

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL

Faculdade de Direito de Alagoas – FDA

MARIA CAROLINA BASTOS LISBOA

**ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Maceió/AL

Janeiro 2020

MARIA CAROLINA BASTOS LISBOA

**ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Wildson da Silva Dantas

Assinatura do Orientador

Maceió/AL

Janeiro 2020

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

L769a Lisboa, Maria Carolina Bastos.
Análise da aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro / Maria Carolina Bastos Lisboa. – 2020.
64 f.

Orientador: Frederico Widson da Silva Dantas.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2020.

Bibliografia: f. 61-64.

1.Cegueira deliberada. 2. Dolo eventual. 3. Direito penal. I. Título.

CDU: 343.222.2

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA

FORMULÁRIO DE AVALIAÇÃO DO TCC

Orientador: Frederico Dantas
Discente: Ulaine Carolina Bastos Leisboa
Nº de matrícula: 15111172

Título do trabalho: Análise da aplicabilidade da Teoria da
Legislação Deliberada no Direito Penal Brasileiro.

ESPECIFICAÇÃO	FAIXA DE PONTUAÇÃO	NOTAS		MÉDIA
		1AV	2AV	
A RELEVÂNCIA DO TEMA (análise da importância do tema tratado, sua atualidade e possível impacto perante a comunidade acadêmica - articulação correta entre a teoria e a realidade estudada).	0,0 a 2,0	2,0	2,0	
B QUALIDADE DA ABORDAGEM (Fundamentação teórica consistente, bem definida e corretamente desenvolvida; fundamentação legal; equilíbrio e inter-relação entre as partes. Nível de aprofundamento e argumentação. Alcance dos objetivos propostos).	0,0 a 4,0	4,0	4,0	
C QUALIDADE DO TEXTO (análise da redação empregada pelo autor, em termos de clareza, coerência e coesão).	0,0 a 2,0	2,0	2,0	
D QUALIDADE DA PESQUISA (análise do método empregado, seguindo os padrões e as normas técnicas para trabalhos científicos, conforme ABNT mais recente e, especialmente, verificação das fontes/referências: se foram pertinentes, satisfatórias e/ou suficientes).	0,0 a 2,0	2,0	2,0	
NOTA FINAL				9,5

Observação e/ou Recomendação:

Maceió-AL, 10 de fevereiro de 20 20.

BANCA EXAMINADORA:

1º Avaliador (1AV) [Assinatura] Matrícula 2459827
2º Avaliador (2AV) [Assinatura] Matrícula _____

Resumo: A presente monografia pretende trazer uma discussão acerca da possibilidade de aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada ao ordenamento jurídico brasileiro. Essa teoria foi incorporada ao mundo jurídico, como suporte fático, muito recentemente e seus contornos e pressupostos de aplicação ainda não estão bem definidos. Diante da ausência de normatização, muito se discute acerca da natureza jurídica da conduta do agente deliberadamente cego e qual a imputação subjetiva cabível nos casos de cegueira deliberada. Muito embora a teoria tenha surgido em um sistema jurídico diverso do que temos aqui no Brasil, “*Common Law*”, há grandes tentativas de importar a Teoria ao Direito Continental (“*Civil Law*”). No Brasil, a tendência foi a importação da teoria equiparando-a ao dolo eventual, figura normatizada. Muito importante se mostra a análise da Teoria da Cegueira Deliberada em face dos princípios constitucionalmente previstos em nosso ordenamento jurídico, que norteiam a aplicação do Direito Penal, para que assim cheguemos à uma conclusão sobre a possibilidade de aplicação do instituto ao Direito brasileiro.

Palavras Chave: Teoria da Cegueira Deliberada- *Common Law*- *Civil Law*- *mens rea*- Dolo eventual- Legalidade- Presunção de inocência.

Abstract: This paper aims to provoke a discussion about the possibility of applying the Willful Blindness Doctrine to the Brazilian legal system. This doctrine was very recently incorporated into the legal system, as a factual support, and its contours and application assumptions have not yet been well defined. Given the lack of normativization, much is discussed about the legal nature of the blind agent's conduct deliberately and what is the applicable subjective imputation in cases of willful blindness. Although the doctrine has emerged in a system which is different from what we have in Brazil, "*Common Law*", there are great attempts to import the doctrine to Continental Law ("*Civil Law*"). In Brazil, doctrine importation equated to the eventual deceit was the trend, normativized figure. That is the reason why it is very important to analyze the Willful Blindness in view of the constitutionally envisaged principles, in our legal system, which guide the application of the Criminal Law, so that we can reach a conclusion on the possibility, or not, of the institute application to Brazilian Law.

Keywords: Willful Blindness Doctrine; *Common Law*; *Civil Law*; *mens rea*; eventual deceit; Legality; Presumption of Innocence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 UMA ANÁLISE INICIAL ACERCA DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA	08
1.1 Considerações iniciais acerca do conceito de Cegueira Deliberada	08
1.2 Juridicização da Cegueira Deliberada	11
1.3 Análise dos elementos do suporte fático	20
1.4 Discussão sobre a natureza jurídica do instituto da Cegueira Deliberada e crítica à aplicação jurisprudencial do instituto	24
2 ESTUDO ACERCA DA COMPATIBILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELI- BERADA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO	35
2.1 Compatibilidade da Teoria ao “ <i>Civil Law</i> ”	35
2.2 Tentativa de justificação da aplicação da Teoria ao “ <i>Civil Law</i> ”	37
2.3 Relação entre a Teoria da Cegueira Deliberada e o instituto do Dolo Eventual	39
2.4 Utilização da Teoria da Cegueira Deliberada pela jurisprudência brasileira	48
2.5 Análise da compatibilidade da Teoria aos princípios que norteiam a aplicação do Direito Penal	55
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

A reiterada aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada em decisões jurídicas enseja um estudo detalhado acerca do instituto, especialmente no que se refere à compatibilidade com o Direito Penal brasileiro.

O conceito de cegueira deliberada – também denominado cegueira intencional –, adquire sua primeira manifestação na experiência cotidiana, isto é, ainda que de forma genérica, em diversas situações sociais a cegueira intencional se encontra enraizada, seja com o fim de evitar informações dolorosas – como o caso do paciente terminal que faz vista grossa sob as afirmações do médico –, seja para elidir complicações pessoais – por exemplo, o caso do vizinho que escuta os gritos na casa ao lado, mas não notifica à polícia. Assim, qualquer que seja a época histórica que se analisa, é possível que se encontre a presença da cegueira intencional parece.

Do ponto de vista jurídico, a cegueira deliberada pode manifestar-se de duas formas relevantes. A primeira decorre do indivíduo que conhece certos fatos e riscos da sua conduta e, por isso, cria meios de escapar de eventual responsabilização, fechando os olhos para identificar esses riscos e, assim auferir vantagens pelo ato praticado – por exemplo o médico que sai sorrateiramente de um hospital, sem ser visto, para terminar seu turno mais cedo.

Uma segunda forma ocorre quando o indivíduo não conhece perfeitamente o ilícito da conduta que vem a praticar, ainda que suspeite e disponha de meios para tanto, todavia se abstém, como aquele que recebe dinheiro para transportar uma maleta até determinado endereço sem checar o que está dentro.

Diante dessas hipóteses, incorreria em estado de cegueira deliberada aquele que, de forma intencional, furta-se de obter as informações acerca das circunstâncias de sua conduta, ainda que tenha suspeitas do risco de praticá-la. Neste contexto, a intenção do indivíduo de não buscar o conhecimento necessário para reconhecer uma potencial conduta criminosa é a chave para enquadrá-lo no instituto.

A Cegueira Deliberada se incorporou ao mundo jurídico pela primeira vez na Inglaterra, onde se admitiu a possibilidade de punição do agente através da correlação entre a cegueira deliberada e o conhecimento. Transportada aos Estados Unidos, a teoria passou por um refinamento doutrinário e foi aplicada em diversos julgados.

A despeito de o conceito e os pressupostos teóricos de aplicação do instituto carecerem de contornos acurados, algumas premissas são recorrentes, em especial a necessidade de satisfação de dois requisitos, a fim de identificar o agente deliberadamente cego, quais sejam,

a vontade e consciência de permanecer ignorante acerca das circunstâncias de sua conduta, bem como a consciência da alta probabilidade de ilicitude da sua ação.

No entanto, constata-se a problemática aplicação do instituto às decisões jurídicas brasileiras, uma vez que muito se discute acerca de sua natureza jurídica, e também da imputação subjetiva cabível ao agente. Com efeito, a importação teórica ao contexto do ordenamento jurídico brasileiro implica a análise de diversos aspectos.

Sendo assim, investiga-se, no decorrer da monografia, a possibilidade de equiparação da teoria às figuras já normativizadas no Direito Penal, assim como sua compatibilidade com os princípios constitucionais. Neste mister, o surgimento e o desenvolvimento da Cegueira Deliberada em países de tradição do “*Common Law*”, sistema de características diversas ao modelo de “*Civil Law*” adotado pelo ordenamento pátrio, suscitam a dificuldade de harmonização do instituto com os princípios e regras vigentes.

Com efeito, enquanto nos Estados Unidos o *mens rea* (mente culpada) divide-se em quatro categorias de subjetividade, no Brasil, o elemento subjetivo da conduta do agente divide-se apenas em dolo e culpa, incluídas suas possíveis variações.

Pelo exposto, propõe-se uma linha de raciocínio que tem como objetivo analisar, de modo sistemático, a compatibilidade da Teoria da Cegueira Deliberada com o ordenamento jurídico brasileiro, a natureza jurídica e os elementos que compõe o suporte fático, a equiparação à figura do dolo eventual e a aplicação jurisprudencial do instituto.

1 UMA ANÁLISE INICIAL ACERCA DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

1.1 Considerações iniciais acerca do conceito de Cegueira Deliberada

A acepção de cegueira deliberada transcende a característica de um instituto exclusivamente jurídico. Qualquer indivíduo, em algum momento da vida, pode ter se colocado em situação de ignorância¹, o que implica a importância inicial de uma análise sociológica acerca do tema. Ira Robins afirma:

A doutrina criminal da Ignorância deliberada ou “*willful blindness*”, é uma área que levanta tanto dilemas legais como filosóficos, considerando-se o nível convencimento subjetivo e evidência objetiva, os quais constituem o conhecimento.²³

Diversos são os exemplos em que o indivíduo se põe em situação de ignorância sob determinado fato, muitas vezes, para se esquivar de consequências posteriores. Exemplos corriqueiros que estão presentes no cotidiano da sociedade: o vizinho que escuta os gritos dentro da residência ao lado de sua casa, mas não procura saber o que está acontecendo; aquele que aceita transportar um pacote sem saber o que tem em seu conteúdo; a população que não cobra as promessas dos políticos.

Muito dessa problemática, segundo Margareth Hefferman, se dá pelo fato de que a cegueira deliberada é intrínseca ao ser humano.⁴ Em sua obra, a autora descreve uma série de razões dessa conduta humana, além de ilustrar diversas situações em que as pessoas se colocam em situação de ignorância pelo fato de temerem o que está diante de si, por mera conveniência, incredulidade da mudança do sistema, até mesmo por conformismo ou esperança.⁵

A autora cita como exemplos aqueles que, em situação de câncer terminal, se absterem de prognósticos médicos, para se agarrar em falsas esperanças; outros que não realizam seus exames de rotina com receio de encontrar problemas; e, mesmo, os que fingem não saber do adultério de seu conjugue, para manter o padrão de vida.

¹ SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D’plácido, 2019, p. 36.

² ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: **The Journal of Criminal Law Criminology**, 1990, v 81, n° 2, *Northwestern University School of Law: summer 1990-1991*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019, p. 191 *et. seq.*

³ Tradução Livre: “*The criminal-law doctrine of deliberate ignorance, or “willful blindness,” is one such area that raises both legal and philosophical issues concerning the level of subjective conviction and objective evidence that constitutes knowledge*”.

⁴ HEFFERMAN, Margareth. **Willful Blindness: Why We ignore the obvious at our peril**. Canada: Doubleday Canada, 2011, *passim*.

⁵ SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D’plácido, 2019, p. 38.

Nos estudos acerca do tema, a autora, conceitua a cegueira deliberada, como um fenômeno que, seja individual ou coletivo, não possui apenas uma causa, além do que alcança toda sociedade, seja em grande ou pequenas proporções. Diz, ainda, que a cognição do ser humano é limitada, não sendo possível saber de tudo, pelo que decorre a filtragem e a edição daquilo que remanesce na memória, e, assim, observa-se a tendência de retenção das informações desejáveis e o filtro ao que abala o ego e as crenças vitais.⁶

Hefferman apresenta diversas justificativas para tal conduta humana, e, dentre elas, mostra que o ser humano é naturalmente passivo, buscando conforto na ausência de conflito ou de responsabilidade e sentir-se bem em situação que domina e conhece.⁷

Um grande exemplo histórico acerca do fenômeno da cegueira em que se coloca o indivíduo é o caso de Albert Speer, arquiteto alemão que virou braço direito de Hitler na época do Reich, em 1942. Gitta Sereny, na biografia escrita sobre Speer, demonstra a batalha do arquiteto em procurar ou não a verdade acerca dos fatos que estariam acontecendo na era Hitler, em plena Segunda Guerra Mundial.⁸

Conforme é deixado claro por Sereny, Speer, voluntária ou involuntariamente, cria uma estratégia de desconhecimento, de modo a se esquivar de responsabilidades posteriores ou da iminente necessidade de agir. Há um trecho no livro de Hefferman que demonstra essa batalha interna pela qual Speer passou:

Ele cuidadosamente evitou visitar qualquer campo de trabalho ou concentração. Sua única visita- a Mauthausen, na Áustria- cuidadosamente o manteve longe de tudo o que poderia considerar chocante. Mas o novo papel de Speer trouxe-o mais próximo do mal que seu ministério perpetrava.⁹¹⁰

No decorrer da biografia, fica claro o intenso duelo de Speer entre a ignorância às atrocidades que estão sendo cometidas e a realidade de suas funções. Conta a autora que, em agosto de 1943, Speer visitou Dora (um dos campos de trabalho) e que ali estavam alojados escravos trabalhando cerca de 18 horas por dia, dormindo em túneis por eles escavados, sem aquecimento, água ou condições mínimas de sobrevivência. Diante do que teria visto, o arqui-

⁶ HEFFERMAN, Margareth. *Willful Blindness: Why We ignore the obvious at our peril*. Canada: Doubleday Canada, 2011, p. 13.

⁷ SYDOW, Spencer Toth, *Teoria da Cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 40.

⁸ SERENY, Gitta. *Albert Speer: His battle with truth, vintage books*. New York: 1975, *passim*.

⁹ HEFFERMAN, Margareth. *Willful Blindness: Why We ignore the obvious at our peril*. Canadá: Doubleday Canada, 2011, p. 86.

¹⁰ Tradução livre: "he carefully avoided visiting any labor or concentration camps. His one visit- to Mauthausen, in Austria- carefully kept him away from anything he might find shocking. But Speer's new role brought him closer to the evil that his ministry perpetrated".

teto passou um tempo afastado de Hitler. Ao ser preso Speer não admite sua culpa e sim sua corresponsabilidade e apresenta uma frase interessante:¹¹

Não saber é suportável. Ignorância é fácil. Saber pode ser difícil, mas ao menos é real, é a verdade. O pior é quando você não quer saber, por que então a coisa deve ser muito ruim. De outro modo você não teria tanta dificuldade para saber.¹²¹³

Assim como no caso de Speer, em que a cegueira deliberada em sentido amplo é utilizada como meio do indivíduo de se manter alheio as informações à sua volta com o fim de desconhecer certas condutas praticadas, a cegueira deliberada é o cegar-se para o agir, ou com objetivo de legitimar um comportamento¹⁴, é utilizada pelo indivíduo como forma de permanecer em estado de ignorância quando o conhecimento dos fatos obrigar a ação.

Segundo Spencer Sydow, a cegueira deliberada possui diferentes formas de se expressar. Nesse sentido há a cegueira deliberada provocada por uma omissão (protetiva) ou por uma ação (comissiva). Em seus estudos, ele apresenta o instituto da cegueira deliberada expressado em três situações distintas, sendo duas delas juridicamente relevantes para entender a Teoria da Cegueira Deliberada.

Na primeira, o indivíduo conhece certos fatos, passados ou presentes, mas cria mecanismos para não identifica-los em uma situação futura, e com isso ter vantagens pessoais, tolerando as suas consequências, como o médico que sai pela porta dos fundos de um hospital, para não encontrar pacientes que necessitam de atendimento.

Já na segunda, o indivíduo não reconhece perfeitamente os fatos, porém, suspeita deles, teria os meios de conhecê-los, mas se abstém, para obter vantagens pessoais, tolerando suas consequências, por exemplo aquele que aceita transportar um carro de um estado para outro, sem vasculhar o veículo para ver se tem algo entorpecente em seu interior.¹⁵

Por último, tem-se o estado de desconhecimento real, em que o indivíduo não conhece a realidade dos fatos e nem possuía meios para que se chegasse a esse conhecimento, caracterizando-se assim a cegueira genuína, o que o torna irrelevante para os estudos em questão.

¹¹ SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 45.

¹² HEFFERMAN, Margareth. *op. cit.*, p. 89.

¹³ Tradução livre: "*Not Knowing, that's fin. Ignorance it's easy. Knowing can be hard but at least is real, it is the truth. The worst is when you don't want to know - because then it must be something very bad. Otherwise you wouldn't have so much difficult knowing*".

¹⁴ SYDOW, Spencer Toth. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁵ SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 46 *et seq.*

Ademais, o autor apresenta dois estados de cegueira, a passiva ou cômoda, em que o agente se abstém de enxergar a realidade e nada faz para descobri-la, e o estado de cegueira ativa ou produzida, em que o sujeito prevê uma situação de responsabilização futura e cria uma situação para que a ocorrência não chegue ao seu conhecimento, exemplificado em seu livro a partir do caso da empresa Eron, que montou sua organização societária de modo que seus dirigentes e acionistas trabalhassem sobre informações financeiras complexas e de difícil compreensão acerca dos atos de gestão, no denominado efeito labirinto.¹⁶

Por fim, adiciona a diferenciação entre a cegueira deliberada individual e estrutural, a primeira sendo aquela em que o indivíduo se coloca em situação de ignorância, e a segunda, em que é colocado na situação através de uma estrutura, em que há uma mitigação de conhecimento, com o fim de furtrar a responsabilização de pessoas específicas, situação em que todos sabem informações acerca de uma área dos fatos, mas quando colocadas em conjunto, nenhum setor da empresa tem ciência do quadro geral dos acontecimentos, fazendo com que a responsabilização da conduta fique prejudicada.

É importante destacar que a cegueira deliberada aqui estudada diz respeito à situação em que o agente se coloca em ignorância, a fim de se esquivar da aplicação da Lei, ou seja, como meio de burlar a normatividade do ordenamento jurídico. As situações relevantes *a priori* estão relacionadas aos fatos criminalmente relevantes. Conforme as palavras de Spencer Toth:

É fundamental que a situação de ignorância esteja inserida em um contexto criminalmente relevante, que aprioristicamente, deve ser identificado na tipicidade do fato. (...) Mais especificamente, para existência do instituto deve haver ignorância de algum modo, proposital ou omissiva, acerca de um elemento objetivo do tipo.¹⁷

Desta forma, a cegueira deliberada pode ser conceituada como o estado do indivíduo que, de modo intencional, ignora as circunstâncias que circundam a sua conduta, de forma omissiva ou comissiva, para, assim, furtrar-se das consequências penais.

Importante destacar que o agente que se enquadra neste conceito possui suspeitas sob a ilicitude de sua conduta, possui os meios de confirmar suas suspeitas, mas, mesmo assim, de maneira intencional e calculada, prefere manter-se ignorante, para obter vantagens.

1.2 Juridicização da Cegueira Deliberada

¹⁶ *Ibidem*, p. 46 *et seq.*

¹⁷ *Ibidem*, p. 53.

Tendo em vista a base da ideia da cegueira deliberada, todas as hipóteses de ignorância deliberada guardam relação com a definição do que é conhecimento e quando se pode afirmar que o indivíduo o possui de forma plena. Neste sentido, a primeira correlação entre conhecimento e ignorância deliberada, e sua incorporação como fato jurídico, ocorreu na Inglaterra em 1861, no caso conhecido como *Regina vs. Sleep*.

Sleep era um ferrageiro que fora acusado pela posse de parafusos de cobre que continham a marca de propriedade do Estado inglês, sendo levado à Corte por desvio de bens públicos. Ocorre que tal ofensa requeria o conhecimento de que os parafusos seriam de propriedade do governo. Assim, o juiz concluiu que o júri não adotou a tese de que Sleep sabia que os parafusos continham a identificação governamental ou que teria deixado de procurar a verdade acerca da propriedade dos parafusos. A posição adotada pelo juiz sugere que, com as evidências suficientes, a corte teria condenado o réu pela ignorância deliberada, equivalendo-a ao efetivo conhecimento.¹⁸

Por alguns anos, a ideia da ignorância deliberada permaneceu inerte, até que, em 1875, no julgamento do caso *Bosley vs. Davies*, a defesa do réu alegou que, para a condenação do cliente seria necessário o efetivo conhecimento da atividade ilegal praticada. Davies, proprietário de uma pensão, fora acusado de permitir a realização de jogos ilegais em sua propriedade. Em contraposição às alegações da defesa, a corte decidiu:

Que o efetivo conhecimento no sentido de ver ou ouvir, por parte do acusado não seria necessário, uma vez que existem circunstâncias que levam a crer que ele ou seus empregados foram coniventes com o que estava acontecendo.¹⁹²⁰

Outras cortes reproduziram essa tese, tanto em decisões sobre casos que envolviam jogos de azar, como nos casos em que seria necessário o conhecimento (*knowledge*) para imputação penal. Com o passar dos anos, a ignorância deliberada se estabeleceu dentro do ordenamento britânico como alternativa à presunção de conhecimento ante as circunstâncias da conduta.

¹⁸ ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: *The Journal of Criminal Law Criminology*, 1990, v 81, n° 2, Northwestern University School of Law: Summer 1990-1991. Disponível em: https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019, p. 196.

¹⁹ *Ibidem*, p. 197.

²⁰ Tradução Livre: "Actual knowledge in the sense of seeing or hearing by the party charged is not necessary, but there must be some circumstances from which it may be inferred that he or his servants had connived at what was going on."

Nas cortes estadunidenses, a Teoria da Cegueira Deliberada foi inicialmente debatida em 1887, no caso *People vs. Brown*. Os réus foram acusados por aquisição de falsas evidências, contexto em que o juiz, no que diz respeito ao conhecimento, preferiu a seguinte instrução:²¹

Parece ser uma noção prevalente que ninguém é acusado por um conhecimento maior do que aquele que escolhe ter. Que lhe é permitido fechar os olhos para as fontes de informação e desculpar sua ignorância alegando que não viu nada (...) se o indivíduo tem os meios de apurar a verdade sobre o estado dos fatos, através do exercício de diligências ordinárias, ele é obrigado a fazer.²²²³

Não obstante o posicionamento de primeira instância, a Suprema Corte da Califórnia reverteu a condenação, uma vez que a instrução processual indicava que a mera negligência, sem intenção, seria suficiente para condenar o réu. A Corte restringiu a incidência da ignorância deliberada, atestando que, se surgisse um caso que pudesse aparentar que o indivíduo suspeitasse do fato e se abstivesse de pesquisar aquilo que poderia/deveria saber, então a tese de conhecimento poderia ser utilizada.

Em 1899, no caso *Spurr vs. United States*, a Suprema Corte dos Estados Unidos aprovou o primeiro entendimento acerca da ignorância deliberada como alternativa ao conhecimento. Naquela ação, o réu, gerente de instituição bancária, fora acusado de deliberadamente certificar cheques sem fundos de um cliente, pessoa jurídica, sem fazer a devida consulta aos fundos do emitente do cheque. Essa foi a primeira vez que a corte americana aceitou a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada.

No caso em questão, a corte de julgamento pronunciou-se no seguinte sentido:

O mesmo propósito criminoso pode ser presumido se o agente propositalmente se mantém ignorante sobre se o sacador tem dinheiro no banco ou não, ou se é grosseiramente indiferente ao seu dever de conhecer tal fato.²⁴²⁵

²¹ ROBBINS, Ira P. Op Cit., p. 197.

²² ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: **The Journal of Criminal Law Criminology**, 1990, v 81, n° 2, Northwestern University School of Law: Summer 1990-1991. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019. p. 197.

²³ Tradução livre: “There seems to be a prevalent notion that no one is chargeable with more knowledge than he chooses to have; that he is permitted to close his eyes upon all sources of information, and then excuse his ignorance by saying that he does not see anything... [I]f he has the means of ascertaining the true state of facts by the exercise of ordinary diligence, he is bound to do so”.

²⁴ ESTADOS UNIDOS, *United States Supreme court. SPURR v. U.S.*, 174 U.S. 728 (1899). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/174/728/>. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

²⁵ Tradução livre: “And so evil design may be presumed if the officer purposely keeps himself in ignorance of whether the drawer has money in the bank or not, or is grossly indifferent to his duty in respect to the ascertainment of that fact.”

Nestes termos, ainda que apontando a expressão deliberada (*willful*) como aquela que deveria conter tanto intenção como conhecimento, o propósito malicioso do agente poderia ser presumido em situações em que este se coloca de forma proposital em posição de ignorância.²⁶ Foi neste sentido que a Corte estadunidense decidiu, entendendo que a intenção do funcionário poderia ser presumida na medida em que se colocou propositalmente em situação de ignorância acerca do fato de o sacador possuir ou não dinheiro no banco, ou quando foi grosseiramente indiferente à sua função de certificar-se de tal fato.²⁷

Vê-se que a discussão acerca da aplicação da Cegueira Deliberada como fato jurídico exige analisar a intenção do agente em se manter em ignorância, quando as informações acerca da ilicitude de sua conduta estão à sua disposição.

Mesmo utilizando a Cegueira Deliberada, o julgamento *Spurr vs. United States* pouco acrescentou à definição, aplicação, conceitos e pressupostos teóricos. Extrai-se do julgado em comento a necessidade de se provar a intenção do agente de se manter ignorante.

Em 1969, no caso *Leary vs. United States*, a Suprema Corte se expressou sobre os fundamentos da doutrina da Cegueira Deliberada. O réu, ciente da ilicitude da conduta, fora acusado de transportar maconha ilegalmente. O Tribunal utilizou como orientação decisória a definição do Código Penal Modelo, especificamente quanto ao termo conhecimento, o qual não requer um conhecimento real, e sim “se uma pessoa está ciente de uma alta probabilidade de sua existência, a menos que ela realmente acredite que ela não existia”.

Todavia, o Tribunal entendeu que, mesmo amparado na legislação penal, não se poderia afirmar que os fumantes de maconha saberiam que a droga havia sido importada. Assim, a presunção baseada na cegueira deliberada foi considerada inconstitucional em relação àque-la substância e sua importação ilegal.²⁸

Mesmo com a decisão contrária à aplicação da Teoria no caso *Leary vs. United States*, ampliou-se a discussão acerca do instituto e sua aplicação no ordenamento jurídico estadunidense.

Essa tendência de dogmatização do direito penal americano, a partir da criação do Código Penal Modelo, demonstra a necessidade de demarcação da figura subjetiva *mens rea* (mente culpada), ou seja, definir quais são os elementos necessários para se indicar quando o

²⁶SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 79.

²⁷CALLEGARI, André Luís, WEBER, Ariel Barezetti, **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 144.

²⁸*Ibidem*, p. 145.

agente é considerado culpado, uma vez que a discricionariedade do magistrado nos contornos aplicados ao caso concreto trazia insegurança jurídica.

Conforme explica Spencer Toth:

Mais especialmente, houve o entendimento no sentido de que a insegurança da figura genérica da *mens rea* deveria ser substituída pela lógica da legalidade material a partir normatização de figuras. Um início de movimento dogmatizador.²⁹

Apenas em 1970, no mesmo país, que a Teoria da Cegueira Deliberada passou a ser amplamente utilizada nos casos de tráfico de entorpecentes. Naquela década, o Congresso estadunidense aprovou o "*The act prohibits the knowing importation of controlled substances*", disposição que proibia o conhecimento acerca da importação e posse de substâncias entorpecentes de forma dolosa e com a intenção de distribuição.

Tendo em vista a necessidade do conhecimento do agente sobre a importação das substâncias proibidas e a posse com a intenção de distribuição, tornou-se recorrente a tese de defesa que alegava o desconhecimento acerca da importação da substância proibida, bem como a falta de intenção de distribuí-la.

Naquele contexto, os delegados passaram a indiciar qualquer um que estaria na posse de entorpecentes, sob o fundamento de que sabiam da importação, de modo que recorriam à cegueira deliberada e à posição de ignorância assumida pelo agente ao não procurar a verdade dos fatos.³⁰

Nesse sentido, ao equiparar a cegueira deliberada ao conhecimento, a acusação conseguiu punir os agentes, fechando a lacuna legislativa. Assevera Ira Robins que

A facilidade com que narcóticos são ocultados, somado com a relutância da maior parte dos traficantes em apontar detalhes de suas operações facilitou o uso de tal defesa. Para reverter tal questão, promotores viram dupla vantagem em equiparar a ignorância deliberada ao conhecimento. Tal aproximação fecharia o "buraco" deixado pela ignorância deliberada e, por conta de a ignorância deliberada ser mais fácil de provar que o conhecimento em si, reduziria o ônus da prova para acusação.³¹

Transcendendo os casos de Tráfico de Drogas, a ideia da cegueira deliberada também fora utilizada no contexto de ofensas, como falsa declaração de impostos e falsas declarações a imigração e ao serviço de naturalização, entre outros. Muito embora utilizada pelas cortes americanas, diante da falta de um precedente sólido que definisse a correlação entre o conhe-

²⁹SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 81.

³⁰ CALLEGARI, André Luis, WEBER, Ariel Barezetti, **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 240.

³¹ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: **The Journal of Criminal Law Criminology**, 1990, v 81, n° 2, *Northwestern University School of Law: summer 1990-1991*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019. p. 200

cimento e a cegueira deliberada, as cortes desenvolveram uma nova base para doutrina: uma definição de conhecimento que, ampliada, incluiria a cegueira deliberada.³²

O julgamento do caso *States vs. Jewell*, em 1976, aumentou a discussão acerca da ignorância deliberada. *Jewell* foi acusado pela posse de 110 libras de maconha, encontradas em um compartimento do carro em que estava dirigindo ao cruzar a fronteira entre México e Estados Unidos. Na ocasião, a defesa alegou o desconhecimento acerca da substância entorpecente por parte do acusado, seguindo a tendência outrora mencionada, uma vez que o Código Penal Modelo exigia para fins de punição o conhecimento efetivo da importação da droga.

Não obstante a tese da defesa afirmasse que o réu não teria conhecimento acerca da droga encontrada em seu veículo, haviam evidências circunstanciais que indicavam que *Jewell* teria o efetivo conhecimento da presença de maconha, conforme a análise do seu testemunho na corte de apelação, em que alega que um estranho o abordou em um bar no México, indagando-o se gostaria de comprar maconha e, posteriormente, ofereceu-lhe \$100,00 (cem dólares), para que atravessasse a fronteira do México aos Estados Unidos dirigindo um veículo desconhecido.³³³⁴

Ademais, as evidências apontaram que ele teria deliberadamente evitado o conhecimento acerca da presença da droga, para que pudesse ser absolvido caso a substância ilegal fosse descoberta, uma vez que, quando confrontado pelo agente da fronteira acerca do compartimento em que fora encontrada a droga, falou que sempre esteve no carro, porém não investigou mais a fundo.³⁵³⁶

Em que pese às alegações da defesa insistissem na ideia de que deveria ser provado o conhecimento efetivo do acusado para que fosse determinada sua condenação, o juiz do caso alegou que, a despeito do desconhecimento do acusado, sua ignorância fora fruto de uma ação

³² *Ibidem*, p. 203.

³³ ESTADOS UNIDOS, *Court of Appeals for the Ninth Circuit. United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

³⁴ Tradução livre: "*Their testimony regarding acquisition of the load car follows a pattern common in these cases: they were approached in a Tijuana bar by a stranger who identified himself only by his first name "Ray." He asked them if they wanted to buy marihuana and offered to pay them \$100 for driving a car north across the border*".

³⁵ ESTADOS UNIDOS, *Court of Appeals for the Ninth Circuit. United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976). Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156->. Acesso em 21 de outubro de 2019.

³⁶ Tradução livre: "When the Customs agent asked appellant about the secret compartment in the car, appellant did not deny knowledge of its existence, but stated that it was in the car when he got it".

deliberada para evitar o discernimento dos fatos. Diante da condenação, *Jewell* apelou para o 90º circuito, que confirmou as bases de seu julgamento e sua condenação.

Algumas são as conclusões que se pode tirar do julgamento do caso em comento. Verifica-se que a corrente majoritária adotou a definição de conhecimento contida no Código Penal Modelo, a qual aduz que o indivíduo conhece um fato quando "ele está ciente da alta probabilidade de sua existência, a não ser que ele realmente acredite que não existe".^{37,38} Conforme explica Ira Robins, a corte concluiu que o conhecimento estava estabelecido a partir do momento em que a ignorância do indivíduo foi fruto de seu propósito consciente de desconhecer a natureza do que estava no veículo, desta forma o acusado deveria estar ciente da alta probabilidade de que algo deveria estar errado, indicando a quase certeza de que a situação se tratava de um contrabando.³⁹

Ainda sobre evolução do instituto na Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio do julgado *Global-Tech vs. SEB S.A.*, de 2011, novas bases foram acrescentadas à Teoria da Cegueira Deliberada, mesmo não se tratando de processo criminal. No caso em comento, a Suprema Corte afirmou que, para que incidisse o instituto, seria necessário que o agente tivesse conhecimento da alta probabilidade de existência do fato.

Em resumo, a empresa *SEB* inventara uma fritadeira inovadora, conseguindo a patente de seu design nos Estados Unidos e, assim, comercializando-a. Do outro lado, a *Sunbeam Products Inc.* fez à *Pentalpha Enterprises Ltd*, uma fabricante de eletrodomésticos de Hong Kong e subsidiária da Eletrodomésticos *Global-Tech Inc.*, um pedido de fornecimento de fritadeiras com algumas especificações.

Então, a *Pentalpha* adquiriu uma fritadeira *SEB*, e colocou à venda em um mercado estrangeiro sem marcações de patente dos Estados Unidos, isto é, copiando-a inteiramente, salvo as características cosméticas. Além disso, contratou advogado para conduzir os estudos para comercialização da fritadeira sem que este soubesse do ilícito praticado. O profissional,

³⁷ ESTADOS UNIDOS, Código Penal Modelo, § 2.02(7). Disponível em: https://www.ali.org/media/filer_public/23/5d/235db86d-f32c-4b7a-b441-b714a53c7981/mpc-culpability-requirements-202.pdf. Acesso em: 22 de outubro de 2019.

³⁸ Tradução livre: "is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist".

³⁹ ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: *The Journal of Criminal Law Criminology*, 1990, v 81, n° 2, Northwestern University School of Law: summer 1990-1991. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019. p. 205

desconhecendo a imitação, não localizou a patente da *SEB*, pelo que emitiu documento afirmando a inexistência de qualquer violação.

Em seguida, a *Pentalpha* começou a vender as fritadeiras à *Sunbeam* que, por sua vez, as revendeu nos Estados Unidos com seu logotipo e a um preço que despencou os lucros da *SEB*. A empresa entrou com um processo contra a *Sunbeam* por violação de patente e, embora tenha notificado a *Pentalpha* sob o processo, esta continuou a revender sua fritadeira para outras empresas, que as colocavam no mercado sob sua marca.

Então, a empresa *SEB* processou a *Pentalpha* afirmando-lhe que induzia outras empresas a colocar sob circulação suas fritadeiras, violando-lhe os direitos de patente. O júri enquadrou o caso na teoria de infração induzida e o Circuito Federal afirmou que infração induzida nos termos do §271 (b) requer a demonstração de que o suposto infrator sabia ou deveria saber que suas ações induziriam infrações reais.

Ademais, declarou que as provas indicavam que a empresa *Pentalpha*, apesar de não desconhecer a patente da *SEB* antes de ter recebido a notificação da *Sunbeam*, ignorou deliberadamente um risco conhecido, concluindo que essa indiferença por parte da empresa não seria senão uma forma de conhecimento real.⁴⁰

Depreende-se do julgado que, conquanto os Tribunais de Justiça articulem a doutrina da cegueira deliberada de formas ligeiramente diferentes, todos parecem concordar em dois requisitos básicos: (1) o agente deve subjetivamente acreditar que há uma alta probabilidade de que um fato exista e (2) o agente deve tomar ações deliberadas para evitar a ciência desse fato.

Os requisitos dão à cegueira deliberada um escopo limitado de forma adequada, que supera imprudência e negligência. Sob esta formulação, o réu deliberadamente cego é aquele que pratica ações intencionais, a fim de evitar a confirmação de uma alta probabilidade de irregularidade e que quase pode ser dito do conhecimento real dos fatos críticos, diante das circunstâncias que circundam a sua conduta.⁴¹

⁴⁰ ESTADOS UNIDOS, *United States Supreme Court. Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S.; 131 S. Ct. 2060; 179 L. Ed. 2d 1167 (2011). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

⁴¹ ESTADOS UNIDOS, *United States Supreme Court. Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S.; 131 S. Ct. 2060; 179 L. Ed. 2d 1167 (2011). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

Dessa forma, quando aplicada pelas cortes dos Estados Unidos o agente, para poder ser enquadrado na cegueira deliberada, deve ter a crença da alta probabilidade de que o fato realmente venha a acontecer ou deve se esquivar de adquirir o conhecimento, quando os indícios fáticos estiverem plenamente ao seu alcance.

Em resumo, a Teoria da Cegueira Deliberada percorreu cinco fases desde o momento em que fora incorporada como fato jurídico. *A priori*, com o caso *Regina vs Sleep*, a posição adotada pelo juiz sugeriu que, com evidências suficientes, o réu poderia ser condenado por sua ignorância deliberada e que este instituo equivaleria ao conhecimento.

Após, encontramos o caso *Spurr vs. United States*, que trouxe a ideia de que o agente deveria ter a intenção de manter-se em ignorância, esquivando-se de conhecer as informações acerca da ilicitude de sua conduta, quando estivessem à sua disposição.

Em seguida, o julgamento *Leary vs. United States*, em que se passou a basear a aplicação na definição de conhecimento contida no Código Penal Modelo. Muito embora não tenha sido admitida a aplicação da teoria ao caso concreto, este ampliou as discussões acerca do tema e sua posterior aplicação em 1970.

Posteriormente, o caso *Jewell vs. United States* definiu as bases de aplicação da teoria. A corte concluiu que o conhecimento, com base na definição do Código Penal Modelo, estava presente a partir do momento que a ignorância do indivíduo resultasse de sua ação consciente a evitar o conhecimento do fato, ou seja, quando estivesse presente a intenção do agente de se furtar das informações necessárias, para que não seja possível afirmar que possui o conhecimento pleno sobre os seus atos.

Por fim, o caso *Global-Tech vs. SEB S.A*, em 2011, em que foram definidos dois requisitos básicos de aplicação do instituto: 1) a necessidade da crença subjetiva do indivíduo, sob a alta probabilidade de que um fato exista e 2) o ato do réu de praticar ações deliberadas com o fim de evitar o conhecimento acerca do fato.

Mesmo diante de toda a aplicação desta teoria ao longo dos anos, percebe-se que a construção dogmática do instituto está em constante evolução.

⁴² Tradução Livre: “ (b) Although the Courts of Appeals articulate the doctrine of willful blindness in slightly different ways, all agree on two basic requirements. First, the defendant must subjectively believe that there is a high probability that a fact exists. Second, the defendant must take deliberate actions to avoid learning of that fact. These requirements give willful blindness an appropriately limited scope that surpasses recklessness and negligence”.

1.3 Análise dos elementos do suporte fático

Para que se entenda um pouco da teoria aqui apresentada, uma vez que surgiu no direito estadunidense, com base no direito jurisprudencial (*Common Law*), é necessário entender o conhecimento exigível para o direito penal naquele país, em que a ideia da cegueira deliberada foi mais bem desenvolvida e solidificada através de sua aplicação ao longo dos anos.

O *mens rea* ("mente culpada") engloba os elementos subjetivos da tipicidade e a culpabilidade, dentro dos quais está o *intent* (intenção), que se divide em quatro categorias de atitudes mentais: *purpose ou intent* (intenção), *knowledge* (conhecimento), *recklessness* (imprudência) e *negligence* (negligência).⁴³

A figura do "*Purposely*", que em nosso ordenamento jurídico se assemelha ao dolo direto, diz respeito à ação do indivíduo que está ciente dos elementos de sua ofensa, possui a vontade (intenção) de produzir os resultados que decorrem de sua conduta e conscientemente os causa.

Por outro lado, "*Knowingly*" tem correspondência com o dolo indireto, representado pelo indivíduo que não possui a intenção direta de causar o resultado, mas está ciente da alta probabilidade de que ele ocorra.

O instituto do "*Recklessly*" se assemelha a uma dos desdobramentos da culpa, a imprudência, segundo a definição do código penal modelo: "Age imprudentemente aquele que de forma consciente despreza um risco substancial e injustificado de que exista o elemento material ou venham à existir os resultados de sua conduta"⁴⁴.

Por último, a figura "*negligently*", diz respeito a um dos desdobramentos da culpa – a negligência –, que se constitui no indivíduo que age de forma negligente quantos aos resultados de sua conduta, quando deveria estar ciente do risco substancial e injustificado que poderia vir a ocorrer, que pressupõe o dever de cuidado de um "homem médio" diante da situação observada.⁴⁵

⁴³ CALLEGARI, André Luis, WEBER, Ariel Barezetti, **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 125.

⁴⁴ ESTADOS UNIDOS, Código Penal Modelo, § 2.02(7). Disponível em: https://www.ali.org/media/filer_public/23/5d/235db86d-f32c-4b7a-b441-b714a53c7981/mpc-culpability-requirements-202.pdf. Acesso em: 22 de outubro de 2019, p. 226.

⁴⁵ ESTADOS UNIDOS, Código Penal Modelo, § 2.02(7). Disponível em: https://www.ali.org/media/filer_public/23/5d/235db86d-f32c-4b7a-b441-b714a53c7981/mpc-culpability-requirements-202.pdf. Acesso em: 22 de outubro de 2019, p. 226.

De um lado, estão as figuras do “*Recklessly*” e “*negligently*”, pelas quais não se pode apontar o conhecimento do indivíduo acerca dos riscos e resultados de sua conduta, havendo escasso conhecimento dos elementos de tipo. Por outro, estão as figuras do “*Knowingly*” e “*Purposely*”, em que se vislumbra o dolo direto ou indireto do agente, o conhecimento de sua conduta e os riscos e resultados que decorrem dela, atrelados ao elemento subjetivo da vontade.

Nota-se, no entanto, o espaço legislativo deixado àquele indivíduo que, conscientemente, se coloca em situação de desconhecimento, recusando-se a conhecer os elementos do tipo de sua conduta e, com isso, auferir benefícios. Isso ocorre uma vez que todos os institutos relacionados ao intuito do agente pressupõe que ele tenha consciência de sua conduta frente ao injusto.⁴⁶

Na análise de Kant existem três estados mentais relacionados aos fatos empíricos: o-pinião, conhecimento e crença, e, conforme preconiza Ira Robbins, cada um desses estados descreve a relação entre qualidade de evidências objetivas e o nível de convicção subjetiva que se é produzida.⁴⁷ Na visão de Kant, a crença é gênero do qual se tem com espécies a opinião, fê e ciência.⁴⁸

A opinião seria a crença insuficiente, tanto do ponto de vista subjetivo como objetivo; a fê seria considerada subjetivamente suficiente e objetivamente insuficiente; e ciência, a crença objetiva e subjetivamente suficiente. O lado subjetivo está ligado à convicção do indivíduo, aquilo em que ele acredita para si. Por outro lado, a suficiência objetiva diz respeito à certeza daquele fato por todos.

Porém, a discussão sobre a definição do conhecimento é muito mais complexa. Alguns acreditam que o conhecimento e a crença são institutos distintos, enquanto outros afirmam que o conhecimento é apenas uma forma de crença. Acontece que, reiteradamente, o

⁴⁶SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 99.

⁴⁷ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: **The Journal of Criminal Law Criminology**, 1990, v 81, n° 2, *Northwestern University School of Law: summer 1990-1991*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019. p. 210.

⁴⁸Apud ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: **The Journal of Criminal Law Criminology**, 1990, v 81, n° 2, *Northwestern University School of Law: summer 1990-1991*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019. , p. 210.

conhecimento é definido como uma certeza subjetiva que vem atrelada às evidências para determinado fato e em oposto a crença é uma certeza amparada por evidências insuficientes.⁴⁹

O filósofo Normam Malcom traz uma discussão interessante sobre o tema conhecimento X crença. Aponta que a diferença entre conhecimento e crença é o fato de o indivíduo ter ou não razão em suas alegações. Em suas palavras:

Como filósofos nós podemos ficar surpresos por observar que pode o conhecimento de que P é verdade divergir da crença de que P é verdade, apenas no que se diz respeito ao caso de que P é verdade e o outro é falso.⁵⁰⁵¹

Para fazer entender seu ponto de vista, o autor cita alguns exemplos, em um deles utiliza a *Cascadilla Gorge*. Normam explica que, se um indivíduo afirmar que a *Cascadilla* não irá secar e der um motivo forte para isso, por exemplo, ao passar por lá hoje de manhã ele viu muita água. A checagem e corroboração que ali existia mesmo água faria com que não houvesse hesitação em afirmar que aquele indivíduo tinha conhecimento dos fatos.

Por outro lado, encontrando o lugar seco, não seria possível dizer que ele tinha conhecimento dos fatos, mas que acreditaria que deveria haver água no local. Em conclusão, o autor preconiza que o que difere os dois exemplos é que, no primeiro, a afirmação do indivíduo foi verificada no caso concreto, já no segundo não haviam evidências de suas alegações.

Apesar da longa discussão ao longo das décadas do que seria o conhecimento e das diferenças que existem no campo filosófico acerca do que seria o conhecimento, a negativa desta frase parece estar delineada. Ou seja, fica mais evidente o que não pode ser considerado um estado de conhecimento (*knowledge*).

O indivíduo não possui conhecimento, se tiver qualquer dúvida acerca da existência do fato ou a validade de seu julgamento. Ademais, ainda convicto de sua correção, ele não possui conhecimento caso evidências estejam disponíveis para confirmar ou refutar sua conclusão.⁵²

Procurando uma definição legal do que seria o conhecimento no Código Penal Modelo estadunidense, tem-se que o conhecimento acerca de determinado fato está estabelecido a

⁴⁹ *Ibidem*, p. 210.

⁵⁰ AMMERMAN, Robert R., SINGER, Marcus G. *Belief, Knowledge, and Truth; Readings in the Theory of Knowledge*. Nova Iorque: Scribner, 1970, p.15.

⁵¹ Tradução livre: "[a]s philosophers we may be surprised to observe that it can be that knowledge that P is true should differ from the belief that P is true only in the respect that in one case P is true and the other false. But that is the fact."

⁵² CALLEGARI, André Luís, WEBER, Ariel Barezetti, *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 125.

partir do momento em que a pessoa está ciente da alta probabilidade da existência do fato, a não ser que ele genuinamente acredite que aquele fato não existe. Ainda, tomando os parâmetros contidos naquele, o conhecimento está presente quando o indivíduo age com conhecimento de causa acerca de um elemento subjetivo de sua conduta, conforme explanam os autores André Callegari e Ariel Barezetti:

(I) se o elemento envolve a natureza da sua conduta ou a circunstâncias concomitantes, ele está ciente de que sua conduta é de tal natureza ou da existência de tais circunstâncias; e (ii) se o elemento envolve um resultado de sua conduta, ele está ciente de que é praticamente certo que a sua conduta vai causar tal resultado.⁵³

Pelos motivos expostos, o conhecimento é a consciência da existência de um fato particular ou das circunstâncias atinentes ao mesmo.⁵⁴ Em contraponto, se o indivíduo tiver quaisquer dúvidas acerca de seu julgamento sobre determinado fato, não se pode considerar seu conhecimento pleno. Importante destacar que o conceito jurídico do que é o conhecimento difere do conceito filosófico, uma vez o conhecimento no direito é retórico, isto é, construído através da argumentação e das provas que existem no caso concreto.

Robin Charlow adiciona a essa ideia de conhecimento o estado em que o indivíduo possui certeza acerca de determinado fato. Inclui o autor uma quarta característica ao conhecimento, qual seja, a restrição a fatos presentes ou passados, uma vez que ninguém tem conhecimento acerca do futuro, mesmo diante da alta probabilidade de um fato vir a acontecer. Em suas palavras:

Para que uma proposição seja verdadeira ou correta, deve descrever um fato presente ou passado e não um fato ou evento futuro. Não importa a probabilidade de que este ato irá acontecer ninguém consegue saber o futuro. Desta feita, o conhecimento criminal é uma crença subjetiva sobre um fato ou a quase certeza acerca de um fato passado ou presente.⁵⁵⁶

O conhecimento implica na tomada de consciência do indivíduo de estar cometendo um fato tipificado como crime. No direito, desprendendo-se do que preconiza as indagações filosóficas, o conhecimento é provado através das circunstâncias da conduta do agente e das provas anexadas aos autos.

⁵³ *Ibidem*, p. 126.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 126.

⁵⁵ CHARLOW, Robin. *Willful Ignorance and Criminal Culpability*. In: *Texas Law Review*, 1992, v. 70, nº 1351, 1992. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/754. Acesso em 04 de novembro de 2019. p. 1376.

⁵⁶ Tradução livre: " *In order for the known proposition to be true or correct, it must describe a past or present fact and not a future fact or event. No matter how likely something is to occur, and no matter how certain one feels that it will occur, one cannot know the future. 5 Therefore, criminal knowledge is a subjective belief in or near certainty about a past or present true or existent fact.* "

1.4 Discussão sobre a natureza jurídica do instituto da Cegueira Deliberada e crítica à aplicação jurisprudencial do instituto

Definido o que seria o conhecimento para o direito criminal estadunidense, é necessário diferenciá-lo da figura de *reckless* (imprudência) e analisar a conceituação deste instituto. A discussão que diferencia o conhecimento da imprudência anda paralelamente, no campo filosófico, àquela entre o conceito de conhecimento e opinião.

Conforme o Código Penal Modelo, imprudência é o desprezo consciente de um risco substancial e injustificado ou a criação consciente de um risco.⁵⁷ O desprezo consciente pressupõe que o autor da conduta reconheceu o risco. Desta feita a imprudência é um padrão subjetivo que diz respeito a uma noção de probabilidade de que algum fato ocorra e não a certeza, como no caso do conhecimento. Diante de um *mens rea* imprudente, não se pode afirmar seu conhecimento, mas sim o risco percebido e conscientemente desconsiderado do agente.⁵⁸

Por outro lado, o conhecimento é a consciência da existência de um fato ou circunstância. Tal como a como a imprudência, é um padrão subjetivo, mas que pressupõe certeza, e, alinhando-o com o conceito filosófico, pressupõe a inexistência de dúvida.

Segundo Ira Robins, baseando seus estudos no Código Penal Modelo, é a distinção entre a certeza e probabilidade que diferencia o conceito de conhecimento do conceito de imprudência, dado que os dois envolvem consciência, porém este descreve uma situação de probabilidade, enquanto aquele requer certeza.⁵⁹

Diante do contexto de demarcação teórica, questiona-se o enquadramento da ignorância deliberada, se no conceito de conhecimento ou de imprudência. Afinal, a conduta do indivíduo, quando praticada sob o véu da cegueira deliberada, pode ser equiparada ao conhecimento efetivo acerca do fato e do resultado da conduta, ou o correto seria equiparar a conduta à imprudência?

⁵⁷ ESTADOS UNIDOS, Código Penal Modelo, § 2.02(7). Disponível em: https://www.ali.org/media/filer_public/23/5d/235db86d-f32c-4b7a-b441-b714a53c7981/mpe-culpability-requirements-202.pdf. Acesso em: 22 de outubro de 2019, p. 226.

⁵⁸ CALLEGARI, André Luis, WEBER, Ariel Barezetti, **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 129

⁵⁹ ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: **The Journal of Criminal Law Criminology**, 1990, v 81, n° 2, Northwestern University School of Law: summer 1990-1991. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019, p. 222.

A priori, é importante delinear a diferença entre conhecimento e imprudência, conforme outrora mencionado. Reforça-se que o conhecimento pressupõe certeza acerca de determinado fato, enquanto a imprudência pressupõe o desprezo injustificável ou a criação consciente de determinado risco. Para melhor delinear a diferença entre tais institutos, Robin Charlow discorre o seguinte entendimento:

Conhecimento e imprudência diferem também na questão de ser o primeiro um conceito totalmente subjetivo, enquanto o último requer tanto uma análise subjetiva quanto uma avaliação objetiva. No caso de imprudência, o ator deve ser subjetivamente consciente do risco que ele enfrenta, mas a possibilidade de criação do risco, consoante o que for necessário, é medido objetivamente. Em contraste, uma vez que é determinado que um ator subjetivamente acreditava na existência do fato em questão, o conhecimento não necessita de uma determinação objetiva.⁶⁰⁶¹

Retomando a ideia de Normam Malcom, ter conhecimento sobre determinado fato pressupõe que a crença do indivíduo esteja correta, o que não é necessário quando se está diante da imprudência.⁶² Ademais, aquele que possui conhecimento sobre determinado fato age com conhecimento de causa.

Uma parte da doutrina critica a equiparação legal da ignorância ao conhecimento. Segundo Ira Robbins, a conduta do indivíduo, quando enquadrada na Teoria da Cegueira Deliberada, deveria ser equiparada à imprudência. Em seu ver, o Código Penal Modelo conceituou o conhecimento fático da conduta criminosa enquanto ciência do indivíduo sobre alta probabilidade de sua existência, a não ser que ele de fato acredite que o fato não existe.

A definição aludida foi designada para eliminar a defesa acerca da cegueira deliberada, além de ter sido aprovada pela Suprema Corte Estadunidense em grande variação de aplicação, confirmada pelas cortes federais de apelação.

O conceito de conhecimento do Código Penal Modelo entra em contradição direta com a necessidade de consciência e certeza, em se tratando de conhecimento pleno acerca de um fato, o que parece eliminar a diferença traçada entre conhecimento e imprudência. Neste ínterim, embora o risco substancial – relacionado à imprudência –, e alta probabilidade – alu-

⁶⁰ CHARLOW, Robin. *Willful Ignorance and Criminal Culpability*. In: *Texas Law Review*, 1992, v. 70, nº 1351, 1992. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/754. Acesso em 04 de novembro de 2019, p. 1380 et. seq.

⁶¹ Tradução livre: "Knowledge and recklessness differ also in that the former is an entirely subjective concept, while the latter requires both a subjective and an objective assessment. In the case of recklessness, the actor must be subjectively aware of the risk he faces, but the substantiality, unjustifiability, or possibility of the risk, whichever is required, is objectively measured. In contrast, once it is determined that an actor subjectively believed in the existence of the fact in question, knowledge may be found with no objective determination."

⁶² AMMERMAN, Robert R., SINGER, Marcus G. *Belief, Knowledge, and Truth; Readings in the Theory of Knowledge*. Nova Iorque: Scribner, 1970, p.15.

dido ao conhecimento –, pudessem distinguir os dois conceitos, o Código não chega a defini-los, tampouco estabelece critérios de diferenciação entre ambos.⁶³

No contexto de equiparar a ignorância deliberada à imprudência, ao invés de igualá-la ao conhecimento, a Corte de Apelação do Missouri, no caso *State v. Nations*, concluiu que a ignorância deliberada constitui imprudência ao invés de conhecimento. À época, a ré foi acusada de pôr em risco o bem estar de uma criança menor de 17 anos, conduta penal que requer o devido conhecimento acerca da idade da menor.⁶⁴

Conquanto a acusada tenha informado à polícia que havia procedido à checagem do documento de identidade da garota ao contratá-la, tanto a ré quanto a garota testemunharam no sentido de que esta ainda não dispusera de documento de identificação quando a polícia chegou ao local.

Diante dos fatos narrados, a Corte de Apelação proferiu o entendimento de que a ré não possuía conhecimento acerca da idade da criança ou recusou-se a adquiri-lo. A corte manteve a ideia de que a conduta da ré não constitui conhecimento pleno sob o Código Penal do Missouri, ainda que este derive do Código Penal Modelo. No advento, a Corte de Apelação sustentou que, na definição de conhecimento do código penal do Estado, não se encontra a expressão alta probabilidade (*high probability*), expressão esta que a Corte afirmou estar mais próxima do conceito de imprudência do que de conhecimento pleno.⁶⁵

Segundo o entendimento da corte:

A inferência sensata, se não convincente, é que a nossa legislação rejeita a expansão da definição de conscientemente para incluir a cegueira intencional de uma fato e escolhe por limitar a definição de conscientemente para o real conhecimento do fato.⁶⁶⁷

⁶³ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: *The Journal of Criminal Law Criminology*, 1990, v 81, n° 2, *Northwestern University School of Law: summer 1990-1991*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019. p. 223.

⁶⁴ESTADOS UNIDOS, *Missouri Court of Appeals. State v. Nations*, 676 S.W.2d 282 (Mo. Ct. App. 1984). Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1484165/state-v-nations/>. Acesso em: 06 de novembro de 2019.

⁶⁵ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: *The Journal of Criminal Law Criminology*, 1990, v 81, n° 2, *Northwestern University School of Law: summer 1990-1991*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019. p. 225.

⁶⁶ESTADOS UNIDOS, *Missouri Court of Appeals. State v. Nations*, 676 S.W.2d 282 (Mo. Ct. App. 1984). Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1484165/state-v-nations/>. Acesso em: 06 de novembro de 2019.

Diante dos argumentos expostos, Ira Robbins conclui que a formulação contida no código penal deve ser rejeitada enquanto modelo de aplicação da instrução da ignorância deliberada, uma vez que a alta probabilidade (*high probability*) descreveria melhor imprudência do que o conhecimento pleno. Ademais, a ideia de equiparar a cegueira deliberada ao conhecimento violaria os direitos do réu de provar cada elemento do crime de que está sendo acusado.⁶⁸

Importante destacar que a cegueira deliberada possui maior preocupação em avaliar o conhecimento do agente acerca dos riscos de sua conduta. Se formos analisar a imputação ao agente de um crime, quando este afirma não ter conhecimento acerca da ilicitude de sua conduta, deve-se provar que tinha conhecimento acerca dos riscos que poderiam derivar de sua ação.

Não obstante o posicionamento da autora, o Código Penal Modelo equiparou o conhecimento ao caso da pessoa que tem consciência da alta probabilidade de ocorrência de determinado fato, a não ser que realmente não acredite que aquilo poderia existir. Porém, a grande dificuldade de aplicação da teoria decorre exatamente da grande similaridade com que o código trata a imprudência e o conhecimento.

A cegueira deliberada pode ser por muitas vezes confundida com o que se chama de ignorância culpável, que é aquele negligente ou imprudente que não se atentou aos fatos que uma pessoa razoável teria previsto. Porém, ao contrário do indivíduo que é negligente, o réu cego de forma deliberada não é totalmente alheio à verdade de uma proposição, devendo acreditar ou ao menos suspeitar que um fato exista,⁶⁹ assemelhando-se à culpa consciente prevista em nosso ordenamento jurídico.

Em seu § 2.02 (07), o Código Penal Modelo traz os requisitos de culpabilidade do agente, prevendo que o conhecimento é satisfeito pela consciência do indivíduo sobre a alta probabilidade de existência do fato, trazendo em si a ideia da cegueira deliberada. Afirma que

⁶⁷Tradução livre: “he sensible, if not compelling, inference is that our legislature rejected the expansion of the definition of ‘knowingly’ to include willful blindness of a fact and chose to limit the definition of ‘knowingly’ to actual knowledge of the fact”.

⁶⁸ROBBINS, Ira P. *op. cit.*, p. 231.

⁶⁹CALLEGARI, André Luís, WEBER, Ariel Barezetti, **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 133.

Quando o conhecimento do indivíduo é um elemento do tipo penal, necessário para que se puna a infração, a ideia de conhecimento é satisfeita se a pessoa está ciente da alta probabilidade da existência do ilícito, a menos que acredite que não existe.⁷⁰

Essa definição remonta à ideia de que o conhecimento jurídico é retórico, uma vez que a lei pune a conduta pelas provas que são anexadas ao processo. Neste sentido, se o agente pratica a conduta como se tivesse conhecimento das circunstâncias, isso basta para que seja punido. Essa definição contida no Código Penal Modelo fomenta a confusão existente quanto à delimitação sobre se o indivíduo acusado de cegueira voluntária deve ser punido como se imprudente fosse ou como detentor de conhecimento pleno.

Segundo Robin Charlow, a afirmação de que a Teoria da Cegueira Deliberada se enquadra na ideia de imprudência não é definitiva, para ele o conceito "cegueira deliberada" é um estado mental, mais culpável do que a imprudência, o que exige a consciência de um alto nível de risco sobre a existência de um determinado fato e circunstâncias que indiquem que o resultado irá ocorrer.⁷²

O grande problema de aplicar a Teoria da Cegueira Deliberada está nos parâmetros em que o réu pode ser condenado, como se possuísse conhecimento pleno. A ideia de alta probabilidade de um agente conhecer os riscos de sua conduta, não parece ser adequada para julgar se o mesmo foi deliberadamente ignorante.⁷³

Conforme aduzem André Luiz Callegari e Ariel Webber:

A Teoria da Cegueira Deliberada não pode ficar restrita à suspeita. Existem acusações em que se utiliza a ideia de que o indivíduo é deliberadamente cego quando propositadamente ou intencionalmente evitou o conhecimento de um fato relevante. Tais acusações levam à conclusão de que o agente efetivamente conseguiu evitar o conhecimento, logo, não tinha o conhecimento exigido. Via de regra, a cegueira deliberada não descreve um comportamento equivalente ao conhecimento pleno, excluindo-se desse conceito a impossibilidade de que alguém propositadamente evite tomar conhecimento sobre fato futuro.⁷⁴

Muito embora o código penal tenha trazido para definição e aplicação do instituto o conceito de alta probabilidade, a tendência dos tribunais é de atrelar a teoria ao dever de cui-

⁷⁰ ESTADOS UNIDOS, Código Penal Modelo, § 2.02 (2) (c). Disponível em: https://www.ali.org/media/file_public/23/5d/235db86d-f32c-4b7a-b441-b714a53c7981/mpc-culpability-requirements-202.pdf. Acesso em: 22 de outubro de 2019, p. 227.

⁷¹ Tradução livre: "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".

⁷² CHARLOW, Robin. *Willful Ignorance and Criminal Culpability*. In: *Texas Law Review*, 1992, v. 70, nº 1351, 1992. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/754. Acesso em 04 de novembro de 2019, p. 1.386.

⁷³ HUSAK, Douglas. *The Philosophy of Criminal Law- selected essays*. Oxford Scholarship Online, 2010.

⁷⁴ CALLEGARI, André Luís, WEBER, Ariel Barezetti, *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 131.

dado, muito disso em razão das bases que levam em consideração um agir irresponsável, punindo as condutas mal dirigidas e dando a elas, em certos casos, contornos de dolo direto e indireto.⁷⁵

Várias são as tentativas de fechar o conceito da Teoria da Cegueira Deliberada definindo seus contornos e pressupostos de aplicação. Segundo Sheriff Gordon, a cegueira deliberada está presente quando o agente fecha deliberadamente os olhos para os meios de conhecimento porque prefere se manter em situação de ignorância. Essa cegueira intencional estaria restrita ao caso em que o acusado acredita que um determinado estado das coisas existe, sabe que pode confirmar suas suspeitas com um simples passo, como fazer uma pergunta, ou lendo um quadro de avisos, mas não o faz, porque quer ser capaz de se manter ignorante.⁷⁶

Ainda no sentido contrário à equiparação da ignorância deliberada ao conhecimento, Assaf Hamdani entende que a ignorância deliberada se constitui como uma resposta à tendência da responsabilidade criminal objetiva.⁷⁷

O autor se utiliza de critérios utilitaristas com base em Bentham e, munido com dois argumentos, afirma que o conhecimento é elemento subjetivo caro de ser provado. *A priori*, demonstra a dificuldade de o Estado provar o *mens rea*, isto é, o elemento subjetivo do conhecimento, acima da dúvida razoável, sendo necessária a quebra da presunção de inocência, em um cenário em que cabe à Justiça demonstrar a situação em que se encontrava o réu no momento da conduta, provando seu efetivo conhecimento.⁷⁸

Depois, o autor explana que a figura da ignorância é por muitas vezes mais vantajosa ao agente da conduta. Por esses motivos, conclui que essa sistemática do elemento subjetivo não raramente estimula a ignorância, visto que traz vantagens econômicas ao agente e o protege contra uma futura responsabilização penal.

Para corroborar seu entendimento, o autor discorre o exemplo de um vendedor de fogos de artifício. Caso o comprador tenha aparência de um indivíduo menor de 18 anos e o vendedor questione acerca da idade, está sujeito a perder a venda, e, caso não o faça, incorre nos elementos do tipo da conduta penal.

⁷⁵ SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 105.

⁷⁶ GORDON, Sheriff. **Criminal Law of Scotland**. Edinburg: W Green & Son Limited, 1978, p. 254.

⁷⁷ HAMDANI, Assaf. *Mens Rea and the cost of ignorance*. In: **Virginia Law Review**, 2007, v. 93, n. 2. Virginia: abril, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=892700. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

⁷⁸ SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 101.

Desta maneira, é muito mais vantajoso, do ponto de vista econômico, que o vendedor faça “vista grossa” à idade do comprador, efetuando a venda e auferindo o lucro. Neste contexto, estaria *a priori* encoberto pela ausência de conhecimento da idade do comprador, inexistindo assim o elemento do tipo penal conhecimento. Por esses motivos, ao vendedor, a ignorância se afigura mais vantajosa em comparação à busca pelo conhecimento efetivo.

Concluindo, então, o autor afirma que o melhor seria a retirada do elemento subjetivo (no caso do exemplo, ter conhecimento sobre a idade do agente) do tipo penal, criando uma responsabilidade objetiva, o que descaracterizaria o Direito Penal Subjetivo.

Em outra tentativa de dar fechamento ao conceito da teoria, Glanville Williams aponta que existe dentro da ignorância deliberada a intenção consciente de evitar a administração da Justiça. Em suas palavras:

Um tribunal pode adequadamente aplicar a cegueira deliberada só se puder quase dizer que o réu realmente sabia. Ele suspeita do fato; ele percebeu sua probabilidade; mas ele se absteve de obter a confirmação final, porque ele queria ser capaz de negar o conhecimento. Isso, e somente isso, é cegueira voluntária. Exige, com efeito, a conclusão de que o réu tinha a intenção de enganar a administração da justiça.
7980

Como falado anteriormente, há uma grande dificuldade de se conceituar, com base na previsão legal, a Teoria da Cegueira Deliberada e, até mesmo, a sua correspondência às noções de conhecimento, impudência e negligência. Diante disto, Robin Charlow afirma que o instituto ocupa um espaço entre o conhecimento e a imprudência. Nesse contexto, além da imprudência e do conhecimento, o réu ignorante deve ter consciência da existência de determinado fato, medida pelo Código como alta probabilidade de existência. Explica o autor que:

Se, a fim de conhecer é preciso estar ciente da certeza ou quase certeza de um fato, e, a fim de ser imprudente é preciso estar ciente de, no máximo, a probabilidade substancial de um fato, a consciência de quem está consciente da alta probabilidade de um fato cai em algum ponto entre o nível de convicção necessário para o conhecimento e o requerido para a imprudência.⁸¹²

⁷⁹ WILLIAMS, Glanville. *Criminal Law: The General Part*. United Kingdom: Stevens & Sons Ltd, 1961, p. 159.

⁸⁰ Tradução livre: “A court can properly find willful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realized its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is willful blindness. It requires in effect a finding that the defendant intended to cheat the administration of justice.”

⁸¹ CHARLOW, Robin. *Willful Ignorance and Criminal Culpability*. In: *Texas Law Review*, 1992, v. 70, nº 1351, 1992. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/754. Acesso em 04 de novembro de 2019. p. 1.380 *et. seq.*

⁸² Tradução livre: “If in order to ‘know’ one must be aware of the certainty or near certainty of a fact, and in order to be ‘reckless’ one must be aware of, at most, the substantial probability of a fact, the awareness of one who is aware of the high probability of a fact falls somewhere between the level of conviction required for knowledge and the one required for recklessness.”

A concepção da cegueira deliberada necessita de um elemento indispensável que é, ao contrário do réu imprudente, a consciência de querer desconhecer os fatos. Por esta lógica, todos os réus ignorantes são imprudentes, porém nem todos os réus imprudentes são deliberadamente cegos, uma vez que não satisfazem a condição motivacional já exposta.⁸³

Robin Charlow explana que a cegueira deliberada se justifica ao ser aplicada ao indivíduo que pode não ter conhecimento acerca do fato em questão, mas está quase obtendo o conhecimento e possui toda a reprovabilidade daquele que possui conhecimento pleno do fato. Em resumo, aponta quatro situações em que se aplica a cegueira deliberada: para punir aqueles que (1) têm informação sólida de que algum elemento ou circunstância torna sua conduta ilícita; (2) estão muito próximos de acreditar que o elemento típico da conduta existe; (3) intencionalmente evita tomar o conhecimento pleno sobre a ilicitude da conduta; (4) evita o conhecimento para fins impróprios ou para continuidade do cometimento do ato que suspeita fortemente ser criminoso. Assim, o propósito de evitar a sanção penal ao ignorar deliberadamente um elemento do crime (conhecimento) deve ser incluído em todas as definições de cegueira deliberada, satisfazendo a necessidade de preenchimento do efetivo conhecimento.⁸⁴

Segundo o autor, esses quatro fatores deveriam ser analisados em conjunto, porquanto o que garante a punição do agente seja a reprovabilidade de sua conduta de se esquivar de uma futura punição, caso procure o conhecimento. Como solução, ele aponta que deveriam ser adicionados à definição genérica do Código Penal Modelo, os quatro pressupostos acima indicados, como fim de delimitar a aplicação da teoria.

Ainda no que concerne aos autores que tentaram dar algum fechamento à Teoria da Cegueira, Deliberada, Husk e Callender preconizam que os indivíduos deliberadamente ignorantes são aqueles para quem as evidências da conduta assim apontam.

Ademais, diferenciam a cegueira deliberada da mera suspeita (imprudência ou negligência) com três passos: o primeiro diz respeito ao que fundamenta a suspeita, que não pode ser o sentimento de emoção; o segundo são as informações acerca do fato, que devem estar prontamente disponíveis a qualquer pessoa que quiser ter acesso à elas, desta forma a falha do indivíduo em agir procurando essas respostas é um sinal de cegueira deliberada; por fim, o

⁸³ HUSAK, Douglas; CALLENDER, C. *Willful Ignorance, Knowledge, and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*. In: *The Philosophy of Criminal Law- selected essays*, 2010. Oxford Scholarship Online, maio 2010, p. 42.

⁸⁴ CHARLOW, Robin. *Op. Cit.*, p. 1.415.

agente deliberadamente ignorante deve ter motivos para se manter nessa condição, para se esquivar posteriormente da punição de sua conduta.⁸⁵

Porém, ao contrário daqueles que entendem que o agente ao ser enquadrado na cegueira deliberada responde a título de conhecimento, Ira Robbins possui entendimento divergente. Conforme outrora mencionado, o autor considera mais prudente a equiparação da cegueira deliberada ao instituto da imprudência, uma vez que os conceitos de alta probabilidade e probabilidade substancial (que diferem os institutos) estão vagamente diferenciados no código penal modelo, aproximando-se mais da ideia de imprudência do que de conhecimento. A proposta do autor seria a modificação do código penal modelo, para que seja incluída em seu corpo uma definição do que seria a cegueira deliberada.⁸⁶

E, por fim, Jonathan Marcus Propõe a modificação do § 2.02(07), do Código Penal Modelo, segundo ele as duas afirmações contidas nesse dispositivo, quais sejam, quando o indivíduo está ciente da alta probabilidade da existência do fato, a menos que ele realmente acredite que não existe, são contraditórias, uma vez que é difícil de imaginar como simultaneamente se poderia estar ciente da alta probabilidade da existência de um fato e, ainda assim, acreditar que ele não existe.

Tentando entender o que está contido no código penal modelo, o autor aponta que são dois estágios da conduta do indivíduo que estão sendo analisados. Em suas palavras:

Aqueles que desenharam o Código Penal Modelo, devem ter contemplado, o seguinte cenário quando escreveram a secção 2.02(7): o réu é colocado em estado de aviso acerca da alta probabilidade de que um fato em particular existe. O réu então investiga e se satisfaz com a ideia de que o fato não existe antes de que ele cometa o ato em tela. No primeiro momento, o autor está ciente da alta probabilidade de que o fato exista. No segundo momento, enquanto está cometendo o ato o autor realmente acredita que aquele fato não existe. Esse indivíduo não se deve ser condenado como se conhecimento tivesse. Muito embora esse entendimento faça sentido enquanto o Código Penal Modelo é escrito, é desnecessário ao júri considerar a estado da mente

⁸⁵ HUSAK, Douglas; CALLENDER, C. *Willful Ignorance, Knowledge, and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*. In: *The Philosophy of Criminal Law- selected essays*, 2010. Oxford Scholarship Online, maio 2010, p. 42.

⁸⁶ ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: *The Journal of Criminal Law Criminology*, 1990, v 81, n° 2, Northwestern University School of Law: summer 1990-1991. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019, *passim*.

do réu em dois momentos separados. O que deveria determinar o estado mental do réu no momento do cometimento da conduta.⁸⁷⁸⁸

Segundo ele, em casos em que o conhecimento do fato é necessário para que seja tida como típica a conduta, o júri deve seguir as seguintes instruções: deve-se arguir se o réu tinha conhecimento do fato, pode-se concluir então que réu é possuidor de conhecimento quando ele acredita na alta probabilidade de que o fato existe, não sendo necessária a certeza. Por outro lado, se o réu apenas desconsiderou um risco substancial de que o fato existia, ou apenas deveria saber que esse fato existia, deve-se concluir que o réu não possui conhecimento.

Assim como Marcus, Perkins⁸⁹ propõe uma nova redação à secção 2.02(7) do Código Penal Modelo:

Sempre que o conhecimento da existência de um fato particular é um elemento de uma infração, tal conhecimento é estabelecido se uma pessoa acredita que ele provavelmente existe. Um indivíduo é considerado como tendo conhecimento do que ele teria conhecido se não tivesse deliberadamente evitado saber. A cegueira deliberada pode ser demonstrada pela prova direta, ou da prova de que uma pessoa está ciente de uma alta probabilidade da existência do fato, a menos que ela realmente acredite que ele não exista.⁹⁰

Pode-se perceber que mesmo com tantos autores tentando definir o que seria a Teoria da Cegueira Deliberada e quais os pressupostos de sua aplicação, não há uma uniformidade acerca do tema. O que parece ser mais coerente quando falamos em ignorância deliberada, é que a teoria busca preencher um espaço legislativo deixado entre o conhecimento e a imprudência, vazio legislativo que compõe os tipos penais, os quais necessitam do elemento subjetivo do conhecimento para que estejam configurados.

A teoria busca punir os agentes que, estando cientes da necessidade do efetivo conhecimento na hora de apuração da conduta, de forma deliberada, se colocam em posição de des-

⁸⁷ MARCUS, Jonathan L. *Model Penal Code Section 2.02 (7) and Willful Blindness*. In: *The Yale Law Journal*, v. 102, n. 8, 1993. Disponível em: <www.jstor.org/stable/796865>. Acesso em: 07 de outubro de 2019, p. 2255 *et. seq.*

⁸⁸ Tradução livre: "One explanation is that the language implies examining probability at two different time points. The drafters of the Model Penal Code may have contemplated the following scenario when they wrote Section 2.02(7): the defendant is put on notice that there is a high probability that a particular fact exists. The defendant then investigates and satisfies himself that the fact does not exist before he commits the act. At time one, the actor is aware of a high probability that the fact exists. At time two, during the commission of the act, the actor actually believes the fact does not exist. This actor should not be convicted of knowing conduct. While this scenario makes sense as the Model Penal Code language is written, it is unnecessary for the jury to consider the defendant's state of mind at two separate times. It should only determine the defendant's state of mind at the time he committed the act."

⁸⁹ PERKINS, Rollin M. *Knowledge as a Mens Rea Requirement*. In: *Hastings Law Journal*, 1978, v. 29, n. 5, 1977-1978. Disponível em: https://repository.uclasthings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2552&context=hastings_law_journal. Acesso em: 10 de novembro de 2019, p. 963

⁹⁰ *Ibidem*, p. 963.

conhecimento, uma vez que esse estado é muito mais vantajoso. Ademais, aquele que, de forma deliberada, evita o conhecimento, quando estaria de fácil alcance analisar as circunstâncias e elementos e concluir pela ilicitude de sua conduta, deveria também estar inserido no contexto da ignorância deliberada.

Estando entre o conhecimento pleno e a imprudência, conforme Robbin Charlow aponta, a conduta do cego deliberado é um nível acima do que se configura o agente imprudente, visto que se fala em vontade/intenção de se esquivar de uma possível condenação criminal futura, desconsiderando as suas suspeitas. De outro modo, encontra-se um nível abaixo do conhecimento pleno, uma vez que o indivíduo está ciente apenas da alta probabilidade da existência do fato.

2 ESTUDO ACERCA DA COMPATIBILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1 Compatibilidade da Teoria ao “Civil Law”

Ao analisar o fenômeno da “transnacionalização” da norma jurídica, com a criação das normas e conceitos transnacionais, pode-se perceber a tendência de aplicação de doutrinas estrangeiras ao ordenamento jurídico pátrio, por vezes sem a devida adequabilidade. Dos termos “norma transnacional”, considera-se a aplicação para além das fronteiras dos países.

Neste sentido, verifica-se que a cegueira deliberada resulta de um “transplante” de normas produzidas em outro país, no âmbito de um sistema jurídico diverso. Assim, o grande problema, conforme explica Alan Watson, é que, parte das vezes, as regras provenientes de outros países são “transplantadas” sem a devida investigação acerca da possibilidade e plausibilidade de adequação ao ordenamento jurídico transplantado.⁹¹

Essa plausibilidade e possibilidade ficam ainda mais difíceis de serem analisadas, quando o transplante legal, de uma teoria ou norma, ocorre entre dois sistemas jurídicos totalmente distintos como do “Common Law” para o “Civil Law”, máxime porque este possui como base e substrato a legislação, conquanto se perceba a relevância da jurisprudência no contexto das fundamentações decisórias.

Observa-se que o “Civil Law” é adotado por quase toda Europa Continental e por praticamente todos os outros países oriundos das colonizações portuguesa e espanhola, em especial a América Latina, restando evidente a influência do direito Romano na elaboração das Leis, Constituições e Códigos.⁹²

Em jurisdições de “Civil Law”, a principal fonte do direito é a legislação, assim como outrora mencionado. Ademais, grandes áreas do direito são codificadas e agrupadas de maneira sistêmica. Ao comparar a Lei ordinária a esses Códigos, percebem-se algumas diferenças. Embora estes sejam aprovados por um processo legislativo legítimo, possuem um caráter es-

⁹¹ WATSON, Alan. *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*. In: *University of Pennsylvania Law Review*, 1983, v. 131, n.º 5, Pensilvânia: 1983. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3311936>. Acesso em: 07 de novembro de 2019, *passim*.

⁹² VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007, p. 270.

tático, o que destoia da constante evolução da sociedade. Nesse aspecto, Merryman argumenta que:

Um código, por mais completo que possa parecer, é promulgado depois que mil perguntas inesperadas são apresentadas ao juiz. Porque as leis, uma vez escritas, assim permanecem. O homem, pelo contrário, nunca permanece o mesmo, ele muda constantemente; e essa mudança, que nunca para, e cujos efeitos são tão diversamente modificados pelas circunstâncias, produz a cada instante uma nova combinação, algum fato novo, algum novo resultado.⁹³⁹⁴

Por outro lado, conforme preconiza Patrícia Melo, o “*Common Law*”, modelo comum aos países de colonização inglesa, trata as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais, atribuindo à lei papel secundário.⁹⁵ Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, busca-se, por indução, formular as regras aplicáveis à situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorre na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocam a criação de novos precedentes.

Se comparado ao sistema do “*Common Law*”, em que estão presentes quatro possibilidades de *mens rea*, o sistema “*Civil Law*” apresenta uma imputação penal subjetiva restrin- gida a dois institutos, quais sejam, dolo e culpa, além de suas possíveis variações.

Durante a evolução histórica da sociedade e do Poder Judiciário, muito se tem critica- do a respeito da atuação dos juízes, acusados de proteger as classes mais bem sucedidas da sociedade. Na França do Século XVIII, por exemplo, os magistrados eram constantemente acusados de beneficiar a nobreza e o clero em suas decisões.

Desta feita, com a revolução francesa, os burgueses passaram a exigir dos magistrados uma interpretação restrita à letra da Lei, sem abertura para interpretações, ficando os juízes conhecidos como “boca da Lei”. Conforme destaca Marinoni, para os revolucionários burgue- ses, a segurança jurídica e a manutenção dos ideais revolucionários só seriam atingidas diante

⁹³ MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1985, p. 30.

⁹⁴ Tradução livre: “A code, however complete it may appear, is no sooner promulgated than a thousand unex- pected questions are presented to the judge. Because the laws, once written, remain as they were written. Man, on the contrary, never remains the same, he changes constantly; and this change, which never stops, and the effects of which are so diversely modified by circumstances, produces at every instant some new combination, some new fact, some new result.”

⁹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitu- cionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.12.

da impossibilidade de os juízes interpretarem a legislação, transferindo-se tal poder ao parlamento.⁹⁶

Observa-se que a tendência de o Poder Judiciário de ser apenas a “boca da Lei”, interpretando restritivamente as normas jurídicas, vem se modificando, de modo que hoje podemos perceber uma grande influência do “*Common Law*” ao sistema do “*Civil Law*”, em que as cortes podem ir além do que está escrito no texto legal, preenchendo as lacunas existentes na legislação e, por vezes, assumindo a função do Poder Legislativo.

No Brasil esse fenômeno se intensificou após a Constituição de 1988, que, por exemplo, trouxe a ampliação de possibilidades ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, ao qual, em âmbito difuso ou concentrado, é devido analisar a compatibilidade das Leis à Constituição.

A diferença dos sistemas jurídicos exige investigar a possibilidade de aplicação da Cegueira Deliberada ao Direito brasileiro, uma vez que no “*Common Law*” o direito se constrói a partir dos precedentes judiciais, já no sistema “*Civil Law*”, a principal fonte de aplicação do direito é a legislação, de forma que sua transformação se torna mais lenta, devido à necessidade de um processo legislativo legítimo. Portanto, a aplicação do instituto no contexto do ordenamento jurídico brasileiro deve estar em conformidade com os preceitos positivos nos diplomas normativos vigentes.

2.2 Tentativa de justificação da aplicação da Teoria ao “*Civil Law*”

Conforme analisaremos mais a fundo adiante, muitas vezes há uma confusão entre a Teoria da Cegueira Deliberada e a figura do dolo eventual. Para Ragués i Vallès, a única diferença entre os dois institutos é a ação do agente, enquadrado na cegueira deliberada em se manter ignorante acerca das circunstâncias e elementos que perfazem a infração penal.

O autor apresenta alguns pressupostos para aplicação da teoria ao “*Civil Law*” e afirma ser necessária a compatibilização desta teoria ao Direito Continental. Explica que o agente que executa um comportamento tipificado, ou seja, legislado no direito penal, no entanto sem preencher os todos elementos previstos, mas suspeitando de que está agindo de forma poten-

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. In: **Revista Jurídica**, ano 57, nº 380, Porto Alegre: jun 2009.

cialmente prejudicial, podendo vir a causar prejuízos a terceiros, e escolhe por continuar, de forma consciente e deliberada, auferindo benefícios, mostra um grau de indiferença ao bem jurídico tutelado, objeto de sua conduta, não menos grave que o delinquente que pratica a infração penal assumindo todos os riscos (dolo eventual) e que, em termos de prevenção, merece a mesma punição como se com dolo tivesse agido.⁹⁷

Os pressupostos por ele apresentados seriam, primeiro, a ausência de representação suficiente para que o agente seja punido à título de dolo; o segundo, a informação ignorada, mas à disponibilidade do agente; e por fim, o dever de conhecimento por parte do agente.

Ademais, o autor apresenta uma lista de fatos que devem ser considerados, a fim de enquadrar o agente na Teoria da Cegueira Deliberada. Conforme explicam André Luis Callegari e Ariel Barezetti, o primeiro requisito está relacionado a uma suspeita justificada do agente sobre a concorrência de sua conduta à atividade ilícita, o ato consciente e voluntário do agente em deixar de obter o conhecimento acerca dos fatos.⁹⁸ No mesmo sentido, esclarece Pierpaolo Bottini que há exigência de desconhecimento consciente, acrescentada à necessidade de o agente criar barreiras ao conhecimento, para que não confirme suas suspeitas.⁹⁹

O segundo requisito da *checklist* seria a disponibilidade da informação ao agente, para que ele pudesse confirmar suas suspeitas e adquirir o conhecimento necessário. Conforme esclarece os autores, Callegari e Barezetti:

Há a necessidade de estarem tais documentos, provas ou indícios ao alcance do indivíduo sem maiores obstáculos, de modo a concluir que seria facilmente descoberto o crime, pois, do contrário, se exigidas grandes e profundas investigações, o agente seria colocado numa situação de garante, o que na maioria das vezes não é o caso. Somente podemos falar em cegueira deliberada quando há a voluntariedade e intenção de se manter na ignorância, sendo possível apenas quando há a possibilidade de obter o conhecimento.¹⁰⁰

O terceiro pressuposto se relaciona à decisão do agente em se manter ignorante, quando todas as ferramentas de obter o conhecimento estão bem na sua frente e quando possuía o dever de obter tais informações.

⁹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorância deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 192.

⁹⁸ CALLEGARI, André Luis, WEBER, Ariel Barezetti, **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 177.

⁹⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. In: **Consultor Jurídico**, 4 set., 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-egueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2019.

¹⁰⁰ CALLEGARI, André Luis, WEBER, Ariel Barezetti. *Op. Cit.*, p. 178.

Por fim, a intenção do agente em assim manter-se, para que possa se proteger de uma imputação penal futura, na qual poderá alegar o desconhecimento. Essa conduta equivaleria à do crime doloso, daí a importância de se analisar, ao menos enquanto perdura a imputação subjetiva, a intenção do agente deliberadamente ignorante.¹⁰¹

Para Ragués I Vallés, o elemento subjetivo presente na conduta do agente deliberadamente cego é a intenção em se manter em estado de ignorância, mesmo quando as circunstâncias e os elementos que ligam sua conduta ao tipo penal tipificado estão à sua disposição, para assim furtar-se de sofrer penalizações futuras, uma vez que sempre poderá alegar o desconhecimento dos fatos. Esse comportamento, segundo o autor, dá a possibilidade de imputar o dolo em sua conduta.

Prosseguindo na tentativa de adequar a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada ao Direito Continental, o autor apresenta a figura da cegueira deliberada em sentido estrito, a qual seria configurada nos casos mais puros de cegueira deliberada, em que o agente consegue evitar qualquer tipo de conhecimento necessário para que se imputasse à ele uma conduta dolosa, sendo assim premiado por sua atitude intencional em se manter em ignorância, já que muitas vezes há ausência de previsão legal do delito na modalidade culposa.

Conforme muito bem apontam André Luiz Callegari e Ariel Barezetti, para Ragués I Vallés, a cegueira em sentido estrito estaria situada entre o dolo eventual e a culpa consciente, especialmente quando o agente parte de uma suspeita inicial, mas decide ser esta suspeita irrelevante para se buscar a confirmação da ilicitude de sua conduta. Para Ragués essa figura deve ser equiparada ao dolo eventual, ultrapassando a mera negligência.

A grande problemática encontrada no ordenamento jurídico brasileiro é a possibilidade de equiparar a Teoria da Cegueira Deliberada ao instituto do dolo eventual, conforme se analisa mais à frente.

2.3 Relação entre a Teoria da Cegueira Deliberada e o instituto do Dolo Eventual

No que diz respeito ao conceito formal do crime, pode-se perquirir alguns de seus elementos. Do primeiro, a tipicidade, que deriva do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*), sabe-se que não há conduta criminosa sem a devida previsão legal, ou

¹⁰¹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 142 et seq.

seja, a ação humana deve estar perfeitamente adequada ao modelo descrito na lei. Além de típica, a conduta do agente deve ser antijurídica constituindo assim o segundo elemento. Por antijurídica, entende-se a conduta que, ao se fazer um juízo de valor, é tida como contrária ao direito. Por último, o terceiro elemento seria a culpabilidade, o juízo de valor sobre o agente da ação.¹⁰²

Muito embora sejam três os elementos que podem constituir o conceito de crime, no Direito Brasileiro não há unanimidade com relação à inclusão da culpabilidade neste conceito, ao que, para alguns autores, deve ser tido como uma definição bipartida de ação típica e antijurídica.

Por outro lado, em alinhamento ao pensamento de Cláudio Brandão, a culpabilidade integra o conceito de crime, uma vez que é o único elemento que analisa a conduta do agente. Em suas palavras:

Para nós, não há dúvida de que a culpabilidade integra o conceito de crime. Não se pode dizer que a culpabilidade é um mero pressuposto da pena, porque a pena é a *consequência jurídica do crime*. Assim, o próprio crime- e não somente a culpabilidade- é o pressuposto da pena. Ademais, a culpabilidade é o único elemento do crime voltado para reprovação do homem, visto que os outros voltam-se para o fato. Um Direito Penal só é liberal se incluir o elemento que possibilita a *reprovação do homem*, isto é, a culpabilidade, no conceito de crime.¹⁰³

Segundo Hans Welzel, a conceituação do crime nesses três elementos aumenta o grau de segurança jurídica, aduz que “a divisão do delito em três graus de juízos e valorizações um sobre e em continuação a outro, proporciona um alto grau de racionalidade na aplicação do direito, facilita e a assegura contra contradições e arbitrariedades”.¹⁰⁴

Por essa razão, o conceito analítico de crime, constitui-se diante de uma conduta humana voluntária, típica, antijurídica e culpável. Para que a conduta seja típica, deve estar prevista no tipo penal incriminador, ou seja, a conduta deve estar legislada como objeto do direito penal. Além disso, deve ser considerada antijurídica, contrária ao ordenamento jurídico como um sistema integrado de proibições e permissões, inexistindo, dessa forma, alguma das causas permissivas da conduta proibida, como exemplo os casos de legítima defesa. E, por

¹⁰² BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*: Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p.12.

¹⁰³ *Ibidem*, p.14.

¹⁰⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: *Editorial Jurídica del Chile*, 1997, p. 57.

fim, é necessário analisar a culpabilidade do agente, fazendo um juízo de reprovação em relação ao próprio criminoso, estabelecendo-se a sua “capacidade criminal”.¹⁰⁵

Neste contexto, importa analisar o dolo e a culpa dentro do sistema jurídico brasileiro. Não há uma unanimidade acerca da posição do dolo na teoria do delito, isto porque há aqueles que defendem que se situa dentro da culpabilidade e de outro modo, aqueles que o situam no tipo penal.

A doutrina majoritária entende que o dolo, assim como a culpa, situa-se no tipo penal, uma vez que o fato típico é composto pela conduta do agente (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva) e pelo resultado (nexo de causalidade entre a conduta e o resultado).¹⁰⁶

Segundo Cláudio Brandão, o dolo integra o tipo penal, já que toda ação tem em sua estrutura essencial a vontade dirigida a um fim. Em suas palavras:

A vontade dirigida a um fim é precisamente o *dolo*. Como que descreve a ação é o tipo penal, pode-se dizer que o tipo penal também abrange o dolo. Na descrição do tipo de furto (art. 155) está implícita a vontade livre e consciente de furtar, isto é, o dolo do furto; na descrição típica do homicídio (art. 121) está implícita a vontade de matar, isto é, o dolo do homicídio.¹⁰⁷

Analisando o art. 18 parágrafo único do Código Penal, o qual estatui que, salvo nos casos expressos previstos em lei, o agente só pode ser punido a título de dolo, conclui-se que a regra no ordenamento jurídico pátrio é a punição do agente quando encontrado o elemento subjetivo do dolo, e que a culpa, que se constitui em situações de imprudência, negligência e imperícia, é a exceção.

De plano, é importante analisar a teoria do dolo no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Cezar Bittencourt, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 18, adotou, dentre as teorias do dolo, a teoria da vontade e do assentimento, visto que, de sua redação, infere-se que o crime doloso ocorre quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de sua ocorrência.¹⁰⁸

Segundo a teoria da vontade, o dolo seria definido como a vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal. Enquanto a teoria do assentimento preconiza que a pessoa atua com dolo quando, antevendo como possível o resultado lesivo de sua conduta, mesmo

¹⁰⁵ CALLEGARI, André Luis, WEBER, Ariel Barezetti, **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 164.

¹⁰⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus Ltda, 2016, p. 258.

¹⁰⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**: Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 68.

¹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 234.

não o desejando de forma direta, assume o risco de ele ocorrer não se importando caso ocorra.¹⁰⁹

Desta feita, para o ordenamento jurídico brasileiro, age como dolo tanto aquele que possui a vontade livre de praticar o resultado, quer e espera que o resultado ocorra, como também o indivíduo que prevê o resultado de sua conduta e, mesmo que não o deseje, assume o risco de produzi-lo. Assim sendo, o Código Penal equipara as figuras do dolo eventual e do dolo direto para fins de punição.

A análise da figura do dolo faz perceber dois elementos em sua constituição, um elemento cognitivo e outro volitivo.

O elemento intelectual/cognitivo, que é a consciência do fato constitutivo da ação típica,¹¹⁰ o qual diz respeito à situação do agente, que deve ter pleno conhecimento de suas condutas. Assim, para atuar dolosamente, o sujeito da ação deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como típica.¹¹¹ O elemento volitivo representa a vontade de realizar o resultado da conduta ou, no caso do dolo eventual a assunção do risco de produzi-lo.

A vontade é imprescindível para que se caracterize a figura do dolo, uma vez que a coerção física tem o condão de excluí-lo da conduta do agente. Importante frisar que vontade não se confunde com o desejo. Patrícia Copello aduz que este não passa de uma atitude emotiva carente de toda eficácia no mundo exterior, enquanto a vontade seria considerada o maior motor da atividade humana, sendo apenas ela um dado relevante na imputação subjetiva do agente aos resultados de sua conduta.¹¹²

Uma vez que o Direito Penal não visa tutelar a moral e sim os bens jurídicos valorados pelo legislador, punir o indivíduo por um desejo caracterizaria a punição de intenções e pensamentos. A única maneira de incorrer em prática criminosa é quando a vontade se exterioriza em um conduta que o legislador elegeu com objeto de incidência do Direito Penal e, portanto, contida em um tipo penal codificado.¹¹³

¹⁰⁹ GRECO, Rogério. *Op. Cit.*, p. 288.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 525 *et. seq.*

¹¹¹ CALLEGARI, André Luis, WEBER, Ariel Barezetti, **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 164.

¹¹² COPELLO, Patricia Laurenzo. **Dolo y Conocimiento**. Valencia: Tirana lo Blanch, 199, p. 275.

¹¹³ CALLEGARI, André Luis, WEBER, Ariel Barezetti, **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 164.

Vê-se que a composição do dolo decorre da adoção majoritária da teoria da vontade enquanto a definição que prevalece em relação à teoria do mero conhecimento.¹¹⁴ Conforme outrora mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da vontade e assentimento para fins de caracterização do dolo direto e eventual.

Para Wessels, o dolo é o conhecimento e a vontade do crime ou, como o próprio autor define, vontade de realização de um tipo penal com conhecimento de todas as suas circunstâncias objetivas.¹¹⁵ Dolo este que, sem os elementos acima destrinchados, resta descaracterizado.

Nas palavras de Juarez Tavares, dolo seria a vontade que rege a ação típica, sendo então a consciência em relação aos elementos objetivos que pertencem ao tipo penal.¹¹⁶

Outrossim, a consciência requerida para que se constitua o dolo deve ser atual e efetiva, não bastando um conhecimento potencial dos elementos que constitui o tipo penal, uma vez que, conforme preconiza Welzel, é insuficiente a consciência potencial dos elementos do tipo por que destruiria o liame divisório entre o dolo e a culpa, convertendo-o em mera ficção.¹¹⁷

Ademais, é importante ter que o conhecimento, elemento constitutivo do dolo, é anterior à vontade, uma vez que o agente não pode querer aquilo que não conhece.¹¹⁸ Em conclusão, Cezar Roberto Bittencourt define o dolo como "a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto".¹¹⁹

Dentro dos dois extremos dos elementos subjetivos do tipo penal, dolo direto e culpa inconsciente, estão presentes o dolo eventual e a culpa consciente. Diferenciando esses dois institutos, o primeiro está tipificado na segunda parte do art. 18, I do Código Penal, em que se tem aquele que, ciente do resultado de sua conduta, mesmo que não querendo produzir, correu o risco de que ele pudesse vir à acontecer, dado que escolhe continuar a prática do ato. No

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 167.

¹¹⁵ WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)**. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 50.

¹¹⁶ TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros Elementos Subjetivos do Tipo. In: *revista de direito penal*, nº 06. Rio de Janeiro: 1962, p. 21.

¹¹⁷ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: *Editorial Jurídica del Chile*, 1997, p. 96.

¹¹⁸ DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo: Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México**. México: Editorial Porrúa, 2001, p. 116.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 522.

segundo instituto, o agente tem ideia de que sua conduta possa acarretar determinado resultado, mas acredita conscientemente e de forma convicta que esse resultado não se concretizará.

Conforme preconiza Claus Roxin, a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente reside no fato de que o condutor, no caso da culpa consciente, embora tenha consciência do risco de sua conduta, confia de forma plena que pode evitar o resultado mediante sua habilidade no volante, uma vez que, se assim não acreditasse, deixaria de praticar a conduta.¹²⁰

Comparado ao dolo direto, o dolo eventual apresenta uma diminuição nos elementos volitivos e cognitivos, o que não significa uma ausência de tais elementos. Se assim fosse não se caracterizaria a figura do dolo. Conforme preconiza Maria Del Mar Díaz Pita, há um ponto em comum na doutrina em conceituar o dolo como conhecimento e vontade de realização daquilo que está previsto no tipo penal. Porém, conceituar o dolo eventual apenas com base no elemento cognitivo (conhecimento) é tirar-lhe a característica de dolo.¹²¹

Diante da ação da teoria da vontade em nosso ordenamento jurídico, o dolo eventual só fica caracterizado quando os elementos constitutivos do dolo direto estão presentes, ou seja, o conhecimento por parte do agente da ocorrência das circunstâncias de sua conduta e dos resultados que podem vir a ocorrer (elemento cognitivo). Este deve ser efetivo aos elementos objetivos do tipo penal no qual o agente amolda sua conduta, além de que se comporte de forma indiferente à produção do resultado (elemento volitivo).

Desta forma, ainda que de forma reduzida, são necessários para caracterização do dolo eventual os dois elementos constitutivos do dolo, conhecimento e vontade. Surge, então, o primeiro problema em equiparar a Teoria da Cegueira Deliberada ao instituto do dolo eventual, uma vez que, conforme definido, o agente que se enquadra na cegueira deliberada não possui conhecimento acerca dos elementos objetivos do tipo penal, os quais enquadram sua conduta. Como se pode imputar o dolo eventual, que possui em sua constituição o elemento conhecimento, se se desconhece, por razão que seja, a ilicitude de sua conduta, mesmo que o indivíduo se tenha colocado de forma consciente nessa situação de ignorância?

Equiparada a ideia do dolo eventual à Teoria da Cegueira Deliberada, percebe-se que mesmo que o nível de conhecimento do dolo eventual seja reduzido, com relação ao dolo direto, ele ainda deve estar presente na conduta do agente.

¹²⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1023 *et. seq.*

¹²¹ DIAZ PITA, Maria Del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p. 24.

Afirmação esta que vai de encontro à ideia da cegueira deliberada, em que o agente não possui conhecimento acerca dos elementos do fato típico. O grande questionamento reside na ideia: merece esse agente algum tipo de punição, uma vez que a situação de ignorância foi por ele causada?

Relembrando o que se entende por cegueira deliberada, enquadra-se aquele sujeito que conscientemente, através de um ato, comissivo ou omissivo, provocou sua própria cegueira, ou seja, aquele que poderia ter obtido a informação acerca da ilicitude de sua conduta, mas preferiu não alcançar o estágio de conhecimento pleno e manter-se no estado de incerteza.

A grande problemática reside no fato da equiparação da conduta do agente que age nos moldes da Teoria da Cegueira Deliberada à conduta do agente enquadrado no instituto do dolo eventual.

No entanto, aquele que desconhece, por qualquer que seja o motivo, alguma circunstância do fato típico tem, no máximo, elevadas suspeitas acerca das circunstâncias fáticas penalmente relevantes da sua conduta, mas não se pode atribuir-lhe conhecimento pleno. O que implica a impossibilidade de comparação do instituto da Teoria da Cegueira Deliberada ao dolo eventual, uma vez que, mesmo que em um nível inferior ao dolo direto, no dolo eventual é necessário o elemento cognitivo na conduta do agente.

Presumir que aquele que age conscientemente, a fim de se manter em situação de ignorância, evitando o conhecimento acerca das circunstâncias do fato típico que perfazem sua conduta, pode ser punido a título de dolo eventual, revela mais uma problemática. Conforme lança o questionamento Vinicius Arouck, faz a seguinte pergunta: será que o agente poderá ser responsável por toda e qualquer consequência de sua atitude, quando deliberadamente desconhece as elementares do fato típico?¹²²

Para ilustrar sua indagação, o autor apresenta dois exemplos. O primeiro diz respeito ao agente que recebe uma quantia razoável de dinheiro para levar uma determinada maleta fechada a um quarto de hotel. Embora o agente suspeite que haja algo ilícito na maleta, precisava do dinheiro do serviço e aceitou. Continua afirmando que a maleta estava trancada e que em nenhum momento checkou o que estaria em seu conteúdo. Ao chegar ao hotel é abordado pela polícia federal que encontra cinco quilos de drogas no interior da maleta.

¹²² AROUCK, Vinicius. A Teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. In: **Empório Direito**, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio-> acesso em 01 de dezembro de 2019.

Segundo o autor, aqueles que defendem a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada sustentariam a ideia de que o agente deveria ser punido pelo crime de tráfico de drogas, pois conscientemente fechou os olhos para uma situação penalmente relevante, para se beneficiar com o pagamento do serviço que lhe foi oferecido.

No entanto, quando traz o segundo exemplo, a certeza da imputação do agente como praticante do crime, decorrente de sua conduta conscientemente cega, se torna questionável. Se ao invés de ter sido pego pela polícia federal, o agente tivesse deixado a maleta no quarto como combinado e minutos após ter deixado o local, a maleta que, nesse caso, continha explosivos, explodisse e deixasse dez mortos, seria imputado ao agente o crime de homicídio doloso (quando há intenção de matar).

Conforme explica o autor, quando analisada sob o viés de um caso extremo como o exemplo acima descrito, a Teoria da Cegueira Deliberada acaba por incitar uma responsabilidade penal objetiva, rechaçada em nosso ordenamento jurídico pátrio, conforme preconiza Vinicius Arouck:

Sem embargo, a aplicação dessa Teoria, em certas ocasiões, gera a legitimação, já há muito tempo combatida pelo Direito, da responsabilidade penal objetiva. Afinal, por certo que, aquele que aceita levar uma maleta, a qual propositalmente desconhece seu conteúdo, ainda que suspeite da existência de drogas ou, eventualmente, de dinheiro ilícito em seu interior, não estaria assumindo, por vezes, o risco de matar dez pessoas.¹²³

Desta feita, o Estado não pode atingir, sem motivação legal, a individualidade ou o âmbito privado de cada indivíduo. Por essa razão, no caso da cegueira deliberada, não há que se falar em dolo, ou pelo menos na acepção clássica dolo direto ou dolo indireto, uma vez que o agente pode alegar o desconhecimento do elemento do tipo por falta de consciência, e, ainda, por não ter vontade de realizar o tipo penal.¹²⁴

Conforme preconiza Hungria, no caso de dolo eventual o agente consente previamente com o resultado, caso aconteça. A afirmação é interpretada por Spencer Toth, que acredita que Hungria, ao falar em consentimento prévio pra com o resultado, quis dizer que esse consentimento ocorre na fase de execução da conduta, uma vez que a lógica do dolo eventual não

¹²³ AROUCK, Vinicius. A Teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. In: **Empório Direito**, 2017. Disponível em: <https://emporiodireito.com.br/leitura/a-teoria-da-egueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio>- acesso em 01 de dezembro de 2019.

¹²⁴ SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 235.

admite o consentimento em fases anteriores sob a pena de recair a conduta do agente em dolo direto.¹²⁵

O que traz algumas questões importantes. Por exemplo, quando o agente sequer suspeita da existência dos elementos do tipo ou possui suspeitas remotas, estará sujeito ao art. 20 do Código Penal e incorrerá no erro de tipo? O que ocorre com o agente que tem dúvida acerca dos elementos do tipo, ou o que ocorre com o agente que se coloca ou é colocado de forma proposital em situação de ignorância?

Assim, como anteriormente demonstrado, Cezar Bittencourt afirma que, mesmo em níveis mais brandos do que no dolo direto, no dolo eventual é necessária a presença dos elementos cognitivos e volitivos. Além disso, aduz ser fundamental uma relação entre a vontade do resultado e o agente da conduta, ou estaríamos diante do instituto da culpa. Esclarece que: “É insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado como sustentaram os defensores da Teoria da Cegueira Deliberada”.¹²⁶

Conforme indaga Spencer Toth, poderia um ato egoísta de não investigar determinados fatos construir a ponte necessária entre o agente e o resultado? Ainda, essa ponte poderia ser considerada dolo e ser-lhe atribuída as consequências?. Conforme explica o autor, acredita-se que a ausência de tipificação da figura da cegueira deliberada e a presunção constitucional de inocência aliados aos princípios de “*favor rei*” e do ônus da prova do Estado, responderiam tais perguntas de forma negativa.¹²⁷

Desta forma, conclui-se que a equiparação da Teoria da Cegueira Deliberada ao elemento subjetivo do dolo eventual amplia o conceito de dolo e cria situação não legislada em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, é forçoso o argumento que o agente que se põe em situação de ignorância acerca das circunstâncias de sua ação assume qualquer resultado que possa vir a ocorrer com a sua conduta. Por fim, os elementos constitutivos do dolo eventual, não estão presentes, uma vez que o agente deliberadamente cego não possui conhecimento, apenas uma suspeita da alta probabilidade que sua conduta possa a vir se caracterizar em um ilícito.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 240.

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. São Paulo: Saraiva, 2013, *passim*.

¹²⁷ SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D’plácido, 2019, p. 241.

Ao admitir tal equiparação, a figura do dolo eventual restaria expandida, extrapolando a forma como é normativizada em nosso ordenamento jurídico, isto porque a eventualidade que se admite impera no elemento volitivo, na assunção do risco do resultado. Porém, o elemento cognitivo deve estar presente, o agente deve ter plena consciência e conhecimento acerca das circunstâncias fáticas da sua conduta, não se admitindo uma possível eventualidade nesse elemento do dolo.

Muito embora, seja possível imputar ao agente deliberadamente cego a assunção do risco do resultado de sua conduta, não há como imputar-lhe o conhecimento dos fatos, já que o elemento cognitivo não está presente. E provar apenas elevadas suspeitas não é suficiente para punição do agente.

2.4 Utilização da Teoria da Cegueira Deliberada pela jurisprudência brasileira

No Brasil a Teoria da Cegueira Deliberada fora utilizada algumas vezes em julgados perante tribunais regionais e pelas Cortes Superiores, em sua maioria, são decisões do Judiciário que dizem respeito aos crimes de lavagem de dinheiro, tendo sido utilizada também em decisões sobre corrupção eleitoral.

Um dos Casos mais famosos em que a Teoria da Cegueira Deliberada fora apresentada em nosso ordenamento jurídico diz respeito ao assalto que ocorreu no Banco Central de Fortaleza no ano de 2005. Estima-se que os culpados furtaram na madrugada do dia 05 de agosto de 2005, a quantia equivalente à R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil e cento e cinquenta reais), sendo acusados de furto qualificado. Em leitura aos fatos ocorridos, em 06 de agosto de 2005, um dia após o assalto, os réus se dirigiram a uma concessionária e compraram 11 veículos, todos eles pagos em dinheiro em espécie, totalizando o montante de cerca de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais).

Do caso, fora proposta ação penal, o qual resultou na sentença penal do processo crime nº 2005.81.00.014586-0, que condenou os donos da revendedora de carros, responsáveis pela venda dos veículos aos integrantes da quadrilha, pelo crime de lavagem de dinheiro, enquadrando-os no art. 1º §2º, I da Lei 9.613/1998. Alguns pontos da referida sentença merecem ser aqui discutidos.

No que tange ao elemento subjetivo necessário para configuração do delito de lavagem de dinheiro, o juízo a quo proferiu o seguinte entendimento:

O art. 1.o, caput, da Lei 9.613/1998 exige o dolo genérico, ou seja, consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do tipo penal, não exigindo nenhum elemento subjetivo adicional ou intencionalidade específica, bastando o querer do resultado típico. Para a lei brasileira, o crime é doloso "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo" (art. 18, I, do CP). No dolo eventual, o sujeito ativo não conhece com certeza a existência dos elementos requeridos pelo tipo objetivo, duvidando da sua existência e, apesar disto, age, aceitando a possibilidade de sua existência. Em exposição ainda mais clara: "O dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo 'que agüente', 'que se incomode', 'se acontecer, azar', 'não me importo'. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade."¹²⁸

Conforme argumenta, o caso demonstrou a existência de lacuna legislativa quanto à possibilidade de admitir a aplicação do dolo eventual aos crimes de lavagem de dinheiro. Em suas palavras:

(...) há aqui uma lacuna legislativa colmatável (...) restringindo o crime de lavagem de dinheiro ao dolo direto, ou trata-se de uma omissão deliberada do legislador, ou seja um silêncio eloquente a fim de permitir a incidência da Lei no caso de dolo eventual.¹²⁹

Utilizando-se do direito comparado, o juízo importou a Teoria da Cegueira Deliberada, equiparando-a a figura do dolo eventual, a fim de que se alcançasse a punição dos agentes. Ademais, arguiu que o conhecimento necessário para imputação penal também poderia ser considerado quando, por parte do agente, houvesse indiferença à alta probabilidade da existência de determinado fato, afirmando que quando a indiferença está presente o conhecimento exigido está preenchido.

Conforme o trecho da decisão colacionado abaixo:

A Justificação substantiva para regra é que a ignorância deliberada e conhecimento positivo são igualmente curáveis. A justificativa textual é que segundo o entendimento comum, alguém conhece os fatos mesmo quando ele está menos do que absolutamente certo sobre eles. Agir com "conhecimento", portanto não é necessariamente agir com conhecimento positivo, mas agir quanto à elevada probabilidade da existência do fato em questão . Quando essa indiferença está presente o conhecimento "positivo" não é exigido.¹³⁰

Analisando as alegações proferidas pelo juízo a quo, percebe-se que categoriza a aplicação da cegueira deliberada em dois pressupostos, quais sejam, o conhecimento do agente

¹²⁸ CEARÁ, BRASIL, Justiça Federal do Ceará. Ação nº 2005.81.00.014586-0, Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>. Acesso em 17 de Janeiro de 2020.

¹²⁹ CEARÁ, BRASIL, Justiça Federal do Ceará. Ação nº 2005.81.00.014586-0, Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>. Acesso em 17 de Janeiro de 2020.

¹³⁰ CEARÁ, BRASIL, Justiça Federal do Ceará. Ação nº 2005.81.00.014586-0, Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>. Acesso em 17 de Janeiro de 2020.

sobre a alta probabilidade da existência do fato em questão e a indiferença do agente quanto a esse conhecimento.

Dessa feita, os donos da revendedora de veículos foram condenados, pelo que, diante do conhecimento da alta probabilidade de que aquele dinheiro não fosse lícito, quedaram-se indiferentes a essa desconfiança e, mesmo assim, efetuaram a venda dos veículos.

Os condenados em primeiro grau apelaram e, em sede do Tribunal Federal, os desembargadores converteram a condenação e afirmaram:

2.4- 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 n.º 9.613/98. O inciso II do § 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do § 2.º.¹³¹

Ademais, o Tribunal Federal da 5ª região enquadrou de forma errônea, conforme outrora demonstrado, o instituto da Teoria da Cegueira Deliberada ao dolo eventual, conforme o acórdão proferido:

Entendo que a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional. No caso concreto, pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual.¹³²

Muito embora o Tribunal Federal da 5ª região tenha absolvido os donos da revendedora de veículos, sob o argumento de que a Lei de Lavagens de Capitais, na época dos fatos, não admitia a imputação do dolo eventual, admitindo, assim como o juízo a quo, a possibilidade de equiparação da Teoria da Cegueira Deliberada ao instituto do dolo eventual.

Outro julgado que segue a mesma linha de equiparação da Teoria da Cegueira Deliberada ao dolo eventual é o julgamento da Ação penal nº 470-MG, popularmente conhecida como Mensalão. No Julgamento da ação pelo Supremo Tribunal Federal, alguns ministros se debruçaram sobre a Teoria da Cegueira Deliberada, analisando sua aplicabilidade ao ordenamento jurídico pátrio e equiparando a figura ao instituto do dolo eventual.

¹³¹ ACRE, BRASIL, TRF 5º. ACR 5520-CE 2005.81.00.014586-0, Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Disponível em: http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. acesso em: 10 de dezembro de 2019.

¹³² ACRE, BRASIL, TRF 5º. ACR 5520-CE 2005.81.00.014586-0, Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Disponível em: http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. acesso em: 10 de dezembro de 2019. p. 96 *et. seq.*

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber analisou a possibilidade de configuração do elemento subjetivo dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro. Apontou que o dolo eventual na lavagem de dinheiro significa que o agente embora não tenha certeza da origem criminosa dos bens, valores ou direitos envolvidos, quando pratica atos de ocultação e dissimulação, tem uma noção da alta probabilidade da conduta criminosa que pode vir a praticar. Em suas palavras, para ilustrar essa escolha de se manter ignorante:

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 silêncio. Assim, parece-me que não admitir a realização do crime de lavagem com dolo eventual significa na prática excluir a possibilidade de punição das formas¹³³ mais graves de lavagem, em especial a terceirização profissional da lavagem.¹³⁴

Continua a Ministra afirmando que, no caso em que estão julgando, ainda que as empresas responsáveis por lavagem de dinheiro tivessem ciência da alta probabilidade da procedência criminosa dos valores lavados, seria difícil, do ponto de vista probatório, afirmar a certeza e conhecimento por parte dos dirigentes das empresas quanto à origem criminosa dos recursos. Desta feita, se não fosse admitido o dolo eventual, seria improvável a condenação de “lavadores de dinheiro” profissionais.

Ademais, utilizando-se do direito comparado, a Ministra importou a Teoria da Cegueira Deliberada (*willful blindness doctrine*), afirmando que as Cortes Estadunidenses possuem alguns pressupostos para aplicação da Teoria aos casos e lavagem de dinheiro, apontando que:

Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.¹³⁴

¹³³ BRASIL, STF. AP 470 / MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130423-05.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2019. p. 1271 *et. seq.*

¹³⁴ BRASIL, STF. AP 470 / MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130423-05.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2019. p. 1273.

Para justificar a utilização da teoria que surgiu no "*Common Law*", explica que a teoria fora incorporada pelo Supremo Tribunal Espanhol, de tradição "*Civil Law*", no julgamento da Sentencia 22/2005, em que houve a equiparação da Teoria da Cegueira Deliberada ao instituto do dolo eventual que também existe dentro do nosso ordenamento jurídico.

Algumas críticas são necessárias ao voto da Ministra, uma vez que não há equiparação entre a Teoria da Cegueira Deliberada e instituto do dolo eventual, isto porque diante da teoria da vontade que foi adotada pelo nosso ordenamento jurídico, ao elemento subjetivo do dolo eventual, assim como no dolo direto, devem estar presentes os elementos constitutivos (conhecimento e vontade), de modo que, mesmo que em níveis inferiores ao dolo direto, não se pode excluí-los da composição.

Desta feita, transpassado o conceito da Cegueira deliberada como o estado em que o agente, de forma proposital, se coloca em situação de ignorância quanto aos elementos do tipo que podem vir a se concretizar como resultado de sua conduta, é forçoso concluir que na conduta estão presentes os elementos constitutivos do dolo, quais sejam, o elemento cognitivo, que se traduz no conhecimento efetivo dos elementos objetivos do tipo penal, e o elemento volitivo, a indiferença de produzir o resultado.

Conforme anteriormente demonstrado, não há como se presumir que o agente que se põe em situação de ignorância proposital, quanto às circunstâncias que permeiam sua conduta, se mostra indiferente ou até mesmo assume a produção de qualquer resultado que venha a ser produzido com a sua conduta, caso contrário estaria caracterizada a punição penal objetiva.

Admitir a punição nos crimes de lavagem de dinheiro por dolo eventual é algo possível em nosso ordenamento jurídico da forma como está normativizado. Equivocada é a ampliação da figura do dolo em meio a um ativismo judicial.

Por conseguinte, como bem apontado por Spencer Toth, Ragués I Váles deixa claro que as decisões do Supremo Tribunal Espanhol acerca da incorporação da Teoria da Cegueira Deliberada são contraditórias e não compatíveis à dogmática do "*Civil Law*".¹³⁵

Ainda, conforme Spencer Toth, não há pressupostos de aplicação tão bem delineados da Teoria da Cegueira Deliberada nos Estados Unidos. Apenas em 1962, com o surgimento do Código Penal Modelo, houve uma construção dogmática mais precisa acerca do tipo subjetivo. Diante da autonomia regional encontrada nos Estados Unidos, nem todas as regiões aca-

¹³⁵SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 223.

taram essa normatização. Vê-se que a Ministra não poderia afirmar que os pressupostos para aplicação da teoria são usados em toda a extensão dos Estados Unidos, pelo que sequer estão tão bem delineados.¹³⁶

Por fim, critica a utilização da alta probabilidade como elemento certo para o enquadramento do indivíduo na Teoria da Cegueira Deliberada, aduzindo que o conceito de alta probabilidade não está bem delineado nas cortes estadunidenses e ultimar tal conceito como a “salvação” de todos os problemas é substituir o problema de definir o conceito de dolo e a necessidade de enquadrar o agente nesse elemento subjetivo, em troca de definir o que seria alta probabilidade de conhecimento acerca de uma conduta.¹³⁷

Outro caso emblemático em que a Teoria da Cegueira Deliberada fora citada no Brasil foi na operação “Lava Jato”. Da investigação promovida pelo Ministério Público Federal, descobriu-se um esquema que movimentava bilhões de reais, divididos em quatro organizações criminosas. O nome da operação “Lava Jato” diz respeito ao *modus operandi* de uma das organizações investigadas, que se utilizava de postos de gasolina e lava jatos de automóveis para promover movimentação dos recursos financeiros.

Nos autos da ação penal nº 501340559.2016.404.7000, o Juiz Sérgio Moro condenou dois réus, pautando sua decisão na Teoria da Cegueira Deliberada:

Sem embargo do que mais se poderia escrever, é possível concluir que, desde que se tenha prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos nas condutas de ocultação e de dissimulação e de que ele escolheu agir e permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, mesmo tendo condições de aprofundar seu conhecimento, ou seja, desde que presentes os elementos cognoscitivo e volitivo, é possível e necessário reconhecer a prática do crime de lavagem por dolo eventual diante da previsão geral do art. 18, I, do CP e considerando a sua progressiva admissão pelas Cortes brasileiras.¹³⁸

Continua o Magistrado:

A postura de não querer saber e a de não querer perguntar caracterizam ignorância deliberada e revelam a representação da elevada probabilidade de que os valores tinham origem criminoso e a vontade realizar a conduta de ocultação e dissimulação a despeito disso.

Encontram-se, portanto, presentes os elementos necessários ao reconhecimento do agir com dolo, ainda que eventual, na conduta de Mônica Regina Cunha Moura e de João Cerqueira de Santana Filho.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 223.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 223.

¹³⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª região. Sentença AÇÃO PENAL No 501340559.2016.4.04.7000/PR, Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-joao-santana-cegueira.pdf>- acesso em 11 de dezembro de 2019.

Segundo, tinham Mônica Regina Cunha Moura e de João Cerqueira de Santana Filho presentes os riscos concretos, de que se tratava de valores oriundos de crimes de corrupção, não só pelas circunstâncias ilícitas da transação, com adoção de expedientes sofisticados de ocultação e dissimulação, mas também pelo exemplo da Ação Penal 470. Mesmo tendo eles presentes esses riscos, persistiram na conduta delitiva, ou seja, receberam os valores, com ocultação e dissimulação. Tinha ainda condições não só de recusar o pagamento na forma feita, mas de aprofundar o seu conhecimento sobre as circunstâncias e a origem do dinheiro, tendo preferido não realizar qualquer indagação a esse respeito.¹³⁹

Mais uma vez houve a equiparação da Teoria da Cegueira Deliberada ao instituto do dolo eventual, assumindo a existência dos elementos cognitivos e volitivos caracterizadores do dolo. Para corroborar suas alegações o magistrado aponta um julgado do TRF4, que diz:

Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta drogas, arma e munição não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), 'quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica'. Doutrina da 'cegueira deliberada' equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro." (ACR 500460631.2010.404.7002 Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto 8a Turma do TRF4 un. j. 16/07/2014).

Algumas críticas são cabíveis a esse entendimento, conforme preconiza Ragués I Vallés, referencial na aplicação da teoria no direito continental, e conforme já demonstrado no presente trabalho em capítulo específico, não há o que se falar em equiparação da Teoria ao instituto do dolo eventual, porquanto haja uma diferenciação básica entre os dois institutos, que é a intenção do agente enquadrado na Teoria da Cegueira Deliberada em se manter cego quanto às circunstâncias de sua conduta.

Ao afirmar que, quem “podendo e devendo conhecer”, “se mantém em situação de não querer saber”, este *animus* do agente deve ser provado e não apenas presumido quando não há elementos de prova suficientes. Em alinhamento a este pensamento, explica Spencer Toth:

Observe-se que quando o magistrado utiliza-se da expressão “se mantém em situação de ignorância” e “também pode conhecer a natureza do ato ou da colaboração” ele mesmo se obriga a demonstrar tais circunstâncias. Obriga-se, portanto, a demonstrar que o agente tinha a “intenção de não querer saber.

(...)

Incumbe ao magistrado o dever de demonstrar que houve “a escolha” de permanecer ignorante, não admitindo-se presunção “*contra reo*”, por violação do princípio constitucional insculpido no art. 5º, LVII.¹⁴⁰

¹³⁹ ARANÁ, BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Sentença AÇÃO PENAL No 501340559.2016.4.04.7000/PR, Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-joao-santana-cegueira.pdf>- acesso em 11 de dezembro de 2019.

¹⁴⁰ SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira Deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019, p. 229.

Uma vez que o agente escolhe sabendo das consequências e circunstâncias da sua conduta, estamos diante do dolo eventual, instituto legislado em nosso direito penal. Se há consciência da situação, a cegueira deliberada está descaracterizada, uma vez que abarca situações em que, por parte do agente, inexistente conhecimento acerca das circunstâncias de sua conduta.

Neste contexto, cabe à acusação provar o conhecimento do agente sobre as circunstâncias fáticas de sua conduta e sua consciência acerca dos elementos do tipo penal, ou seja, resta ao órgão acusador demonstrar o conhecimento jurídico retórico necessário para ensejar uma punição a título de dolo eventual.

Em conclusão, tem-se que não há como o agente presumir o acontecimento de algum resultado quando inexistente conhecimento acerca das circunstâncias de sua conduta. Não sendo possível a utilização da Teoria da Cegueira Deliberada como uma saída para condenação quando as provas não conseguem imputar ao agente o dolo eventual necessário para sua punição, caso contrário, extrapolaria o conceito de dolo da forma como é normativizado em nosso ordenamento jurídico.

2.5 Análise da compatibilidade da Teoria aos princípios que norteiam a aplicação do Direito Penal

Quando se analisa o Direito Brasileiro e sua tradição do “*Civil Law*”, percebe-se que a aplicação é amparada por uma série de princípios constitucionais e regras legisladas para que aja uma segurança jurídica consolidada.

Importante destacar que, neste sistema, as imputações subjetivas do indivíduo diferem dos países de tradição “*Common Law*”, como os Estados Unidos, local em que a teoria ganhou maior força doutrinária e contornos mais delimitados.

O ordenamento jurídico pátrio possui como pilares princípios constitucionais que deverão ser respeitados durante a aplicação do direito e, principalmente, à persecução penal, a exemplos a presunção de inocência e a legalidade.

Com efeito, a presunção de inocência é regra pela qual incumbe à acusação ter provas suficientes para que se possa investigar e chegar ao estágio de punição do agente. Encontra-se

instituída no artigo 5º, inciso LVII, da CF e previsto no art. 11 nº 1 da Universal dos direitos humanos, de forma a garantir que:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Muito embora, diante da atual conjuntura do país, a Teoria da Cegueira Deliberada pudesse trazer benefícios ao alcance da justiça, a forma como vem sendo aplicada gera facilidades ao acusador que, ao invés de provar de forma contundente a conduta do autor do delito, agarra-se em conceitos como “alta probabilidade de conhecimento das circunstâncias de sua conduta”, para enquadrar o agente em dolo eventual.

Conforme preconiza Vinícius Arouck, a Teoria da Cegueira Deliberada acaba gerando facilidades para aquele que detém a legitimidade de investigar e acusar, uma vez que a prova contundente do elemento subjetivo do agente torna-se desnecessária. Aplicando a teoria, a imputação do agente basearia-se em valoração sem suporte fático, invertendo o ônus da prova para que o agente prove o seu desconhecimento sobre os fatos.¹⁴¹ Alegar que alguém tem a alta probabilidade de saber determinado fato acaba configurando presunção de dolo inaceitável em nosso ordenamento jurídico.

Corroborando tal pensamento Pacelli de Oliveira afirma que todo o ônus da prova recai sobre a acusação e resta para defesa apenas demonstrar a existência de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade.¹⁴²

Em que pese estarmos diante de um princípio constitucional, a presunção de inocência é deixada de lado quando se aplica a Teoria da Cegueira Deliberada, já que se presume o conhecimento do agente, afirmando que ele tem alta probabilidade em ter consciência das circunstâncias que permeiam sua conduta, ocorrendo assim a inversão do ônus da prova, cabendo ao agente provar seu desconhecimento acerca dos fatos e deixar claro que o seu desconhecimento não foi de maneira intencional ou por uma grave indiferença de um fato penalmente relevante que teria o dever de conhecer.

Ainda, se todos os caminhos da persecução penal não levaram a produção de provas que pudessem de forma certa e precisa condenar o agente e serem capazes de provar o ele-

¹⁴¹ AROUCK, Vinícius. A Teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. In: **Empório Direito**, 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio>- acesso em 01 de dezembro de 2019.

¹⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 35.

mento subjetivo de sua conduta, não se pode condená-lo a título de dolo eventual apenas diante da suspeita do magistrado de que se tenha colocado em situação de ignorância acerca das circunstâncias de sua conduta. Ao banalizar a necessidade de comprovação do elemento subjetivo da conduta do agente, caminha-se ao direito penal objetivo.

Importante deixar claro que o ordenamento jurídico brasileiro insculpe a regra da responsabilidade subjetiva do agente, sendo necessária a comprovação do dolo ou culpa, ao ligar o agente ao resultado de sua conduta. No mesmo sentido, Damásio Jesus aduz que:

Nullum crimen sine culpa. A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. É um fenômeno individual: o juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade). O juízo de culpabilidade, que serve de fundamento e medida da pena, remudia a responsabilidade penal objetiva (aplicação de pena sem dolo, culpa e culpabilidade).¹⁴³

Pelo exposto, conclui-se que há uma linha muito estreita entre a Teoria da Cegueira Deliberada, o dolo eventual e a responsabilidade penal objetiva. Como anteriormente demonstrado, aquele que de maneira voluntária se coloca em desconhecimento acerca dos elementos e circunstâncias de sua conduta não assume todo e qualquer risco de resultado que essa ação possa vir a produzir.

Imaginemos que um indivíduo recebe de um traficante R\$ 100,00 (cem reais) para deixar uma maleta em uma determinada localidade, sendo interceptado pela polícia no caminho, e apreendidos ali 5kg de maconha. Se provado que o agente tinha conhecimento acerca das circunstâncias fáticas da sua conduta, que possuía consciência dos elementos do tipo penal e assumiu o risco da produção do resultado de sua conduta, então, deve ser punido à título de dolo eventual.

Discorda-se da utilização da Teoria da Cegueira Deliberada como uma tentativa de legitimar a punição do indivíduo quando não se tem provas suficientes, dentro dos autos, que comprovem o seu conhecimento. Fica fácil provar o conhecimento do agente do crime de tráfico de drogas quando a pessoa que lhe entrega a maleta é o próprio traficante.

Como bem pontuado no artigo publicado por Aline Vieira de Almeida, a conduta de abster-se de colher informações acerca de sua conduta, equipara-se muito mais a uma ausência do dever de cuidado, requisito que compõe o delito na modalidade culposa do que o insti-

¹⁴³ JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 53.

tuto do dolo propriamente dito. Ainda, continua explicando que, mesmo que o agente tenha alguma possibilidade de obter conhecimento acerca da prática ilícita que está cometendo, o que deve prevalecer é ausência de certeza, ou seja, a presunção de inocência, caso contrário estaria configurado um ativismo judicial em desfavor do réu, proibido em nosso ordenamento jurídico.¹⁴⁴

Continuando a análise da compatibilidade da teoria aos princípios consagrados, resta analisar a adequabilidade da referida teoria ao princípio da legalidade. Neste ínterim, o princípio da legalidade prevê ninguém será punido sem lei anterior, escrita, estrita e certa (*nullum crime nula poena sine lege*). Conforme preconiza Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, em seu tratado de direito penal:

Toda imposição de uma pena pressupõe uma lei penal (*nullum poena sine lege*). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. II) A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. III) O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crime sine poena legali*). Consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada.¹⁴⁵

Diante de tais premissas, proíbe-se a analogia ou interpretação extensiva no âmbito penal. A analogia somente deve ser usada, a fim de preencher as lacunas legislativas quanto à interpretação fiel da lei, desde que com não traga prejuízos ao acusado. Em contrapartida, esse mecanismo não pode ser utilizado pelo julgador pra criar ou modificar direitos, principalmente quando trazer más consequências ao réu.¹⁴⁶

O entrave à aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico é a falta de previsão legal do instituto. Uma vez que não há Lei que defina a configuração do que seria a Cegueira deliberada e quais os requisitos que o agente teria que atender para ser enquadrado ao instituto, tem curso a tentativa de equiparação deste aos elementos subjetivos tipificados, dolo e culpa. Essa equiparação acaba sendo feita através de analogias ou até mesmo pela extensão do conceito de dolo.

¹⁴⁴ ALMEIDA, Aline Vieira de. Teoria da Cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Brasil Escola**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/teoria-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.htm>- acesso em 15 de dezembro de 2019.

¹⁴⁵ *Apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.75.

¹⁴⁶ AROUCK, Vinicius. A Teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. In: **Empório Direito**, 2017. Disponível em: <https://emporioidireito.com.br/leitura/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio>- acesso em 01 de dezembro de 2019.

Analogia pode ser definida como a aplicação a uma hipótese não legislada de uma legislação que fora aplicada a um caso semelhante, diante de uma lacuna legislativa, sendo admitida no direito penal apenas em benefício do acusado.

Vê-se que a construção jurisprudencial da cegueira deliberada acaba aplicando a analogia para preencher uma lacuna legislativa de não positivação do instituto, o que acaba por estender o conceito de dolo. Nesse sentido explica Vinícius Arouck:

A construção jurisprudencial da Teoria da Cegueira Deliberada nada mais é que uma interpretação extensiva do conceito de dolo, pois, uma vez que o dolo é conceituado na parte geral do Código Penal Brasileiro como querer e conhecer, não pode o intérprete da lei (o juiz) considerar um eventual não conhecimento de determinado pressuposto fático, por qualquer razão que seja, como conhecimento para fundamentar um decreto condenatório.¹⁴⁷

Assim, como outrora explicado, o conhecimento no mundo jurídico é retórico, depende de provas. Não pode o juiz, diante da ausência de provas que determine o conhecimento do indivíduo, utilizar-se da teoria e de seus contornos mal definidos a fim de sustentar uma condenação.

Uma vez que o dolo está legislado em nosso ordenamento jurídico, equiparar a teoria a esse conceito acabaria por estender a figura e conseqüentemente prejudicaria os direitos constitucionais que protegem o réu. Ao estender o conceito dolo, o magistrado entra na seara do poder legislativo, ampliando o *jus puniendi* estatal.

A tipificação penal serve como proteção do indivíduo face às possíveis arbitrariedades do poder judiciário, conforme entende Fernando Capez:

(...) O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. O princípio contém uma regra – segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade – e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis.¹⁴⁸

Por essa razão, a proibição à analogia e à interpretação extensiva visa a proteger o indivíduo da possibilidade de ampliação irrestrita da punição do Estado, da mesma forma que não é permitido a restrição das causas de exclusão da culpabilidade, tipicidade e ilicitude, que também se constituiria interpretação extensiva em desfavor do réu.

¹⁴⁷ AROUCK, Vinicius. *Op Cit.*

¹⁴⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** São Paulo: Saraiva. 2007, p.38.

Desta feita, a utilização da Teoria da Cegueira Deliberada, equiparando-a ao conceito de dolo eventual e, assim, estendendo a figura tipificada do dolo, acaba por ferir o princípio constitucional da legalidade, uma vez que permite ao magistrado legislar em matéria de direito penal, valendo-se da analogia e da interpretação extensiva, a fim de prejudicar o réu, mesmo quando defeso aplicar a analogia *in malam partem* no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Importante destacar que a Teoria da Cegueira Deliberada, se corretamente legislada e positivada, isto é, seguindo os princípios constitucionais já previstos, poderia trazer grande melhora na persecução penal. O que se rechaça é sua utilização ao arrepio do processo legislativo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, entende-se que a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no direito brasileiro se mostra dificultosa em decorrência de sua origem no sistema jurídico anglo-saxão e, portanto, divergente da estrutura presente no ordenamento pátrio.

Neste sentido, uma das grandes dificuldades encontrada é a ausência de precisão quanto a sua natureza jurídica, o que inclui a delimitação de seu suporte fático. Muito embora essas ideias tenham sido discutidas ao longo dos anos – com a aplicação da teoria pelas cortes estadunidenses –, ainda não é possível verificar um grau razoável de fixação semântica do conceito.

Ademais, ao se falar na importação do instituto, tem-se, ainda, que pensar no elemento subjetivo da conduta do agente. Enquanto nos Estados Unidos vislumbramos quatro estados de *mens rea* (mente culpada), no Brasil, o elemento subjetivo se divide apenas em dolo e culpa, a despeito das variações existentes, o que reforça a tese da incompatibilidade da teoria.

No direito estadunidense, a teoria se situa entre o conhecimento e a imprudência, não havendo uma definição clara da natureza jurídica do instituto. Conforme mencionado no primeiro capítulo, embora a tendência das cortes do país seja equiparar a cegueira deliberada ao conhecimento, a conduta do agente deliberadamente cego mais se assemelha à imprudência, em que se despreza o risco da ação delituosa.

Não obstante a incerteza e fragilidade conceitual da teoria em análise, verifica-se sua incorporação ao direito brasileiro, através da aplicação reiterada em decisões judiciais, em que é equiparada ao dolo eventual – instituto normativizado pela legislação. Entretanto, sabe-se que a caracterização do dolo eventual exige a presença dos elementos cognitivo e volitivo, ao passo que, à cegueira deliberada, apenas o segundo.

Uma vez que a análise do *animus* do agente deve ser feita de forma minuciosa e respeitando os princípios constitucionais, a tentativa de punição pela cegueira deliberada, relativizando o entendimento sobre dolo eventual prescrito na legislação, implica grande insegurança jurídica, de modo que, analisada à luz dos princípios da legalidade e da presunção de inocência, atesta-se a inaplicabilidade do instituto ao direito brasileiro.

Com efeito, as premissas constitucionais visam a proteger o indivíduo da persecução penal do Estado, o que impede que sejam mitigadas durante o processo. Assim, não se pode

admitir a importação de institutos que violam a Constituição e, por conseguinte, diminuem a segurança jurídica do Direito.

Embora sejam descortinadas as incompatibilidades da Teoria da Cegueira Deliberada ao ordenamento jurídico brasileiro, acredita-se que sua correta incorporação, isto é, consoante os princípios constitucionais, poderia trazer benefícios à persecução penal.

Neste íterim, a aplicação do instituto requer uma reforma legislativa que inclua a conduta do agente deliberadamente cego dentre as possibilidades de imputação subjetiva do agente, respeitando, assim, o princípio da legalidade em matéria penal. De outro modo, não há como conceber a expansão do dolo eventual, por equiparação a instituto que deriva de sistema jurídico diverso, apenas por construção jurisprudencial.

Sabe-se da crescente especialização dos agentes criminosos à esquiva da persecução penal. No atual contexto, a importação da Cegueira Deliberada poderia trazer benefícios, como a punição mais atuante de delitos em que o indivíduo tinha o dever de agir e não o fez; e a captura dos grandes chefes que delegam sua função à terceiros, além vários outros agentes que conseguem escapar de decretos condenatórios, porque conseguiram cegar-se intencionalmente.

Destarte, o que se rechaça é a tentativa de expansão da figura do dolo, através de certo ativismo judicial, para tentar punir o agente, quando não se reuniram provas suficientes para um decreto condenatório com base na legislação vigente.

REFERÊNCIAS

ACRE, BRASIL, TRF 5º. ACR 5520-CE 2005.81.00.014586-0, Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Disponível em: http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2019.

ALMEIDA, Aline Vieira de. Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Brasil Escola**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/teoria-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.htm->. Acesso em 15 de dezembro de 2019.

AMMERMAN, Robert R., SINGER, Marcus G. *Belief, Knowledge, and Truth; Readings in the Theory of Knowledge*. Nova Iorque: *Scribner*, 1970.

AROUCK, Vinicius. A Teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. In: **Empório Direito**, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio-> aceso em 01 de dezembro de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

———, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2000.

———, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. In: **Consultor Jurídico**, 4 set., 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro-> . Acesso em: 04 de dezembro de 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**: Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BRASIL, STF. AP 470 / MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130423-05.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2019.

CALLEGARI, André Luís, WEBER, Ariel Barezetti, **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva. 2007.

CHARLOW, Robin. *Willful Ignorance and Criminal Culpability*. In: *Texas Law Review*, 1992, v. 70, nº 1351, 1992. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/754. Acesso em 04 de novembro de 2019.

COPELLO, Patrícia Laurenzo. **Dolo y Conocimiento**. Valencia: Tirana lo Blanch, 199.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo: Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México**. México: Editorial Porrúa, 2001.

DIAZ PITA, Maria Del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

ESTADOS UNIDOS, Código Penal Modelo, § 2.02(2)(c). Disponível em: https://www.ali.org/media/filer_public/23/5d/235db86d-f32c-4b7a-b441-b714a53c7981/mpc-culpability-requirements-202.pdf. Acesso em: 22 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS, Código Penal Modelo, § 2.02(7). Disponível em: https://www.ali.org/media/filer_public/23/5d/235db86d-f32c-4b7a-b441-b714a53c7981/mpc-culpability-requirements-202.pdf. Acesso em: 22 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS, *Court of Appeals for the Ninth Circuit. United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976). Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156->. Acesso em 21 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS, *Missouri Court of Appeals. State v. Nations*, 676 S.W.2d 282 (Mo. Ct. App. 1984). Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/1484165/state-v-nations/>. Acesso em: 06 de novembro de 2019.

ESTADOS UNIDOS, *United States Supreme Court. Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S.; 131 S. Ct. 2060; 179 L. Ed. 2d 1167 (2011). Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS, *United States Supreme court. SPURR v. U.S.*, 174 U.S. 728 (1899). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/174/728/>. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus Ltda, 2016.

GORDON, Sheriff. *Criminal Law of Scotland*. Edinburg: W Green & Son Limited, 1978.

HAMDANI, Assaf. *Mens Rea and the cost of ignorance*. In: *Virginia Law Review*, 2007, v. 93, n. 2. Virginia: abril, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=892700. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

HEFFERMAN, Margareth. *Willful Blindness: Why We ignore the obvious at our peril*. Canada: Doubleday Canada, 2011.

HUSAK, Douglas; CALLENDER, C. *Willful Ignorance, Knowledge, and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*. In: *The Philosophy of Criminal Law- selected essays*, 2010. Oxford Scholarship Online, maio 2010.

HUSAK, Douglas. *The Philosophy of Criminal Law- selected essays*. Oxford Scholarship Online, 2010.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

MARCUS, Jonathan L. *Model Penal Code Section 2.02 (7) and Willful Blindness*. In: *The Yale Law Journal*, v. 102, n. 8, 1993. Disponível em: <www.jstor.org/stable/796865>. Acesso em: 07 de outubro de 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. In: **Revista Jurídica**, ano 57, nº 380, Porto Alegre: jun 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1985.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

PARANÁ, BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Sentença AÇÃO PENAL No 501340559.2016.4.04.7000/PR, Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-joao-santana-cegueira.pdf> . Acesso em 11 de dezembro de 2019.

PERKINS, Rollin M. *Knowledge as a Mens Rea Requirement*. In: **Hastings Law Journal**, 1978, v. 29, n. 5, 1977-1978. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2552&context=hastings_law_journal. Acesso em: 10 de novembro de 2019. p. 963.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorância deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. In: **The Journal of Criminal Law Criminology**, 1990, v 81, n° 2, *Northwestern University School of Law: summer 1990-1991*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784406. Acesso em: 07 de outubro de 2019.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SERENY, Gitta. *Albert Speer: His battle with truth, vintage books*. New York: 1975.

SYDOW, Spencer Toth, **Teoria da Cegueira Deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019.

TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros Elementos Subjetivos do Tipo. In: **revista de direito penal**, n° 06, Rio de janeiro: 1962.

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

WATSON, Alan. *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*. In: **University of Pennsylvania Law Review**, 1983, v. 131, n.º 5, Pensilvânia: 1983. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3311936>. Acesso em: 07 de novembro de 2019.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: *Editorial Jurídica del Chile*, 1997.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)**. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WILLIAMS, Glanville. *Criminal Law: The General Part*. United Kingdom: Stevens & Sons Ltd, 1961.