marca do Estado inglês. Tal conduta configuraria desvio de bens públicos, sendo vedada pela Lei sobre desfalques em depósitos públicos¹³, como bem expôs Callegari e Weber¹⁴.

Sleep alegou que embora tivesse embalado suas mercadorias pessoalmente, não tinha conhecimento que algumas peças estivessem com o selo real, bem como não sabia explicar como os materiais estavam misturados aos seus produtos¹⁵, conforme expôs Lucchesi. Sydow acrescenta ainda que, por conta dessa lei criada em 1697, para a configuração do delito era exigido que o agente tivesse conhecimento sobre o fato de os bens serem de titularidade pública¹⁶.

Sydow complementa afirmando que mesmo o júri o considerando culpado, a Corte o absolveu, sob o argumento de que “o júri não encontrou (sobre indícios) nem que o homem sabia que os parafusos estavam marcados (como propriedade do governo) nem que ele propositadamente absteve-se de obter tal conhecimento”¹⁷. Nessa linha, Lucchesi traz a tona que o fato de que alguns juízes da corte entenderam que a sentença final não se aplicaria aos casos em que os olhos do réu estivessem fechados frente à verdade, de maneira deliberada e voluntária, fez com que se iniciasse uma discussão primária acerca da cegueira deliberada¹⁸.

¹³ Tradução livre de *Embezzlement of Public Stores*.

¹⁴ CALLEGARI, André Luiz; WEBER, Ariel Barazzetti. 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 Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 133, ano 25, jul 2017, p. 19.

¹⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 87.

¹⁶ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 77.

¹⁷ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., 77.

¹⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 88.

Ademais, Callegari e Weber concluem que nesta primeira judicialização da teoria, mesmo não tendo havido condenação, houve uma relevante manifestação no sentido de que se a corte real “houvesse encontrado suficientes indícios de que o acusado tivesse deliberadamente evitado o conhecimento pleno, poderia ser condenado por sua ignorância deliberada¹⁹”. Assim, complementam os autores, as cortes reais inglesas “passaram a utilizar então a *willfull blindness* como substituta ao conhecimento pleno”²⁰.

1.2.2. Caso *Spurr vs. United States*

O século XIX teve mais um julgamento importante para a confecção do instituto da cegueira deliberada. Trata-se do caso *Spurr vs. United States*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1899.

Lucchesi explica que o então representante do *Commercial National Bank of Nashville*, no estado do Tennessee, foi responsabilizado pela conduta de certificar cheques sem fundos emitidos pelos comerciantes exportadores de algodão e correntistas do banco, senhores Dobbins e Dazey²¹. O autor ainda esclarece que:

No sistema bancário dos Estados Unidos, é possível que os bancos aponham certificados em cheques para atestar que possuem provisão suficiente de fundos, podendo ser aceitos sem receio no comércio, semelhante à emissão de cheques administrativos no Brasil. Por meio desse procedimento o banco certificantes garante liquidez do emitente, assegurando eventual insuficiência e responsabilizando-se pelo pagamento integral ao beneficiário. Tal procedimento era regulado por lei federal, que incriminava qualquer violação deliberada na norma regulatória, cominando pena de multa no valor de até cinco mil dólares e pena de até cinco anos de prisão²².

Ocorre que, conforme expõe Sydow, a corte apontou a expressão “deliberada”, tradução de *willful*, afirmando que esta exigiria não só a intenção, mas também o conhecimento em conjunto com “o propósito malicioso (figura equiparada ao elemento subjetivo do tipo da doutrina brasileira) do agente”, que em determinadas situações, poderia ser presumido quando este se coloca em posição de ignorância²³. Conclui Sydow que o júri recebeu as instruções detalhadas no sentido de que o réu acusado poderia ser condenado caso tivesse fechado seus

¹⁹ CALLEGARI, André Luiz; WEBER, Ariel Barazzetti. Op. cit., *apud* ROBBINS, Ira P. The Ostrich instructions: deliberate ignorance as a criminal mens rea. **Crim. L & Criminology**, Northwestern, vol. 81, 1990-1991.

²⁰ Ibid., p. 19.

²¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 90.

²² Ibid., p. 90.

²³ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 78 - 79.

olhos perante algum fato de relevância criminal e que, de propósito, evitasse verificar e investigar o saldo em conta do cliente, com a finalidade de não ter o conhecimento e, portanto, evitar responsabilização futura²⁴.

Nesse sentido, segundo Lucchesi a Suprema Corte afirmou que se o acusado agiu de boa fé em fazer as certificações, crendo que o saldo da conta dos comerciantes Dobbins e Dazey justificasse, Spurr não poderia ser considerado culpado pelo crime imputado²⁵. Ainda mais, o autor indicou que a Corte afirmou que a “mera negligência ou falta de cuidado desacompanhados de má fé não o tornariam culpado”²⁶. Fica nítido, portanto, que novamente a conduta de “fechar os olhos” para obtenção de conhecimento para posterior isenção de responsabilidade é uma base relevante para o estudo da teoria da cegueira deliberada.

1.2.3. *Model Penal Code*

Passando para a metade do século XX, uma nova proposta para a teoria da cegueira deliberada acabou surgindo. Em 1962, foi criado o Código Penal Modelo (*Model Penal Code*) que, conforme Sydow, fez com que grande parte dos estados-membros norte-americanos iniciassem um movimento de aceitação da proposta da figura da cegueira deliberada²⁷.

Sydow aponta que o entendimento base para a estruturação da teoria se deu a partir de 1969, com o julgamento de *Leary vs. United States*, que versava sobre transporte doloso de drogas ilegalmente importadas. Aqui, segundo o autor, já havia o início de um movimento dogmatizador no sentido de que a insegurança da figura genérica da *mens rea*²⁸ deveria ser substituída pela lógica da legalidade material a partir da normatização de figuras²⁹.

Sydow continua sua exposição, afirmando que o Código Penal Modelo passou a ser adotado na Suprema Corte como guia geral de aplicação do Direito Penal não só no caso de

²⁴ Ibid., p. 79.

²⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 92.

²⁶ Ibid., p. 90.

²⁷ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 81.

²⁸ Spencer Toth Sydow traduz o termo em latim *mens rea* como “mentalidade criminoso”. Acrescenta que as Cortes trabalhavam com nomenclaturas e fórmulas diferentes para significar a expressão como “*criminal intent*”, “*felonious intent*”, “*malice aforethought*”, “*guilty knowledge*”, “*fraudulent intent*”, “*willfulness*”, “*scienter*”, “*evil purpose*” e “*mental culpability*”. SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. 3ª Reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 93-94.

²⁹ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 81.

transporte doloso de drogas ilegalmente importadas, mas também nos casos de “falsidade nas declarações de impostos de renda com fins de restituição, falsas afirmações para fins de serviços de imigração e naturalização, uso fraudulento de correio, fornecimento de abrigo ou esconderijo a prisioneiros e assim sucessivamente”³⁰. Posto isto, Sydow conclui, no que tange à cegueira deliberada:

A terceira fase da teoria decorre da positivação dela, através do *Model Penal Code*. A partir dele, alguém que age positivamente (ou continua agindo no sentido de proceder à fase executória) mesmo diante da alta probabilidade de incidir em um tipo penal ou atender um ou mais de seus elementos objetivos, está em cegueira deliberada. Trata-se de um sujeito que age inconsequentemente, sem levar em conta a alta probabilidade de estar diante de um injusto. É uma inconsciência criada por uma incapacidade objetiva de projeção (prognóstico). Seria necessária demonstração da elevada probabilidade de existência do elemento do tipo ou do próprio injusto (mais do que a mera suspeita), observada objetivamente e a demonstração de que tal probabilidade era identificável facilmente³¹.

Segundo Callegari e Weber, a partir desse marco, foi demonstrado um novo conceito mais expansivo de conhecimento, que será mais bem abordado adiante. Assim, segundo os autores, tal conceito abrindo a possibilidade de condenação dolosa para mais casos, ao equiparar a suspeita não investigada à ciência/conhecimento do injusto³².

1.2.4. *Jewel vs. United States*

Em 1976, um *leading case* trouxe novos contornos à teoria da cegueira deliberada nos Estados Unidos, tornando-se um marco importante para o tema. Trata-se do julgamento de *Jewell vs. United States*, que em sede de apelação passou pelo circuito federal para revisão da condenação.

Em oportuno, Lucchesi explica a conduta de Jewel, que foi condenado pelo júri em primeira instância:

O recorrente Charles Demore Jewel foi acusado de tráfico internacional de drogas, pois foi preso na fronteira entre os Estados Unidos e o México conduzindo um veículo contendo compartimento secreto no porta-malas em que foram encontradas 110 libras de maconha, no valor estimado de US\$ 6.250,00. Interrogado pelas autoridades federais, Jewell disse ter viajado de Los Angeles a Tihwana, no México, com um amigo em um carro alugado. Lá foram abordados por um desconhecido que lhes ofereceu maconha e ofereceu-lhes pagar-lhes US\$ 100,00 para levar um carro até os

³⁰ *Ibid.*, p. 82.

³¹ *Ibid.*, p. 213.

³² CALLEGARI, André Luiz; WEBER, Ariel Barazzetti. *Op. cit.*, p. 19.

Estados Unidos, veículo que deveria ser deixado em determinado endereço com o documento e as chaves dentro do cinzeiro. Jewell aceitou a proposta, mas seu amigo não, tendo este levado seu veículo alugado a pedido do desconhecido. Jewell disse ter visto um “vazio” no porta-malas, mas não sabia o que era. O agente aduaneiro responsável por para Jewell testemunhou ter perguntado a ele quando teria instalado o compartimento, tendo Jewell respondido que o compartimento já estava no carro quando o recebeu³³.

Durante o julgamento, Lucchesi aponta que o magistrado explicou ao júri como analisar as questões de direito discutidas ao longo do julgamento e, dentre elas, o juiz trouxe o significado da palavra “*knowingly*”, também conhecida como “*knowledge*”, bem como os instruiu na análise do elemento subjetivo, afirmando que “uma ação é praticada voluntariamente e intencionalmente e não devido a erro ou acidente ou outra razão inocente”³⁴. Completou Lucchesi que o magistrado explicou que “o propósito de acrescentar a palavra ‘*knowingly*’ foi para assegurar que ninguém seria condenado por ações praticadas com base em uma omissão ou falha em agir decorrente de erro ou acidente ou outra razão inocente”³⁵.

A defesa de Jewell recorreu e o Nono Circuito do *United States Court of Appeals*, em seu entendimento, acabou evoluindo e restringindo o conceito do Código Penal Modelo, conforme levantou Sydow. Segundo a interpretação do mesmo autor, o Nono circuito entendeu que um indivíduo que tenha conhecimento necessário e suficiente para que possa blindar-se de possíveis provas diretas e elementos críticos, na verdade já possui a consciência destes fatos e, portanto, poderia ser responsabilizado a título de dolo. Ademais, “ficaria necessário, para tanto, demonstrar o esforço de blindagem consciente dispensado-se a ideia de dever de cuidado, dever de agir, suspeita e alta probabilidade”³⁶.

1.2.5. *Globaltech Appliances Inc. vs. SEB*

Em 2010, veio esta que é considerada a quinta fase histórica e relevante para a confecção da teoria em apreço. Fala-se do julgamento *Globaltech Appliances Inc. vs. SEB*, realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. O caso versava sobre a quebra de patente, o que estendeu, portanto, a seara de aplicação da teoria. Lucchesi explica como decorreu o caso:

³³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 94-95.

³⁴ Ibid., p. 95.

³⁵ Ibid., p. 95-96.

³⁶ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 213-214.

(...) ao analisar a quebra de patente em processo de natureza cível, a Corte, em voto lavrado pelo *Justice* Alito e seguido por sete dos oitos demais membros da Corte, entendeu que indiferença deliberada a um risco conhecido de que pudesse haver registro de patente de um produto industrial desenvolvido satisfaria o elemento *knowledge* exigido pela lei federal, tendo se remetido à cegueira deliberada enquanto categoria “bem estabelecida no direito penal”. De acordo com o voto, a Suprema Corte teria endossado uma concepção similar à cegueira deliberada no caso Spurr³⁷.

Acrescenta ainda Lucchesi que, em voto dissidente, o *Justice* Kennedy apontou que no caso Spurr a Corte não decidiu no sentido de equiparar a cegueira deliberada ao termo “*knowledge*”, mas apenas apresentou que a intenção ilícita do autor do fato poderia ser verificada pelas circunstâncias³⁸. A despeito disso, o entendimento acerca da teoria não é uníssono, bem como a sua interpretação jurisprudencial varia conforme entende o estado julgador, neste ato, representado por um magistrado da Corte.

Aqui, novamente é observada a questão da interdependência do direito diante do federalismo americano e da própria *common law*, visto que cada estado tem independência para entender seu direito, tendo por base suas experiências costumeiras. Por sua vez, quanto ao julgamento em apreço, Sydow, partindo da teoria da cegueira deliberada, interpreta o posicionamento da Corte no sentido de que se alguém deixa de investigar de forma deliberada algo relevante ou investiga indevidamente com a finalidade de evitar confirmar a alta probabilidade de um possível injusto, poderia-se concluir que este alguém sabia dos fatos³⁹.

Dito isto, observa-se que a *willful blindness* tem ganhado novos contornos acerca de seu entendimento e aplicabilidade, bem como a sua variação interpretativa perante os locais pelos quais ela é utilizada. Nesse sentido, é imprescindível uma breve análise do contexto dogmático da *common law*, bem como traçar em linhas gerais os diferentes tipos de imputação subjetiva que acabaram tornando-se solo fértil para o nascimento da teoria em questão.

1.3. Breve análise da imputação subjetiva no contexto da *common law*

A *common law*, também conhecida como sistema jurídico anglo-saxão, é baseado no direito costumeiro e, portanto, o direito é comum e difere-se a cada região conforme suas

³⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 93.

³⁸ Ibid., p. 93.

³⁹ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 214.

características e interpretações locais. Ráo expõe uma definição atribuída a Bentham, quanto ao sistema anglo saxão:

A lei nesses dois países (Inglaterra e Estados Unidos), divide-se em duas partes desiguais: uma chamada “lei comum”, expressão singular, esta que designa, uma jurisprudência fundada sobre certa base da legislação mais conjectural do que conhecida, da qual os juízes extraem, sucessivamente, decisões a serem observadas nos julgamentos posteriores. A outra parte das leis é constituída pelos “estatutos” ou leis positivas, votadas, na Inglaterra pelo Parlamento e, na América, pelo Congresso. A “lei comum” não é, pois, uma lei escrita, uma lei “*in terminis*”. Em cada decisão os Juízes declaram proferir um julgamento semelhante ao proferido em outro caso do mesmo gênero⁴⁰.

Assim sendo, Cernicchiaro aponta que os elementos subjetivos inerentes ao tipo penal, neste sistema jurídico, não são expressos formalmente e que para entendê-los, é necessária uma visão do direito penal como um todo. Ele completa afirmando que inexistência de um código geral dificulta a investigação do crime⁴¹.

Destarte, Sydow explica que o direito anglo-saxão não possui uma estrutura direcionada, codificada e uniforme para verificar o elemento subjetivo do tipo, tendo apenas a *mens rea* como um instituto que supre tal lacuna. Além disso, Sydow afirma que a *mens rea* pode ser traduzida como um tipo de “mentalidade criminosa”, o que faz com que a Corte analise e demonstre intenção criminosa de um agente, maior será a quantidade de pena aplicada⁴².

Contudo, partindo dessa premissa de verificação de um propósito criminoso, dois problemas acabam surgindo quanto à forma de verificação desse elemento subjetivo. Segundo Sydow, o primeiro deles é:

O primeiro problema encontra-se no nível de discricionariedade de tal expressão. Isso porque diferentes cortes trabalhavam com nomenclaturas e fórmulas diferentes para significar a expressão como “*criminal intent*”, “*felonius intent*”, “*malice aforethought*”, “*guilty knowledge*”, “*fraudulent intent*”, “*willfullness*” e “*scienter*”. Também, expressões como “evil purpose” e “mental culpability” eram usadas livremente.

Acrescente-se a ideia de que se havia como jurídico o conceito de que o ser humano tem liberdade de comportamento e, conseqüentemente, a habilidade e dever individual de escolher entre o bem e o mau e, assim, a mentalidade criminosa era atribuída individualmente, numa apreciação da pessoa e não da conduta próxima a um Direito Penal do autor⁴³.

⁴⁰ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: M. Limonad. 1960, p. 136.

⁴¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Conceito de dolo no Direito Penal Inglês. **Brasília: Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJFDT**, Brasília, nº 8, 1971. p. 16.

⁴² SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 93.

⁴³ Ibid., p. 93-94.

O autor ainda completa que, segundo Chiesa, durante o século XIX, o conceito de crime na *common law* era o de que seria algo “constituído pela concorrência de uma mente que busca o mal e uma mão que faz o mal”⁴⁴, enraizando essa ideia subjetiva do conceito nessa cultura. Assim sendo, na medida que a *mens rea* era identificada de formas diferentes, esta era adequada caso a caso, conforme a liberdade discricionária do juiz. Além disso, considerando que não havia um conceito de elemento subjetivo solidificado, Sydow aponta que havia margem para a criação de leis que dispensavam os institutos do dolo e culpa, abrindo espaço para a responsabilização penal objetiva⁴⁵. Dessa forma, o autor sintetiza que:

Quando o delito não tinha em si uma lógica da *strict liability* (responsabilidade objetiva), instalava-se um debate entre a demonstração de mentalidade delincente e a busca do afastamento do propósito infrator por parte daquele que praticou o delito, para se verificar sobre um possível afastamento de sua condenação. A falha na demonstração de um bom caráter poderia implicar em condenação⁴⁶.

Ademais, com o desenvolvimento da doutrina anglo-saxã, um segundo problema estava relacionado a um outro instituto criado para análise conjunta da *mens rea*, o *actus reus*. Este instituto, nas palavras de Sydow, é a caracterizado pela relação de causalidade entre a conduta praticada pelo autor fundamental para que haja a realização do injusto⁴⁷. Assim, o *actus reus* poderia tomar a forma de ação, omissão ou posse, visto que é uma conduta realizada no sentido de um consentimento de um delito⁴⁸, podendo ser equiparado à tipicidade objetiva na *civil law*.

Nessa linha, conforme já exposto, o Código Penal Modelo, nos Estados Unidos, tentou uniformizar os conceitos e terminologias para a definição do delito. Sydow, nesse sentido, além de destacar que o referido *codex* não trouxe diretamente o conceito da cegueira deliberada, expôs que as leis unificadas estruturam os conceitos dos elementos subjetivos do tipo, afirmando: “Com o surgimento dos graus de culpa no *Model Penal Code*, ao magistrado coube verificar qual dos institutos estaria presente no caso concreto, a partir das explicações escritas. Positivou-se a culpa em sentido amplo”⁴⁹.

⁴⁴ Ibid. *apud* CHIESA, Luis E. **Comparative criminal law in Markus Dubber & Tatjana Hornle, Oxford Handbook of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 224.

⁴⁵ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 95.

⁴⁶ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 95.

⁴⁷ Ibid., p. 97.

⁴⁸ Ibid., p. 97, nota de rodapé.

⁴⁹ Ibid., p. 97.

Destarte, Lucchesi aponta como o Código Penal Modelo estruturou e conceituou quatro espécies de comprometimento cognitivo no elemento subjetivo do tipo, os dividindo em *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*. Conforme define o autor, “*purpose*” ficou caracterizado como o objetivo consciente do agente quando pratica o fato, podendo estar relacionado tanto à natureza da conduta quanto ao resultado esperado que ela pode produzir⁵⁰. Assim, poder-se-ia concluir que se tem uma relação direta entre o conhecimento do fato e a real vontade de praticar o ato, angariando um sentido psicológico-descritivo à conduta. A crítica a essa definição, segundo o autor, reside no fato de que não se trata de um objetivo consciente, mas de ciência, crença ou esperança de sua existência⁵¹ que será analisado pelo juiz. Nesse sentido, Lucchesi complementa:

Com isso, havendo um crime que exige *purpose*, a natureza da conduta praticada e/ou o resultado decorrente de sua prática deve(m) ser o objetivo consciente do autor; com relação às circunstâncias concomitantes, basta que se tenha ciência de sua existência, ou se acredite ou se espere que existam, contanto que aja o autor propositadamente⁵².

Em segundo lugar, tem-se o elemento “*knowledge*” que, seguindo as definições apontada por Lucchesi, refere-se à ciência que o agente tem da natureza da conduta praticada e à existências de eventuais circunstâncias concomitantes, consideradas necessárias à configuração do injusto penal⁵³. Aqui nesse caso, diferentemente do elemento “*purpose*”, o autor destaca que não é possível falar em ciência do autor, visto que isso implicaria discernimento por parte do agente⁵⁴. Assim sendo, Lucchesi afirma que “com relação ao resultado, o autor que age com *knowledge* deve ter ciência de que a sua conduta quase com certeza (‘praticamente certo’) acarretará aquele resultado previsto em lei”⁵⁵.

Já quanto ao elemento subjetivo “*recklessness*”, Lucchesi ensina que ocorrerá quando o agente, a partir de sua ação ou omissão, desviar gravemente de um padrão de conduta que seria verificado por um indivíduo comprometido com a observância da lei⁵⁶. O autor ainda complementa que:

⁵⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 72.

⁵¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 72.

⁵² Ibid., p. 72.

⁵³ Ibid., p. 72-73.

⁵⁴ Ibid., p. 73.

⁵⁵ Ibid., p. 73.

⁵⁶ Ibid., p. 73.

Tal desvio estaria presente na hipótese em que o autor, ciente da existência de um risco substancial e injustificável ao interesse público ou individual protegido pela norma, conscientemente desconsidere a possibilidade de produção de um resultado criminoso e/ou a possibilidade de existência de circunstâncias concomitantes que tornariam criminosa sua ação ou omissão. Os autores do Código não previram o que seria *recklessness* com relação à conduta, pois isso seria incompatível com a exigência de que a ação ou a omissão seja voluntária. Por isso, o autor deve sempre ter ciência da natureza de sua conduta, ainda que a pratique com *recklessness* ou *negligence*⁵⁷.

Por fim, e não menos importante, vem o elemento “*negligence*” que, de acordo com Lucchesi, é definido de forma semelhante com o elemento anterior, contudo estabelece um dever de cuidado, não um dever de conduta, a ser verificado por um indivíduo médio, e não uma pessoa comprometida com a observância da legislação⁵⁸. O autor ainda completa:

Essa diferença em si já é reveladora da distinção entre uma conduta *recklessness* e uma conduta *negligent*. Nesta, é estabelecido um dever geral de cuidado que deve ser observado por todas as pessoas, enquanto naquela aspira-se a um padrão de conduta exigido de pessoas que possam ser consideradas cumpridoras das leis. Há, aí, uma valoração essencial do autor da conduta e de seu papel social, que justifica a aplicação diferenciada de sanções penais, seguindo-se a filosofia tratamentalista de Wechster e dos demais membros da Comissão de elaboração do Código Penal Modelo⁵⁹.

Ademais, ao contrário de *recklessness*, em que o autor tem ciência do risco da existência de circunstâncias concomitantes ou da possibilidade de produção de um resultado, a verificação do *negligence* é excepcional no Código Penal Modelo, sendo reservada apenas a três delitos: homicídio, agressão física com uma arma letal e o crime de dano empregando fogo, explosivo ou outro meio perigoso⁶⁰.

Nessa perspectiva, Sydow afirma que as figuras “*recklessness*” e “*negligence*” existem em casos em que há ausência de vontade e reduzido grau de conhecimento sobre os fatos concernentes à ofensa. Já as figuras do “*knowledge*” e “*purpose*” consistem em agentes que, de forma intencional, portanto, com vontade direta ou indireta, possuem mais conhecimento acerca do fato, seguindo assim, para a empreitada criminosa⁶¹. Em oportuno, Gonçalves expõe o posicionamento de Robinson acerca destes institutos:

Diante desses quatro *kinds of culpability* previstos no MPC, vê-se que, conforme notado por Robinson, “*purpose*” e “*knowledge*” descrevem situações empíricas, preocupando-se com o que a pessoa busca ou tem praticamente certeza de causar com

⁵⁷ Ibid., p. 73.

⁵⁸ Op. cit., p. 73.

⁵⁹ Op. cit., p. 73 -74.

⁶⁰ Op. cit. p. 74.

⁶¹ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 99.

sua conduta, ao passo que “*recklessness*” e “*negligence*” trazem critérios normativos, preocupando-se com o grau de reprovabilidade de um descuido ou de uma não percepção de risco evidente, não se limitando a uma simples constatação de estado mental do agente⁶².

Segundo Sydow, com o surgimento do Código Penal Modelo, bem como a sua rápida aceitação por grande parte dos estados americanos, o juiz passou a ter um parâmetro positivado para presumir, dependendo do caso concreto, que o agente tinha conhecimento de elementos do tipo. Além disso, o autor complementou que com a estruturação do código, o magistrado passou a identificar o elemento subjetivo nas hipóteses em que o *codex* direcionava⁶³, trazendo mais segurança jurídica aos casos.

O segundo problema apontado por Sydow, consiste no fato de que, considerando que “todos os institutos relacionados com o intuito do agente partem do pressuposto de que o agente tem consciência de sua conduta frente ao injusto”, verifica-se um espaço permissivo para que o indivíduo se recuse a saber sobre os elementos do tipo e com isso poder se beneficiar de alguma forma⁶⁴. Assim sendo, com a finalidade de suprir essa lacuna, o Código Penal Modelo trouxe, segundo o mesmo autor, a compreensão de que o requisito de conhecimento poderia ser satisfeito pelo conhecimento de alta probabilidade⁶⁵. Aqui, afirma Sydow, entendeu-se que houve “uma decisão legal de equiparação da ignorância ao conhecimento e revela um ponto de vista político-criminal nessa decisão Estatal, não necessariamente de direito material ou imputação subjetiva”⁶⁶.

Disso decorre a ideia, conforme Gonçalves, de que nos crimes que exijam o estado mental de “*knowledge*”, por exemplo, o requisito de *mens rea* não estaria suprimindo a hipótese em que a pessoa tenha a mera suspeita da concorrência de determinado elemento objetivo do crime em sua conduta praticada⁶⁷. Gonçalves complementa:

Os Tribunais, entretanto, foram os primeiros, no *common law*, a se dar conta da inadequação dessa solução, ao julgar casos em que, não obstante a ausência de conhecimento pleno do fato, a dúvida que tinha o sujeito lhe impunha o dever de procurar conhecer a realidade antes de agir ou, então de se abster da ação,

⁶² GONÇALVES, Lucas Pardini. **Imputação dolosa no crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2019. p. 19. *apud* ROBINSON, Paul H. **Mens Rea. Faculty Scholarship**, Pennsylvania, paper 34, 2002, p. 1001.

⁶³ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 100.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 99-100.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 100.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 100.

⁶⁷ GONÇALVES, Lucas Pardini. Op. cit., p. 20.

reconhecendo-se a possibilidade de uma ação tal se mostrar tão culpável quanto uma adotada com base em perfeito conhecimento fático⁶⁸.

Ou seja, mesmo com o propósito de tentar estruturar, codificar e organizar conceitos importantes para a análise do injusto, evidenciam-se lacunas que, de certo modo, acabaram impulsionando o estudo da teoria da cegueira deliberada, que acabou trazendo uma resposta ao julgador nos casos em que não se havia conhecimento pleno do fato, este poderia também ser responsabilizado.

Dito isto, a *willful blindness* tem ganhado novos contornos acerca de seu entendimento e aplicabilidade, bem como a sua variação interpretativa perante os locais pelos quais ela é utilizada. Nesse sentido, é imprescindível uma breve análise quanto à recepção do instituto pelo sistema jurídico romano-germânico, também conhecido como *civil law*, que será abordado no próximo item.

1.4. Recepção da teoria pelo sistema jurídico romano-germânico

O sistema jurídico romano-germânico, também conhecido como *civil law*, e a *common law* consistem nos principais modelos jurídicos existentes no Ocidente. O primeiro teve suas raízes no direito romano, que exerceu acentuada influência nos países da Europa continental. Assim, pontua Vieira:

E, por isso, a expressão *Civil law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico⁶⁹.

Ao contrário da *common law*, que teve suas origens no direito costumeiro e, portanto, direito conforme as especificidades, costumes e entendimentos de cada região⁷⁰, Ramires aponta que, a *civil law* abriu passagem para a difusão das normas e princípios de Roma por todo o grande império romano, bem como exerceu grande influência nas regiões autônomas após a queda do império romano. Assim sendo, Junior ensina que os romanos foram uma das primeiras

⁶⁸ Ibid., p. 20.

⁶⁹ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007, p. 270.

⁷⁰ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

civilizações a estruturar o direito em leis e princípios, reproduzindo a partir dos casos que ocorriam nas cidades, para os classificar e codificar⁷¹.

Esse sistema jurídico, em seu viés clássico, apresenta a jurisprudência como um instituto derivado, portanto, não se sobrepondo ao direito normatizado. Para Montesquieu, o julgamento não poderia ser ter mais relevância que o texto exato da legislação⁷². Por sua vez, como manifesta Callegari e Weber, diversos países com de tradição romano-germânica têm acompanhado um movimento de “commonlização” do Direito, na medida em que os precedentes judiciais aparentam dizer o direito na mesma robustez que a própria lei⁷³.

Diante desse cenário, os autores criticam a recepção do instituto do *willful blindness* no direito da *civil law*: “Diante do quadro apresentado, a teoria da cegueira deliberada foi sendo incorporada à *civil law* sem qualquer teste ou adequação, servindo aos julgadores solipcistas como maneira de garantir a condenação que entendem cabível”⁷⁴. Dito isto, resta a importância de analisar, mesmo que sucintamente, a recepção do instituto pelo direito espanhol, em razão da relevância que o tema ganhou na doutrina e nos julgados, além de trazer os entendimentos e implicações do instituto em solo brasileiro.

1.4.1. Recepção pelo direito espanhol

A Espanha, por ser um país cujo direito está inserido em um sistema jurídico de matriz romano-germânica, teve que ajustar seus entendimentos ao transplantar um instituto que por si só representa uma figura marcante da *common law*. Inicialmente, cabe destacar que o direito romano-germânico difere-se frontalmente da *common law* quanto às figuras que compõem o elemento subjetivo do tipo. Assim, em vez de trabalhar nos casos de “*purpose*”, “*knowledge*”, “*recklessness*” e “*negligence*”, a *civil law* compreende como categorias subjetivas do tipo o dolo e a culpa.

De início, verifica-se uma diferença latente quanto à justificação de estudo da teoria em questão. No caso do direito anglo-saxão, o estudo da teoria veio com o objetivo de preencher

⁷¹ CRETILLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 3.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54.

⁷³ CALLEGARI, André Luiz; WEBER, Ariel Barazzetti. Op. cit., p. 26.

⁷⁴ Ibid., p. 26.

lacunas que restaram na análise das categorias presentes no elemento subjetivo do tipo, para assim responsabilizar possíveis casos em que o agente não possuísse o grau de conhecimento necessário para a configuração da violação do injusto penal. Assim, imprescindível é a análise de como a *willful blindness* adaptou-se ao cenário da *civil law*, bem como verificar se os motivos pelos quais ela se desenvolveu na *common law* fizeram-se presentes na realidade romano-germânica ou se esta tomou um rumo independente.

No item anterior, verificou-se que os Tribunais americanos, diante da lacuna existente entre as figuras “*knowledge*” e “*recklessness*”, aplicavam a teoria da cegueira deliberada, nos casos em que o sujeito não decidia averiguar uma suspeita relevante e portanto, não abarcada pelas mencionadas categorias subjetivas. Nesse viés, os Tribunais espanhóis, conforme aponta Sydow ao citar Vallès, entendiam a teoria como: “sua definição, assim fica como sendo a situação em que alguém podendo e devendo conhecer determinadas circunstâncias penalmente relevantes de sua conduta, toma deliberada conscientemente a decisão de manter-se na ignorância em relação à elas”⁷⁵.

Destarte, Sydow apresenta dois problemas lógicos sobre esta definição, quais sejam: o Estado deve-se afastar se sua obrigação de provar o elemento subjetivo do tipo e presumir que o agente cometeu de forma irracional? E, como poderia exigir da sociedade deveres específicos de conhecimento, na medida em que o próprio código penal taxativamente apresenta os deveres de conduta e suas possíveis interferências?⁷⁶

São problemas bem evidentes, que segundo Sydow, demonstram:

Repita-se que as grandes dificuldades surgem porque a identificação da teoria leva em conta duas situações modelo: numa o agente atua de modo premeditado ou indiferente, criando mecanismos que buscam evitar colocá-lo numa circunstância de violação de dever de cuidado ou conhecimento; mas também há a situação em que o agente deixa de tomar cautelas que gerariam a consciência de uma problemática, num cenário em que há espaços legais ou brechas que permitem margem para manobras.

Há, portanto, uma geração de ignorância ou uma ignorância artificial ou ainda um aproveitamento de uma situação de falta de clareza estatal no que se refere à expectativas de conduta dos indivíduos⁷⁷.

⁷⁵ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 194.

⁷⁶ Ibid., p. 195.

⁷⁷ Ibid., p. 195.

Nesse sentido, segundo aponta Hernandez, o professor Vallès, expôs que a primeira decisão que utilizou a teoria da cegueira deliberada pelo Supremo Tribunal Espanhol, tratava de um caso de receptação, cujo agente transportava quantidade relevante de dinheiro em espécie e que negava veementemente que desconhecia a origem dos valores, negando saber se sua origem era ilícita⁷⁸. De acordo com Vallès, o Tribunal entendeu que o caso versava sobre a ignorância deliberada, nos seguintes termos, traduzidos por Hernandez:

Na entrega do dinheiro para José J., Miguel estava acompanhado de Hebe, e José J. cobrava uma comissão de 4%. A Câmara chega à conclusão de que José J. sabia que o dinheiro vinha do comércio de drogas - o que ele nega - de fatos tão óbvios como o fato de que a quantidade era muito importante e da natureza claramente clandestina das operações, pelo que quem se coloca em uma situação de ignorância deliberada, isto é, não quer saber o que pode e deve ser conhecido, e mesmo assim se beneficia dessa situação - ele cobrava uma comissão de 4% -, está assumindo e aceitando todas as possibilidades da origem do negócio em que participa e, portanto, deve responder por suas conseqüências⁷⁹.

Conforme aponta novamente Hernandez, Vallès afirmou que esta primeira decisão de apontar o instituto da cegueira deliberada na Espanha, fez com que se delimitasse o conceito de ignorância intencional, que consiste em um caso em que um indivíduo não quer saber aquilo que poderia e deveria conhecer. Ou seja, é “um estado de ausência de representação em relação a determinado elemento do tipo em que devem concorrer duas características: a capacidade do sujeito em abandonar tal situação caso queira e o dever de procurar tais conhecimentos”⁸⁰. Completa Vallès que haveria mais um requisito para o sujeito, qual seja a verificação de que o agente se beneficiou da situação de ignorância que ele mesmo ocasionou⁸¹.

Seguindo as exposições de Hernandez, o Supremo Tribunal Espanhol, no início dos anos 2000, declarou-se favorável à inclusão da ignorância deliberada no conceito de dolo, entendendo que quando o agente tiver renunciado de forma voluntária à persecução de um

⁷⁸ HERNANDES, Camila Ribeiro. **A impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais no direito penal brasileiro**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2018, p. 99.

⁷⁹ Ibid., p. 99 *apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **La ignorancia deliberada em Derecho penal**. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2007. Texto original: “*En la entrega del dinero a José J., Miguel estuvo acompañado de Hebe, y José J. cobrara un 4% de comisión. La Sala extrae la conclusión de que José J. tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de drogas - cosa que él niega - de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación - cobraba un 4% de comisión -, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio em que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias*”.

⁸⁰ HERNANDES, Camila Ribeiro. Op. cit., p. 99-100.

⁸¹ Ibid., p. 99-100.

conhecimento relevante e, que caso estivesse a par deste conhecimento durante a confecção do injusto, então seria sua conduta equiparada à ação de natureza dolosa. Assim sendo, Sydow afirma:

O Tribunal Espanhol limitou-se especialmente a utilizar-se do raciocínio do caso *Spurr vs. United States* como paradigma de interpretação do instituto, limitando-se o entendimento da teoria à sua figura da ignorância deliberada. Isso porém, mostra-se anacrônico e inadequado e deixa de levar em conta diferentes figuras e as necessárias adaptações frente a um sistema garantista⁸².

Além disso, Sydow complementa que equiparar a ignorância deliberada com o dolo eventual aparenta ser incorreto, visto que a cegueira deliberada no modelo *Spurr vs. United States* “não compreende que o agente tem consciência dos riscos gerados, mas sim age em situação em que não tem consciência, poderia e deveria ter investigado fatos para afastar desconhecimento suspeito de elemento do tipo”⁸³. O autor conclui a explicação, afirmando que a questão que faz com que o Tribunal Espanhol aplique o instituto de forma enviesada, reside no fato de que o código penal espanhol não define de forma clara o conceito de dolo, de modo que:

O artigo 5 limita-se a dizer “*no hay pena sin dolo o impudência*”. Por isso, sua dogmática permite a adaptação de conceitos estrangeiros nessa temática com muito mais facilidade do que o sistema brasileiro, mesmo que de modo equivocado. Não há determinação de um sistema de representação, de consentimento ou volitivo⁸⁴.

Em sentido diverso do entendimento espanhol, a doutrina e jurisprudência pátrias não permitem o alargamento do conceito de dolo, estando restrito o grau de interpretação do elemento subjetivo do tipo. Nesse sentido, passa-se ao próximo item, que abordará o recebimento da teoria pelo direito brasileiro, bem como suas discussões e interpretações nos principais casos paradigmáticos que referem-se à teoria, quais sejam: o caso do Banco Central de Fortaleza; Ação Penal nº 470, também conhecida como “Mensalão” e a Operação Lava Jato.

1.5. Da compatibilidade do instituto com o direito brasileiro e a interpretação dos tribunais

Importa salientar, primeiramente, que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou a teoria da cegueira deliberada de forma expressa e direta, nem a doutrina especializada a trouxe

⁸² SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 214.

⁸³ Ibid., p. 214.

⁸⁴ Ibid., p. 215.

de forma uníssona. Somente o que houve foi uma adaptação esporádica do instituto em julgamentos de casos específicos, trazendo consigo algumas discussões acerca de sua compatibilidade com os institutos jurídicos já positivados.

O código penal brasileiro, em seu artigo 18, ao falar do crime na modalidade dolosa, expõe que ocorre “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”⁸⁵. Portanto, segundo Sydow, “o nosso sistema gerou a necessidade de se comprometer que a figura básica do dolo é aquela que identifica positivamente a existência de consciência do risco por parte do agente”⁸⁶.

Assim sendo, segundo Sydow, os *leading cases* brasileiros interpretaram o instituto partindo de uma análise espanhola deste, qual seja a equiparação do elemento subjetivo do tipo ao dolo eventual, que por sua vez, ocorreu de modo inadequado⁸⁷. Partindo dessa ótica, será iniciada uma breve análises dos casos paradigmáticos, cuja cegueira deliberada foi aplicada com o entendimento base espanhol. o que acabou por gerar implicações na análise do elemento subjetivo positivado.

1.5.1. Banco Central de Fortaleza

O acórdão oriundo do processo criminal de nº 2005.81.00.014586-0, de relatoria do desembargador Rogério Fialho Moreira, adveio do caso que seria considerado o maior roubo a banco da história do Brasil. Conforme expôs Sydow, entre os dias 05 e 06 de agosto de 2005, diversas pessoas teriam escavado um túnel de 75 metros de extensão, para então acessar a caixaforte do Banco Central de Fortaleza e, assim, teriam subtraído o montante equivalente a R\$ 164.755.150,00. Logo após o delito, teria a organização criminosa adquirido 11 veículos totalizando quase um milhão de reais, pagando este valor, em sua totalidade, em dinheiro em espécie⁸⁸.

Assim sendo, os responsáveis pela loja de veículos foram processados e condenados pelo delito de lavagem de dinheiro, tendo como fundamento a teoria da cegueira deliberada. É

⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁸⁶ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 215.

⁸⁷ Ibid., p. 215-216.

⁸⁸ Ibid, p. 215.

a partir daqui que a teoria tomou contornos interpretativos na decisão condenatória. Destarte, Sydow apontou que a decisão de primeiro grau concluiu que:

No caso do assalto ao Banco Central, o magistrado sumarizou a teoria determinando que sua aplicação exige (1) a existência de dois elementos, quais sejam o conhecimento do agente de que havia alta probabilidade de que os bens e valores eram provenientes de crime e (2) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento⁸⁹.

Além disso, Sydow transcreveu trecho da decisão, cujo magistrado, ao fundamentar a decisão afirmou que na conduta dos empresários estavam caracterizadas “pela indiferença quanto ao resultado do próprio agir”⁹⁰. O texto transcrito seguia que:

Desde presentes os requisitos exigidos pela doutrina da “ignorância deliberada”, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosa dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta⁹¹.

Em segundo grau, a decisão foi reformada, e Lucchesi apontou questões relevantes apontadas pelo Tribunal. A primeira delas residiu na dúvida quanto à possibilidade de “condenação dos empresários sem que houvesse prova concreta de que soubessem ou deveriam saber da origem criminosa do dinheiro recebido como pagamento”⁹². Além disso, o relator pontuou pela insuficiência de provas no que tange à conduta de receber o pagamento dos veículos vendidos em espécie, visto que esse tipo de transação financeira não exige o conhecimento dos empresários de que origem dos valores poderia ser ilícita⁹³.

Em sequência, o relator esclareceu que a teoria poderia ser utilizada como fundamento para a imputação subjetiva do delito, na medida em que o instituto se enquadrasse na categoria do dolo eventual, demonstrando, portanto, o seu entendimento quanto ao tema⁹⁴. Assim sendo, “defendeu que a teoria da cegueira deliberada, a depender de sua adequação ao ordenamento

⁸⁹ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 218.

⁹⁰ Ibid., p. 218.

⁹¹ TRF-5. **Apelação Criminal. n. 2005.81.014586-0**. Rel. Rogério Fialho Moreira, DJ n. 197, 9 nov. 2008.

⁹² LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 40.

⁹³ Ibid., p. 40.

⁹⁴ Ibid., p. 40.

jurídico nacional, pode ser adotada no Brasil, desde que o tipo penal em questão admita a responsabilização subjetiva por dolo eventual”⁹⁵.

Nesse sentido, segundo Lucchesi, o relator explicou que o delito de lavagem de dinheiro não admite a prática por dolo eventual, mas somente pode ser configurado por dolo direto⁹⁶. Dessa forma, justificou sua decisão, ao analisar as condutas: “ao se exigir na própria descrição típica que os agentes saibam da proveniência dos recursos de crime antecedente, e não que eles deveriam saber, não haveria como se aplicar a cegueira deliberada ao caso”. Destarte, transcreve-se um trecho da ementa decisão nestes termos:

Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na lei 9.613/1998, O inciso II do § 2º, do art. 1º dessa lei exige ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do § 2º⁹⁷.

Ao final do acórdão, completa Lucchesi, o relator analisou a conduta dos empresários quanto ao dever de comunicação às autoridades sobre a venda dos 11 veículos⁹⁸. A lei 9.613/98, que dispõe sobre o crime de lavagem de capitais, a prevenção da utilização do sistema financeiro e criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, em nenhum momento proíbe a compra e venda de veículos ou similares, em dinheiro em espécie.

Assim sendo, entendeu o desembargador que, não existindo dever expresso em lei, não haveria dever legal de comunicação da transação em questão e, se tivesse, o eventual descumprimento acarretaria punição na seara administrativa, não na criminal. Nesse diapasão, concluiu que para o cometimento do delito de lavagem de dinheiro não seria suficiente a “infração de um dever, exigindo-se conhecimento”⁹⁹ relevante para a configuração do delito. Nestes termos, os empresários foram absolvidos por unanimidade do delito de lavagem de dinheiro.

⁹⁵ Ibid., p. 41.

⁹⁶ TRF-5. **Apelação Criminal. n. 2005.81.014586-0**. Rel. Rogério Fialho Moreira, DJ n. 197, 9 nov. 2008, p. 96.

⁹⁷ Op. cit., p. 97.

⁹⁸ Op. cit., p. 41.

⁹⁹ Op. cit., p. 42.

1.5.2. Ação Penal nº 470/MG (Mensalão)

Considerado um dos maiores escândalos políticos da história do país, o “Mensalão” veio como a ação penal que traria novos rumos ao combate à corrupção no Brasil. Neste caso, o que importa para este trabalho é a discussão da *willfull blindness* realizada pelo Supremo Tribunal Federal, mais precisamente no voto da Ministra Rosa Weber, que teceu sua interpretação acerca do instituto quanto ao crime de lavagem de dinheiro e as condutas relacionadas.

Novamente a conduta relacionada ao delito de lavagem de capitais, previsto pela lei. 9.613/98, vem sendo o pontapé para a discussão da teoria em questão. Nesse seguimento, mais uma vez a cegueira deliberada foi utilizada para justificar a confecção do delito na modalidade do dolo eventual, como também interpretou o Supremo Tribunal Espanhol. Nestes termos, a Ministra Rosa Weber, segundo Burgel, referiu:

(...) De forma expressa, a teoria da cegueira deliberada, de modo a fundamentar a possibilidade de admissão de dolo eventual no crime de lavagem. Segundo a ministra, a admissão de dolo eventual está vinculada à previsão genérica constante na parte geral do Código Penal, mais precisamente no art. 18, I, de modo que não seria necessária a previsão específica no tipo penal¹⁰⁰.

Assim sendo, Sydow transcreveu um trecho do voto da Min. Rosa Weber, em que ela explica sua interpretação do elemento subjetivo do tipo, nos casos de lavagem de capitais:

O dolo eventual na lavagem significa, apenas, que o agente da lavagem, embora sem a certeza da origem criminosa dos bens, valores ou direitos envolvidos quando pratica os atos de ocultação e dissimulação, tem ciência da elevada probabilidade dessa procedência criminosa.

O profissional da lavagem, contratado para realizá-la pelo autor do crime antecedente, adota, em geral, uma postura indiferente quanto à procedência criminosa dos bens envolvidos e, não raramente, recusa-se a aprofundar o conhecimento a respeito. Doutro lado, o autor do crime antecedente quer apenas o serviço realizado e não tem motivos para revelar os seus segredos, inclusive a procedência criminosa específica dos bens envolvidos, ao lavador profissional. A regra no mercado profissional da lavagem é o silêncio¹⁰¹.

Neste seguimento, conforme transcreveu Burgel, a Ministra entendeu que existiam três elementos que indicavam a presença de dolo eventual na conduta dos acusados:

¹⁰⁰ BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 129. ano 25, mar. 2017, p. 487.

¹⁰¹ STF. **Ação Penal 470**. Ministro Joaquim Barbosa: 2013, p. 1273.

(...) O fato dos valores serem recebidos de forma extravagante e por meios sub-reptícios, o que pressupõe o dolo de ocultação ou dissimulação; ciência pelos beneficiários dos pagamentos se faziam pelas empresas de Marcos Valério, (...) mesmo sendo os repasses efetuados por solicitação do PT; recebimento dos valores pelos beneficiários, sem qualquer ressalva ou tentativa de esclarecer a origem deles.¹⁰²

Assim, Sydow transcreve a relação de tais elementos, compreendidos pela Ministra, com da teoria da cegueira deliberada:

Para a configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência pelo autor da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa, (ii) a atuação indiferente do autor quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) a escolha deliberada pelo autor permanecer ignorante a respeito dos fatos, sendo possível a alternativa¹⁰³.

Neste ponto, é conveniente trazer novamente a discussão quanto à unicidade de uma teoria da cegueira deliberada no contexto da *common law*. Sydow ressalta que mesmo com o surgimento do Código Penal Modelo, não se pode generalizar o entendimento da teoria em solo estadunidense, visto que com a autonomia estadual legislativa, diversos estados não admitem tal parametrização objetiva em seu Direito Penal¹⁰⁴.

Quanto à conduta dos acusados, Toth Sydow destacou a explicação da Ministra Weber:

(...) Houve, no caso do PP e do PL, a contratação de empresas financeiras que lavaram o numerário repassado pelas contas das empresas de Marcos Valério de uma forma bastante sofisticada. Ainda que tivesse ciência da elevada probabilidade da procedência criminosa dos valores lavados, é difícil, do ponto de vista probatório, afirmar a certeza dos dirigentes dessas empresas quanto à origem criminosa dos recursos. Sem admitir o dolo eventual, revela-se improvável, em regra, a condenação dos lavadores profissionais¹⁰⁵.

Conforme explica Lucchesi, a Ministra Rosa Weber, embora reconheça que o nascimento da teoria da cegueira deliberada se deu na *common law*, buscou desfazer tal incompatibilidade do instituto com o direito brasileiro. Assim o fez, ao afirmar que a referida teoria foi acolhida pelo Supremo Tribunal Espanhol que, por sua vez, entendeu que o instituto era compatível com o dolo eventual, ao transcrever trecho da sentença nº 33/2005 proferida pela citada Corte espanhola.¹⁰⁶

¹⁰² STF. **Ação Penal 470**. Ministro Joaquim Barbosa: 2013, p. 1295.

¹⁰³ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 1273.

¹⁰⁴ Op. cit., p. 223.

¹⁰⁵ Ibid., p. 1273.

¹⁰⁶ STF. **Ação Penal 470**. Ministro Joaquim Barbosa: 2013, p. 1297.

Nesse ponto, Sydow critica tal adequação do instituto e sua justificação para utilização no caso julgado. O autor verifica que a Ministra não explica, de forma concisa, o motivo pelo qual equipara o dolo eventual à cegueira deliberada, mas constata que ela confunde ambos os institutos, conforme trecho: “em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta.”¹⁰⁷

Neste caso, é evidente o uso do argumento de autoridade pela Ministra Rosa Weber. Aqui verifica-se que, mesmo não explicando suficientemente os motivos pelos quais a levaram a entender a aplicação do instituto, induz o receptor a aceitar a veracidade e validade da conclusão defendida a respeito de certa temática, pela sua credibilidade atribuída à palavra de pessoa considerada autoridade na área ou no meio em que está inserida.

A Ministra em nenhum momento explicou o porquê de as razões utilizadas pelo Supremo Tribunal Espanhol estarem corretas. Dessa forma, o argumento de que o sistema jurídico é compatível e, portanto, a adaptação do instituto em solo espanhol acontece de forma idêntica em território brasileiro, não demonstra segurança, muito menos validade¹⁰⁸. Nessa linha, Atienza demonstra sua preocupação quanto à utilização do argumento de autoridade:

O argumento de autoridade é, por sua vez, um ingrediente fundamental da argumentação jurídica, mas sua utilização pode revestir-se de uma considerável complexidade, não exclui o exercício da crítica e exige tanto imaginação (imaginação jurídica) como autorrestrição: o reconhecimento de que a racionalidade jurídica – como todas as racionalidades – é também uma questão de limites¹⁰⁹.

Destarte, Toth Sydow explica seu entendimento, quanto à confusão dos institutos:

(...) Agir com indiferença quanto ao resultado da conduta é ter ciência de um resultado possível e permanecer agindo apesar dessa ciência, exatamente como em situação de dolo eventual. No instituto da cegueira deliberada em sentido amplo (aqui tecnicamente ignorância deliberada) o agente tem dúvidas de uma informação que pode compor a conduta típica e não investiga a suspeita, podendo ter investigado (agir

¹⁰⁷ SYDOW, Spencer Toth Op. cit., p. 224 *apud* STF. **Ação Penal 470**. Ministro Joaquim Barbosa: 2013, p. 1273.

¹⁰⁸ Nesse sentido, Manuel Atienza cita Douglas Walton para explicar que “(...) *argumento de autoridade, para apoiar uma tese baseando-se na opinião de uma autoridade ou de um especialista na matéria*”. ATIENZA, Manuel. Tradução de André Rufino do Vale. O argumento de autoridade no Direito. **Novos estudos jurídicos**, v. 17, n. 2, maio/ago. 2012. p. 147. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3964/2307>. Acesso em: 22 jun. 2020, p. 172.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 159.

preventivo alternativo). Logo, não há ciência de um resultado possível por se tratar de desvalor de um agir abstratamente considerado¹¹⁰.

Ademais, o autor critica a justificativa da Ministra de que se a Espanha, país compatível com a *civil law*, “adaptou” e aplicou o instituto, o Brasil também poderia o aplicar¹¹¹. Ocorre que, como já demonstrado, o Supremo Tribunal Espanhol, ao importar a teoria, limitou-se a utilizar o entendimento da ignorância deliberada, no modelo *Spurr vs. United States*, além de equiparar o dolo eventual à cegueira deliberada erroneamente. Como já explicado, isso se dá na medida em que no caso *Spurr vs. United States* a Corte entendeu que o agente age em situação de ausência de consciência e que poderia e deveria ter investigado os fatos para afastar suspeita relevante. Em nenhum momento foi levantado pela Corte americana que o agente age consciente dos riscos de sua conduta.

Nessa linha, Lucchesi aponta:

Ademais, o fato de a cegueira deliberada ter sido aplicada na Espanha contribui em muito pouco para a análise de compatibilidade de tal figura ao Direito brasileiro, pois, em que pese serem ambos países de tradição *civil law*, há peculiaridades e vicissitudes inerentes aos respectivos sistemas de imputação criminal de cada país, notadamente a delimitação do conceito legal de dolo, presente no Brasil, mas ausente na Espanha¹¹².

Dessa forma, é conveniente reiterar o posicionamento de Sydow, no subcapítulo anterior, ao falar que a imputação subjetiva no direito espanhol é tratada de forma mais genérica e, portanto, teria os juízes maior margem para adaptação do instituto internamente, ao revés do direito brasileiro que restringe de forma objetiva, os conceitos de dolo e culpa. Assim sendo, conforme demonstram Badaró e Bottini, mostra-se conveniente e prudente a explanação do constitucionalista e Ministro Gilmar Mendes:

(...) Deve-se admitir com cautela a tese aqui também já referida acerca da cegueira deliberada (*willful blindness*). Tese essa que encontra limitações teóricas e práticas na *common law* e não pode ser importada sem suas adequadas implicações, por exemplo, a exigência de “criação consciente e voluntária de barreiras que evitem conhecimento¹¹³.”

¹¹⁰ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 224.

¹¹¹ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., *apud* STF. **Ação Penal 470**. Ministro Joaquim Barbosa: 2013, p. 1273.

¹¹² LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 97.

¹¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 99.

Dessa forma, demonstra especial relevância o debate quanto ao entendimento e aplicação da teoria no Brasil. Assim, segue-se para a análise do mais recente caso paradigmático na jurisprudência nacional, que versa sobre a *willful blindness*, qual seja, a Operação Lava Jato.

1.5.3. Operação Lava Jato

Passadas mais de 30 fases da operação que é já considerada a maior e mais longa contra a corrupção da história do país, a Operação Lava Jato que trouxe importantes contribuições para uns e gerou duras críticas por outros, acabou por selar relevante discussão acerca da teoria da cegueira deliberada. Iniciada em 2014, a Lavajato é uma operação que investiga esquemas de corrupção que chegam a casa dos bilhões de reais, que envolveu a Petrobrás, empreiteiras e vários políticos no país. Uma das principais figuras da operação é o ex-juiz Sérgio Moro, que na ocasião foi responsável pelos processos em primeira instância na Justiça do Paraná¹¹⁴.

Por sua vez, o que interessa para este trabalho é como a cegueira deliberada foi entendida e interpretada a partir da sentença da AP 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, e como tais leituras do instituto reverberaram ao longo da operação. De início, cabe destacar um trecho que demonstra o posicionamento do então juiz Sérgio Moro, quanto a análise do elemento subjetivo do tipo dos acusados: “345. Para todos eles, entendo que a prática sistemática de fraudes, em quantidade elevada e por período prolongado, torna impossível o não reconhecimento do agir doloso. No mínimo, teriam agido com dolo eventual”¹¹⁵. Nesta oportunidade, cabe expor a crítica feita por Sydow:

Inicialmente, o que se tem é a interpretação daquela cômte é no sentido (inconstitucional) de que a figura do dolo dispensa os requisitos consciência e vontade, visto que, para o magistrado, é a quantidade de ações e o período decorrente que servem como parâmetro para imputação do elemento subjetivo, o que, por si só, seria ilegal. Uma omissão culposa, praticada reiteradamente e por longo período de tempo poderia, por tal interpretação, transformar-se em um delito doloso teratologicamente¹¹⁶.

Partindo da interpretação do autor e do trecho transcrito, verifica-se que a análise do elemento subjetivo no caso em questão se limita a conformar-se com a prática reiterada de ações

¹¹⁴ Conforme relatório disponível em <https://tudo-sobre.estadao.com.br/operacao-lava-jato>.

¹¹⁵ JFPR. AP 5026212-82.2014.45.04.7000/PR. 13ª Vara Federal, Juiz Sergio Moro, Data de julgamento: 22/04/2015. p. 90. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/Evento-1388-SENT1-abreu-e-lima-.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

¹¹⁶ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 226-227.

reprovadas e o lapso temporal em que estas eram executadas, para a configuração do dolo, tomando o lugar da consciência e vontade exigidas pelo artigo 18, inciso I do Código Penal¹¹⁷. Tal interpretação gera insegurança jurídica, visto que o parâmetro utilizado não está positivado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nessa linha, conforme continua o trecho da referida sentença, o magistrado justifica sua análise partindo de uma interpretação cujo dolo eventual novamente é equiparado a *willful blindness*:

346. São pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da “cegueira deliberada” ou “*willful blindness*” e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010).

347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

348. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte de tradição da *civil law*, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Por todos, transcrevo parcialmente trecho de decisão do STE na STS 33/2005, (...) ¹¹⁸.

De início, mais uma vez há a equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual na jurisprudência nacional pelo então juiz Sérgio Moro. Nesse sentido, Sydow adverte que a partir da leitura da obra referencial de Vallès, que por sua vez, será melhor abordada no próximo capítulo, constata-se o erro que é a equiparação dos referidos institutos.

Assim sendo, ainda que o magistrado tenha citado obra de sua autoria quanto ao delito de lavagem de capitais para fundamentar sua decisão, isso não torna correta sua interpretação do instituto, visto que os julgados do Supremo Tribunal Espanhol demonstram interpretação ambígua, bem como a jurisdição espanhola apresenta ordenamento jurídico diferente do brasileiro¹¹⁹. É nesse ponto que, novamente temos a utilização do argumento de autoridade, na medida em que não é justificado como a cegueira deliberada poder ser vista como dolo eventual, além de justificar tal adaptação pela compatibilidade do sistema jurídico da *civil law*. Como já

¹¹⁷ “Art. 18, I: Diz-se o crime: I- Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹¹⁹ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 227-228.

explicitado, esta estratégia argumentativa pode gerar problemas de insegurança jurídica, em razão da validade questionável da tese.

Ademais, Silveira pontua que em outros processos ligados à Operação Lavajato, houve um posicionamento parecido quanto ao entendimento da cegueira deliberada:

De similar modo, verificam-se menções próximas em outros casos também oriundos da Operação Lavajato, como é o caso de se ver, entre outros, da AP 5047229-77.2014.4.04.7000/PR e da AP 5007326-98.2015.4.04.7000/PR. A dúvida aqui posta, todavia diz respeito a duas frentes. A primeira versa sobre a possibilidade, ou não, de aceitação do dolo eventual, em sede de lavagem de dinheiro. A segunda, sobre a possibilidade de aceitação do emprego da cegueira/ignorância deliberada, instituto nitidamente de origem do sistema da *common law*, em uma realidade como a brasileira, pura e simplesmente pela existência de precedentes na realidade espanhola de origem na família da *civil law*¹²⁰.

Nesse sentido, é oportuna a crítica feita por Sydow, ao afirmar que a cegueira deliberada não é apenas uma estratégia de evitação de conhecimento, mas sim uma categoria dogmática que objetiva determinar criteriosamente e rigorosamente os requisitos imprescindíveis para a imputação subjetiva de uma conduta¹²¹. Completa o autor que se deve atentar para a não violação do sistema garantista existente dos países adeptos, visto que se trata de uma questão de verificação da imputação, não equiparação de institutos, em razão de suas divergências estruturais e dogmáticas¹²².

Posto isto, como já exaustivamente defendido, não se pode admitir tal linha intelectual que visa a propor uma tese sob o argumento de autoridade. Primeiro porque, na jurisprudência analisada, verificou-se que não houve especial atenção ao contexto em que a teoria foi criada, de berço na *common law*, para justificar essa responsabilização criminal. Além disso, não houve fundamentação suficiente para justificar a compatibilidade com o sistema penal brasileiro, notadamente quanto aos conceitos de tipicidade subjetiva, estes previstos no artigo 18 do CP. Dessa forma, o próximo capítulo pretende se debruçar nos conceitos dogmáticos e estruturais da imputação subjetiva em contexto brasileiro, bem como expor discussões acerca da compatibilidade e utilização do instituto da *willful blindness*.

¹²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lavajato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, vol. 122, ago. 2016, p. 261.

¹²¹ SYDOW, Spencer Toth., p. 230.

¹²² *Ibid.*, p. 230.

CAPÍTULO II - DISCUSSÕES ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO NOS CASOS DE CEGUEIRA DELIBERADA

2.1. Problemáticas acerca da equiparação da cegueira deliberada e o dolo eventual

O Código Penal Brasileiro, ao dispor na parte geral, em seu art. 18, sobre imputação subjetiva para realização do injusto, preconiza como seus componentes, os elementos de dolo e culpa. O mesmo artigo, ao versar sobre crime doloso, entende que este pode se concretizar na modalidade de dolo direto “quando o agente quis o resultado”, ou dolo eventual “quando assumiu o risco de produzi-lo”. Além disso, mesmo o Código Penal não trazendo de forma expressa, a doutrina romano-germânica tem como base três tipos de dolo, quais sejam, o dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e o dolo eventual.

Segundo Viana, diz-se dolo de primeiro grau ou “dolo intencional”, “quando o agente quer realizar os elementos descritos no tipo penal ou esse é o motivo da conduta”. Nesse caso, “há perfeita sintonia entre os elementos descritos no tipo objetivo, a representação do agente e a finalidade da conduta ou a realização do tipo deve ser a razão pela qual o autor pôs em marcha o curso causal”¹²³.

Já quanto ao dolo direto de segundo grau ou “dolo de consequências necessárias”, o autor afirma que ocorre quando o agente representa que sua conduta “conduzirá necessariamente à produção de consequências colaterais, caso o seu propósito seja efetivamente realizado”¹²⁴. Ao revés do dolo direto de primeiro grau, aqui não existe uma fase intermediária imprescindível para o alcance da finalidade representada pelo agente. Neste caso, há a hipótese em que o sujeito podendo alcançar seu propósito por meios diversos, escolhe um meio específico, “cujo preço a se pagar será a causação de inevitáveis consequências colaterais, consequências com as quais o autor, apesar de representá-las, e talvez até lamentá-las, assume a relação psíquica de aprovação”¹²⁵.

No que tange ao dolo eventual ou “dolo condicional”, Viana explica que este é “considerado pela doutrina majoritária como uma forma imperfeita de dolo”, tendo em vista “a

¹²³ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 66.

¹²⁴ Ibid., p. 69-70.

¹²⁵ Ibid., p. 70.

realização do tipo penal não se encontrar no mesmo percurso do propósito perseguido pelo autor”¹²⁶. Completa no sentido de que, neste caso, o agente apenas conclui que a realização do injusto é possível, além de sustentar a “relação psíquica de conformidade e/ou aprovação em relação à sua eventual ocorrência”¹²⁷.

Viana conclui que, no dolo eventual, o elemento cognitivo presente na conduta permitirá a imputação à título de dolo, na medida em que esteja presente o elemento volitivo, no sentido de que concorda e “está de acordo”, com a concretização do injusto¹²⁸. Dessa forma, segundo o autor, caso o elemento volitivo esteja mais condicionado a um direcionamento mais intenso ao injusto, na verificação da imputação subjetiva, será analisado um possível deslocamento para o dolo de primeiro grau¹²⁹.

Por sua vez, Hungria, ao afirmar que o Código Penal, afastou a Teoria da Representação, e adotou a Teoria da Vontade em conjunto com a Teoria do Consentimento¹³⁰, expôs uma atuação limitada da teoria do dolo, ao concluir que o dolo se difere entre “direto” e “eventual”, restando ausentes as variações do primeiro. Assim sendo, diz que dolo direto ocorre quando “a vontade se exerce por causa do resultado”¹³¹. Já o dolo eventual é caracterizado quando “a vontade se exerce apesar da previsão do resultado como provável”¹³².

Dessa forma, Gomes complementa que, com a adoção da Teoria da Vontade, para o dolo direto, a Teoria do Consentimento, para o dolo eventual, bem como o afastamento das Teorias da Representação ou Probabilidade, a doutrina penal brasileira passou a admitir uma concepção psicológica de dolo¹³³. Complementa o autor que, em razão do dolo estar relacionado a esta concepção psicológica, o dolo direto estaria ligado a uma conduta dirigida a um determinado resultado, e o dolo eventual estaria ligado a um consentimento com a produção do

¹²⁶ Op. cit., p. 73.

¹²⁷ Ibid., p. 73.

¹²⁸ Ibid., p. 74.

¹²⁹ Ibid., p. 74.

¹³⁰ Nelson Hungria, ao apresentar a Teoria da Representação, afirma que para “*a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável*”. Já no que tange à Teoria da Vontade, Hungria afirma que ocorre quando o “*dolo é a vontade dirigida ao resultado*”. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 114.

¹³¹ Ibid., p. 115.

¹³² Ibid., p. 115.

¹³³ GOMES, Márcio Schlee. **Dolo: cognição e risco: avanços teóricos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 40.

resultado¹³⁴. Além disso, para a caracterização do dolo, é necessário o alinhamento entre conhecimento e vontade, e para que seja definido que tipo de dolo se enquadra no caso concreto, bem como verificar detalhadamente cada figura, para a imputação devida de um injusto.

Assim sendo, Lucchesi aponta que, “não basta tomar o sentido comum das expressões ‘quis o resultado’ e ‘assumi o risco de produzir o resultado’”, mas deve-se “definir o que pode ser entendido por querer um resultado, se há algum grau de volição e de cognição nesse querer”¹³⁵. Complementa o autor:

Da mesma forma, a assunção do risco de um resultado precisa ser definida, principalmente porque todo aquele que conscientemente cria um risco de lesão a bens jurídicos de alguma forma assume o risco de produzir a lesão apresentada como possível - ainda que se esteja atuando de forma imprudente, tomando as precauções necessárias para evitar que o resultado venha a ocorrer. Por tal motivo, mesmo quem atua culposamente assume o risco de produzir o resultado delitivo de sua conduta. É necessário, assim, que a dogmática do Direito Penal estabeleça a delimitação do alcance da expressão definida pelo legislador, de modo a orientar a correta aplicação do Direito Penal¹³⁶.

Nesse sentido, conclui-se que o artigo 18 não traz completude à definição de dolo, sendo necessária a complementação do artigo 20, caput¹³⁷, que ao determinar que o “erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo”, atribui ao conhecimento especial relevância para a configuração do injusto penal, como bem conclui Greco¹³⁸. O autor ainda complementa tal linha, seguindo posicionamento de Schünemann, ao afirmar que o “essa razão deriva do fato de que o conhecimento é o fator subjetivo fundamental para que se possa considerar que o autor agiu com domínio ou controle sobre aquilo que estava em vias de realizar”¹³⁹.

Destarte, considerando o conhecimento como fator fundamental para estabelecer a atuação pelo agente com o domínio ou controle sobre sua conduta, Lucchesi alerta que não pode

¹³⁴ GOMES, Márcio Schlee. Op. cit., p. 41.

¹³⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Acertando por acaso: uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber na APN-470. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 1. n. 1. jul-dez 2018, p. 104.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 104.

¹³⁷ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹³⁸ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte, et al. (Orgs.). **Líber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 891.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 891.

o elemento cognitivo ter seu alcance ampliado deliberadamente para “situações de desconhecimento a partir de interpretação doutrinária ou jurisprudencial”¹⁴⁰, na medida em que “não se pode dizer que há conhecimento em situações de desconhecimento”¹⁴¹. Dessa forma, caso o intérprete tivesse se atentado a uma análise irreparável dos fundamentos do dolo, nos casos em que foi-se aplicada a teoria da cegueira deliberada, não haveria um transplante indevido da teoria americana para o direito brasileiro.

Primeiramente, porque, conforme aponta Lucchesi, a teoria de origem anglo-saxã possui uma função de expansão da punibilidade a partir de critérios advindos do conhecimento do agente¹⁴². Nesse ponto, quanto à expansão da análise da culpabilidade, Callegari e Weber sintetizam que, com a proposição de uma equiparação entre os institutos do dolo eventual e da cegueira deliberada, atribuiu-se a ambos os mesmos efeitos da responsabilidade subjetiva nos casos em que “há efetivo conhecimento dos elementos objetivos que configuram o tipo e aqueles em que há o ‘desconhecimento intelectual ou construído’ de tais elementares”¹⁴³.

O ordenamento jurídico brasileiro é claro em restringir a margem de imputação, ao delimitar os requisitos de dolo e culpa. Nesse sentido, Lucchesi conclui de modo didático que para as situações em que estão presentes os fundamentos do dolo deve-se reconhecer o dolo, não havendo nenhum ganho em chamar tais situações de cegueira deliberada, visto que dar denominação diversa prejudica a clareza dos critérios de imputação¹⁴⁴, além de gerar insegurança jurídica diante de tamanha margem de apreciação.

Manrique, de forma simples, difere os institutos em questão, ao afirmar que nos casos em que o dolo eventual se faz presente, o agente sabe exatamente o que faz, quer fazer o que está fazendo, contudo, entende que é mais provável “que sua ação gere determinadas consequências daninhas que não deseja”¹⁴⁵. Ou seja, segundo a autora, o autor executa sua

¹⁴⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 104.

¹⁴¹ Ibid., p. 104.

¹⁴² Ibid., p. 105.

¹⁴³ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzeti. Op. cit., p. 92.

¹⁴⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., p. 105.

¹⁴⁵ María Laura Manrique, afirma “En los casos del dolo eventual el sujeto sabe exactamente aquello que hace y de hecho quiere hacer lo que está haciendo, pero entiende que de esa acción es probable que se generen determinadas consecuencias dañinas que no desea. No hay ningún error de comprensión y la posibilidad de que una consecuencia dañina se produzca depende de cómo es el mundo y sus relaciones causales. Por otro lado, en los casos de ignorancia deliberada el agente no sabe si está realizando determinada conducta porque carece de información completa para saber y comprender aquello que está haciendo. Aunque su ignorancia sea deliberada sigue siendo un caso de desconocimiento”. Tradução de Spencer Toth Sydow. SYDOW, Spencer Toth. Op. cit.,

conduta sem nenhum erro de compreensão e a probabilidade de que uma consequência negativa efetivamente se produza depende de como é o mundo e suas relações causais¹⁴⁶.

Já na cegueira deliberada, a autora compreende que o agente não tem ciência de que o que está executando faz parte de um injusto, visto que há carência de informação relevante para a compreensão de sua conduta e possíveis implicações. Nesse sentido, “ainda que sua ignorância seja deliberada, segue sendo um caso de desconhecimento”. Sydow adverte que a equiparação dos institutos mostra-se incorreta, visto que a cegueira deliberada no modelo da *common law*, mais especificamente no modelo *Spurr vs. United States*, “não compreende que o agente tem consciência dos riscos gerados, mas sim age em situações em que não tem consciência”, além do fato de que o agente poderia e deveria ter investigado a suspeita, que ensejariam o afastamento da dúvida quanto ao elemento do tipo¹⁴⁷.

Durante o estudo da *willful blindness*, antes de concluir que a teoria anglo-saxã em nada se parecia com a utilizada no Brasil, Lucchesi analisou os elementos que compõem a *culpability*, e constatou que nenhum dos elementos correspondem com as figuras da imputação subjetiva, e por esta razão não seria viável uma equiparação desmedida¹⁴⁸. Como já demonstrado, a imputação subjetiva proposta pelo direito norte-americano, segundo Lucchesi, tem como elementos *purpose*, *recklessness*, *negligence* e *knowledge*.

O primeiro, que possui hipóteses restritas de aplicação, diferentemente do dolo direto de primeiro grau, 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”¹⁴⁹. Ou seja, ao revés do dolo direto de primeiro grau, que exige que na conduta do agente haja o elemento volitivo condicionante para a prática do injusto, o *purpose* é o propósito carregado de consciência para a prática do injusto. Nessa linha, Lucchesi aponta:

Com isso, havendo um crime que exige *purpose*, a natureza da conduta praticada e/ou o resultado decorrente de sua prática deve(m) ser o objetivo consciente do autor; com relação às circunstâncias concomitantes, basta que se tenha ciência de sua existência, ou se acredite ou se espere que existam, contanto que aja o autor propositadamente¹⁵⁰.

p. 208-209. *apud* MANRIQUE, María Laura. Ignorancia deliberada y responsabilidad penal. México: **Revista Isonomía**, Cidade do México, n. 40, 2014, p. 176.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 208-209.

¹⁴⁷ SYDOW, Spencer Toth. *Op. cit.*, p. 214.

¹⁴⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Op. cit.*, 2018. p. 100.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 72.

¹⁵⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Op. cit.*, 2018. p. 72.

Quanto ao *recklessness*, segundo Lucchesi, este é considerado o requisito subjetivo padrão para a configuração de um injusto na sistemática do Código Penal Modelo. Aqui a ação ou omissão do autor desvia gravemente de um “padrão de conduta que seria observado por uma pessoa comprometida com a observância das normas legais”¹⁵¹. Carregado de subjetividade, esse elemento estaria caracterizado quando o autor:

Ciente da existência de um risco substancial e injustificável ao interesse público ou individual protegido pela norma, conscientemente desconsidere a possibilidade de produção de um resultado criminoso e/ou a possibilidade de existência de circunstâncias concomitantes que tornaram criminosa sua ação ou omissão¹⁵².

Este elemento não deve ser confundido com a culpa consciente prevista no artigo 18, inciso II¹⁵³ do CP. Ao contrário desta culpa que ocorre quando um agente prevê que sua conduta poderá ocasionar um resultado lesivo, contudo acredita e confia que sua ação não gerará um injusto¹⁵⁴, o *recklessness*, mesmo consciente que sua conduta apresenta risco lesivo, desconsidera a possibilidade de um resultado lesivo e desconsidera a possibilidade de existência de circunstâncias que, diante de sua ação ou omissão, a tornariam uma conduta criminosa.

No que tange ao elemento *negligence*, Sydow afirma que este elemento se aproxima com a culpa inconsciente do ordenamento jurídico pátrio, e aponta que o *Model Penal Code* o define como um agir “negligente acerca de um elemento do tipo ou da ofensa quando deveria estar consciente de um risco substancial e injustificável gerado por sua conduta”, além de exigir “que o risco não notado pelo agente deve envolver o dever de cuidado que uma pessoa normal observaria e respeitaria na mesma situação”¹⁵⁵. Lucchesi sintetiza este elemento é semelhante ao *recklessness*, porém, possui divergências quanto à determinação um dever de cuidado, em vez de um dever de conduta, bem como a análise de uma pessoa razoável, não uma pessoa com o dever de cumprir a lei¹⁵⁶.

¹⁵¹ Ibid.; p. 73

¹⁵² Ibid.; p. 73

¹⁵³ “Art. 18, I: Diz-se o crime: II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹⁵⁴ Nesse sentido, Bitencourt afirma “há culpa consciente, também chamada culpa com previsão, quando o agente, deixando de observar a diligência a que estava obrigado, prevê um resultado, possível, mas confia convictamente que ele não ocorra”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 250.

¹⁵⁵ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 99.

¹⁵⁶ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., 2018. p. 73.

Por fim, tem-se o elemento *knowledge*, que é reiteradas vezes equiparado com o dolo eventual. Conforme aduz Lucchesi, este elemento refere-se “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”¹⁵⁷.

Assim sendo, o autor complementa expondo que, o sujeito age com *knowledge* quando tem ciência de que, quanto à sua conduta, “é praticamente certo” que ocasionará resultado lesivo previsto em lei¹⁵⁸. Ou seja, tendo em vista que para o *knowledge* é necessário que o agente conheça alguma circunstância elementar do tipo e, portanto, tem quase certeza do resultado, prosseguindo com a conduta, no dolo eventual, o agente está ciente de que com a conduta, o resultado lesivo é provável, contudo aceita o risco de talvez produzi-lo e prossegue com a ação.

Nesse sentido, Lucchesi aponta que a cegueira deliberada, no sistema da *common law*, tem o condão de permitir a expansão da punibilidade nos delitos cujo requisito *knowledge* se faz presente, na medida em que o agente não tem conhecimento necessário das circunstâncias elementares do crime, mas prossegue com a conduta lesiva¹⁵⁹. Aqui a cegueira deliberada propõe critérios para balizar o conhecimento punível no elemento *knowledge*. O autor afirma que:

Em seu sentido comum, a expressão *knowledge* levou à interpretação judicial e acadêmica de que se trataria de conhecimento efetivo a respeito da natureza da conduta, da existência de circunstância elementar do crime ou da quase-certeza de ocorrência de um resultado. *Knowledge*, portanto, seria conhecimento de fato; algo que o sujeito efetivamente sabe.

Não é por outro motivo que se desenvolveu a *willful blindness* doctrine: partindo da premissa que não se poderia permitir que os acusados pudessem utilizar a ignorância propositada dos fatos como uma defesa à imputação de um crime, estabeleceu-se que a ignorância deliberada pelo acusado teria as mesmas consequências penais que o conhecimento efetivo. Trata-se de regra de interpretação extensiva do conceito legal de conhecimento. Se *knowledge* é uma elementar subjetiva dos crimes de desconhecimento provocadas pelo próprio autor integram esse elemento subjetivo para todos os efeitos legais.

Já a aplicação da teoria, no direito penal brasileiro, segundo Lucchesi, “não visa expandir por analogia o âmbito de incidência do conhecimento”, mas tende a justificar o dolo eventual por requisitos de consentimento e indiferença¹⁶⁰. Complementa o autor que os

¹⁵⁷ Ibid.; p. 72-73.

¹⁵⁸ Ibid.; p. 73.

¹⁵⁹ Ibid.; p. 154.

¹⁶⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., 2018. p. 155.

defensores desse posicionamento entendem que a indiferença é um componente central do dolo eventual e, portanto, ao propor a equivalência deste com a cegueira deliberada, insere tal requisito inexistente na sua origem, como parâmetro de aplicação e verificação do dolo¹⁶¹.

Lucchesi aponta o elemento de “ciência de elevada probabilidade de existência de uma circunstância elementar do crime, exigida pelo Código Penal Modelo nos Estados Unidos e pela jurisprudência dos tribunais federais, foi mal traduzida como se fosse ‘indiferença’”¹⁶². Nesse sentido, segundo o autor, na tradução dos defensores do requisito “indiferença”, foi entendido que o agir com conhecimento não necessariamente corresponde com o conhecimento positivo, mas também pode se dar “quanto à elevada probabilidade de existência do fato em questão”¹⁶³. Conclui, afirmando que a tradução correta seria: “Agir ‘com conhecimento’, portanto, não é necessariamente agir apenas com conhecimento efetivo, mas também agir com ciência da elevada probabilidade de existência do fato em questão”¹⁶⁴.

Isto posto, é válida a crítica feita por Lucchesi, haja vista que resumir o dolo eventual ao conceito de “indiferença” limita as possibilidades de responsabilização penal que o próprio tipo alcançaria, além de expandir demasiadamente o conceito de dolo, gerando insegurança jurídica¹⁶⁵. Outrossim, tal determinação conceitual poderia fazer com que casos em que o agente não possua pleno domínio da criação do risco, em vez de responder a título de culpa, poderia responder pelo crime doloso, tendo em vista o conceito alargado de dolo¹⁶⁶.

Nesse sentido, é evidente que os pressupostos e fundamentos que permeiam a cegueira deliberada e o dolo eventual são diferentes, haja vista sistemas jurídicos, imputação subjetiva, elementos subjetivos e estruturas jurisdicionais frontalmente distintas. Assim, tendo em vista que o intérprete está adstrito ao cumprimento da lei, deve este zelar por sua devida aplicação, nos moldes legais, em atenção ao Princípio da Legalidade.

¹⁶¹ Ibid., p. 155.

¹⁶² Ibid., p. 156.

¹⁶³ Ibid., p. 155.

¹⁶⁴ Ibid., p. 155-156.

¹⁶⁵ Ibid., p. 157.

¹⁶⁶ Ibid., p. 157.

2.2. Positivização dos deveres de conhecimento

É imprescindível trazer uma discussão acerca dos deveres de conhecimento, especialmente quanto a um movimento que estabelece o dever de conhecimento implícito que, bastando sua violação, sua conduta seria equiparada a de um delito culposos. Nesse sentido, vale discutir a aplicação desse “dever de conhecimento” nos casos previstos em lei e nas hipóteses em que o intérprete entende o caso concreto.

Primeiramente, é importante trazer como pode, na análise da culpabilidade, aferir a vontade e o conhecimento, para então fazer uma análise da aplicabilidade deste último, visto que ambos poderiam se manifestar em sentido psicológico-descritivo ou normativo-atributivo. Vives Antón entende que tradicionalmente, a definição de conhecimento advém de uma concepção cartesiana da “mente”, cujo processo mental se dá a partir “do interior da consciência do sujeito e é, portanto, inacessível à constatação empírica direta dos demais, que não de conformar-se com inferi-lo a partir de atuação externa”¹⁶⁷. Assim sendo, os fenômenos psíquicos estão disponíveis primeiramente ao agente, estando a critério desde a exposição a observadores externos.

Partindo de uma compreensão do conhecimento como resultado psíquico e, atendo-se às definições dogmáticas do conhecimento, tem-se este expressado pelo critério psicológico-descritivo quando existente “apenas o conteúdo efetivo da consciência do indivíduo, excluindo-se o conhecimento potencial e o conhecimento inconsciente”¹⁶⁸. Tal concepção é aplicada pelo direito brasileiro.

Nessa linha, Greco aponta que o conhecimento em sentido psicológico é fundamental para o dolo, visto que só o conhecimento tem o condão de gerar o “domínio sobre a realização do fato, domínio esse que justifica uma punição mais severa tanto por aumentar as necessidades de prevenção, como a responsabilidade de quem atua”¹⁶⁹. Lucchesi, diante dessa perspectiva de um sentido psicológico para o dolo, afirma que tal entendimento por si só já resolveria o

¹⁶⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, **Reexame do dolo**. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). **Dolo e direito penal: modernas tendências, vários autores**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 89.

¹⁶⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., 2018, p. 141.

¹⁶⁹ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte, et al. (Orgs.). **Líber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 893.

problema da cegueira deliberada no direito penal brasileiro, na medida em que “quem atua sem conhecer efetivamente alguma circunstância elementar do tipo penal não agiria com conhecimento efetivo, não sendo possível falar em dolo”¹⁷⁰.

Por sua vez, ainda resta outra definição quanto ao conhecimento, que é suprida pelos defensores do conhecimento com sentido normativo-atributivo. Lucchesi aponta que tal sentido tem como objetivo a normatização dos critérios para determinação do dolo, na medida em que, “um resultado é produzido dolosamente quando e porque corresponde com o plano do autor a partir de uma valoração objetiva”¹⁷¹.

Complementa o autor afirmando que tal definição ocorre também nos casos de dolo eventual, tendo em vista que deve haver um plano pelo agente, “pois a percepção de um risco a bens jurídicos não dissuade o autor de seguir adiante com a conduta proposta, de modo que seu plano é integrado pela possível lesão a bens jurídicos”¹⁷². Nesse sentido, Sydow afirma que surge um debate de difícil superação, tendo em vista que existem defensores de uma ampliação do poder discricionário da interpretação da norma, e defensores de uma prevalência normativa, que restringe a margem de apreciação do intérprete da lei¹⁷³.

Carvalho aponta que, diante do esforço de comprovar elementos subjetivos a partir de elementos concretos e objetivos, a “teoria do delito cria equívocos de ordem normativa (falácia metafísica)”, na medida em que “a jurisprudência incorre em uma falácia empiricista, pois não é crível que de dados objetivos se projetem elementos subjetivos”¹⁷⁴. Nessa linha, Carvalho propõe reduzir a margem de apreciação criada pelas “fórmulas abertas do Direito Penal”, e direcionar a análise para conceitos “menos obscuros possíveis”, a fim de trazer mais validade e segurança jurídica na aplicação da lei.

Nessa linha, Sydow fez uma análise dos tipos penais para averiguar quais previam expressamente deveres de conhecimento¹⁷⁵, e concluiu que o legislador não o fez assim, quanto

¹⁷⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., 2018. p. 141.

¹⁷¹ Ibid., p. 141.

¹⁷² Ibid., p. 141-142.

¹⁷³ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 99.

¹⁷⁴ CARVALHO, Salo de. **Dolo Eventual, Frank e suas Fórmulas**. Disponível em: <http://antiblogdecriminologia.blogspot.com/2011/03/dolo-eventual-frank-e-suas-formulas.html>. Acesso em: 25 mai. 2020.

¹⁷⁵ Nesse sentido, Sydow enumerou os tipos penais que previam expressamente o dever de conhecimento: “a) o artigo 234-A, IV e o artigo 316 do Código Penal Brasileiro apresentam a expressão ‘sabe ou deveria saber’; b) o

aos demais tipos penais, por não achar adequado ou pragmático, o que não permite que o magistrado o entenda o fato como bem querer. Para isso, propõe uma adaptação legislativa, para suprir a lacuna da ausência de normatização expressa do conhecimento nos tipos penais, para assim reduzir a margem de apreciação do juiz.

É importante ressaltar que tal margem discricionária pode enveredar para interpretações desfavoráveis a princípios garantistas e balizadores do ordenamento jurídico, além de permitir que os magistrados possam confundir e adaptar institutos deliberadamente, como ocorreu com a equiparação do dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada. Nesse sentido, Sydow afirma que essa “permissividade para que o magistrado aplique livremente institutos expansivos enfraquece a ideia de separação dos poderes, diminuindo o valor e importância da criação legislativa”¹⁷⁶.

Assim sendo, a fim de evitar possíveis arbitrariedades do intérprete da lei, segundo Sydow, caberia o legislador uma tarefa árdua de alterar a legislação penal para incluir a positivação do dever de conhecimento¹⁷⁷. Nessa linha, a cegueira deliberada restaria limitada aos casos em que a lei trabalha o conhecimento específico como elemento fundamental do tipo.

Diante disso, Jakobs entende que não deve haver um “dever de evitação de resultado” baseado na capacidade de valoração individual, tendo em vista que a própria ideia de evitabilidade individual não se aproxima de critérios objetivos, incitando insegurança jurídica¹⁷⁸. Desse modo, buscar-se-ia uma quietude quanto ao expansionismo do que seria entendido por conhecimento no direito penal.

artigo 130, e o artigo 180, parágrafo 1º do Código Penal Brasileiro apresentam a expressão: ‘deve saber’; c) o artigo 138, parágrafo 1º do Código Penal Brasileiro apresenta a expressão ‘sabendo’; d) o artigo 174 do Código Penal Brasileiro apresenta a expressão ‘devendo saber’; e) o artigo 245 do Código Penal Brasileiro apresenta a expressão ‘saiba ou deva saber’; f) o artigo 324 do Código Penal Brasileiro apresenta a expressão ‘saber’; g) o artigo 334, parágrafo 1º, incisos ‘III’ e ‘IV’ do Código Penal Brasileiro apresenta a expressão ‘sabe ser’; h) os artigos 339 e 340 do Código Penal Brasileiro apresentam a expressão ‘sabe’”. SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 182-183.

¹⁷⁶ Ibid., p. 181.

¹⁷⁷ Ibid., p. 187.

¹⁷⁸ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 187 *apud* JAKOBS, Gunther. **Strafrecht. Allgemein Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, De Gruyter, Berlin**. Tradução de Spencer Toth Sydow. New York, 1983, 2ª ed. 1991.

2.3. Da violação do dever de cuidado

O estudo da *willful blindness* e suas implicações está longe de seu fim, tendo em vista o vasto entendimento doutrinário e jurisprudencial, fazendo com que a teoria sofra mutações e adaptações. Ocorre que um dos entendimentos mais explorados é quanto à imputação subjetiva partindo de violações do dever de cuidado do agente. Este item tem por finalidade trazer uma breve exposição desta temática e suas implicações.

Sydow, ao trazer o posicionamento de Ingeborg Puppe, afirma que esta entende que “o conhecimento tem função constitutiva para o injusto, e isso se identifica na constituição dos deveres de cuidado, que dependem de que se parta de determinado conhecimento do autor”¹⁷⁹ Nesse sentido, o autor conclui que por isso, a construção da figura do conhecimento na culpabilidade, merece uma objetivação¹⁸⁰.

Para isso, Sydow apontou que o uso do argumento do “dever de cuidado” é mais bem aplicado aos casos de ignorância deliberada do que os casos de cegueira deliberada em sentido estrito¹⁸¹. Considerando que a ignorância deliberada ocorre quando o agente não conhece com precisão os fatos da realidade presente, suspeita deles e não os investiga, e prossegue com sua conduta, aqui, quanto ao ato de investigar, a violação do dever de cuidado mostra-se evidente¹⁸².

O mesmo não se pode dizer da cegueira deliberada *stricto sensu*, visto que aqui o agente conhece em parte, certos fatos presentes ou futuros, e cria meios prévios para não situação futura, o que torna evidente que não se poderia exigir um “dever de cuidado” com uma situação incerta e futura¹⁸³. Sydow completa que nesta situação, o legislador poderia fiscalizar e reprimir tais condutas por meios administrativos e de *criminal compliance*, em razão do conhecimento da ilicitude ser atual, não futuro¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Ibid., p. 113.

¹⁸⁰ Ibid., p. 113.

¹⁸¹ Ibid., p. 113.

¹⁸² Ibid., p. 113.

¹⁸³ Ibid., p. 113.

¹⁸⁴ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 113-114.

Nesse sentido, conclui-se que há uma reprovabilidade penal diante do resultado final, na medida em que o autor, devendo agir mas não agindo, com a finalidade de evitação do conhecimento, prossegue com a conduta, o que o torna no mínimo negligente, visto que não tomou as devidas cautelas necessárias ao caso¹⁸⁵. Partindo dessa premissa, duas são as possibilidades de que o argumento do “dever de cuidado” se reveste de respaldo legal, sendo estas presentes nas hipóteses de crimes omissivos e culpa por negligência ou imprudência.

Nessa linha, o artigo 13, parágrafo 2º do Código Penal Brasileiro perfaz que: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Sendo assim, quanto à hipótese dos delitos omissivos, Artur de Brito Gueiros Souza conceitua suas variações, definindo que o crime omissivo próprio é aquele em que ocorre com a “simples abstenção que viola o dever legal de agir previsto na norma penal incriminadora” e, portanto, o “legislador se contenta com a desobediência à norma mandamental, sendo desnecessária pois, a verificação material de qualquer evento”¹⁸⁶.

Conforme traz Mirabete, por tratar-se de crime de mera conduta, não se exige resultado no mundo dos fatos¹⁸⁷. Desse modo, o referido autor traz como exemplos o caso em que não se presta assistência a pessoa ferida (omissão de socorro do art. 135¹⁸⁸ do CP), o caso do médico que “não comunica a ocorrência de moléstia cuja notificação é compulsória” (art. 269¹⁸⁹ do CP), dentre outros¹⁹⁰.

Já os delitos omissivos na modalidade imprópria, que suscitam a figura do “garante”, segundo Souza, ocorrem quando o “omitente, pela posição especial em que se colocou, não evita a produção do resultado a que estava obrigado a impedir” e, por este motivo, o legislador

¹⁸⁵ Nesse sentido, o terceiro circuito federal norte americano, apresentou que: “*a concepção principal de cegueira deliberada [é a de que se trata de] um estado mental de maior culpabilidade que a simples negligência ou levianade/culpa grave e mais propensa ao conhecimento*”. Tradução de Spencer Toth Sydow de “*The mainstream conception of willful blindness [is that it is] a state of minde of much greater culpability than simple negligence or recklessness, and more akin to knowledge*”. SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 114.

¹⁸⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre os delitos omissivos. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/3931>. Acesso em: 18 jun. 2020.

¹⁸⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 131-132.

¹⁸⁸ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹⁸⁹ Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória. BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 131-132.

não “impõe ao sujeito apenas o dever de motivar-se, mas, sim, o dever de atuar para impedir a ocorrência do evento desvalioso”¹⁹¹. Aqui nesse caso há um dever legal de garantidor, em razão de sua função e posição, que faz com que este responda pelo resultado do injusto.

Posto isto, Sydow aponta que a ponto principal está em um conceito normativo, visto que consiste na ausência de uma participação da causação da ação, bem como o não impedimento do resultado final, que advém de uma imposição do ordenamento jurídico¹⁹². Nessa perspectiva, o autor afirma que:

A verificação da não investigação de uma suspeita revela que uma omissão é peça chave (*conditio sine qua non*) para a consecução do resultado nos casos de cegueira deliberada em sentido amplo (e na própria relação causal do artigo 13 do Código Penal, em sua segunda parte), nesta primeira vertente analítica. Ao se avaliar se alguém que possuía uma suspeita, podia e devia agir, despertam-se conceitos relacionados aos deveres de cuidado¹⁹³.

Quanto à segunda possibilidade de violação de um dever de cuidado, encontram-se os delitos consumados culposamente de forma negligente ou imprudente. Aqui, conforme aponta Hungria, “negligencia è o desleixo, a inação, a torpidez” e “imprudência tem caráter militante e comissivo”, e referem-se à “inobservância das cautelas aconselhadas pela experiência comum em relação à prática de certos atos”¹⁹⁴.

Sydow, ao citar Bittencourt, apresenta que este entende que nos delitos culposos há uma discordância entre a ação praticada e a que deveria ter sido realizada em razão de um dever objetivo de cuidado¹⁹⁵. Deste modo, o autor aponta que a culpa na modalidade negligente se destaca pelo fato de que o autor, podendo investigar a suspeita, resta ausente a investigação quanto ao elemento do tipo. Já na imprudência, o autor age sem o devido “dever de cuidado”, consubstanciado no ato de investigar, o que faz com que a reprovabilidade de ambas as condutas surja diante de “um não agir a partir de uma suspeita”¹⁹⁶.

Nesse sentido, constata-se que o dever de cuidado já se mostra presente no ordenamento jurídico brasileiro, conforme depreende-se das hipóteses enumeradas neste item. Desta maneira,

¹⁹¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Op. cit.

¹⁹² SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 117.

¹⁹³ Ibid., p. 117.

¹⁹⁴ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 203.

¹⁹⁵ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 118.

¹⁹⁶ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 118.

a *willful blindness* pode apresentar várias vertentes interpretativas que, de certo modo, podem gerar insegurança jurídica, devendo o intérprete analisar a imputação subjetiva do agente à luz dos conteúdos normativos já presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4. O problema da figura da alta probabilidade

Conforme exposição anterior, é evidente que há variações de entendimento de como a teoria da cegueira deliberada pode ser aplicada no caso concreto. Conquanto hajam defensores da equiparação com o dolo eventual, da atribuição do dever de cuidado, uma nova gama de defensores da figura da alta probabilidade de um injusto ganhou força. Isso porque as cortes norte-americanas passaram a discutir tal temática, bem como desenvolvê-la seguindo as peculiaridades dos casos paradigma, uma característica marcante do sistema de precedentes da *common law*.

O Código Penal Modelo, consoante exposição no capítulo I e conforme delimitado por Burgel, entendeu que para haver a constatação de existência de conhecimento do autor, diante de sua conduta, seria necessário que este tivesse ciente da elevada probabilidade da existência de um elemento do tipo, a não ser que ele verdadeiramente confie que o fato não existe¹⁹⁷. Dessa forma, a teoria ganha novos contornos, distanciando-se do “dever de agir” demonstrado no item anterior.

Nesse diapasão, a premissa de que a “alta probabilidade” gera o conhecimento de elemento do tipo, segundo Sydow, veio com o objetivo de estender a margem de aplicação do “*knowledge*”, que como já demonstrado, é o conhecimento que o agente tem em relação à natureza da conduta praticada e eventuais circunstâncias imprescindíveis ao cometimento do injusto¹⁹⁸. O autor, ao analisar o *Model Penal Code*, como já elucidado, verificou que o código não prevê a cegueira deliberada, mas cria induções lógicas que levam à interpretação do instituto. Assim o legislador norte-americano fez, ao colocar na seção 2.02 (7), que se considera que o agente tinha conhecimento (*knowledge*) dos elementos do tipo, “quando uma pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência”, salvo se ela acredita que ele não existe¹⁹⁹.

¹⁹⁷ BURGEL, Letícia. Op. cit., p. 494.

¹⁹⁸ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 125-126.

¹⁹⁹ "(7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist". THE AMERICAN LAW INSTITUTE

Nesse sentido, Sydow aponta: “equivaleu-se a ideia de alta probabilidade de conhecimento com o conhecimento em si, numa espécie de princípio. Na sistemática norte americana, ressalte-se o conhecimento (*knowingly*) equipara-se ao dolo indireto e possui um elevado grau de reprovabilidade”²⁰⁰.

Assim, para melhor entendimento, o autor traz como exemplo um indivíduo que é procurado por pessoa desconhecida, que lhe oferece elevada quantia em dinheiro para transportar um volume. Ocorre que, mesmo o indivíduo entendendo que há uma alta probabilidade de que o volume contenha algo ilegal, este ignora, não questiona a natureza do volume, aceita o pagamento e segue com o transporte²⁰¹.

Outro exemplo trazido por Sydow, que corrobora com o entendimento da teoria em relação à “alta probabilidade”, consiste na análise da conduta do próprio agente que faz um prognóstico de possíveis circunstâncias futuras, verifica a probabilidade de ocorrerem ilícitos, cria métodos de evitação do conhecimento para que não consiga identificar elementos do tipo, e assim, não ser responsabilizado penalmente²⁰².

Apesar dos vários exemplos, problemas acabam surgindo na aplicação dessa interpretação da *willful blindness*, dentre eles o da possibilidade de verificação da probabilidade de um possível conhecimento do agente sobre um fato. Nesse sentido, Burgel critica que não é uníssono o entendimento de como essa probabilidade será verificada, além de questionar como essa probabilidade será analisada; se por meio de critérios objetivos, ou mediante discricionariedade do intérprete²⁰³. Além disso, a autora aponta que é necessária a discussão quanto a “um parâmetro que determine o que deve ser considerado como uma probabilidade relevante a ponto de equiparar a ignorância do agente ao conhecimento”²⁰⁴.

Um segundo problema apontado por Burgel reside na própria definição do conhecimento do agente. A autora expõe que dentro do conceito de conhecimento há, por vezes,

(ALI). Model Penal Code. Official Draft And Explanatory Notes. Philadelphia, 1985. Section 2.02(7), p. 49. Tradução de Spencer Toth Sydow. SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 125.

²⁰⁰ Ibid., p. 125.

²⁰¹ Ibid., p. 126.

²⁰² Ibid., p. 126-127.

²⁰³ BURGEL, Letícia. Op. cit., p. 495.

²⁰⁴ Ibid., p. 495.

a equiparação do conhecimento propriamente dito e a capacidade de se obter conhecimento. Para isso, a autora diferencia ambas as figuras:

A capacidade de conhecimento diz respeito ao agente, trata-se, ao nosso ver, de um critério subjetivo, na medida em que procura observar se aquele sujeito tinha, no momento da ocorrência do fato, capacidade suficiente de determinar a ilicitude do mesmo, questionando acerca das suas capacidades pessoais, de modo a analisar se era exigível que ele tivesse conhecimento. De outro lado, o conhecimento não diz respeito a uma situação hipotética, imaginada pelo julgador, mas sim ao fato concreto, o que aconteceu, se o agente tinha, no momento do ocorrido, o efetivo conhecimento de todas as elementares típicas²⁰⁵.

Diante dessa perspectiva, parece haver uma transposição do “conhecimento” do fato para a mera suspeita do fato. Assim sendo, este entendimento já aproxima a teoria da cegueira deliberada ao viés próximo ao perigo doloso, ao revés do “dever de cuidado” que é característico por se aproximar da culpa em sentido estrito. Nessa linha, considerando que o entendimento da teoria diante “alta probabilidade” do conhecimento encontra resguardo na ação desvalorada do autor que poderia ter agido corretamente e não agiu, é válida exposição da Puppe quanto à postura deste autor:

Afinal, que o autor não leve a sério o perigo do resultado, não se aproprie dele, não o veja para si, não formule um juízo para si válido, tal pode significar tanto que o autor nega a possibilidade do resultado de modo somente emocional, como também intelectual. Por isso é que também dentro da doutrina dominante é controverso se o autor, em seu estado psíquico de ignorar o perigo, ainda sabe dele ou não o reconhece mais²⁰⁶.

Dessa forma, Sydow aponta que estaria o “dever de cuidado” ligado à reprovabilidade quanto ao agir “fora dos padrões sociais adequados (legais ou normativos)” enquanto que a “alta probabilidade” estaria relacionada a uma situação “em que se esperaria que uma pessoa padrão (física ou jurídica) não tivesse agido daquela forma”²⁰⁷. Assim sendo, o autor conclui que “a consciência atual dá lugar à consciência potencial e ao agir prudente diante de variáveis que apontem para a possibilidade de um injusto”²⁰⁸.

Importa destacar, conforme ainda aponta Sydow, que algumas cortes estadunidenses, com a finalidade de suprir possíveis lacunas e evitar uma discricionariedade desrazoável,

²⁰⁵ Ibid., p. 495.

²⁰⁶ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, Introdução e Notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 54-55.

²⁰⁷ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 128.

²⁰⁸ Ibid., p. 128.

cominaram os requisitos da alta probabilidade com a ação deliberada de evitação da confirmação do fato²⁰⁹. Todavia, como verificado anteriormente, a ausência de conhecimento pode advir de uma ação ou omissão do agente, vindo a colidir com o segundo requisito proposto, visto que poderia a criação de métodos de evitação do conhecimento e a não investigação de uma suspeita serem ações deliberadas de evitação de confirmação do fato?

Quanto a isso, Sydow aponta que o Ministro Anthony Kennedy da Suprema Corte americana, no caso *Global Tech Appliances Inc vs. SEB S.A.*, em voto vencido, suscitou tal indagação, além de afirmar que considera que “uma interpretação exageradamente larga do conceito de ação deliberada poderia permitir uma expansão muito violenta da responsabilidade criminal e sugeriu que houvesse conceituação rígida da expressão (frente à alta probabilidade)”²¹⁰.

Ocorre que, segundo o autor, o posicionamento do Ministro não foi majoritário, o que acabou levando ao sistema de precedentes norte-americano os argumentos genéricos de que a ação consistiria em “uma decisão consciente de não ter conhecimento”, além de consistir na “falta de investigação suficiente”²¹¹ do agente, o que leva novamente ao debate da larga margem discricionária para a análise do conhecimento diante da imputação subjetiva ao agente.

Dessa forma, alguns entendimentos, como os que serão trabalhados no próximo capítulo, vieram com o objetivo de trazer ao intérprete um direcionamento seguro para a análise do conhecimento no injusto, a fim de evitar arbitrariedades e uma posterior condenação injusta.

²⁰⁹ Ibid., p. 129.

²¹⁰ Ibid., p. 129.

²¹¹ Ibid., p. 129.

CAPÍTULO III - DESDOBRAMENTOS ACERCA DA APLICABILIDADE DO INSTITUTO

3.1. Por uma análise normativa do conceito de dolo

Diante de um cenário de incertezas criado pelas várias interpretações acerca de como a cegueira deliberada pode ser aplicada ao caso concreto, a vertente defensora de um dolo normativo veio com o objetivo de sanar algumas lacunas, principalmente quanto à crítica da elevada margem discricionária do juiz. Dessa forma, é necessária uma breve explanação da normatização do conceito de dolo apresentada por Puppe, para então verificar sua aplicabilidade em relação à teoria da *willful blindness*. Por sua vez, antes que se adentre na discussão acerca do dolo normativo, é preciso que sejam delineadas as divergências dos elementos subjetivos que compõem o injusto penal.

Puppe é uma crítica persistente às posições contrárias a uma maior normatização dos critérios de imputação subjetiva. A autora assevera que a ausência de critérios objetivos faz com que a jurisprudência caminhe para a confecção de decisões casuísticas, mesmo que isso custe lesões à própria legalidade²¹². Nesse sentido, Puppe afirma:

Em todo caso individual em que o autor crie conscientemente um perigo de resultado, pode o juiz tanto chegar à conclusão de que o autor agiu dolosamente, por ter entregue ao caso a ocorrência ou não do resultado, como também à de que o autor agiu sem dolo, por ter possivelmente confiado na não-ocorrência do resultado e por existir um elevado obstáculo psíquico diante do dolo de homicídio²¹³.

Sydow destaca que Puppe vem de uma base funcionalista²¹⁴ voltada à imputação objetiva, na medida em que defende a aproximação dos conceitos de dolo e culpa. Partindo

²¹² Nesse sentido, Gomes aponta o entendimento de Puppe: “há evidente ausência de clareza nos caminhos trilhados pela jurisprudência, permitindo decisões casuísticas e ao alvedrio do princípio da legalidade, sobretudo nos casos de clamor público (pressão dos meios de comunicação), posição do agente, sujeito passivo ou contingências sociais”. GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2007, p. 63 *apud* PUPPE, Ingerborg. Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica. Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2013.

²¹³ PUPPE, Ingerborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 58, v.14, 2006, p. 107-108.

²¹⁴ Nesse sentido, Pacelli dispõe: “É nesse cenário que surge o funcionalismo penal, que, em quaisquer de suas vertentes, parte da rejeição do conceito final de ação e afirma a prevalência das necessidades regulativas do sistema, para fins de estruturação da dogmática jurídico-penal. De tal modo isso ocorre que a perspectiva naturalista dos sistemas anteriores se vê superada por uma concepção prioritariamente normativista do Direito Penal, que, mesmo considerando como ponto de partida da imputação ao tipo a causalidade, termina por diminuir significativamente a importância de alguns dos critérios mais tradicionais de apuração do nexos causal, tal como

dessa premissa, a tradição de opor tais elementos subjetivos proposta pelo finalismo estaria superada, tendo em vista que, conforme aponta Puppe, “a imputação tanto dolosa quanto culposa pressupõe, além da causalidade, a criação e a realização de um risco não permitido”²¹⁵.

Destaca-se que a teoria da imputação objetiva, conforme aponta Roxin, ocorre quando a conduta do agente só será responsabilizada quando “o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo”²¹⁶. Assim sendo, observa-se que, o funcionalismo baseia-se nessa disparidade entre o risco permitido e o risco juridicamente relevante.

Nesse sentido, Puppe expõe que “o dolo nada mais é que um caso especial de culpa”, visto que há uma gradação lógica dos institutos, na medida em que for eliminado “do conceito de culpa a negação das elementares conceituais específicas do dolo”²¹⁷. Assim, segundo a autora, o desvalor da ação perante às figuras imputativas estaria ligado ao risco proibido relevante, portanto, não tolerado pela lei²¹⁸. Sydow, nessa linha, explica o posicionamento de Puppe:

Isso porque em ambas figuras o desvalor da ação recai na criação de riscos não tolerado, fato que ocorre igualmente no dolo e na violação de um dever de cuidado. Assim afirma que o dolo e imputação dolosa se relacionam com a culpa e a imputação culposa não como um aliud mas como um plus. Por isso, o dolo seria uma violação de um dever de cuidado acrescida do elemento volitivo e a culpa em sentido estrito, a violação do dever de cuidado simplesmente, sem intenção de obtenção de resultado, afastando-se os conceitos de “querido” e “não querido” da teoria da vontade²¹⁹.

Por sua vez, Puppe complementa seu raciocínio, reconhecendo mais um elemento subjetivo, a leviandade, traduzido do termo alemão *Leichtfertigkeit*, que demonstra uma figura

sucedem na elaboração da imputação objetiva do resultado. Nessa, a imputação ao tipo objetivo procura arrimar-se na ideia reitora da criação do risco não permitido no âmbito do alcance do tipo – presente, à saída, a causação – para que se possa atribuir o resultado ao autor como obra sua”. PACELLI, Eugenio. **Funcionalismo e dogmática penal: ensaio para um sistema de interpretação**. GenJurídico, 20 fev 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/20/funcionalismo-dogmatica-penal-ensaio-sistema-interpretacao/>. Acesso em: 20 mai. 2020.

²¹⁵ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, Introdução e Notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 9.

²¹⁶ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 38, v. 10. 2002, p. 13.

²¹⁷ PUPPE, Ingeborg. Op. cit., 2004, p. 9.

²¹⁸ Ibid., p. 15.

²¹⁹ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 136.

mais grave da culpa e menos grave que o dolo²²⁰. Sydow explica que este instituto da culpa grave corresponde a um “comportamento arriscado ou irresponsável”, considerado algo próximo ao conceito de *recklessness*²²¹. Assim sendo, Sydow afirma que tal figura guarda relação com aplicação do instituto da cegueira deliberada²²² na medida em que Puppe apresenta: “essa forma de imputação dispensaria o requisito da previsibilidade do resultado típico, mas não o da violação do dever de cuidado nem o do nexo de imputação entre ação típica (...) e suas consequências”²²³.

Diante disso, Puppe trabalha a *willful blindness* a partir do instituto da *Tatsachenblindheit*, qual seja, a cegueira diante dos fatos. Trata-se do caso em que o autor não conhece dados relevantes, por sua total indiferença em relação ao bem jurídico. A autora apresenta que é pressuposto que o agente, além de conhecer a possibilidade de lesão ao bem jurídico por intermédio de sua conduta, conheça “os pressupostos fáticos do risco não permitido, por ele criado”²²⁴. Acrescenta a autora que tal instituto é diferente do dolo direto, na medida em que “se submetermos o perigo que fundamenta o dolo e a consciência do perigo às severas exigências que se mostram necessárias, praticamente deixarão de ser possíveis tais casos de cegueira diante dos fatos”²²⁵.

Além disso, Puppe expõe que a hipótese em que o agente identifica a possibilidade de um injusto e por conseguinte cria “estratégias psíquicas” e bloqueios para evitação do conhecimento, demonstra que o risco reconhecido pelo agente era controlável e, portanto, evidencia um maior descaso ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico²²⁶. Nesse sentido, Hungria preconiza que “mais culpado é aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si, em cotejo com aquele que teve esse cuidado, mas credulamente se persuadiu de que o obstáculo se afastaria a tempo”²²⁷.

Ademais, Sydow aponta que o teoria finalista proposta por Welzel e adepta aos defensores da teoria da vontade, representaria um risco ao bem jurídico, tendo em vista que

²²⁰ PUPPE, Ingeborg. Op. cit., 2004. p. 15-16.

²²¹ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 136.

²²² Ibid., p. 136.

²²³ PUPPE, Ingeborg. Op. cit., 2004. p. 15

²²⁴ Ibid., p. 10.

²²⁵ Ibid., p. 10.

²²⁶ Ibid., p. 56.

²²⁷ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 203.

colocaria nas mãos do agente a “decisão por estratégias psíquicas” com a finalidade de evitação da responsabilidade penal”²²⁸. Tal argumento contesta veementemente a tese proposta por Welzel, que acredita que a finalidade se baseia na “capacidade de vontade de prever” e, portanto, sem esta vontade a ação estaria estruturalmente abalada, sendo “rebaixada a um processo causal cego”²²⁹.

É neste ponto que Puppe critica tal problemática, ao afirmar que “se essa indiferença deve ser recompensada com a não-reprovação por dolo, é um problema da determinação correta ou da legitimidade do chamado elemento volitivo do dolo”²³⁰. Ou seja, conforme aponta Sydow, o ponto crucial para a constatação da reprovabilidade de uma conduta seria a criação consciente de um perigo, não obstante a vontade final do agente²³¹.

Nesse sentido, o que seria levado em consideração não é se o agente levou a sério a criação de um risco não permitido, mas se ele sabia da possibilidade desse risco. Aqui, a autora defende uma maior normatização dos elementos presentes na análise da imputação subjetiva, em contraponto à verificação da livre decisão do agente, priorizando critérios mais normativos em detrimento dos mais volitivos. Destarte, Sydow aponta que:

(...) Não se deve perguntar se o autor confiou na não ocorrência de um resultado mas sim se a confiança merece ser levada em consideração pelo direito, dando um caráter mais objetivo para as considerações acerca do elemento subjetivo. Uma lógica, portanto, imputativa que busca um sentido normativo em detrimento do psicológico²³².

Além disso, para resolver o problema da distinção do dolo e culpa partindo de uma concepção de perigo, a autora defende uma teoria da probabilidade, cuja distinção entre os elementos subjetivos faz-se qualitativamente²³³ a partir de uma subdivisão do perigo em duas

²²⁸ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 138.

²²⁹ Nesse sentido, Welzel apresenta que: “*Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción*”. Tradução livre. WELZEL. Hans. **El nuevo sistema del derecho penal - una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial IbdeF, 2001, p. 42.

²³⁰ PUPPE, Ingeborg. Op. cit., 2004, p. 11.

²³¹ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 139.

²³² Ibid., p. 139.

²³³ PUPPE, Ingeborg. Op. cit., 2004, p. 70-71.

facetas, perigo doloso e perigo culposo²³⁴. Assim sendo, o critério qualitativo que definiria se um perigo está direcionado ao dolo ou à culpa, refere-se ao homem médio racional que, diante de um perigo relevante, seguiria sua conduta somente se aceitasse a ocorrência de provável desfecho lesivo²³⁵.

Outrossim, Puppe critica o fato de que o agente “não é juridicamente competente para decidir sobre a relevância de um perigo por ele conhecido para o seu comportamento, nem para decidir sobre o injusto que a criação deste perigo representa”²³⁶. Desse modo, segundo a autora, restaria contemplada a fórmula de Herzberg que perfaz: “não interessa se o autor levou a sério um perigo por ele reconhecido, mas sim se ele reconheceu um perigo que deveria ser levado a sério”²³⁷. Nesse sentido, Sydow conclui que tal posicionamento refere-se à teoria da cegueira deliberada, na medida em que: “o mero desconhecimento dos fatos (elementos do tipo) seriam uma estratégia inútil de um réu em certas ocasiões, visto que certos comportamentos trariam em si cargas de conhecimento de risco em homens médios que não poderiam ser negadas”²³⁸.

3.2. A proposta espanhola para aplicação do instituto

Conforme levantado por alguns magistrados que aplicaram a teoria da cegueira deliberada no Brasil, a Espanha foi um dos primeiros países de matriz romano-germânica a aplicar o instituto, bem como trazer discussões relevantes acerca da temática. Diante do cenário já apresentado, a *willful blindness* foi incorporada no sistema jurídico da *civil law*, especialmente no Brasil, sem um estudo profundo da imputação subjetiva, bem como restou ausente, conforme aponta Callegari e Weber, testes e verificações adequadas, servindo para que alguns intérpretes garantissem a condenação do réu da forma como bem entendessem²³⁹. Ocorre que no velho continente não foi diferente. Para tanto, importa expor os argumentos pelos quais Ragués I Vallès critica a aplicação do instituto na Espanha, além de propor uma alternativa de aplicação.

²³⁴ Ibid., p. 79-80.

²³⁵ Nesse sentido, Puppe afirma: “Se fica, porém, comprovado o conhecimento de um perigo de vida intenso, manifesto e evidente, de um perigo, enfim, que uma pessoa racional não correria, a não ser que aceitasse o resultado como consequência de sua ação, não permite a teoria intelectual do dolo que o autor se defenda do reproche por dolo alegando que ele, ainda assim, não aceitara o resultado, não o aprovara, mas confiara em sua não ocorrência”. Ibid., p. 126.

²³⁶ Ibid., p. 126.

²³⁷ Ibid., p. 126.

²³⁸ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 141.

²³⁹ CALLEGARI, André Luiz; WEBER, Ariel Barazzetti. Op. cit., p. 26.

De início cabe ressaltar que Vallès, como aponta Sydow, propõe um conceito jurídico de “ignorância deliberada em sentido estrito”²⁴⁰, tendo em vista que os julgados espanhóis não deixam claro “se para a equiparação da abstenção de conhecimento com verdadeiro conhecimento seria necessária (i) a suspeita de atividade ilícita ou (ii) se haveria conhecimento sempre que a alegação de ignorância fosse por si inverossímil”²⁴¹. Dessa forma, a definição espanhola do instituto ficaria como sendo “(...) a situação em que alguém podendo e devendo conhecer de sua conduta, toma deliberada ou conscientemente a decisão de manter-se na ignorância em relação a elas”²⁴².

Posto isto, são relevantes as críticas feitas por Sydow acerca da aplicação da teoria em solo espanhol, quais sejam o problema do Estado de se abster do dever de delimitar e provar o elemento subjetivo do tipo e, “até que ponto seria possível atribuir deveres de conhecimento em uma sociedade que taxativamente apresenta e positiva deveres de conduta ou métodos para se inferir deveres de conduta”²⁴³. Nessa linha, o autor aponta:

(...) A identificação da teoria leva em conta duas situações modelo: numa o agente atua de modo premeditado ou indiferente, criando mecanismos que buscam evitar colocá-lo numa circunstância de violação de dever de cuidado ou conhecimento; mas também há a situação em que o agente deixa de tomar cautelas que gerariam a consciência de uma problemática, num cenário em que há espaços legais ou brechas que permitem margem para manobras²⁴⁴.

Ademais, Ferraz expõe que Ragués I Vallès trabalha com um conceito intermediário entre o agir doloso, que expressam a negação de valores e bens jurídicos compartilhados pela norma que os protegem, e o agir culposos, que nada mais é que uma violação de dever de cuidado²⁴⁵. Nesse sentido, segundo Ferraz aponta que Vallès afirma que, para que haja um nivelamento de aplicação da pena ao agir doloso ou culposos, dever-se-ia observar:

²⁴⁰ Nesse sentido, Ragués utiliza o termo “ignorância deliberada em sentido estrito” em equivalência com a “cegueira deliberada em sentido estrito”, visto que a teoria da cegueira deliberada na Espanha é chamada de ignorância deliberada.

²⁴¹ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 194.

²⁴² SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 194 *apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **La ignorancia deliberada em Derecho penal**. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2007, p. 158.

²⁴³ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 195.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 195.

²⁴⁵ FERRAZ, Sérgio Valladão. **O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo**. Tese de doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2018, p. 168-169.

A necessidade de se castigar mais gravemente o autor doloso repousaria, então, em dois pontos: para que a pena tenha o efeito de reafirmação dos valores questionados e de pacificação social ela deveria ser mais contundente em face do dolo (hostilidade ou indiferença grave em face ao direito) do que em relação à imprudência (indiferença leve em face ao direito); e a pena deveria provocar o fracasso do infrator aos olhos da coletividade, o que exigiria consequências mais graves para o autor doloso direto de primeiro grau em relação a quem agiu com dolo eventual ou imprudência²⁴⁶.

Dessa forma, Vallès, conforme aponta Ferraz, parte de uma base funcionalista sistêmica para buscar uma definição de ignorância deliberada que “esteja presente um grau de indiferença grave apesar do desconhecimento, grave o suficiente para exigir uma ‘necessidade’ de pena superior à indiferença leve”²⁴⁷. Para isso, Ferraz demonstra o questionamento de Vallès, que refere-se à distinção entre a indiferença grave, também chamada de dolo eventual, e a indiferença leve, consubstanciada em um agir imprudente, tendo como principal balizador a presença ou ausência de conhecimento por parte do agente²⁴⁸.

Nessa linha, Vallès, como demonstra Ferraz, conclui que a maioria dos casos, que a Corte aplicou a teoria da cegueira deliberada configurariam casos de dolo eventual, bem como a outra parte, uma minoria de casos, poderiam ser aplicados a ignorância deliberada em sentido estrito proposto pelo autor²⁴⁹. Essa teoria abrange as hipóteses em que “de maneira intencional, o sujeito evitou adquirir inclusive aqueles conhecimentos mínimos que requer o dolo eventual, conseguindo, assim, afastar o tratamento próprio dos crimes dolosos e atreindo, no máximo, a imputação por imprudência”²⁵⁰. Assim sendo, aponta Ferraz:

Haveria então uma lacuna de punibilidade em relação às hipóteses de ignorância deliberada em sentido estrito, a qual confere sentido à empreitada de se formular uma categoria de imputação subjetiva consistente na ignorância deliberada, capaz de apenar o agente de maneira tão intensa e extensa quanto se pune a conduta dolosa²⁵¹.

Diante disso, como expõe Sydow, Vallès apresenta cinco elementos que estruturariam o conceito da cegueira deliberada e que deveriam ser verificados para uma correta e segura aplicação da *willful blindness*. Os elementos elencados seriam:

²⁴⁶ FERRAZ, Sérgio Valladão. Op. cit., p. 180-181.

²⁴⁷ Ibid., p. 267.

²⁴⁸ Ibid., p. 244.

²⁴⁹ Ibid., p. 102.

²⁵⁰ FERRAZ, Sérgio Valladão. **O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo**. Tese de doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2018. p. 268 *apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **La ignorancia deliberada em Derecho penal**. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2007, p. 18.

²⁵¹ Ibid., p. 268.

(1) deve se estar numa situação em que o agente não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o elemento de um tipo penal em que está inserido; (2) tal informação, apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade; (3) o agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação relacionada à situação em que está inserido; (4) deve haver um dever de conhecimento do agente sobre tais informações; (5) é necessário se identificar uma motivação egoística que manteve o sujeito em situação de desconhecimento²⁵².

Dessa forma, Sydow conclui que o posicionamento de Vallès segue um modelo dogmático de exclusão de alternativas. Assim, ocorreria quando objetivasse os requisitos e pregasse que o dolo “seria uma suposição que exige justificação previsível em critérios, assim atribuindo-se normativamente sob bases de conhecimento de determinadas circunstâncias por indivíduos”²⁵³.

3.3. Possível aplicabilidade da teoria no Brasil

Conforme já exaustivamente abordado neste trabalho, a aplicação da cegueira deliberada pelos tribunais brasileiros deu-se de forma desmedida, tendo em vista que os intérpretes não fizeram uma análise prudente do instituto à luz da teoria do delito, bem como careceu de uma análise prudente dos elementos presentes na imputação subjetiva dos casos expostos. Desse modo, conforme aponta Lucchesi, não há como fazer um simples transplante de teoria de um sistema jurídico diverso do brasileiro, tendo em vista que a pretensa função do instituto na *common law* resolve lacunas de natureza diversa da *civil law*²⁵⁴.

Nesse sentido, como já trabalhado, não há a possibilidade de equiparação do dolo eventual e a cegueira deliberada no direito brasileiro. Primeiramente porque a *willful blindness* tem função de expandir a punibilidade nos delitos cujo requisito *knowledge* faz-se presente, qual seja na situação em que o agente não tenha o conhecimento efetivo das circunstâncias elementares do injusto²⁵⁵, conforme delineia Lucchesi. Assim sendo, não se faz correta a aplicação extensiva do instituto por equiparação ao dolo eventual, simplesmente pelo fato de que *knowledge* não é seu sinônimo.

²⁵² SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 198 apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Op. cit., p. 183-187.

²⁵³ Op. cit., p. 199.

²⁵⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., 2018. p. 153-154.

²⁵⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., 2018. p. 154.

Diante desse debate acerca da equiparação da *willful blindness* e o dolo eventual, o que se deve ter em mente, conforme alude o referido autor, é “se a conduta imputada pelo autor se subsume a todos os elementos objetivos e subjetivos colocados pelo tipo penal”²⁵⁶, para que assim ocorra uma condenação mais justa. Destarte, Lucchesi afirma que a verificação do instituto pelos tribunais evidenciou o seu desconhecimento do próprio conceito de dolo e sua aplicabilidade²⁵⁷. Nessa perspectiva, conforme análise do autor, a jurisprudência acrescentou elementos volitivos, como consentimento e indiferença, na análise do dolo eventual, além de considerar este último elemento essencial para a configuração da *willful blindness* e inexistente na teoria originalmente utilizada nos Estados Unidos²⁵⁸.

Posto isto, quanto aos termos “indiferença” ou “aceitação do resultado”, Lucchesi enfatiza que estes foram mal interpretados a partir do requisito da “alta probabilidade de existência de uma circunstância elementar do crime exigida pelo Código Penal Modelo”²⁵⁹. Mesmo assim, este foi o requisito mais utilizado para a responsabilização do fato típico por dolo eventual. Assim, conclui o autor que tal requisito não deve definir o dolo eventual, pois resta insuficiente, pelos fundamentos já preconizados no item específico deste trabalho, além de ser incompatível com a cegueira deliberada da *common law*, tratando-se apenas de adaptação artificial da teoria²⁶⁰.

Ademais, Lucchesi aponta que o requisito da indiferença não aproxima do conceito originário da cegueira deliberada, mas o descaracteriza por completo²⁶¹. Além disso, o autor afirma que “os elementos propostos não conduzem necessariamente à conclusão que a conduta a ser imputada ao autor a título de cegueira deliberada seja dolosa”²⁶². Assim sendo, o autor complementa que não basta utilizar de forma genérica os termos “indiferença” e “dever saber” para que direcione a conduta a um agir doloso. Nestes termos, Lucchesi defende:

É preciso que se fundamente por que a conduta em questão merece ser tratada como dolosa a partir dos critérios estabelecidos pelos arts. 18 e 20 do CP e das definições de vontade e de conhecimento adotadas. Analisando os requisitos propostos

²⁵⁶ Ibid., p. 154.

²⁵⁷ Ibid., p. 155.

²⁵⁸ Ibid., p. 155.

²⁵⁹ Ibid., p. 156.

²⁶⁰ Ibid., p. 157.

²⁶¹ Ibid., p. 159.

²⁶² Ibid., p. 159.

individualmente, um a um, logo se verifica que o que se propõe enquanto cegueira deliberada não equivale a dolo²⁶³.

Destarte, o autor defende a prevalência da interpretação da culpa quanto ao agir sem o conhecimento necessário dos fatos. Desse modo, Lucchesi aponta que, se o conhecimento é requisito imprescindível para a caracterização do dolo, conforme dispõe o art. 20 do CP, “a uma situação envolvendo ausência de conhecimento não pode ser considerada dolosa sem que haja elementos adicionais que permitam a atribuição de algum grau de domínio à conduta do autor”²⁶⁴. Para isso, conclui que o direito norte-americano traz a ciência da alta probabilidade de comportamento delitivo como elemento adicional, já a proposta de Vallès para a *civil law* exige como elemento uma suspeita inicial pelo agente, mas em momento algum “especifica qual o grau de desconfiança necessário para responsabilização dolosa”²⁶⁵.

Assim, conforme Lucchesi, para que o autor seja responsabilizado dolosamente, deve ser demonstrado que este tinha minimamente um conhecimento efetivo da situação. Partindo disso, concluir-se-ia que este tinha o “domínio ou controle da execução de sua ação”, característicos de um agir doloso do autor. Além disso, este conhecimento “não precisa ser completo ou empiricamente verificado, podendo ser atribuído ao autor a partir das circunstâncias do caso”²⁶⁶.

O autor utiliza a definição original da *common law* para a teoria da cegueira deliberada, ao concluir que se o agente sabe da existência de uma alta probabilidade de que sua conduta constitui um injusto e por isso, “decide não aprofundar seu conhecimento para evitar confirmar a sua suspeita, talvez possa ser dito que o autor de alguma forma saiba o que espera encontrar”²⁶⁷. Para isso, Lucchesi parte de uma análise atributivo-normativa de conhecimento, visto que não necessariamente a:

(...) Exteriorização de um sentido identificada pelo direito penal da filosofia da linguagem - pode-se imputar algum grau de conhecimento ao autor, permitindo sua responsabilização a título de dolo. Veja-se que a identificação do dolo nas situações de cegueira deliberada depende menos da definição de um conceito de cegueira deliberada que do conceito de dolo adotado²⁶⁸.

²⁶³ Ibid., p. 159.

²⁶⁴ Ibid., p. 159.

²⁶⁵ Ibid., p. 159.

²⁶⁶ Ibid., p. 162.

²⁶⁷ Ibid., p. 162.

²⁶⁸ Ibid., p. 162-163.

Desta maneira, Lucchesi compactua com a ideia de verificação da conduta por meio de uma análise dos requisitos subjetivos presentes do ordenamento jurídico brasileiro, presumindo, *a priori*, que o agir sem o conhecimento mínimo configura uma atitude culposa. Assim, defende a possibilidade de que alguns casos de cegueira deliberada possam ser considerados dolosos “caso preenchidos os requisitos para a configuração do dolo, a depender do que se entenda por conhecimento, categoria central à definição de dolo”²⁶⁹.

3.4. Da análise da legalidade: dolo ou imprudência

A cegueira deliberada divide-se em ignorância deliberada, que consiste em um indivíduo não conhecer perfeitamente os fatos da realidade, suspeita destes e, podendo conhecê-los para sanar tais suspeitas, não o faz, para que ao final não seja responsabilizado; e cegueira deliberada em sentido estrito, que é caracterizada por um indivíduo que conhece fatos presentes ou futuros, suspeita deles, contudo cria meios antecipados para evitar identificação futura, tolerando as supostas consequências e, portanto, evitando a responsabilidade. Partindo disso, é fundamental fazer uma análise quanto à possibilidade de responsabilização do indivíduo, em especial diante da cegueira deliberada em sentido estrito.

Em ambas as situações existem dois lapsos temporais, sendo o primeiro o momento em que a pessoa identifica a possibilidade de risco em sua conduta, não investiga a possibilidade ou cria meios prévios de evitação do conhecimento, e o segundo, a consequência lesiva não quista, ou entendida, e a conduta realizada ensejou a lesão ao bem jurídico.

Ademais, Sydow aponta, principalmente quanto à cegueira deliberada *stricto sensu*, três características evidentes, quais sejam: a utilização de estratégias de evitação de conhecimento futuro; a ausência de dolo do agente no instante da lesão ao bem jurídico, em razão da carência de conhecimento/consciência; e, a conexão entre “uma eventual possibilidade de evitação do resultado lesivo ou um esforço nesse sentido por parte do indivíduo (ou empresa) caso não tivesse adotado a estratégia de evitação”²⁷⁰.

²⁶⁹ Ibid., p. 163.

²⁷⁰ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 163.

Ocorre que, como já demonstrado, Sydow afirma que para a constatação de um agir doloso, é indispensável a vontade e consciência atual do autor quanto ao dolo de primeiro grau; a consciência da elevada probabilidade da obtenção do resultado lesivo a partir de uma conduta para o dolo de segundo grau; ou, a consciência da criação de um risco relevante e com potencial lesivo ao bem jurídico, sem a paralisação da conduta apesar de sua previsibilidade, na hipótese de dolo eventual²⁷¹.

Já quanto ao delito na modalidade culposa, verificam-se os requisitos, cumulativos ou não, de negligência, imperícia ou imprudência, caracterizados pelo que Sydow atribui ser por omissão ou “ação incorreta (conduta mal dirigida), geradora de consequências, sem intenção de resultado mas com consciência da conduta tomada”²⁷². Diante disso, o referido autor aponta que nenhuma das figuras dolosas presente na imputação subjetiva do ordenamento jurídico brasileiro mostra-se adequada para a aplicação da cegueira deliberada em sentido estrito. A ignorância deliberada será mais bem abordada ao final da exposição.

Nesse viés, Sydow aponta que o agente em cegueira deliberada não age “com dolo relacionado à ação que possui o nexa causal com o resultado juridicamente reprovável”. Além disso, também não “é responsável pela conduta geradora do resultado porquanto esta é praticada por um terceiro e/ou em momento futuro bastante distinto da primeira ação”²⁷³. Dessa forma, o autor afirma que é imprescindível criticar a possibilidade de reprovação da conduta preventiva antecedente ao resultado lesivo, uma vez que esta conduta poderá levar ou não a um envolvimento futuro do indivíduo na realização do injusto.

Partindo da ignorância deliberada, estaria o agente criando um risco não permitido ao não investigar uma suspeita que equivaleria um injusto? Quanto à cegueira deliberada em sentido estrito, estaria o agente criando um risco não permitido ao suspeitar de algo e criar meios que impeçam um aprofundamento do fato? Estariam ambos violando um dever de cuidado expresso ou implícito?

Nesse sentido, Puppe aponta que para que uma ação seja causal para um dano, esta precisa possuir “a qualidade de ser contrária ao dever”, “no sentido de que ela seja parte

²⁷¹ Ibid., p. 163.

²⁷² Ibid., p. 163.

²⁷³ Ibid., p. 164.

necessária de uma condição suficiente para sua ocorrência”²⁷⁴. Esse dever de cuidado pode ser expresso, quando estiver disposto especificamente pelo ordenamento jurídico, como no caso do delito de omissão de socorro; ou implícito, quando das condutas reprovadas pelo direito, o agente as concretiza na modalidade culposa, como por exemplo homicídio culposo em direção automotiva. Assim, Puppe assevera que não se trata da relação de contrariedade ao dever de cuidado ou a realização do risco não permitido, mas trata-se da relação necessária entre a contrariedade ao cuidado devido pela ação e o resultado lesivo²⁷⁵.

Passando tal entendimento para a cegueira deliberada em sentido estrito e para a ignorância deliberada, deve-se verificar o dever objetivo de cuidado presente na conduta do agente, sendo ele expresso na norma ou não. Assim, caso o agente, devendo investigar, mas criando meios prévios para evitar a verificação do injusto, ou simplesmente omitindo-se quanto à possível investigação, este responderá culposamente, por ter agido imprudentemente, em razão da violação de um dever de cuidado.

Nessa perspectiva, pode-se dar como exemplo o caso de um vendedor de carros que recebe quantias exacerbadas em dinheiro para os pagamento dos automóveis e não comunica sua gerência, muito menos as autoridades financeiras competentes como a Receita Federal e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF. Aqui, o agente prudentemente poderia ter investigado a suspeita de ilícito. Ou até mesmo o caso em que o gerente, nesta mesma situação, oriente seus funcionários para não passarem a ele os casos que considerarem suspeitos, a fim de evitar responsabilização futura. Nessa linha, Puppe assevera que:

Com efeito, todo dever de cuidado parte do conhecimento do autor sobre uma situação, conhecimento esse que ele obteve de modo mais ou menos causal, mas que o obriga, primeiro, a reconhecer que seu projeto de ação pode criar um perigo não permitido para um bem jurídico, e, depois disso, a formular uma estratégia para eliminar tal perigo, ou para reduzi-lo em dimensões permitidas²⁷⁶.

Destarte, independentemente da situação geradora do injusto, o conhecimento analisado será o suficiente para que este suspeite da possível configuração de um delito. Assim, o agente em cegueira, que diante desse conhecimento, reconhece que a projeção de sua ação pode gerar

²⁷⁴ PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Tradução Luis Greco, Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rosseto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 27.

²⁷⁵ Ibid., 27.

²⁷⁶ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, Introdução e Notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 18-19.

um perigo não permitido a um bem jurídico, age ou se omite para evitar futura responsabilização, viola um dever de cuidado objetivo. Dever de cuidado esse que, segundo Sydow, é característico da imprudência, consubstanciado na ausência do ato de investigar, fazendo com que a reprovabilidade de ambas as condutas surja diante de “um não agir a partir de uma suspeita”²⁷⁷.

Assim sendo, ante uma análise específica da conduta do agente em cegueira ou ignorância deliberada, deve-se ter em mente se a análise verificatória do agente quanto à suspeita for possível ao agente e suficiente para a confirmação do injusto, a conduta estaria, assim, relacionada a um agir imprudente. Desse modo, observa-se que a conduta de agir ou se omitir quanto à verificação de suspeita de fato futuro não enseja de modo algum um delito doloso, tendo em vista que o agente em nenhum momento conhece todos os elementos objetivos do tipo penal.

Nessa linha, não poderia a cegueira deliberada ser equiparada ao dolo eventual, visto que o próprio dolo exige para sua constatação a consciência/conhecimento do resultado típico ou de seu risco, o que seria impossível exigir de um agente que não conhece minimamente o risco de produzir algum resultado lesivo. Assim, não se pode assumir o risco de produzir algo que não se sabe, excluindo portanto, nos termos dos artigos 18 e 20 (este por analogia) do Código Penal, a configuração do dolo.

Destarte, considerando que o artigo 20, CP perfaz que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposamente, se previsto em lei”, caso o agente não possua conhecimento do fato típico e, portanto, elemento constitutivo do tipo, este responderá culposamente, caso previsto em lei. Além disso, para que haja dolo, o conhecimento quanto ao injusto ou o perigo de realização deste tem que ser atual e certo, não apenas uma possibilidade futura²⁷⁸. Até porque um ato de cegueira deliberada não necessariamente pode gerar um injusto, visto que a suspeita do indivíduo não necessariamente poderá ser fundada, podendo pois, ser vazia. Por sua vez, o agente que, podendo averiguar, não

²⁷⁷ SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 118.

²⁷⁸ Nesse sentido, analogicamente, Greco aponta: “Ações praticadas muito antes da fase executória do delito dificilmente constituirão cumplicidade punível”. GRECO, Luís. **Cumplicidade através das ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 46.

averigua, agiria imprudentemente em razão de violação de um dever de cuidado objetivo, visto que um homem médio poderia ter prudentemente investigado.

CONCLUSÃO

O primeiro capítulo buscou tratar da teoria da cegueira deliberada desde sua origem, passando por conceitos terminológicos, práticos e históricos. Quanto aos conceitos terminológicos, foram abordados os conceitos de cegueira deliberada *latu sensu*, *stritu sensu* e ignorância deliberada, bem como o seus respectivos entendimentos conforme a doutrina especializada. Diante dos conceitos práticos, foram abordadas as aplicações do instituto na imputação subjetiva no sistema jurídico da *common law*, bem como foi analisada a recepção da teoria em sistema jurídico diverso, qual seja, a *civil law*. Ademais, foram abordados os conceitos históricos, que trouxeram uma breve exposição de como a teoria foi abordada ao longo dos anos pelo direito anglo-saxão, além de demonstrar sua aplicação ao longo dos anos, nos *leading cases* brasileiros.

O segundo capítulo teve como finalidade abordar discussões acerca do elemento subjetivo do tipo. Para tanto, foram abordadas as problemáticas acerca da equiparação da cegueira deliberada com o dolo eventual, visto que esse foi o principal argumento utilizado para a utilização da *willful blindness* na *civil law*, especialmente nos julgados brasileiros.

Adiante, foi abordada uma exposição acerca da positivação dos deveres de conhecimento, cuja aplicação foi discutida partindo dos diferentes critérios de aferição do conhecimento. Ao final, foram discutidos os limites de aferição do conhecimento pelo magistrado e a solução de delimitar os critérios utilizados na imputação subjetiva, a fim de evitar possíveis arbitrariedades.

Após, foram apresentados os argumentos que subsidiaram o entendimento da teoria sob o viés da violação do dever de cuidado. Foram expostas as hipóteses em que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe como dever objetivo de cuidado e, portanto, procurou-se analisar como tais condutas implicariam em uma responsabilização mais justa.

Ao final do segundo capítulo foi abordado o problema da figura da alta probabilidade, que ensejou grande debate doutrinário. Tal figura, amplamente utilizada pelos tribunais norte-americanos, a depender do sistema jurídico adotado, não possui critérios seguros que possam aferir como essa probabilidade será verificada, se por intermédio de parâmetros objetivos, ou por meio da discricionariedade do magistrado.

No terceiro capítulo, analisou-se os desdobramentos acerca da aplicabilidade do instituto, além de trazer possíveis soluções de como a cegueira deliberada pode, ou não, ser aplicada no Brasil. Partindo disso, foi trabalhada uma exposição do conceito de dolo normativo e, como ele pode ser uma alternativa aos defensores da imputação a título de dolo, na medida em que deveriam ser utilizados critérios objetivos para a análise da conduta.

Em seguida, foi brevemente demonstrada a proposta espanhola para a aplicação da cegueira deliberada. Tal proposta apontou cinco elementos que teriam o condão de identificar a conduta em ignorância deliberada, para assim auferir uma imputação coerente e justa ao agente.

Após isso, foi exposto o entendimento de punir um agir culposo como doloso. Tal tese compactua com a ideia de verificação da conduta por meio de uma análise dos requisitos subjetivos presentes do ordenamento jurídico brasileiro, presumindo, a priori, que o agir sem o conhecimento mínimo configura uma atitude culposa.

Ao final do terceiro capítulo, buscou-se trabalhar como a conduta do agente em cegueira e ignorância deliberada poderia ser analisada, sem implicar em uma violação ao princípio da legalidade. Para tanto, defendeu-se uma análise a partir de critérios de prudência e dever objetivo de cuidado, seja legalmente disposto ou não. Posto isto, foi proposta uma imputação a título de imprudência, em razão desta falta de cuidado do agente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregorio Assagra de. O sistema jurídico nos Estados Unidos - common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 523-560, jan. 2016.

ATIENZA, Manuel. Tradução de André Rufino do Vale. O argumento de autoridade no Direito. **Novos estudos jurídicos**, v. 17, n. 2, p. 144-160, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3964/2307>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal**. Parte geral. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 129. ano 25, p. 479-505, mar. 2017.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzeti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; WEBER, Ariel Barazzeti. 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 Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 133, p. 17-35, ano 25, jul 2017.

CARVALHO, Salo de. **Dolo Eventual, Frank e suas Fórmulas**. Disponível em: <http://antiblogdecriminologia.blogspot.com/2011/03/dolo-eventual-frank-e-suas-formulas.html>. Acesso em: 25 mai. 2020.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Conceito de dolo no Direito Penal Inglês. **Brasília: Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJFDT**, Brasília, nº 8, mai. 1971. p. 11-25. Disponível em: <https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/35145/conceito%20do%20delito%20no%20direito%20penal%20ingles.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 mai. 2020.

CHIESA, Luis E. **Comparative criminal law in Markus Dubber & Tatjana Hornle, Oxford Handbook of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERRAZ, Sérgio Valladão. **O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo.** Tese de doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2018.

GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2007.

GOMES, Márcio Schlee. **Dolo: cognição e risco: avanços teóricos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GONÇALVES, Lucas Pardini. **Imputação dolosa no crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.** Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2019.

GRECO, Luis. **Cumplicidade através das ações neutras – a imputação objetiva na participação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004

_____. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte, et al. (Orgs.). **Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia.** Coimbra: Almedina, 2009.

HERNANDES, Camila Ribeiro. **A impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais no direito penal brasileiro.** Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2018.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Vol. 1. Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Gunther. **Strafrecht. Allgemein Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslhre, De Gruyter, Berlin.** Tradução de Spencer Toth Sydow. New York, 1983, 2ª ed. 1991.

JFCE. **Sentença do Processo Crime nº 2005.81.00.014586-0.** 11ª Vara Federal - Seção Judiciária do Ceará, Justiça Federal de 1º grau da 5ª região.

JFPR. **AP 5026212-82.2014.45.04.7000/PR.** 13ª Vara Federal, Juiz Sergio Moro, Data de julgamento: 22/04/2015. p. 90. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/Evento-1388-SENT1-abreu-e-lima-.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Acertando por acaso: uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber na APN-470. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 1. n. 1, p. 93-106, jul-dez 2018.

_____. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil.** 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MANRIQUE, María Laura. Ignorancia deliberada y responsabilidad penal. México: **Revista Isonomía**, Cidade do México, n. 40, p. 163-195, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEADOR, Daniel John. **American Courts**. 2 ed. St. Paul: West, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico. **Revista de doutrina e jurisprudência**, Brasília, nº 108. p. 166-182, jan-jul, 2017.

OPERAÇÃO Lavajato. **Estadão**. Disponível em: <https://tudo-sobre.estadao.com.br/operacao-lava-jato>. Acesso em: 17 mai. 2020.

PACELLI, Eugenio. **Funcionalismo e dogmática penal: ensaio para um sistema de interpretação**. GenJurídico, 20 fev 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/20/funcionalismo-dogmatica-penal-ensaio-sistema-interpretacao/>. Acesso em: 20 mai. 2020.

PÁDUA, Idiene Aparecida Vitor de. Breves noções de Common Law y Equity no direito inglês. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, n. 15, v.8, p. 143-152, 2005.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, Introdução e Notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

_____. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Tradução Luis Greco, Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

_____. Ciência do direito penal e jurisprudência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 58, v.14, p. 105-113, 2006.

_____. Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica. **Revista para el análisis del Derecho**, Barcelona, p. 1-19, 2013.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **La ignorancia deliberada em Derecho penal**. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2007.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: M. Limonad. 1960.

ROBBINS, Ira P. The Ostrich instructions: deliberate ignorance as a criminal mens rea. **Crim. L & Criminology**, Northwestern, vol. 81, 1990-1991.

ROBINSON, Paul H. **Mens Rea. Faculty Scholarship**, Pennsylvania, paper 34, 2002.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 38, v. 10, p. 101-132, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lavajato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 255-280, ago. 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre os delitos omissivos. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/3931>. Acesso em: 18 jun. 2020.

STF. **Ação Penal 470**. Ministro Joaquim Barbosa: 2013.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. 3ª Reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI). **Model Penal Code. Official Draft And Explanatory Notes**. Tradução de Spencer Toth Sydow. Philadelphia, 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRF-5. **Apelação Criminal. n. 2005.81.014586-0**. Rel. Rogério Fialho Moreira, DJ n. 197, 9 nov. 2008.

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, **Reexame do dolo**. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). **Dolo e direito penal: modernas tendências, vários autores**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WELZEL. Hans. **El nuevo sistema del derecho penal - una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial IbdeF, 2001.