

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATÁLIA MORETTI SOARES

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Manaus/AM

2017

NATÁLIA MORETTI SOARES

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em
Direito da Universidade do Estado do Amazonas,
como requisito para obtenção do grau de bacharel.

Orientadora: Profa. Dra. Alice Arlinda Santos
Sobral.

Manaus/AM

2017

Autoriza-se a reprodução do todo ou de partes desse trabalho desde que a fonte seja citada.

SOARES, Natália Moretti. A aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico brasileiro. Manaus: UEA, 2017, 65p.

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

Palavras-chave: Direito Penal. Teoria da Cegueira Deliberada. Dolo eventual. Finalismo. Elemento subjetivo do crime.

Orientadora: Profa. Dra. Alice Arlinda Santos Sobral



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

NATÁLIA MORETTI SOARES

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:


Orientador (a): **Dra. Alice Arlinda Santos Sobral**


Membro 2: **MSc. Ricardo Tavares de Albuquerque**


Membro 3: **Sarah Arinana dos Santos**

Manaus, 24 de Novembro de 2017.

“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 – porque então a coisa deve ser muito ruim. De outro modo, você não teria tanta dificuldade para saber” - *Albert Speer, Ministro dos armamentos e produção de guerra do Terceiro Reich de Hitler*(HEFFERMAN, 2011).

RESUMO

O trabalho tem por objetivo o estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Age em cegueira deliberada quem cria estratégias para não tomar conhecimento de elementos do tipo penal e quem deixa de investigar suspeita acerca de situação delituosa em que está inserido. O direito brasileiro desenvolveu-se baseado na dogmática alemã do finalismo, enquanto o direito anglo-saxão não encontra relação direta com desenvolvimento de teoria do delito, mas tem características próprias de sistema causalista. A teoria em apreço foi importada do direito estrangeiro e vem sendo aplicada erroneamente pelos julgadores brasileiros com os conceitos próprios do *common law*, em presunção de conhecimento sobre elementos do tipo penal. A jurisprudência, na tentativa de livrar-se do ônus da prova do elemento subjetivo do crime, equipara a teoria ao instituto do dolo eventual brasileiro. Apesar do equívoco na transposição literal da teoria ao Brasil, a figura é adaptável ao ordenamento jurídico pátrio, sugerindo-se, porém, criação legislativa que enquadre a teoria como nova modalidade de imputação subjetiva.

Palavras chave: Direito Penal. Teoria da Cegueira Deliberada. Dolo eventual. Finalismo. Elemento subjetivo do crime.

ABSTRACT

The goal of this assignment is the doctrinal and jurisprudential study about the Willful Blindness and its applicability in Brazilian law. Acts in willful blindness who creates strategies for not knowing elements of the criminal law and those who doesn't diligence in investigating a suspicion about a criminal situation in which he may be inserted. Brazilian law has developed based on the German dogmatism of finalism, while Anglo-Saxon law has no direct relation with the theory of crime, but shares characteristics with a causal system. The theory in question was imported from foreign law and has been misapplied by Brazilian judges with the *common law* concepts, in presuming knowledge about elements of the criminal type. Jurisprudence, in an attempt to rid itself of the burden of proving the subjective element of crime, equates theory with the institute of Brazilian *dolo eventual*. Despite the misconception in the literal transposition of theory to Brazil, the figure is adaptable to the legal order of the country, with the suggestion, however, of a legislative creation that frames the theory as a new modality of subjective imputation.

Key words: Criminal Law. Willful Blindness. *Dolo eventual*. Goal-oriented theory. Subjective element of crime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A ESTRUTURA DAS TEORIAS DA AÇÃO E SUA CONSEQUÊNCIA NO PANORÂMIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME	10
1.1 DAS TEORIAS DA AÇÃO	11
1.1.1 Causalismo	12
1.1.2 Neokantismo	15
1.1.3 Finalismo	16
1.2 AS CONSEQUÊNCIAS DAS TEORIAS DA AÇÃO NO CONCEITO DE DOLO.....	19
1.2.1 A evolução histórica do dolo	19
1.2.2 As teorias do dolo	22
2. OS SISTEMAS PENAIIS BRASILEIRO(CIVIL LAW) E NORTE-AMERICANO(COMMON LAW) E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA	24
2.1 O PERFIL DO ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	24
2.2 O MODELO CAUSAL ADOTADO PELO SISTEMA PENAL DOS EUA	28
2.3 CONCEITO E DELIMITAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA ..	32
2.4 HISTÓRICO DA TEORIA NO DIREITO ANGLO-SAXÃO	35
3. DA APLICABILIDADE DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
3.1 DA LÓGICA DO DEVER DE CUIDADO.....	39
3.2 DO PRINCÍPIO DA ALTA PROBABILIDADE COMO JUSTIFICATIVA DE APLICAÇÃO.....	41
3.3 DOS JULGADOS BRASILEIROS ACERCA DO ASSUNTO.....	42
3.3.3 Da equivalência da cegueira deliberada com o dolo eventual	46
3.3.4 A aplicação da teoria pelo Supremo Tribunal Espanhol	50
3.4 MODOS DE ENFRENTAMENTO DA TEORIA FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO	52
3.4.1 Da impossibilidade de aplicação da teoria do erro	52
3.4.2 Da solução para a cegueira deliberada em sentido estrito	52
3.4.3 A proposta para a ignorância deliberada	54
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada tem suas origens no direito anglo-saxão no século XIX, com características típicas de instituto advindo do *common law*. Por meio de tal teoria, busca-se atribuir responsabilidade criminal ao agente que pratica um delito em desconhecimento de elementos do tipo, porque manteve-se cego ou ignorante deliberadamente frente à situação suspeita de crime, mediante desenvolvimento de estratégia de desconhecimento ou por ausência de investigação.

O instituto vem ganhando espaço na jurisprudência, apesar da falta de estudo doutrinário profundo. Nota-se sua aplicação em julgamentos de crimes de estelionato, crimes eleitorais e principalmente, na análise de condutas de lavagem de capitais. Em seu mais célebre caso de tangenciamento, a cegueira deliberada foi objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470, apontando para uma possível incorporação da teoria ao ordenamento jurídico-penal brasileiro.

As decisões dos tribunais pátrios e o recente debate doutrinário formam terreno propício ao estudo da cegueira deliberada, controverso quanto à sua aplicação no sistema penal brasileiro. Diante dos questionamentos, salutar a análise detida de suas origens e a observação de sua compatibilidade com os institutos jurídicos nacionais.

Houve a escolha do método dedutivo para o desenvolvimento do trabalho, realizado por meio de estudo bibliográfico, com análise crítico-reflexiva do material selecionado. A coleta de dados da pesquisa se dará em jurisprudência e doutrina atuais, haja vista a contemporaneidade do debate acerca do tema.

Para avaliar a aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada com o ordenamento jurídico brasileiro, necessária se faz a explanação do desenvolvimento da teoria do delito, com a criação de teorias da ação que tiveram influência direta nos contornos do elemento subjetivo do crime, o que terá por objeto de pesquisa o primeiro capítulo do estudo. As teorias finalistas e causalistas, as mais discutidas na dogmática penal pelos países de *civil law* e que encontram alguma conexão com o *common law*, foram abordadas nesta obra com fim de melhor esclarecimento do tema.

A segunda parte do trabalho compreende o exame dos sistemas penais brasileiro e norte-americano, frente às suas peculiaridades de *civil law* e *common law* e o panorama de elemento subjetivo do crime adotado pelos países, abrangendo também apontamentos acerca da origem e do histórico da teoria em estudo, bem como seu conceito e delimitação.

Por derradeiro, será realizada análise da problemática que envolve a aplicação do

instituto e os julgados em que a Teoria da Cegueira Deliberada já foi aplicada no Brasil, de modo a investigar a adequação da importação do instituto. Questionar-se-á a figura da cegueira deliberada frente à luz do instrumento dogmático do dolo eventual e apresentadas as possíveis soluções para sua utilização.

1. A ESTRUTURA DAS TEORIAS DA AÇÃO E SUA CONSEQUÊNCIA NO PANORÂMIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME

Do ponto de vista material, crime é a concepção da sociedade sob a ofensividade de determinadas condutas que violam os bens jurídicos mais importantes e justificam a transformação pelo legislador em tipos penais.¹ Por ser conceito aberto e subjetivo, deve ter por base o princípio da lesividade, a fim de se selecionar as condutas merecedoras da intervenção do Direito Penal.

O conceito formal de crime é resultado da formalização do conceito material. No viés formal, crime é a proibição de certa conduta pelo Legislativo, sob ameaça de aplicação de pena.² É homenagem, portanto, ao princípio da reserva legal, celebrado na Constituição Federal de 1988.

Em face da falha dos conceitos material e formal em definir precisamente os elementos do delito, surge o conceito analítico, que analisa com precisão as características da infração penal.³ Tal forma de conceituação, baseando-se na ciência do Direito, foi fruto do desenvolvimento da teoria do delito e essencial a seu deslanchar, sendo uma das áreas do Direito Penal onde se encontram as maiores divergências doutrinárias.

Conforme ensinamento de Nucci, há quem entenda ser o crime fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas pressuposto de aplicação da pena⁴. Existem, por outro lado, autores que veem o crime como fato típico e culpável⁵ e outra corrente que sustenta a ser fato típico, antijurídico, culpável e punível.

Demonstrada, porém, a ilogicidade das posições bipartida, quadripartida, o conceito adotado pela maioria da doutrina nacional e estrangeira resta como o de que crime é conduta típica, antijurídica e culpável.⁶ Discorrendo sobre a já mencionada insuficiência suprida pelo conceito analítico de crime, reforça o mestre Francisco Assis de Toledo quanto à sua opção à majoritariamente aceita teoria tripartida:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas,

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 349.

² *Ibid.*, p. 350.

³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 226.

⁴ Teoria nacional bipartida do fato típico e antijurídico, tendo a culpabilidade como pressuposto de aplicação de pena, idealizada por René Ariel Dotti. NUCCI, op. cit., p. 355.

⁵ Teoria dos elementos negativos do tipo: a antijuridicidade estaria ínsita ao próprio tipo. *Ibid.*, p. 351.

⁶ GRECO, op. cit., p. 230.

parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.⁷

Apesar da estratificação do conceito analítico, o crime é unitário e indivisível, dependendo da plena realização de seus três elementos. Nas palavras de Rogério Grecco, “ou o agente comete o delito(fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal”.⁸

Dessa maneira, a conduta do agente deve ser típica, ilícita e culpável para denominar-se penalmente relevante. Por razões de ordem lógica, no direito penal contemporâneo, a condição necessária para existência do delito é a conduta humana, afinal, *nulla injuria sine actione*(não há ofensa sem ação)⁹.

Entretanto, o ordenamento jurídico de diversos países, assim como fez o brasileiro na promulgação do Código Penal de 1940, não cuidou de definir propriamente o conceito de conduta. Coube à doutrina, portanto, a tarefa de investigar o significado do crime e dos elementos que o compõem.

1.1 DAS TEORIAS DA AÇÃO

A visão dos penalistas quanto ao conceito de ação, elemento básico de ligação do sistema, refletiu diretamente em suas concepções sobre crime, proporcionando o desenvolvimento da teoria do delito. Surgiram, assim, as denominadas teorias da ação, das quais, indubitavelmente, aquelas desenvolvidas pelo causalismo e pelo finalismo foram as de maior repercussão na dogmática penal.

O que se verifica é que “a teoria finalista permite um melhor entendimento do injusto e é progressivamente adotada no sistema do *civil law*, como na Alemanha, Itália, Espanha e na América Latina”¹⁰. Não obstante, levantam discussão correntes que se intitulam como pós-finalistas.

⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80 *apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p.226.

⁸ *Ibid.*, p. 227

⁹ Tradução livre Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, Direito e razão – Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁰ HERMIDA, Julian. Convergence of Civil Law And Common Law In The Criminal Theory Realm. In 13 University of Miami International and Comparative Law Review, 2007 tradução livre “[...] the goal-oriented

No panorama atual, discutem-se as teorias funcionalistas, divididas em funcionalismo teleológico(moderado) e sistêmico(radical).¹¹ De antemão, cabe mencionar que, na visão de Nucci¹², o funcionalismo não representa avanço à teoria do delito. Ainda há teoria pós-funcionalista, denominada teoria significativa da ação. Segundo Nucci, a teoria ainda não consegue demonstrar sua efetiva utilidade, o que fará quando estiver mais desenvolvida, trabalhando com casos concretos.

É por esse motivo que no presente estudo se abordarão somente as teorias causalista e finalista, que servem melhor ao propósito do trabalho.

1.1.1 Causalismo

De início, menciona-se que, de acordo com Nucci, é fator comum em todas as correntes o fato de que, para a caracterização de conduta, é necessária a existência do binômio vontade e consciência.¹³ A consciência seria a capacidade do ser humano de distinguir realidade de ficção, realizando julgamento moral sob suas atitudes.¹⁴ Nessa esteira, os estados de sonambulismo e narcolepsia excluiriam a consciência do agente.

Na outra parte do binômio, nas lições de Nucci, “vontade é o querer ativo, apto a levar o ser humano a praticar um ato, livremente”¹⁵. Dessa maneira, não poderia haver voluntariedade em movimentos reflexos, naqueles resultantes de hipnose ou causados por coação física absoluta.

Acontece que, para a concepção causalista, o conteúdo da vontade que dá cabo à ação deveria ser ignorado.¹⁶ Segundo Beling “para constatar que estamos frente a uma determinada ação, é suficiente saber se o autor atuou ou não atuou voluntariamente. O que ele queria é irrelevante a esse respeito.”¹⁷

A corrente causalista originou-se na Escola Moderna alemã e tem como precursores Franz Ritter von Liszt e Ernst von Beling, que formaram em 1906 o modelo clássico da teoria

theory permits a better understanding of the offense, and has increasingly been adopted in the civil law world in Germany, Italy, Spain, Latin America[...], p. 177

¹¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 231.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 p. 377. Isso porque a existência de dois tipos de funcionalismo permitiria que os teóricos chegassem a conclusões muito divergentes em importantes pontos, sem consenso. Mas, principalmente, porque o conceito jurídico de conduta elaborado pela teoria, baseado em política criminal, mostra-se perigoso, uma vez que varia de acordo com o governo vigente.

¹³ Ibid., p. 440.

¹⁴ Ibid., p. 441.

¹⁵ Ibid., p. 440.

¹⁶ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

¹⁷ BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 2. Ed., 1902, p.38 apud Ibid., p. 62.

do delito. Tal sistema estava vinculado a pautas positivistas-naturalistas da época relacionadas como âmbito da Filosofia, o que explica o conceito de ação entendido em seu sentido puramente naturalístico.

A vontade sem conteúdo acaba por trazer implicações para a teoria do crime desenvolvida pela corrente, que iniciou a consolidação do conceito analítico de crime atualmente conhecido.

O modelo causal de ação era estabelecido de maneira estritamente objetiva, de modo que o fato, para ser típico, deveria ser formado por ação voluntária e consciente que produzisse movimentos corpóreos e que chegasse a um resultado, causando alguma modificação no mundo exterior. Não existiria ação sem resultado.¹⁸

Se tal resultado fosse lesivo a bem jurídico de modo a se encaixar no modelo de conduta proibido por lei penal, estaria caracterizada a tipicidade.¹⁹ Em seguida, proceder-se-ia à verificação se a ação era contrária ao direito(ilicitude) e se o agente atuou com dolo ou culpa(culpabilidade). Nesse sentido, o crime seria dividido em duas partes, uma objetiva, integrada pela tipicidade e antijuridicidade, e outra subjetiva, parcela referente à culpabilidade²⁰.

Assim, para os teóricos causalistas, o tipo seria objetivo-descritivo, compreendendo somente os aspectos objetivos da ação que estivessem descritos em lei. A antijuridicidade era objetivo-normativa, sem significado valorativo, e a culpabilidade tinha conceito subjetivo-descritivo, da qual eram espécies o dolo e a culpa.

Na teoria causalista clássica, a culpabilidade era o modo como se estabelecia o nexo psicológico entre o agente e o fato antijurídico praticado, formando a chamada de teoria psicológica da culpabilidade.²¹ O núcleo estaria no dolo e na culpa, suas espécies, e como seu pressuposto estaria a imputabilidade, denominada de “capacidade de culpabilidade”. Nessa linha, a lição de Juarez Cirino dos Santos:

O conceito psicológico de culpabilidade é formado por dois elementos: a) a capacidade de culpabilidade (ou imputabilidade), como capacidade geral ou

¹⁸ CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba, ICPC, 2015., p. 21, apud SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. Curitiba: ICPC: Conceito Editorial, 2010, p. 82.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 362.

²⁰ BIANCHINI, Alice; PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 124.

²¹ Idem.

abstrata de compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato, excluída ou reduzida em situações de imperfeição (imaturidade) ou de defecção (doença mental) do aparelho psíquico; b) a relação psicológica do autor com o fato, existente como consciência e vontade de realizar o fato ou como causação de um resultado típico por imprudência, imperícia ou negligência.²²

Entretanto, a culpabilidade causalista sofreu severas críticas, uma vez que a simples descrição da relação psicológica não explicaria “as causas de exclusão da culpabilidade[como a coação moral irresistível e a obediência hierárquica], que não afetam a relação psicológica mencionada”²³ mas sim a exigibilidade de conduta conforme o direito; nem explicaria a culpa inconsciente, “onde falta necessariamente toda relação espiritual entre autor e fato.”²⁴

A antijuridicidade do modelo causalista clássico também se revelou problemática, já que era isenta de qualquer significado desvalorativo, por fazer parte do juízo objetivo do tipo. De natureza puramente formal, a ilicitude limitava-se à simples demonstração de que a conduta cometida contrariava a lei penal. Na análise da legítima defesa, por exemplo, não era considerado “se o agente tinha ou não conhecimento de que agia nessa condição. Bastava amoldar objetivamente a sua conduta a uma situação de legítima defesa para o reconhecimento desta causa de exclusão da ilicitude.”²⁵

O conceito de ação da teoria clássica, em seu sentido puramente natural também foi duramente depreciado, pois a definição legal de crime no causalismo se limitava a tipificar um resultado, e não uma conduta finalística. A ação seria “causa de consequências (especialmente de lesões de bens jurídicos)”²⁶, pouco importando sua finalidade, e sim o resultado causado pela ação.

A ação em sua concepção natural e valorativamente neutra também não conseguiria solucionar o problema das condutas omissivas, que tem natureza normativa. Nas lições de Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes:

A ação, no esquema positivista naturalista(ou causalista), era concebida como movimento corporal que produzia uma determinada modificação no mundo exterior. Essa concepção “naturalista” da ação não podia explicar, por exemplo, a omissão, pois a essência desta não é “naturalista”, senão “normativa”: omitir não significa “não fazer, senão “não fazer o que o

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. Curitiba: ICPC: Conceito Editorial, 2010, p. 275 apud CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba: ICPC, 2015.

²³ BIANCHINI, Alice; PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 124.

²⁴ Idem.

²⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 520.

²⁶ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

ordenamento jurídico esperava” que fosse feito; a omissão implica uma referência à “ação esperada”, uma valoração que emana da lei.²⁷

Diante da insuficiência do esquema objetivo-formal construído, houve, gradualmente, a partir do século XX, o abandono do positivismo naturalista no campo penal. Inaugurou-se a segunda fase do causalismo, fruto da repercussão da filosofia e metodologia neokantianas no Direito Penal, possibilitando o desapego do conceito clássico de crime.²⁸

1.1.2 Neokantismo

Nesse período, o crime continuava a ser fato típico, antijurídico e culpável. No entanto, foram introduzidos elementos normativos no tipo, deixando de ser a tipicidade a descrição neutra estipulada pelo causalismo clássico, livre de todo o valor.

A antijuridicidade, por sua vez, antes compreendida apenas em sentido formal, ou seja, apenas como contradição entre a conduta do agente e a lei, passa a conter juízo de desvalor material, devendo também ser analisada pelo juiz sua danosidade social.²⁹

Mas a principal diferença trazida pela concepção neoclássica de delito, foi quanto à mudança do conceito de culpabilidade. Ao contrário do causalismo clássico, que adotava a teoria psicológica da culpabilidade (integrada por suas espécies, dolo e culpa), o neokantismo transformou a culpabilidade em psicológico-normativa.³⁰

Em primeiro lugar, há de se mencionar o reconhecimento definitivo da consciência da ilicitude como integrante do dolo na estrutura da culpabilidade estabelecida por tal corrente (imputabilidade, dolo/culpa e exigibilidade de conduta diversa). O dolo e a culpa modificam seu *status* de espécies da culpabilidade para serem tratados como “formas, graus, requisitos ou elementos”³¹ da mesma. Tal formulação teve implicações no conceito de dolo adotado pela teoria e será discutido em detalhes em tópico posterior.

Em adição, Reinhard Frank redefiniu a culpabilidade inserindo elemento normativo na categoria, além daqueles subjetivos do dolo e culpa: a reprovabilidade. Em rápida elucidação,

²⁷ BIANCHINI, Alice; PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 123.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 362.

²⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 522.

³⁰ NUCCI, op. cit., p. 363.

³¹ GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. 5ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2001, p. 63-64 apud CARVALHO, Hermínia Geraldina Fereira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba: ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015, p. 33.

elementos normativos, nas palavras de Greco, “são aqueles criados e traduzidos por uma norma ou que, para sua efetiva compreensão, necessitam de uma valoração por parte do intérprete.”³² Assim, pela nova teoria, os elementos da imputabilidade do agente e da exigibilidade de conduta diversa (novo elemento reconhecido pela teoria) seriam “constituídos pela valoração de quem analisa o fato”, ou seja, pelo julgador, que atua emitindo juízo de valor.³³

Com o fenômeno da teoria psicológico-normativa, a culpabilidade torna-se reflexo do juízo de reprovação³⁴, de índice de reprovabilidade da conduta, deixando de ser juízo estritamente descritivo. Conforme lição de Nucci, chegava causar estranheza nos doutrinadores neoclássicos supor que “a culpabilidade – antes unicamente psicológica, com dolo e culpa, logo “dentro da cabeça do agente””, - agora possa contar com “as cabeças de outros”.³⁵

A teoria neoclássica causal, ainda que tenha tido êxito em aperfeiçoar o sistema clássico, não se afastou das bases tradicionais do causalismo³⁶, tendo papel de simplesmente complementar o estudo anterior, sem pretensão de impugná-lo, caindo em contradições em razão da impossibilidade de harmonização das teorias.³⁷

1.1.3 Finalismo

A corrente ontológica do finalismo tem como seu mais notável representante Hans Welzel, autor de *Studienzur System des Strafrechts* (1939), obra precedida de artigos e monografias elaborados pelo escritos com ideias semelhantes. Em reação ao subjetivismo neokantiano, para o qual “a matéria é neutra e os valores derivam do entendimento”³⁸ da mente de quem conhece, Welzel propôs em seus estudos um objetivismo na teoria do conhecimento.

A ontologia do finalismo defendeu a distinção das ciências jurídicas diante das ciências naturais. Isso porque, para Welzel, a ação seria simultaneamente causal e final, porém “às

³² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 304

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 362.

³⁴ GRECO, op. cit., p. 521

³⁵ NUCCI, loc. cit.

³⁶ GRECO, op. cit., p. 523.

³⁷ Harmonização da concepção neutralista (causal-nauralista) e valorativa (neokantiana). BIANCHINI, Alice; PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 129

³⁸ Ibid, p. 130.

ciências naturais interessa a ação como fenômeno do mundo natural, como fato causal. Mas ao Direito, que pertence à ‘ordem do pensar’ só interessa a dimensão ou aspecto ‘final’, enquanto essência da ação, imanente à mesma.”³⁹

Dessa maneira, desenvolveu-se a teoria finalista da ação, que impedia a dissociação do ato de sua finalidade. Abandonou-se a concepção causalista de que ação é mero movimento corpóreo que causa modificação no mundo exterior. A partir do finalismo, toma-se por base que, ao agir, todo ser humano sempre busca um objetivo final em seus atos, mesmo que este não seja obrigatoriamente criminoso.⁴⁰

A consequência da premissa de que a ação sempre está dirigida a um fim foi a modificação profunda da estrutura do delito proposta pelo sistema causal. Estando a finalidade do criminoso vinculada à sua conduta, não caberia mais a análise do dolo como elemento na culpabilidade e como abrangente da consciência de ilicitude. Isto em razão da adoção de um conceito de “dolo natural, livre da necessidade de se aferir a consciência sobre a ilicitude do fato para a sua configuração.”⁴¹

Em esclarecimento, Nucci explica a logicidade da efetiva desvinculação da consciência da ilicitude e do dolo, narrando o caso de um soldado que mata seu inimigo em campo, em seu dever. “Ora, ele pratica o ato típico(matar alguém), mas considera perfeitamente lícito o que realizou. Portanto, a vontade de cometer um fato típico não traz, necessariamente, a consciência de ilicitude.”⁴²

No âmbito da culpabilidade, extirpou-se o elemento subjetivo do crime(dolo e culpa), permanecendo somente elementos de natureza normativa, quais sejam a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, no que se denominou teoria normativa pura. Continuou, assim, a ser juízo de reprovação social voltado ao agente, mas perdeu seu traço psicológico, constituindo-se apenas de fatores de valoração.⁴³

Os antigos elementos subjetivos da culpabilidade, dolo e a culpa, agora são deslocados à tipicidade, por serem componentes da conduta. Segundo Guilherme de Souza Nucci, o lugar mais adequado para se situar o elemento subjetivo do crime seria, de fato, o tipo penal, pois

³⁹ ³⁹ BIANCHINI, Alice; PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 131.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 364.

⁴¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 524.

⁴² NUCCI, op. cit., p. 365.

⁴³ *Ibid.*, p. 364.

“se a finalidade caminha com a conduta, quando o autor de um crime começa a executá-lo, já se pode captar o dolo ou a culpa(ambos consistentes em vontades humanas).”⁴⁴

A tipicidade, então, deixa de conter somente elementos objetivos e passa a ser também subjetiva, sendo composta por conduta dolosa ou culposa, resultado, nexos de causalidade entre a conduta e o resultado e a tipicidade penal. Consumada a conduta finalística e produzido determinado resultado em conexão, tem-se o fato, que pode ser típico ou não. Assim, seguindo-se a ordem de análise dos elementos do conceito analítico de crime proposta por Welzel(tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), não sendo verificado fato típico, deduz-se imediatamente não ter havido infração penal, sendo inútil a análise dos demais elementos.⁴⁵

Ao agir, o ser humano sempre tem um objetivo, que pode ser penalmente relevante ou não. Na conceituação de Welzel, a ação humana é exercício de atividade final, “com seleção dos meios para realizar o fim”⁴⁶. Para que possa alcançar sua finalidade, a ação do agente passa pelas fases interna e externa⁴⁷.

Na fase interna, o agente representa e antecipa o resultado que quer alcançar, escolhe os meios a serem utilizados e considera os efeitos colaterais ou concomitantes à utilização de tais meios. Em análise à espécie dos efeitos colaterais e de seu grau de representação para o agente, o que será somado à sua vontade, será avaliada a configuração de dolo ou culpa na conduta do agente. A matéria será aprofundada em tópico posterior.

Em seus ensinamentos, Rogério Greco lança exemplo em que a conduta humana foi dirigida à determinada finalidade lícita, mas a utilização dos meios para alcançá-la gerou resultado danoso(efeito colateral) que não se inseriu na vontade do agente:

Aquele que, v.g., almejando chegar a tempo ao batismo de seu filho, imprime velocidade excessiva ao seu veículo e, em virtude disso, culposamente, atropela alguém, não atua com o fim de causar dano algum. Pelo contrário, a intenção do agente era a melhor possível. Sua finalidade era, como se percebe, completamente lícita. Contudo, os meios empregados pelo agente para que pudesse alcançar aquilo que desejava inicialmente (chegar a tempo ao batismo de seu filho) é que foram utilizados de maneira inadequada e deram causa ao evento lesivo.⁴⁸

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 365.

⁴⁵Neste sentido GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal:Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 289 e NUCCI, op. cit., p. 364.

⁴⁶ Ibid., p. 365.

⁴⁷ GRECO, op. cit., p. 284.

⁴⁸ Ibid., p. 281.

Em suma, partindo da consolidação do conceito de delito realizada pelos causalistas, as bases teóricas do finalismo alteraram de forma decisiva a essência do delito, o que foi progresso resultante de longo desenvolvimento da dogmática penal. As mudanças trazidas pela evolução do conceito de ação, ferramenta básica de ligação entre os elementos do crime, ensejaram profunda transformação da teoria do delito e, por consequência, da concepção do dolo.

Neste raciocínio, de acordo com o sistema adotado, a visão sobre o elemento subjetivo do delito sofreu transformações. Por tais motivos, salutar se faz a compreensão do conteúdo do dolo no decorrer das elaborações teóricas da história da ciência penal.

1.2 AS CONSEQUÊNCIAS DAS TEORIAS DA AÇÃO NO CONCEITO DE DOLO

1.2.1 A evolução histórica do dolo

Em suas origens, o dolo, enquanto pressuposto do delito, surge no Direito Romano, imaginado como a má intenção ou malícia do agente na realização do fato criminoso. A partir de então, fica “superada a primitiva concepção do ilícito penal como mera causação objetiva de resultados, exigindo-se a ‘intenção imoral dirigida a um fim antijurídico’ – o ‘*dolus malus*’ – como fundamento para a aplicação da pena pública.”⁴⁹

Com a evolução da ciência penal, as fundamentações de dolo de cunho puramente moral deram lugar à elaboração de critérios dirigidos a superar o problema da conexão da vontade com os resultados ilícitos. Nessa esteira, a partir do século XIX, as teorias da ação vieram a colaborar com o desenvolvimento da teoria do delito e do conceito de dolo.

Como visto, Von Liszt, sistematizador do causalismo clássico e da teoria psicológica da culpabilidade, rejeitava a consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade (onde estava inserido o dolo e a culpa), admitindo apenas a consciência do fato (imputabilidade) como pressuposto desta. Em tal fase, o dolo se resumiria à “consciência e vontade de praticar uma ação antijurídica, contrária ao ordenamento jurídico como um todo.”⁵⁰

Por tais razões, concluiu-se que o erro sobre a ilicitude do fato (erro de direito) era inescusável, baseado no brocardo romano *error iuris nocet* (erro de direito prejudica). A

⁴⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p.27 *apud* Ibid., p. 328.

⁵⁰ CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba: ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015. p. 24

autoridade dos princípios latinos adotados e “a preocupação de que o infrator poderia ter uma absolvição cômoda foram fatores que impediram que doutrina reconhecesse a consciência da ilicitude como componente da culpabilidade”⁵¹ e, conseqüentemente, considerassem o erro de direito como hábil a excluir a culpabilidade do agente.

Em dado momento, o Tribunal do *Reichgericht* (Tribunal do Império Alemão) relativizou o erro de direito para considerar que o erro sobre normas jurídicas extrapenais (como o conceito de posse atribuído pelo direito civil) seria apto a excluir o dolo, enquanto o desconhecimento de preceitos penais continuaria a ser interpretado como irrelevante para fins de escusabilidade.

Por outro lado, o erro de fato, que “recairia sobre as características do crime ou sobre a existência de uma situação justificante”⁵², excluiria o dolo, pois faltaria ao agente a condição determinante da vontade.

No neokantismo, inseriu-se a consciência da ilicitude como novo componente da culpabilidade, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa, na denominada teoria psicológico-normativa. Como resultado, o dolo causalista passou a ser normativo⁵³, tornando-se a vontade e a consciência de realizar o fato proibido pela lei (ou seja, o agente deveria estar em conhecimento sobre a ilicitude do fato), em retomada do conceito de *dolus malus* do direito romano.

Como bem resumido por Nucci, no ‘dolo mau’ concebido pelos causalistas, “quem agisse com dolo, automaticamente, estaria atuando com conhecimento da ilicitude, com conhecimento de fazer algo errado.”⁵⁴

Na vigência de tais ideais neocausalistas, a teoria extremada do dolo estipulou que a consciência da ilicitude deveria ser atual, pois estava inserida dentro do dolo (que é sempre atual ao fato). Tal fórmula permitiu a relativização do erro de direito apontado pelos causalistas clássicos como inescusável.

⁵¹ CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba: ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015. p. 25.

⁵² *Ibid.*, p. 26

⁵³ Porquanto existia junto dos elementos psicológicos (volitivo e cognitivos), a consciência da antijuridicidade, elemento de natureza normativa. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 324

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 365.

Explica-se: já que a consciência da ilicitude situava-se no próprio dolo, não agiria dolosamente aquele que praticasse o fato na ignorância de sua antijuridicidade.⁵⁵ O erro, dessa forma, serviria à exclusão do dolo, mas poderia levar à punição por fato culposo, onde houvesse previsão legal para tanto.

Com a pretensão de aperfeiçoar a teoria extremada, tratando da consciência da ilicitude na culpabilidade em apartado do dolo, a teoria limitada do dolo veio para rejeitar a necessidade de atualidade de tal consciência, passando a admitir também o mero potencial conhecimento da antijuridicidade⁵⁶ para fins de verificação da culpabilidade.

Ademais, a teoria passou a admitir, além da consciência da ilicitude formal(mera contrariedade da conduta com o Direito), também o conhecimento da ilicitude material(ou seja, a lesividade ao bem jurídico tutelado, a danosidade social da conduta).

Assim, “caso o agente não soubesse, mas demonstrasse desprezo ou indiferença para com as leis, continuaria a responder pela culpabilidade dolosa”.⁵⁷ Por meio de tal teoria, contornava-se a ignorância do agente “indiferente ao direito”, que dificilmente teria consciência atual da ilicitude, o que seria causa de impunidade.

Nesse sentido, tratava-se o erro como irrelevante caso o autor tivesse atitude incompatível com o ordenamento jurídico, ou seja, se tivesse “inimizade com o direito” ou “cegueira jurídica”, em verdadeira construção de um Direito penal do autor.⁵⁸

Com o fenômeno do finalismo e a transposição do dolo e da culpa para o tipo penal, a consciência da ilicitude deixa de integrar o dolo. A partir da elaboração da teoria normativa pura da culpabilidade, a consciência de ilicitude passa a ser requisito da culpabilidade, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa, todos elementos normativos.

O conceito de ‘dolo mau’ dos causalistas(dolo normativo) agora é substituído pela concepção de dolo natural formulada por Welzel: para o finalista, a vontade do agente é dirigida a preencher os elementos do tipo penal, sem necessariamente atuar na consciência de

⁵⁵ CARVALHO, Hermínia Geraldina Fereira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba: ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015, p. 33.

⁵⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 324.

⁵⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. *Curso de Direito Penal...cit.*, p. 255 apud Carvalho, op. cit., p. 35

⁵⁸ *Ibid*, loc. cit.

que age ilicitamente.⁵⁹ Passou-se à prever o dolo em três modalidades: dolo direto de 1º e 2º graus e eventual.

Inaugurou-se, então, novo tratamento quanto à figura do equívoco penal, superando o finalismo os antigos conceitos de erro de fato e erro de direito. A partir de então, o erro passou a ser *de tipo* e *de proibição*, não se tratando, notadamente, de simples mudança na nomenclatura, sendo que suas consequências serão especificamente estudadas em seção posterior.

O *erro de proibição*, estudado no âmbito da culpabilidade, recai sobre a consciência da ilicitude, não tendo qualquer relação com o dolo. Sendo erro incidente sobre a licitude do fato, “dá-se quando o agente por ignorância (*ignorantia iuris*) ou por uma representação falsa ou imperfeita da realidade supõe ser lícito o seu comportamento”.⁶⁰

No *erro de tipo*, a falsa percepção ou a falta de representação da realidade⁶¹ retira a consciência do autor(elemento intelectual do dolo) das circunstâncias do tipo penal. O erro de tipo, portanto, não possui o mesmo significado que erro de fato.⁶²

Isso porque o equívoco de tipo incide sobre todos os elementos constitutivos do tipo, descritivos e normativos(que necessitam de juízo de valoração, como o conceito de coisa alheia), enquanto o erro de fato do sistema causalista abrangeria apenas os elementos fático-descritivos do tipo(apenas sobre a situação fática). Dessa maneira, o equívoco sobre os elementos normativos do tipo, tratados pelo finalismo como erro de tipo, era encarado pela antiga doutrina como hipótese de erro de direito.⁶³

1.2.2 As teorias do dolo

Com a evolução da ciência penal, surgiram estudos na tentativa de explicar o conceito de dolo, com a elaboração de teorias que possuem pontos em comum, mas se diferenciam em suas premissas. Tais teorias formam os grupos das teorias cognitivas e teorias volitivas, sendo

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 365.

⁶⁰ MESTIERI, João. Manual de direito penal – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I., p. 188 apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 541.

⁶¹ Nucci ensina que os conceitos de erro(estado positivo) e ignorância(estado negativo) são conceitos com unicidade no terreno jurídico. NUCCI, op. cit., p. 632.

⁶² CARVALHO, Hermínia Geraldina Fereira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba: ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015, p. 49.

⁶³ Ibid., p. 51.

que, majoritariamente, a doutrina brasileira vale-se dos ensinamentos de três teorias de tais categorias: a teoria da representação, a teoria da vontade e a teoria do consentimento.

Na teoria da representação, espécie de teoria cognitiva, o âmago do dolo situa-se exclusivamente na previsão do resultado. Atuará dolosamente o agente quando representada a probabilidade ou certeza do resultado de sua ação, sendo dispensável o desejo de alcançá-lo. Nas palavras de Rogério Greco, nesta etapa, fala-se em dolo “toda vez que o agente tiver tão somente a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decidir pela continuidade de sua conduta.”⁶⁴

Sob a ótica da teoria da vontade, espécie de teoria volitiva, dolo seria a consciência(previsão) do fato e de seu significado somado à vontade de realizá-lo. É a teoria tradicionalmente adotada, tendo grande influência de autores como o finalista Welzel.

Finalmente, para a teoria do consentimento, atua com dolo o agente que admite a possibilidade da ocorrência de resultado danoso proveniente de sua conduta, mas não o deseja diretamente. O autor não se importa com a ocorrência do resultado, mas tolera o risco de produzi-lo.

⁶⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 319

2. OS SISTEMAS PENAIIS BRASILEIRO(CIVIL LAW) E NORTE-AMERICANO(COMMON LAW) E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Na cadência da análise realizada quanto às teorias da ação e o elemento subjetivo do crime, nesta seção se passará ao exame de tal elemento especificamente no cenário jurídico brasileiro e no direito anglo-saxão. Ainda, apresenta-se um panorama histórico da teoria da cegueira deliberada e seu conceito e delimitação.

Dessa maneira, uma vez definidos os contornos do elemento subjetivo do delito para o direito brasileiro e a forma de interpretação da doutrina e jurisprudência estrangeira, bem como os entornos do instituto em estudo, pode-se definir se há possibilidade de se importar a teoria da cegueira deliberada para o ordenamento brasileiro de forma compatível.

2.1 O PERFIL DO ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tratou o Código Penal brasileiro de definir o conceito crimes dolosos e culposos em seu art. 18, que apenas repetiu a antiga redação do art. 15 do *codex*:

Art. 18. Diz-se Crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.⁶⁵

Assim, na forma do previsto legalmente, dolo é querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo. Tem-se por referência, então, que o requisito mínimo a configuração do dolo é a representação do resultado lesivo, sendo, por isso, a teoria da representação pressuposto lógico das demais. No entanto, a mera representação mental de tal resultado não enseja a responsabilidade criminal do agente, devendo o autor desejar realizar a conduta ou, no mínimo, aceitar seu resultado e não se importar com sua ocorrência.⁶⁶

⁶⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

⁶⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 320.

Com base na redação do art. 18, I e na esteira de Rogério Greco e Cezar Bittencourt⁶⁷, pode-se concluir que o Código penal brasileiro não acolheu a teoria da representação, adotando as teorias da vontade e do consentimento. A primeira parte do dispositivo diz respeito à teoria da vontade e faz referência à espécie do dolo direito, que nas palavras de Greco, o “dolo por excelência”.⁶⁸

Age com dolo direto quem dirige sua vontade especificamente a consumir a conduta típica, dirigindo a ação finalisticamente a produzir o resultado inicialmente desejado. Há, ainda mais, divisão do dolo direto pela doutrina⁶⁹ em dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau.

A diferenciação decorre da escolha dos meios para o alcance do resultado e da representação dos efeitos colaterais da conduta. Isso pois, em retomada aos conceitos do finalismo, antes da fase externa da ação, o agente passa por fase de realização interna em que se consideram os efeitos colaterais de sua conduta, ou seja, diversos daqueles inicialmente quistos.

Na lição de Juarez Cirino dos Santos, a representação destes efeitos colaterais (que podem ser necessários ou possíveis) tem influência direta na configuração do dolo ou da culpa.⁷⁰ Os efeitos colaterais *não representados* pelo agente, não podem ser considerados como incluídos em sua consciência, tampouco em sua vontade. Caracterizada, assim, a culpa inconsciente, em que há previsibilidade do resultado, faltando representação para o agente.⁷¹

Os efeitos colaterais *necessários* integram-se à *vontade* do autor, mesmo que inicialmente indesejados, o que configura dolo de segundo grau.⁷²

Por outro lado, caso sejam os efeitos colaterais representados pelo agente como *possíveis*, estes sempre integrarão sua *consciência*. Se o autor não se conforma com os efeitos,

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal – Parte geral, p. 234 apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 319.

⁶⁸ Ibid., loc. cit.

⁶⁹ Rogério Greco, Guilherme de Souza Nucci e Cezar Roberto Bittencourt são exemplos de tais teóricos.

⁷⁰ CARVALHO, Hermínia Geraldina Fereira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba: ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015, p. 42

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12ª Ed. São Paulo, Atlas: 2015, p. 54.

⁷² Exemplo clássico é o do terrorista que deseja matar determinada autoridade pública e coloca bomba em avião para atingir seu fim. O meio escolhido, no entanto, torna certa a morte não só do alvo, mas de todos os passageiros da aeronave, que sofrerão o efeito colateral necessário da implantação e explosão do artefato. GRECO, op. cit., p. 321.

confiando na sua não ocorrência, estes não se incluirão em sua *vontade*, podendo ser atribuídos ao autor à título de culpa consciente, caso haja previsão legal, na forma do parágrafo único do art. 18 do Código penal.

Ocorre que se o autor *aceita* a produção dos efeitos *possíveis*, estes também integraram sua *vontade*, o que eiva sua conduta de dolo, em sua modalidade eventual. Tal categoria jurídica encontra previsão na segunda parte do art. 18, I e tem tratamento equivalente ao dolo direto para fins de pena.

Nas palavras de Muñoz Conde, quando age com dolo eventual, “o sujeito não quer[diretamente] o resultado, mas conta com ele, admite sua produção, assume o risco etc.”⁷³. Inegável, portanto, a influência da teoria do consentimento, haja vista a ausência de desejo direto do agente de causar o resultado.

Embora de fácil conceituação, é um desafio para a doutrina a distinção precisa entre dolo eventual e culpa consciente, que pode acarretar na absolvição do autor, haja vista a excepcionalidade do tipo legal doloso. Para tanto, é comum a utilização da teoria positiva do consentimento de Frank para a identificação do dolo. Assim:

Segundo Frank, haveria imputação por dolo eventual, e não mera culpa consciente quando a previsibilidade do resultado (que é comum aos dois meios de imputação: tanto na culpa como no dolo eventual) não impedisse a conduta do agente. Num exemplo grosseiro: quando o sujeito, prevendo o resultado como possível, agisse sem se importar com a sua ocorrência, haveria dolo eventual; de outro lado, quando ao agente for previsível um resultado incapaz de desencorajá-lo a agir, mas porque ele acredita e espera sinceramente na sua não ocorrência, haveria mera culpa.⁷⁴

Não obstante tais disposições ocorrerem da redação do art. 18, cópia fiel do antigo art. 15 do Código penal, no Código de 1940, antes de ter sua Parte Geral reformada pela lei n. 7.209/1984, o elemento subjetivo do crime era tratado diferentemente dos dias atuais.

Isto porque o antigo diploma legal tinha ideias vinculadas ao modelo clássico de ação: ainda na vigência da teoria psicológica-normativa da culpabilidade, o dolo e a culpa consistiam em elementos da culpabilidade, que eram analisados pelo julgador ao lado da consciência da ilicitude somente no momento da sentença.

⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito, p. 60 apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 321.

⁷⁴ FILHO, Felinto Alves Martins. *Dolo eventual e culpa consciente: uma busca de critérios precisos de distinção*. 2013.

Nesse sentido, a redação antiga do art. 42 do CP previa a “intensidade do dolo e da culpa”⁷⁵ como circunstância a ser observada no final do processo penal, quando se decidia se o agente teria agido com dolo ou com culpa.

Com o advento da Reforma de 1984, nova orientação teórica passou a guiar o sistema penal brasileiro, com a fixação de modo definitivo do finalismo no Brasil. Em que pese as controvérsias, a parte geral do código penal brasileiro adotou o sistema finalista da ação⁷⁶, trazendo mudanças a refletir na teoria do crime e na estrutura da culpabilidade no sentido dos princípios de tal teoria.

A nova norma, elaborada por comissão de doutrinadores que adotavam o finalismo em suas obras⁷⁷, estabeleceu definitivamente a culpabilidade com elementos exclusivamente normativos (teoria normativa pura), deslocando o dolo e a culpa ao tipo penal, devido ao conceito de dolo natural adotado pelos finalistas, com a finalidade do criminoso sempre vinculada à sua conduta, dissociada da necessidade de consciência de ilicitude.

Permitiu-se, assim, a distinção entre os tipos dolosos e culposos, pois a lei passou a criminalizar condutas finalísticas (desvalor de ação), e não mais resultados (desvalor de resultado), como ocorria no causalismo,⁷⁸ que tinha tipos vazios em razão da análise do dolo e da culpa ocorrer somente na aferição da culpabilidade.

Prova do deslocamento do dolo e da culpa ao tipo penal e da acolhida de conceito natural de dolo é a disposição do art. 20 do Código Penal, que reza que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.”⁷⁹

⁷⁵BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicação Original.

⁷⁶Assim leciona Damásio: “A Reforma Penal de 1984 é francamente finalista, e não clássica. Mas, tenho ouvido de professores de renome resposta negativa: A Reforma Penal mantém o sistema clássico do Código Penal de 1940, e não é finalista. [...]. Vai-se à Parte Geral e verifica-se em mais de um dispositivo, a adoção da teoria da relevância do erro, com todas as suas consequências lógicas; a teoria do erro de tipo, a teoria do erro de proibição, o elemento subjetivo nas causas de justificação. No concurso de agentes, medida a pena pela culpabilidade... Então, vai-se no finalismo e se verifica determinados princípios; vai-se à Reforma Penal e se encontram os mesmos princípios. [...]. Ora, naquilo em que a Reforma Penal podia apanhar do finalismo ela o fez, no crime e na culpabilidade, mas não nas outras disposições; então, o Código Penal é francamente finalista, mas naquilo que podia ser finalista. JESUS, Damásio Evangelista de. *Aspectos da Reforma Penal*. p. 3-4.

⁷⁷ CARVALHO, Hermínia Geraldina Fereira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba: ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015, p. 58

⁷⁸ Ibid., p. 44

⁷⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

Deduz-se da norma a conclusão de que, se a falta de conhecimento sobre os elementos do tipo exclui o dolo, então o dolo é integrado pelo conhecimento dos elementos do tipo penal(elemento intelectual),⁸⁰ somado à vontade do agente de realizar o tipo objetivo do crime(elemento volitivo, previsto no art. 18 do CP).

Transparente, portanto, a adoção de tipo penal complexo proveniente do finalismo, composto pela conjugação dos elementos objetivos e subjetivos(dolo e culpa), o que explica a atipicidade da conduta nos casos de ausência de elemento subjetivo. Por conseguinte, o tratamento do erro no Código foi completamente revisto.

Como já mencionado em tópico anterior, “a dogmática penal superou as dificuldades do tratamento do erro no sistema causalista através das teorias da culpabilidade do finalismo”⁸¹, motivo pelo qual os conceitos de erro de direito e erro de fato previstos expressamente no Código de 1940, foram substituídos por erro de tipo e pelo erro de proibição.

O erro de proibição incide sobre a ilicitude do fato, o que retira do agente a consciência de ilicitude, sendo causa de exclusão de culpabilidade. Já o erro de tipo incide sobre os elementos objetivos do tipo penal, atingindo o elemento intelectual do dolo(vontade somada à consciência), o que obriga seu afastamento.

Um exemplo exaustivamente repetido pela doutrina é o do caçador que atira em seu companheiro de caça acreditando tratar-se a vítima de um animal. Neste caso, o caçador agiu na intenção de matar um animal, sem estar consciente, no entanto, que mataria um ser humano. Errou, portanto, no juízo que fez sob o elemento “alguém” do art. 121 do CP.

Não obstante a benesse do erro de tipo de sempre eliminar o dolo do agente, o art. 20 do CP permite a condenação por crime culposos nos casos em que poderia ter sido evitado(erro de tipo evitável) por um homem médio prudente, somente admitindo-se a exclusão da tipicidade(do dolo e da imprudência) nos casos de erros inevitáveis, em condições em que o resultado fosse imprevisível.⁸²

2.2 O MODELO CAUSAL ADOTADO PELO SISTEMA PENAL DOS EUA

⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...cit.*, p. 126 apud CARVALHO, Hermínia Geraldina Fereira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba: ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015, p. 61

⁸¹ *Ibid.*, p. 55.

⁸² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 317.

Como já exposto, o desenvolvimento da teoria do delito atrelado à elaboração das teorias causalista e finalista teve por berço sistemas continentais de influência germânica. Em tais sistemas, adeptos ao *civil law* (estrutura jurídica do sistema criminal brasileiro, em que a principal fonte de direito é a lei), a interpretação da conduta criminosa é guiada por meio das teorias da ação.

Por outro lado, nos países de jurisdição de *common law*, em que a jurisprudência predomina sob o texto legal, não há preocupação com construção de teoria do crime.⁸³ No direito anglo-saxão, são as teorias da pena que afetam a maior parte do direito penal e ajudam a moldar aspectos da teoria do delito.

Neste sentido, duas escolas com ideias divergentes entre si dominam o sistema do *common law*, que estipulou regras mistas, provenientes de ambas as teorias⁸⁴: o utilitarismo (baseado na ideia da pena como prevenção do crime) e o retributivismo (pena é fim em si mesmo, aplicada como dever moral de justiça).⁸⁵

Não obstante a carência de desenvolvimento de teoria do crime, segundo Hermida, todos os delitos teriam estrutura comum no *common law*, sendo os elementos essenciais de qualquer o delito o *actus reus* e a *mens rea*, somados à ausência de justificações e defesas.⁸⁶

Até o século XIX, o conceito de dolo na *common law* era tido como algo “constituído pela concorrência de uma mente que busca o mau”⁸⁷. O *mens rea* (mentalidade criminosa) serviria a identificar a culpabilidade da conduta do réu para fins de responsabilidade criminal. Os julgados apresentavam alto grau de subjetividade, sempre considerando a ma-fé para fins de verificação da conduta do agente.⁸⁸

Percebe-se, portanto, a analogia de tal instituto com o elemento subjetivo do crime elaborado pelos causalistas, o *dolus malus*, analisado na culpabilidade e configurado quando o agente agiria com mente perversa, automaticamente na consciência da ilicitude de sua conduta.

O elemento do *actus reus* teria surgido dos mesmo anseios teóricos das teorias da ação, tendo natureza eminentemente causalista. Confirma a proximidade do *actus rea* com o

⁸³ HERMIDA, Julian. Convergence Of Civil Law And Common Law In The Criminal Theory Realm. In 13 University of Miami International and Comparative Law Review, 2007, p. 192

⁸⁴ Ibid., p. 196.

⁸⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 73-76.

⁸⁶ HERMIDA, op. cit., p. 193.

⁸⁷ SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 94

⁸⁸ Ibid., p. 96

causalismo sua definição: “ato voluntário(excluem-se os reflexos e convulsões) que causa mal social”⁸⁹.

Dessa maneira, o *actus reus* ignora o conteúdo da vontade, reduzindo a ação “a mero movimento gerado pela vontade, o que minimiza a importância do desejo do autor. Nessa noção remanesce muitos dos elementos da teoria causal da ação que Welzel e seus seguidores reagiram contra.”⁹⁰

Por sua vez, o *Model Penal Code* tratou de prever a culpa *lato sensu* no sistema penal americano, prevendo quatro elementos subjetivos, em verdadeira definição de graus de culpabilidade: intencional(*purposeful*), consciente(*knowing*), inconsequente(*reckless*) e negligente(*negligent*).⁹¹ Lembra o autor que os estados mentais se referem a aspectos cognitivos em alguns casos, e volitivos em outros, não sendo excludentes entre si.

Cabe mencionar que, nos Estados Unidos da América, os estados da Federação têm autonomia para legislar sobre Direito Penal. Nessa linha, alguns Estados como a Califórnia não aceitaram o *Model Penal Code* e permanecem utilizando o conceito de *mens rea*, o que faz com que a punição recaia sob ‘a pessoa que faz o mal.’⁹²

O estado mental ‘intencional’(*purposely*) é aquele em que o agente deseja que sua conduta cause determinado resultado particular, em similitude ao dolo direto do ordenamento jurídico brasileiro. Tal disposição exige que o autor saiba o que faz, deseja fazer o que está fazendo e seja um ‘sujeito livre’.⁹³

O agente em estado mental ‘consciente’(*knowingly*) age sabendo ser praticamente certo que sua conduta cause determinado resultado. “É o agir sem intenção, porém conhecendo a grande probabilidade de obtenção do resultado”⁹⁴. Tal instituto se assemelha ao dolo de 2º grau, na lição de SYDOW.

Na figura da ‘*recklessness*’, o autor, mesmo ciente do risco(que deve ser ‘substancial e injustificado’) de que sua conduta possa causar um resultado particular, age desconsiderando-o. Ressalta-se que não há aceitação do resultado, somente espécie de irresponsabilidade na

⁸⁹ Tradução livre: “a voluntary act... that causes... social harm”. HERMIDA, Julian. *Convergence Of Civil Law And Common Law In The Criminal Theory Realm*. In 13 *University of Miami International and Comparative Law Review*, 2007, op. cit., p. 197.

⁹⁰ Tradução livre: “In common law jurisdictions, the concept of action has been reduced to a mere movement generated by the will, which “minimizes the importance of the desires... of the actor.” “This notion reminisces many of the elements of the causal theory of acting which Welzel and his followers reacted against.” ⁹⁰ *Ibid.*, p. 179.

⁹¹ *Ibid.*, p. 203.

⁹² SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 97

⁹³ HERMIDA, op. cit., p. 204.

⁹⁴ SYDOW, op. cit., p. 98.

condução da atividade, motivo pelo qual tal figura, apesar de se assemelhar ao dolo eventual, não poderia ser a ele equiparada.

Por fim, o estado mental negligente(*negligently*), semelhante à culpa em sentido estrito do sistema penal brasileiro(negligência, imprudência e imperícia), implica que o agente aja negligentemente diante de um risco substancial e injustificado que sabe existir de que um elemento do tipo exista ou resulte de sua conduta. O risco deve envolver o dever de cuidado que o homem médio observaria.⁹⁵

Os crimes de imputação subjetiva(que analisam se o autor agiu com *mens rea*) são divididos pelo *Model Penal Code* em crimes de intenção genérica(*general intent crimes*) e crimes de intenção específica(*specific intent crimes*). Nos primeiros, o agente simplesmente tem vontade de agir, enquanto no segundo o agente quer realizar algo além do *actus reus*, tendo propósito específico em mente.⁹⁶

Destaca-se que o sistema americano ainda admite o modelo causalista de erro de fato e erro de direito. Como visto anteriormente, de maneira geral⁹⁷, a ignorância da lei não escusa o agente, pois, segundo Hermida, o desconhecimento da ilicitude não exclui o estado mental do agente. Verifica-se a proximidade do sistema com a dogmática da teoria limitada do dolo, para a qual o elemento subjetivo do crime situa-se na culpabilidade, junto da potencial consciência da ilicitude, mas analisada em apartado.

Por sua vez, a consequência da falsa percepção de uma circunstância do fato(erro de fato) é a anulação do estado mental do agente(*mens rea*).⁹⁸ Caracteriza-se, portanto, como causa de exclusão da culpabilidade, haja vista a disposição do elemento subjetivo do crime, e não de tipicidade(como ocorre com o erro de tipo finalista).

Nos crimes de intenção específica, considera-se que o erro exclui o propósito específico requerido pela lei, o que elimina o estado mental no agente. Já no caso dos crimes de intenção genérica, “a evitabilidade do erro [de fato] é verificada antes de se afirmar a sua própria

⁹⁵ Redação original do Model Penal Code: A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation. THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code: Official Draft and Explanatory Notes*. Philadelphia(EUA), 1985.

⁹⁶ HERMIDA, Julian. Convergence Of Civil Law And Common Law In The Criminal Theory Realm. In 13 *University of Miami International and Comparative Law Review*, 2007, p. 202

⁹⁷Excepcionalmente, o Model Penal Code admite apenas duas causas de relevância do erro de direito. *Ibid.*, p. 219.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 217.

existência ou não”⁹⁹, sendo escusável apenas se os atos praticados pelo autor tiverem sido razoáveis e não moralmente ou legalmente errados, conforme a percepção do autor.¹⁰⁰

Nessa linha, conclui-se que o direito penal norte-americano:

[...] adota algo análogo ao modelo neoclássico de crime, considerando o dolo como *dolus malus*, bem como a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, o estado mental do autor e o índice de reprovabilidade. Outrossim, a solução estadunidense para o tratamento do erro de fato e de direito é equivalente à teoria limitada do dolo, que permite a punição do sujeito pelo o que ele deveria saber e não pelo seu conhecimento atual, com um requisito adicional: a razoabilidade do erro é verificada antes de sua própria existência, uma verdadeira moralização do erro.

Exposta a maneira como o sistema do *common law* trata o elemento subjetivo do crime, necessária a apresentação de como tais modelos penais criaram e aplicaram a teoria da cegueira deliberada.

2.3 CONCEITO E DELIMITAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

De plano, esclarece-se que a tarefa de delimitação da teoria por autores brasileiros não é amplamente enfrentada, o que acontece com mais frequência na doutrina espanhola e americana. Não obstante a confusão doutrinária e jurisprudencial acerca da nomenclatura do instituto¹⁰¹, que não encontra previsão em manuais brasileiros, SYDOW divide a teoria da cegueira deliberada em sentido amplo em duas diferentes faces: a ignorância deliberada e cegueira deliberada em sentido estrito.

Segundo SYDOW, no primeiro caso o indivíduo não conhece com perfeição os fatos da realidade presente, “suspeita deles, poderia conhece-los, mas não o faz, para com isso, obter alguma vantagem pessoal, tolerando suas consequências.”¹⁰² No segundo caso o indivíduo “conhece certos fatos presentes e futuros, mas cria meios prévios para não os identificar numa

⁹⁹ CARVALHO, Hermínia Geraldina Fereira. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba: ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015, p. 69.

¹⁰⁰ HERMIDA, Julian. Convergence Of Civil Law And Common Law In The Criminal Theory Realm. In 13 University of Miami International and Comparative Law Review, 2007, p. 218.

¹⁰¹ Na Inglaterra nasceu a *willfull blindness*(cegueira deliberada), para variar nos circuitos federais dos Estados Unidos da América entre *willfull blindness*, *ostrich instructions*(instruções da avestruz), *conscious avoidance*(evitação de consciência). Já na Espanha adota-se o termo ignorância deliberada e no Brasil a nomenclatura de cegueira deliberada ou *willfull blindness*, já tendo sido utilizadas as expressões cegueira voluntária e ignorância deliberada. SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 55-57.

¹⁰² *Ibid.*, p. 46

situação futura e, com isso, ter alguma espécie de vantagem pessoal, tolerando suas consequências.”¹⁰³

Estas são, assim, duas diferentes circunstâncias juridicamente relevantes abrangidas pela teoria da cegueira deliberada. Uma terceira situação não relevante e que não se encaixa no instituto é a do desconhecimento verdadeiro, quando o agente não conhece os fatos presentes, nem poderia conhecê-los. O fenômeno discutido, portanto, afasta a ignorância verdadeira e deve estar inserido em contexto criminalmente relevante, identificado na tipicidade do fato, acerca de elemento objetivo do tipo.¹⁰⁴

A ignorância deliberada é aquela gerada pela ausência de esforço em esclarecer situação suspeita. Na lição do autor, encontra-se em ignorância deliberada o indivíduo que, ainda que em dúvida acerca de elemento do tipo, deixa de diligenciar para sanar a incerteza, preferindo a ignorância em razão das vantagens geradas por ela. “A ignorância é genuína, porém em tese vencível.”¹⁰⁵

É o caso do sujeito que recebe dinheiro para transportar mala em viagem a pedido de estranho, sem questionar se transporta algum material ilícito, nem se importar em verificar o conteúdo da bagagem, que depois revela-se em fiscalização como sendo objeto do crime de tráfico de drogas.

Já a cegueira deliberada em sentido estrito, na lição de SYDOW, o agente identifica riscos possíveis e futuros, cria estratégia para não perceber determinados elementos do tipo e, com isso, escapar da responsabilização em momento posterior não querido, na tentativa de afastar a condição da ‘consciência atual’ necessária à configuração de dolo. “A pessoa premeditadamente trabalha seu elemento de inconsciência acerca de situações futuras.”¹⁰⁶

Um exemplo é o “líder que delega funções delicadas de seu poder em que atos de corrupção podem ocorrer para afastar-se da fiscalização de determinado setor.”¹⁰⁷ Ademais, o exemplo trazido por BOTTINI, ainda que a consideração acerca da condenação criminal seja objeto de discussão em seção posterior:

Para ilustrar: se o diretor financeiro de uma instituição bancária determina expressamente a seus gerentes que não o informem de operações suspeitas de lavagem de dinheiro, poderá ser condenado pela prática desse crime, por *cegueira*

¹⁰³ SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017., p. 46.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 53

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 60.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 62.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 46.

deliberada, pois criou conscientemente um mecanismo que veda a chegada ao seu conhecimento de qualquer *dúvida* sobre a licitude dos bens que processa.¹⁰⁸

Para os autores americanos HUSAK e CALLENDER, devem existir três requisitos a permitirem a aplicação da doutrina da *willfull blindness*: “1. O indivíduo deve suspeitar veementemente sobre um fato relevante; 2. A suspeita pode ser facilmente confirmada/rejeitada; 3. O indivíduo deve agir com um motivo para não confirmar sua suspeita, deve ser motivado por um desejo de evitar a perseguição.”¹⁰⁹

Outro ponto que merece ser abordado é o entendimento da doutrina anglo-saxão, compartilhado por SYDOW¹¹⁰, de que a cegueira deliberada tem conduta composta por dois atos. O ato inicial é a conduta geradora de situação de desconhecimento e o ato posterior é a consequência não desejada, ocorrida como resultado do desconhecimento anterior.

RAGUÉS I VALLÉS, representante da doutrina espanhola, em compatibilização do instituto com o *civil law*, considera que cinco componentes que devem ser identificados para aplicação do instituto com segurança jurídica.¹¹¹ O autor não faz diferenciação entre a cegueira deliberada em sentido estrito e a ignorância deliberada, chamando o instituto em si de ‘ignorância deliberada’.

Para ser identificada a ignorância deliberada, em primeiro lugar, o agente deve estar em situação em que não tem representação suficiente de dados que integram o tipo penal em que sua conduta se insere, já que do contrário existiria dolo. Como segundo elemento, está a disponibilidade da informação, que deve ter acesso imediato e facilitado.

Por terceiro requisito, é necessário o dever de conhecimento do agente sobre as informações, ideia que se assemelha a observância de um dever geral de cuidado. O quarto pressuposto é a indiferença, a decisão do agente em não buscar conhecer a informação que se afigura suspeita.

¹⁰⁸ BOTINNI, Cruz Pierpaolo. *A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470#_ftn_9_8778, Acesso em 19.11.2017.

¹⁰⁹ CALLEGARI, André Luis. A Cegueira Deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133/2017, p. 17 – 35, Jul/2017.

¹¹⁰ SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017., p. 146.

¹¹¹ GEHR, Amanda. A aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro. Curitiba, UFPR, 2012, p. 10-11.

Como último requisito, o agente deve ter motivação para manter-se em situação de desconhecimento. Assim, no caso paradigmático supramencionado, para que todos os requisitos sejam cumpridos, a situação seria a seguinte:

(1) O agente transportador não conhece o conteúdo do que transporta e, por isso, não sabe estar em situação de tráfico de entorpecente (art. 33 da Lei n. 11.343/06); (2) apesar de não saber o conteúdo do que transporta, a verificação disso é possível, fácil e imediata; (3) há um dever genérico de obediência às normas penais e transportadores de cargas ou volumes devem se responsabilizar pelo conteúdo que trazem consigo; (4) o agente não se interessa ou simplesmente não busca conhecer a informação que poderia implicar em elemento do tipo penal; (5) o transportador está recebendo valores para proceder ao transporte que o estimulam à prática e a ignorância, num raciocínio utilitário, é a melhor opção para buscar evitar quaisquer consequências.¹¹²

Verifica-se, assim, que o desenvolvimento da teoria torna possível a equiparação entre conhecimento dos elementos do delito com o desconhecimento proposital seguido de resultado, para fins de atribuição da responsabilidade subjetiva. A equiparação baseia-se “na premissa que o grau de culpabilidade que se manifesta em quem conhece o fato não é inferior ao do agente que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância.”¹¹³

2.4 HISTÓRICO DA TEORIA NO DIREITO ANGLO-SAXÃO

A primeira notícia que se tem de julgado tratando sobre o tema é certo precedente criado na Inglaterra no ano de 1861. No caso *Regina v. Sleep*, um ferreiro foi acusado da prática de crime previsto no *Embezzlement of Public Stores Act* (Lei sobre desfalques em armazéns públicos). A acusação, em síntese, era de malversação de bens públicos em razão da embarcação em navio de barris com parafusos de cobre que continham o símbolo real de propriedade do Estado.¹¹⁴

De acordo com ROBBINS, em julgamentos anteriores, a corte vinha exigindo para a configuração do crime o pleno conhecimento do agente de que os bens seriam propriedade do governo. Naquela oportunidade, no entanto, o juiz proferiu sentença absolutória sob o argumento de que não teria encontrado provas do conhecimento do réu quanto à propriedade dos bens, tampouco indícios de que tivesse o réu deliberadamente se absterido de obter tal conhecimento.

¹¹² SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 200.

¹¹³ BURGEL, Leticia. A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 129/2017, p. 479 – 505, Mar/2017.

¹¹⁴ SYDOW, op. cit., p. 77.

Infere-se que, com suficiente evidência, a corte poderia ter sustentado uma condenação por ignorância deliberada no lugar de conhecimento atual.¹¹⁵ Assim, ainda que não tenha servido à condenação, a sentença no caso *Regina v. Sleep* é apontada como a primeira ocasião em que o judiciário considerou a ignorância deliberada como equiparação ao verdadeiro conhecimento do agente.

No direito norte-americano, ROBBINS aponta como a primeira vez em que se discutiu sobre a doutrina foi no caso *People v. Brown*¹¹⁶. Porém, o caso emblemático em que a Suprema Corte passou a assumir a ignorância deliberada como alternativa ao conhecimento real em seu ordenamento jurídico foi em *Spurr v. United States*, em 1899.

A acusação imputava a *Spurr*, gerente de um banco, a conduta de ter deliberadamente (*willfully*, o que exige, segundo a Corte, o binômio da vontade e conhecimento) certificado cheques emitidos pela empresa Dobbins & Dazey, sabendo que a cliente não tinha fundos em sua conta à época da certificação.

Como se sabe, no modelo americano de júri popular, os jurados são instados a julgar os fatos, sendo o juiz o intérprete da lei e o instrutor do júri sobre a aplicação destas. No mencionado caso, os jurados receberam instrução do juiz de que poderiam condenar Spurr se constatassem que “este fechou os olhos e deliberadamente absteve-se de perguntar e investigar com o objetivo de não ter o conhecimento e eximir-se de responsabilização.”¹¹⁷

Conforme ROBBINS, a teoria passou a ganhar proeminência somente a partir dos anos 1970 no combate ao narcotráfico. Isso porque a lei penal previa ser crime as condutas de importação e posse de substâncias que *se sabem ser* controladas. Por ser o conhecimento atual circunstância do delito, muitos réus passaram a alegar ignorância como estratégia processual.

Para reduzir seu ônus da prova, a acusação passou a equiparar a conhecimento real com a ignorância deliberada, tendo em vista sua maior facilidade de comprovação em relação ao primeiro.¹¹⁸

Em 1962, foi elaborado o Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), considerado como um marco na história jurídica dos Estados Unidos da América. Com o texto, criou-se melhor

¹¹⁵ ROBBINS, Ira P. The ostrich Instruction. *Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 81 j. *Crim. Law & Criminology* 191, 220-22, 1990, p. 196.

¹¹⁶ *Ibid.*, p.197.

¹¹⁷ Tradução livre de: "shut his eyes to the fact and purposely refrained from inquiry or investigation for the purpose of avoiding knowledge. 174 U.S. 728 (1899) apud *Ibid.*, p. 198.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 200.

critério para a verificação objetiva e legal do elemento subjetivo do crime, em abandono à insegurança da utilização de maneira genérica do *mens rea*.

A sessão 2.02 do Código tratou dos requisitos gerais de culpabilidade, inserindo em seu conceito que o elemento subjetivo do crime seria condição da responsabilidade criminal, de tal sorte que para ser considerado culpado, o indivíduo deveria agir propositadamente(*purposely*), com conhecimento(*knowingly*), “sem consideração aos efeitos do risco criado[*recklessly*] ou negligentemente[*negligently*], como a lei requer, no que diz respeito a cada elemento objetivo do delito.”¹¹⁹

Apesar da criação dos graus de culpa do *mens rea*, já discutidas anteriormente, tais invenções não resolveriam a questão da ignorância provocada. Por isso, o Código previu um Princípio da Alta Probabilidade, que sugeriu o alargamento do conceito de conhecimento(*knowledge*) propriamente dito.¹²⁰

Isso porque o diploma determinava que, para que a conduta do agente caracterizasse como deliberada(*willfull*), este deveria estar em conhecimento de todos os elementos materiais do delito. Entretanto, ao mesmo tempo, o Código Modelo passou a prever que tal requisito de conhecimento estaria satisfeito pela circunstância de conhecimento da alta probabilidade:

Quando o conhecimento da existência de um fato particular é elemento de uma ofensa[elemento objetivo], tal conhecimento é estabelecido se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, exceto se a pessoa verdadeiramente acredita que este não existe.¹²¹

O *Model Penal Code*, com o princípio da Alta Probabilidade, passou a ser aplicado pela Suprema Corte dos Estados Unidos como referencial em casos de tal natureza¹²², tendo sido fundadas as bases modernas da teoria da cegueira deliberada a partir de 1969, com o julgado *Leary v. United States*.¹²³

Mas somente em 1976 julgou-se o caso paradigmático da teoria, *United States v. Jewell*, diante do qual admitiu-se a definição de conhecimento do Código Penal Modelo como aplicável aos casos de acusação de ignorância deliberada, sendo a partir de então

¹¹⁹ SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 84.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 85.

¹²¹ Tradução livre de “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. *Ibid.*, p. 84.

¹²² ROBBINS, Ira P. The ostrich Instruction. *Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 81 j. *Crim. Law & Criminology* 191, 220-22, 1990, p. 92

¹²³ *Ibid.*, p. 203

repetidamente consagrado o princípio da alta probabilidade em instruções ao júri nos julgamentos ulteriores.¹²⁴

Menciona-se que a teoria foi estendida à esfera civil em julgado do ano de 2010, no caso *Globaltech Appliances Inc v. SEB*. Identificadas as fases históricas da teoria da cegueira deliberada, passa-se à importantes considerações a respeito de seu conceito.

¹²⁴ ROBBINS, Ira P. The ostrich Instruction. Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea, 81 j. Crim. Law & Criminology 191, 220-22, 1990, p. 207.

3. DA APLICABILIDADE DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A teoria, no entanto, encontra problemas de aplicabilidade tanto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, quanto no nacional. Importante dar vez à discussão quanto aos métodos analíticos do instituto e os contornos relevantes dos julgados em que a teoria foi empregada e/ou tangenciada.

3.1 DA LÓGICA DO DEVER DE CUIDADO

Há quem entenda que a situação de cegueira deliberada se inclua no conceito de imprudência (*recklessness*) e aqueles que entendem tratar-se de negligência. Há também quem entenda que o dolo eventual deveria ser aplicado no caso, sentido que segue a maioria dos julgados espanhóis e brasileiros acerca do assunto. Enfim, não há consenso doutrinário, existindo verdadeira confusão sobre como interpretar a teoria.¹²⁵

As duas principais vertentes analíticas para imputação subjetiva no caso da cegueira deliberada são a lógica do princípio da alta probabilidade e do dever de cuidado.¹²⁶ De acordo com SYDOW, nos julgados americanos, antes do surgimento do instituto da alta probabilidade, fez-se presente frequentemente a premissa de que a imputação subjetiva parte da violação de um dever de cuidado.

Prova disso é o apontamento no julgamento no caso *Spurr v. United States*, caso emblemático de aplicação da doutrina já abordado, em que se consignou que o réu, na qualidade de bancário, tinha o dever de saber a quantidade de dinheiro que havia na conta do cliente.¹²⁷

Esse é o entendimento seguido pela Suprema Corte da Espanha, que em seus principais julgados utiliza da lógica do dever de cuidado como pano de fundo das situações de ignorância. Prova disso é que as expressões “podia e devia” aparecem com frequência nos julgados, além de a doutrina espanhola definir a figura como “a situação em que um sujeito não quer saber aquilo que pode e dever conhecer, isto é, um estado de ausência de representação a respeito de determinado elemento do tipo.”¹²⁸

¹²⁵ SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 111.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 106.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 124.

¹²⁸ Tradução livre: “la situación en la que un sujeto no quiere saber aquello que puede y debe conocer, esto es, un estado de ausencia de representación con respecto a un determinado elemento del tipo. VALLÈS, Ragues i. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*. *Discusiones XIII* nº 13, p. 11-38, 2013, p. 22.

Segundo Juarez Tavares, “a lesão ao dever de cuidado resulta da omissão da ação cuidadosa, imposta pela norma, no sentido de atender às funções protetivas a que se propõe.”¹²⁹ Dessa maneira, de modo a não lesar bens jurídicos protegidos por lei, deveríamos sempre nos manter informados das situações em que estamos envolvidos, sob pena de ser-nos imputadas as condições de conhecimento acerca dos elementos de tipo penal.

Na lógica do estudado, o dever de cuidado pode ser violado por omissão no dever de investigar. Com base na redação do Código Penal brasileiro (art. 13, §2º), percebe-se que só há relação de causalidade entre a omissão e o resultado danoso quando também há o dever de agir. “A omissão só tem relevância jurídica quando o direito impõe o dever de agir, dever de praticar um ato para impedir determinado resultado.”¹³⁰

Nessa linha, o Código Penal estabelece a quem incumbe o dever de cuidado nas alíneas do art. 13, §2º. A alínea ‘c’ é a disposição que se encaixa no instituto da ignorância deliberada pois impõe o dever àquele que criou o risco da ocorrência do resultado com seu comportamento anterior. Ou seja, o dever de agir é consequência da atividade anterior do omitente, causadora de perigo ao bem tutelado.

Em retomada aos conceitos e RAGUES I VALLES e SYDOW, violaria o dever de cuidado indivíduo que deixa de investigar sua suspeita quanto a elemento componente de um tipo penal, pois cria o risco da ocorrência do resultado criminoso. Assim, na lição de SYDOW, haveria um dever de investigação, porque:

Quando alguém está ciente de que a conduta que se está prestes a praticar poderia impor risco substancial e injustificável a outros[ao bem jurídico protegido pela norma penal], adquirir-se-ia o dever de investigar utilizando-se de meios razoáveis se tais riscos poderiam realmente se materializar.¹³¹

No entanto, assevera o autor que a identificação de dever de cuidado por meio do critério do homem médio não seria suficiente ao julgador, pois há mais circunstâncias a serem entendidas em situação de cegueira além daquelas comuns de análise de indivíduo prudente.

Não haveria, por exemplo, critério objetivo para avaliar-se a capacidade de cada indivíduo de suspeitar das circunstâncias de casos concretos. Dessa maneira, faltaria modo preestabelecido para a compreensão do dever de cuidado, uma linha que separa o risco permitido do risco proibido ao agente, o que pode abrir margens para arbitrariedades.¹³²

¹²⁹ TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*, p. 138-139 apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017., p. 332.

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª Ed. São Paulo, Atlas: 2015, p. 89.

¹³¹ SYDOW, Spencer Toth. A Teoria da Cegueira Deliberada. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 120.

¹³² *Ibid.*, p. 121.

Como solução à falta de parametrização, SYDOW sugere que o julgador nas situações de cegueira deliberada avalie os cuidados que poderiam ter sido tomados pelo agente a partir da conjugação do trinômio (1) incertezas trazidas pela situação, (2) meios razoáveis de investigação (ao alcance do homem médio) e (3) informação disponível (grau de disponibilidade objetiva da informação).¹³³

3.2 DO PRINCÍPIO DA ALTA PROBABILIDADE COMO JUSTIFICATIVA DE APLICAÇÃO

Conforme discutido em seção anterior, a aplicação do princípio da alta probabilidade disseminou-se na Suprema Corte dos Estados Unidos a partir de 1969, em abandono ao uso de dever de cuidado como justificativa para a ignorância deliberada. Menciona-se, no entanto, que a lógica não se aplica de maneira uniforme no país, já que nem todos os Estados aderiram ao MPC, sendo que tais entes permanecem focados na lógica do dever de cuidado para a utilização da teoria.

Em rápida análise, verifica-se que todos os institutos do *mens rea* estabelecidos pelo *Model Penal Code* pressupõem que o agente tenha consciência de sua conduta frente ao injusto. Para que não houvesse permissão legal para o desconhecimento proposital, o MPC não previu a teoria da cegueira deliberada em seu texto, mas veio a preencher a lacuna jurídica com o princípio da alta probabilidade.

Na linha do mencionado, a alta probabilidade serviu de instrumento ao magistrado para presumir o conhecimento do agente quanto a elementares do tipo, equivalendo a ideia de alta probabilidade de conhecimento com o conhecimento em si.¹³⁴

Ocorre que não há conceituação rígida da expressão, tampouco há na doutrina norte-americana conformidade na flexibilização da expressão “alta probabilidade”. Em verdade, existem problemas em tal país para a aceitação dos requisitos de tal lógica, haja vista os graves problemas em sua aplicação.¹³⁵

SYDOW critica a terminologia da expressão, apontando que, na verdade, trata-se de verificação de circunstância de previsibilidade e não de probabilidade, o que pressuporia

¹³³ SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 153.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 125.

¹³⁵ No julgamento do caso *Global Tech Appliances Inc v. SEB S.A.*, o Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos Anthony Kennedy fez constar em seu voto dissonante que haveria expansão muito violenta da responsabilidade criminal se não houvesse a conceituação rígida da expressão ‘alta probabilidade’, esforço e sugestão que restou infrutífero. *Ibid.*, p. 129.

cálculo objetivo das consequências de sua conduta, o que não ocorre na realidade. Explica o autor:

No máximo, um cidadão conseguiria exercitar uma projeção de resultados possíveis de sua atitude. Mas tal instituto é o da previsibilidade. Entregar ao cidadão o ônus de identificar todas as variáveis possíveis e ponderar quantas delas o colocariam em situação de ilícito é, em verdade, irreal. É apanhar o conhecimento que o magistrado tem *post facto* e presumi-lo *ante facto*.¹³⁶

Assim, o tempo de apuração da “alta probabilidade” também seria problemático, já que por vezes a identificação acontece em momento posterior, quando já verificado o resultado danoso e revelado todos os detalhes. Segundo BURGEL, a falta de dados objetivos, com o conceito de previsibilidade limitado ao âmbito de discricionariedade e subjetividade do julgador resultaria em grave problema de ordem dogmático-penal.¹³⁷

ROBBINS, enquanto representante da doutrina norte-americana, defende que a proposição do *Model Penal Code* de igualação entre alta probabilidade e conhecimento real não deveria ser utilizada para condenações por ignorância deliberada. Isso porque a alta probabilidade se assemelharia mais ao estado mental “*recklessness*” do que ao “*knowingly*”, onde deveria ser enquadrada, o que seria mais adequado do que a manipulação desaconselhável do conceito de conhecimento.¹³⁸

3.3 DOS JULGADOS BRASILEIROS ACERCA DO ASSUNTO

A teoria da cegueira deliberada é citada na jurisprudência brasileira em ramos alheios ao direito penal, como no direito administrativo, ainda que de maneira tímida. Na seara do direito penal, julgados em que o instituto tem aplicação nos crimes de lavagem de dinheiro são vistos com mais frequência, mas a teoria alcança a análise de delitos como estelionato, peculato, sonegação fiscal e corrupção no âmbito eleitoral.

Em julgamento de crime de estelionato previdenciário, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que a ré, por continuar a sacar benefício previdenciário após o falecimento de sua mãe, sem assegurar que poderia fazê-lo, atuou com dolo direito, em vontade livre e consciente de obter vantagem ilícita. Para tanto, considerou que a acusada, em conduta

¹³⁶ SYDOW, Spencer Toth. A Teoria da Cegueira Deliberada. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 161.

¹³⁷ BURGEL, Leticia. A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 129/2017, p. 479 – 505, Mar/2017.

¹³⁸ ROBBINS, Ira P. The ostrich Instruction. Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea, 81 j. Crim. Law & Criminology 191, 220-22, 1990, p. 231.

omissiva, não se informou quanto à licitude de sua conduta, agindo em “espécie de cegueira deliberada”.¹³⁹

Em outro julgado¹⁴⁰, o TRT da 4ª Região aplica o instituto no julgamento de crime de sonegação de tributos. O tribunal considerou que o acusado praticou o crime com dolo eventual, assumindo o risco do resultado de sua conduta. Isso pois, na qualidade de contador de cliente sonegador, réu teria “fechado os olhos deliberadamente” para o disparate entre a renda declarada pelo cliente e o valor disponível em moeda estrangeira no exterior, afirmando que “o acusado agiu com cegueira deliberada.”

A interpretação dos julgadores também remete ao dolo eventual na esfera dos crimes eleitorais, sendo mencionada em oito julgados do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia¹⁴¹, porque consideraram as decisões que os acusados assumiram o risco de praticar corrupção eleitoral.

Não obstante as aplicações acima narradas, existem três casos emblemáticos que envolvem o instituto e nos quais se discute mais claramente o elemento subjetivo do crime sob tal ótica. Como fator comum, discute-se acerca do crime de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes de infração penal.

O primeiro deles é o caso do Assalto ao Banco Central de Fortaleza, julgado em 1º grau pela Justiça Federal e em grau recursal pelo TRF da 5ª Região.¹⁴² Em breve resumo, os furtadores do banco, que subtraíram a quantia de R\$164.755.150,00(cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais) da instituição, adquiriram no dia seguinte 11(onze) veículos, efetuando o pagamento em espécie, no valor de R\$980.000,00(novecentos e oitenta mil reais).

Com base nisso, os sócios proprietários da empresa de venda de veículos foram condenados pela prática do crime de lavagem de capitais com base na teoria da cegueira deliberada. No 1º grau, o magistrado resumiu a teoria e determinou sua aplicação ao crime de

¹³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0000870-49.2008.404.7006, Porto Alegre, 28 de junho de 2012. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/38260896/trf-4-judicial-28-06-2012-pg-281>. Acesso em 22.11.2017.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 2003.70.00.056661-8. Porto Alegre, 28 de julho de 2010.

¹⁴¹ GEHR, Amanda. A aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro. Curitiba, UFPR, 2012, p. 46.

¹⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal n. 5520-CE 2005.81.00.014586-0, 09 de setembro de 2008.

lavagem de dinheiro mediante a existência de dois elementos, quais sejam o (1) conhecimento do agente de que havia alta probabilidade de que os bens e valores eram provenientes de crime e (2) a indiferença do agente perante esse conhecimento.

Em grau recursal, a corte absolveu os acusados por entender que não havia elementos na sentença que comprovassem o dolo direto dos acusados, o que seria exigido pelo tipo. Entretanto, consignou ao final que a teoria se equipara à figura do dolo eventual, podendo ser perfeitamente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro quando o tipo admita a punição a tal título.

O segundo caso emblemático no qual a teoria foi discutida é a Ação Penal n. 470(“Mensalão”)¹⁴³, originária no STF. Na análise acerca de repasses realizados por parlamentares e a possível configuração do crime de lavagem de capitais, iniciou-se discussão acerca da condenação dos réus na modalidade do dolo eventual.

A Ministra Rosa Weber fundamentou em seu voto a possibilidade de admissão do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, aplicação com perceptível motivo de política criminal:

[...]houve, no caso do PP e do PL, a contratação de empresas financeiras que lavaram o numerário repassado pelas contas das empresas de Marcos Valério de uma forma bastante sofisticada. Ainda que tivessem ciência da elevada probabilidade da procedência criminosa dos valores lavados, é difícil, do ponto de vista probatório, afirmar a certeza dos dirigentes dessas empresas quanto à origem criminosa dos recursos. Sem admitir o dolo eventual, revela-se improvável, em regra, a condenação dos lavadores profissionais.¹⁴⁴

Para sustentar a argumentação, faz constar a Ministra que o reconhecimento de dolo eventual é favorecido pela doutrina da cegueira deliberada. Consigna Rosa Weber que a teoria, embora seja construção da *common law*, é acolhida pelo Supremo Tribunal Espanhol em casos de lavagem de dinheiro, sendo que a corte, de tradição de *civil law*, equipara a figura da cegueira ao dolo eventual.¹⁴⁵

Apresenta a Ministra que, para a configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de capitais, as Cortes norte-americanas exigiriam três requisitos¹⁴⁶, os quais seriam

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Brasília, 22 de abril de 2013.

¹⁴⁴ Ibid., p. 1272.

¹⁴⁵ Ibid., p. 1273.

¹⁴⁶ Generalização que se revela imprecisa, já que nem todos os Estados norte-americanos adotaram o Model Penal Code e a parametrização do elemento subjetivo do crime com a criação da figura da alta probabilidade. SYDOW, Spencer Toth. A Teoria da Cegueira Deliberada. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 223.

os mesmos e suficientes à condenação dos réus à título de dolo eventual, confundindo a aplicação das duas figuras:

Não cabe excluir, portanto, a possibilidade de o crime de lavagem ser praticado com dolo eventual, o que ocorre quando o agente pratica condutas de ocultação e dissimulação, tendo ciência de que o objeto da transação **envolve, com elevada probabilidade, produto de crime**, e, mesmo com esse conhecimento, permanece **indiferente** às consequências de seu agir delitivo.¹⁴⁷

No mesmo sentido, o Min. Celso de Mello admitiu a configuração do crime mediante dolo eventual, “cujo reconhecimento apoiar-se-ia no denominado critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada”¹⁴⁸. Em posicionamento diverso, o Ministro Dias Toffoli discordou da aplicação da teoria. No debate sobre o voto, questiona: “Sim, mas como haver cegueira deliberada sobre tipo que a pessoa desconhece? É impossível!”¹⁴⁹

Percebe-se que a opinião do Ministro se dá por entender que não há comprovação de conhecimento por parte dos acusados da elementar típica que indica a procedência ilícita dos valores. Mais uma vez, assim, outro ministro associa a figura da cegueira deliberada com o dolo eventual, como se sinônimos fossem.

O último exemplo de aplicação da teoria a ser analisado é derivado da “Operação Lava Jato”. Na Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, parcela da defesa arguiu que os réus não tinham conhecimento da origem ilícita dos valores empregados em movimentações realizadas na lavagem de dinheiro, o que excluiria o dolo em suas condutas pela ausência de conhecimento de elemento do tipo.

Na sentença do caso, em análise à possibilidade da utilização do instituto do dolo eventual em relação à lavagem de dinheiro, o magistrado considerou pertinente a exposição da *willfull blindness*, que seria, em tese, equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu, fazendo constar no decisório que já teria escrito sobre o tema em obra dogmática.¹⁵⁰

Para justificar a aplicação da teoria, do mesmo modo que se fez na ação penal 470, Sérgio Moro aponta para trecho de decisão da STS 55/2005 do Supremo Tribunal Espanhol, argumentando que o instituto foi adaptado ao *civil law* pelo tribunal espanhol quando assimilado ao dolo eventual. Ignorando parecer jurídico de RAGUÉS I VALLÈS apresentado

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Brasília, 22 de abril de 2013, p. 1273.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n. 677.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. op. cit., p. 3274.

¹⁵⁰ A obra indicada pelo magistrado: MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010.

por um dos acusados, “no sentido de que a questão não estaria tão pacificada no Direito espanhol, o fato é que a doutrina da cegueira deliberada e a sua equiparação ao dolo eventual já encontram abrigo na jurisprudência pátria.”¹⁵¹

Além disso, também trouxe à tona julgado do TRF da 4ª Região, no qual foi empregado o conceito para os crimes de contrabando e descaminho, apontando, ainda, que na Ação Penal 470 foi invocada incidentalmente a teoria e sua equiparação com o dolo eventual.

Idêntica linha de raciocínio e argumentação foi utilizada pelo juízo nas AP 5047229-77.2014.4.04.7000/PR e AP 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. É de se notar nas sentenças proferidas pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal do Paraná que o magistrado se utiliza frequentemente da figura da cegueira/ignorância deliberada para fins de condenação por dolo eventual em crimes de lavagem de capitais.

Destaca-se, por oportuno, que o juiz titular da vara funcionava como assistente da Min. Rosa Weber quando do julgamento do Mensalão, ocasião em que a ministra ao equiparou o dolo eventual com a cegueira deliberada mediante a utilização do critério de ‘alta probabilidade’.¹⁵²

3.3.3 Da equivalência da cegueira deliberada com o dolo eventual

Na aplicação episódica do instituto da cegueira deliberada, a jurisprudência brasileira imputa ao acusado a prática do crime com base no elemento subjetivo do dolo, na maioria das vezes, na figura do dolo eventual. A razão de tal emprego é que, segundo os julgadores, a teoria da cegueira deliberada e o dolo eventual brasileiro, previsto no art. 18, I, do Código Penal, teria contornos sinônimos, o que já teria sido confirmado pelo Tribunal Supremo Espanhol.

No sentido do que foi exposto em seção anterior, o direito brasileiro, influenciado pelo finalismo, deslocou o elemento subjetivo do crime ao tipo penal. O Código passou a prever tipos dolosos e culposos, com elementos subjetivos que possuem o ponto comum do conhecimento do agente quanto à conduta tomada.

¹⁵¹ BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, Curitiba, 02 de fevereiro de 2017, p. 103. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-joao-santana-cegueira.pdf>, Acesso em 17.10.2017.

¹⁵² CANÁRIO, Pedro. Justiça obriga juiz a escolher entre STF e magistério. **Conjur**. 25 de julho de 2012 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul-25/nomeado-assessor-stf-juiz-sergio-moro-briga-dar-aulas-ufpr>. Acesso em 22.11.2017.

A categoria jurídica do dolo é sempre sinônimo de representação e vontade de realizar cada um dos componentes do tipo penal. No dolo eventual, particularmente, o agente não quer diretamente o resultado, mas se verifica no mínimo sua tolerância quanto ao resultado lesivo.

No dolo eventual, o agente conhece os riscos e resultados de sua conduta (consciência), ou seja, os efeitos colaterais possíveis, e os aceita ou tolera (vontade). Na culpa inconsciente, o agente além de não tem representação sobre os elementos do tipo, apenas previsibilidade, também não tem vontade de realizar o tipo, como consequência lógica.

O dolo, por ser vontade de realizar o tipo (elemento volitivo), deve ser permeado pelo conhecimento atual das circunstâncias do caso concreto (elemento cognitivo). Desprezando tais conclusões, encontram-se os julgados colacionados na subseção anterior. Em análise específica, a situação mais incoerente é o acórdão do TRF4 apontado na subseção antecedente.

No acórdão, definiu-se que a ré agiu em cegueira deliberada quando não buscou ter conhecimento sob todos os elementos do tipo do art. 171 do CP, ao não investigar se os saques de benefício pós-morte de sua mãe representavam vantagem ilícita. O que surpreende é a consideração de que a ré agiu com dolo direto, em vontade livre e consciente de praticar o delito de estelionato, não obstante a ausência de elemento cognitivo do dolo.

Também em ilógica exposição, a sentença da AP 5047229-77.2014.4.04.7000/PR o juízo da 13ª Vara Criminal Federal do Paraná, quando defende a equiparação do dolo eventual e cegueira deliberada nos seguintes moldes:

Apesar do trabalho argumentativo de destaque efetuado pela Defesa de Carlos Habib Chater, viável a equiparação entre cegueira deliberada e dolo eventual. No dolo eventual, o agente representa o resultado delitivo como uma probabilidade e persiste na realização da conduta típica que pode levar ao resultado delitivo de forma indiferente à representação realizada. É o que ocorre, por exemplo, quando se desfere um tiro na direção de alguém, mesmo quando o agente não deseja o homicídio, mas, tem o resultado delitivo, morte, como provável e assume o risco de produzi-lo. É o que também ocorre quando o agente tem presente a **elevada probabilidade** de que os recursos envolvidos em uma transação têm origem criminosa, mas ainda assim persiste em sua realização, indiferente ao resultado delitivo. Isso especialmente, como é o caso, quando o agente tinha condições de aprofundar seu conhecimento sobre o resultado de suas ações.¹⁵³

¹⁵³ BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. Ação Penal n. 5047229-77.2014.4.04.7000, Curitiba, 06 de maio de 2015. Disponível em http://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/05/sentenca_dunel.pdf. Acesso em 23.11.2017, p. 78.

Percebe-se a deturpação do instituto no momento em que o julgador compara a representação do agente que pratica homicídio com dolo eventual com o agente em ignorância deliberada. No exemplo, o agente está ciente de todos os elementos do tipo do art. 121 do CP, quais sejam “matar” e “alguém”, pois empunha e defere tiro com arma de fogo capaz de tirar a vida de outrem, sabendo que é um ser humano que se encontra em sua frente.

O indivíduo do exemplo seguinte não tem conhecimento atual das circunstâncias dos crimes do Art. 1º e parágrafos da lei n. 9.613/1998(lavagem de capitais). Pelo contrário, saberia apenas da “elevada probabilidade” de que os recursos tivessem origem de infração penal. Em outra decisão proferida pelo mesmo julgador, fala-se em *representação da probabilidade*.¹⁵⁴

Evidente que a decisão vai de encontro à necessidade de conhecimento efetivo e atual exigido pelo Código Penal para a prática de crime, imputando ao agente prática de conduta dolosa mediante requisito da alta probabilidade utilizado no direito anglo-saxão, presumindo seu conhecimento quanto aos elementos do tipo.

Noutro trecho da sentença, ainda se referindo a cegueira deliberada, demonstrando que a indiferença em investigar e aprofundar-se na origem dos valores e a falta de conhecimento é comum em crimes de tal natureza, argumenta:

Aquele que **habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro** de forma autônoma, o profissional da lavagem, **é usualmente indiferente à origem e natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos**. O conhecimento pleno da origem e natureza criminosas é até mesmo indesejável porque pode prejudicar a alegação de desconhecimento em futura e eventual persecução penal. O cliente, ademais, também não tem interesse em compartilhar as informações acerca da origem e natureza específica do provento do crime. Quanto menor o número de pessoas cientes do ocorrido, tanto melhor. **O lavador profissional** que se mostra excessivamente “curioso” pode ou perder o cliente ou se expor a uma situação de risco perante ele. O natural, nessas circunstâncias, **é que seja revelado ao agente da lavagem apenas o necessário para a realização do serviço**, o que usualmente não inclui maiores informações sobre a origem e natureza do objeto da lavagem.¹⁵⁵

Verifica-se que o magistrado faz referência a quem habitualmente se dedica a lavagem de dinheiro, lavadores profissionais, que têm conhecimento necessário ao menos para a realização do serviço de ocultação e dissimulação de bens. Tais indivíduos não necessariamente têm consciência dos pormenores do crime antecedente à lavagem, mas tem o pleno conhecimento da origem ilícita dos ativos movimentados.

¹⁵⁴ BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, Curitiba, 02 de fevereiro de 2017, p. 105. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-joao-santana-cegueira.pdf>, Acesso em 17.10.2017

¹⁵⁵ Idem.

Por conta disso, nunca poderiam ser inseridas essas pessoas em situação de ignorância deliberada. Quem tem consciência sob os elementos do tipo penal e o desejo de realizá-lo ou ao menos a aceitação do resultado não é ignorante e sim verdadeiro delinquente em conduta dolosa. “Uma situação de autocolocação em ignorância é verdadeira situação de dolo, posto que falsificação de elemento subjetivo”.¹⁵⁶

A ignorância sobre o elemento do tipo deve ser genuína e gerada por ausência de esforço na busca de esclarecimento de situação suspeita e não situação já sabida. No exemplo de SYDOW, “aquele que conhece o conteúdo de uma mala e finge não conhecer para tentar evitar responsabilidade age com dolo. Também, aquele que apanha uma arma, aponta no rosto de outrem e aperta o gatilho dizendo que não sabia que estava carregada.”¹⁵⁷

Com o mesmo contrassenso, a acórdão do TRF4 relacionado ao crime de sonegação de tributos, mencionado em subseção anterior. O julgador considerou que o contador estivesse em ignorância deliberada, pois fechou os olhos para disparate entre os valores declarados pelo cliente e aqueles mantidos no exterior.

No acórdão, em acolhimento de parecer ministerial, fez-se consignar que a diferença era suficiente para revelar a fraude na declaração às autoridades fazendárias, circunstância tão flagrante que “causa[ria] estranheza para qualquer leigo no assunto, quanto mais deveria causar a perito em tal matéria.”¹⁵⁸

Ora, constatada a obviedade do conhecimento do agente acerca dos elementos do tipo, cabível a determinação de que o crime foi cometido com verdadeiro dolo. Desnecessária a utilização da teoria da cegueira deliberada se comprovado que o agente tinha conhecimento das elementares do tipo e tolerou a ocorrência do resultado, em evidente dolo eventual.¹⁵⁹

A imputação subjetiva é tarefa de análise do juiz e parte de critérios de interpretação de condutas aliada ao conjunto de elementos de materialidade para se mensurar a vontade na conduta do agente. O dolo, portanto, não se forma na mente do autor, como se supõe, mas sim na mente do juiz,¹⁶⁰ sendo extraído da situação fática investigada.

Na ação penal 470 é citado o seguinte trecho a respeito da prova do dolo:

¹⁵⁶ SYDOW, Spencer Toth. A Teoria da Cegueira Deliberada. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 59.

¹⁵⁷ Ibid., p. 60.

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 2003.70.00.056661-8. Porto Alegre, 28 de julho de 2010.

¹⁵⁹ BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 129/2017, p. 479 – 505, Mar/2017.

¹⁶⁰ SYDOW, op. cit, p. 234.

[...] a matéria localiza-se no mundo das intenções, em que não é possível uma abordagem mais segura. Por isso, a prova do dolo (também chamado dolo genérico) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras de experiência comum do que ordinariamente acontece.¹⁶¹

Mais prudente é a devida demonstração da existência de dolo, deixando o instituto da cegueira deliberada para segundo plano. A realidade dos processos criminais que cuidam do tema é a análise das circunstâncias do caso concreto, pois os conceitos psicológicos da visão finalista ontológica do dolo são de difícil comprovação.

Percebe-se, em verdade, que frente à dificuldade na comprovação do efetivo conhecimento dos acusados, recorre-se à utilização da teoria da cegueira deliberada para efeitos de condenação, cometendo-se o erro elementar na equiparação dos institutos do dolo eventual e da cegueira deliberada. A utilização da teoria “acarreta uma inversão do que realmente deve ser analisado, uma vez que deixa de analisar o que o sujeito sabe – bem como o que é por ele representado – analisando apenas o que ele não sabe.”¹⁶²

Demonstrado, portanto, que os julgados fazem verdadeira confusão entre crimes de fato cometidos com dolo e a figura da cegueira deliberada. Outrossim, se o dolo eventual deve ter necessariamente presentes a consciência e a vontade, sendo “insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado”¹⁶³, então este afigura-se insatisfatório para resolver a problemática de cegueira deliberada.

3.3.4 A aplicação da teoria pelo Supremo Tribunal Espanhol

Na tentativa de legitimar o uso da teoria da cegueira deliberada, os julgadores na Ação Penal 470 e nas sentenças provenientes da Operação Lava Jato mencionam julgados espanhóis acerca do mesmo assunto, levando a crer que o instituto seria indistintamente aplicado naquele país em situações de dolo eventual. No entanto, ainda que levemente rejeitadas as considerações do parecer de RAGUES juntadas aos autos do processo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, a aplicação do instituto em equiparação ao dolo eventual não é pacificada no Direito Espanhol.

¹⁶¹ Eugênio Pacelli de Oliveira, Curso de Processo Penal, Lumen Juris, p. 295 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Brasília, 22 de abril de 2013, p. 1273.

¹⁶² BURGEL, Leticia. A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 129/2017, p. 479 – 505, Mar/2017.

¹⁶³ BITTENCOURT, César Roberto, op. Cit. Erro de Tipo, passim, apud SYDOW, SYDOW, Spencer Toth. A Teoria da Cegueira Deliberada. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 241.

A primeira razão é que o Supremo Tribunal Espanhol, na transposição da teoria ao *civil law*, limitou-se ao raciocínio empregado no caso *Spurr vs. United States*, em anacrônica interpretação do instituto, deixando de levar em conta o evoluir da cegueira no que tange ao aspecto da “alta probabilidade” de conhecimento¹⁶⁴.

A cegueira deliberada no modelo *Spurr* não compreende que o agente tenha consciência de risco gerado pelo não buscar a informação, mas sim que o indivíduo aja sem consciência, em situação de desconhecimento que poderia ser evitada com a investigação¹⁶⁵, o que exclui, de plano, a possibilidade de dolo eventual.

Tanto é assim que RAGUES I VALLÈS mostra a diferença entre o dolo eventual e a ignorância com clareza, sugerindo a aplicação da cegueira como instituto ímpar, o que foi ignorado pelo Tribunal, que aplicou a teoria baseando-se em noções equivocadas dos institutos norte-americanos.¹⁶⁶

Além disso, a análise mais apurada dos precedentes espanhóis utilizados permite concluir que o paralelismo alegado pela jurisprudência brasileira ignora a situação jurídica completamente diversa daquela encontrada na Espanha.¹⁶⁷ O Código Penal Espanhol não possui definição fechada de dolo, limitando-se a estabelecer que não há pena sem dolo ou imprudência.

Portanto, o sistema legal espanhol permite a adaptação de conceitos da *common law* com mais facilidade, ainda que de maneira equivocada. Na dogmática espanhola, não há determinação legal de conjunto que envolva representação, consentimento ou vontade, ao revés do ordenamento jurídico brasileiro, que não admite o alargamento do conceito de dolo, haja vista disposição legal expressa dos artigos 18 e 20 do CP.¹⁶⁸

Dessa maneira, percebe-se que a situação trazida pelos julgados espanhóis, que, frente a sujeito que apenas não investigou situação suspeita quando tinha o dever, imputam-lhe prática do crime na modalidade de dolo eventual, não se adapta a realidade brasileira e seu sistema penal.

¹⁶⁴ SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122/2016, p. 255 – 280, Out/2016.

¹⁶⁵ SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 214.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 215.

¹⁶⁷ SILVEIRA, op. cit., loc. cit.

¹⁶⁸ SYDOW, op. cit., p. 215.

3.4 MODOS DE ENFRENTAMENTO DA TEORIA FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO

Abordadas as problemáticas envolvidas na aplicação da teoria da cegueira deliberada e expostos os erros na aplicação do instituto pela jurisprudência brasileira, necessária a investigação de adaptações da figura à realidade jurídica brasileira para proceder-se adequadamente à transposição pretendida pelos julgadores.

3.4.1 Da impossibilidade de aplicação da teoria do erro

Na subseção acerca do perfil do elemento subjetivo do crime no sistema penal pátrio, verificou-se que a legislação brasileira não cuidou de identificar situações de criação de desconhecimento de elementos do tipo para fins de responsabilização do agente.

Com efeito, o desconhecimento das elementares do tipo atinge diretamente o elemento intelectual do dolo e o exclui por consentâneo. Tal defeito de conhecimento é interpretado pelo ordenamento jurídico como erro de tipo, que pode ser vencível ou invencível, no sentido daquilo já explicado.

A princípio, se refletido de maneira superficial, se o erro, na circunstância de falsa percepção da realidade, é figura apta a aniquilar o dolo na conduta do autor, a ignorância, que é o total desconhecimento, também deveria servir a excluí-lo. No entanto, tanto no que se refere à cegueira deliberada em sentido estrito e a ignorância deliberada, a doutrina do erro se mostra incompatível.¹⁶⁹

Quanto ao primeiro, o agente não conhece um dos elementos do tipo porque criou estratégia e propositalmente fechou os olhos para as circunstâncias da situação. Na segunda figura, a não investigação de uma suspeita também é realizada de forma deliberada. Depreende-se, desse modo, que tais circunstâncias impedem a aplicação da lógica do erro vencível, pois o que se presume é que o agente não tenha ele próprio criado a situação de falta de conhecimento.

Por consequência, necessária a averiguação de instituto jurídico nacional que se adequa às particularidades da teoria.

3.4.2 Da solução para a cegueira deliberada em sentido estrito

Como já apresentado, na cegueira deliberada em sentido estrito há um momento anterior de ato de obscurecimento e um momento posterior, em que se revelam consequências ilícitas

¹⁶⁹ SYDOW, Spencer Toth. A Teoria da Cegueira Deliberada. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 88.

não desejadas. Por tal condição, segundo SYDOW¹⁷⁰, não haveria possibilidade de enquadrar a cegueira deliberada em sentido estrito em nenhuma das figuras relacionadas com o elemento subjetivo do crime adotado pelo direito brasileiro.

Isso em razão da fragilidade do nexos de causalidade entre a conduta do cego e o resultado danoso, pois, muitas vezes o responsável pelo obscurecimento não é o responsável pelo ato secundário, ou seja, quem realiza a consequência indesejada. Não há, ainda, possibilidade de existência de dolo relacionado à ação que causou o resultado juridicamente proibido, pois falta ao indivíduo que ocasionou o obscurecimento a consciência quanto a esta última conduta.

Além disso, entre a conduta de obscurecimento (em que o agente se desenvolve estratégias para não conhecer), e a descoberta do resultado lesivo podem-se passar meses e até anos, o que gera relação de causalidade ainda mais fraca. E a conduta de evitação de conhecimento por si, sem a verificação de resultado lesivo, é mera colocação em estado de inconsciência que não pode ser punida, por ser fato antecedente sem nenhum significado.

Assim, castigar a prevenção do conhecimento seria punir ato preparatório que não se insere no *iter criminis*, o que violaria o princípio de intervenção mínima do Direito Penal e traria insegurança jurídica à sociedade. Como solução para os casos de cegueira deliberada em sentido estrito, SYDOW considera que o tratamento de Direito Administrativo é suficiente¹⁷¹, pois impõe medidas administrativas que gera dever de cuidado a determinados agentes.

Dessa maneira, tendo em vista que para a configuração de dolo, o conhecimento dos elementos do tipo penal devem ser atual, e não futuro, é que o legislador deveria prever controles administrativos preventivos (ou punições) por *criminal compliance*¹⁷², que se adequa melhor ao caso da cegueira deliberada em sentido estrito¹⁷³:

[...] a Administração Pública criaria regras comportamentais para sujeitos – p. ex. pessoas jurídicas – que fizessem com que este agente obrigatoriamente cuidasse administrativamente do trato de informações com as quais lida para, assim, não

¹⁷⁰ SYDOW, Spencer Toth. A Teoria da Cegueira Deliberada. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 164.

¹⁷¹ Ibid., p. 63

¹⁷² “*Compliance* — do termo inglês *comply* — significa o ato ou procedimento para assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor” e, no caso da *compliance* criminal, evitar a responsabilidade penal. BOTTINI, Cruz Pierpaolo. O que é *Compliance* no âmbito do Direito Penal? Revista Consultor Jurídico, 30 de abril de 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em 20.11.2017.

¹⁷³ SYDOW, op. cit., p. 114.

sofrer multa ou demais sanções. Nesse sentido, legislação como a do transporte rodoviário de cargas no sentido de que o motorista comercial é obrigado a carregar documentação comprobatória dos materiais que transporta(lei n. 11.442/07).¹⁷⁴

Nesse âmbito também se inserem as regras de prevenção e combate à Lavagem de capitais proveniente da Lei n. 9.613/98 e o Projeto de Lei n. 6.862/10 que prevê responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica por atos contra a administração pública¹⁷⁵.

Assim, utilizando-se do exemplo mencionado em seção anterior, do diretor financeiro de banco que determina aos gerentes que não lhe informem de situações suspeitas de lavagem de capitais, em ato anterior a possível(e não certa) descoberta de efetivo esquema de lavagem do qual referido banco fazia parte a fim de evitar sua responsabilidade caso surjam consequências danosas.

Suponha-se que o resultado, qual seja a efetiva dissimulação de movimentação de valores provenientes de infração penal, efetivamente ocorra com intervalo de cinco anos após a ordem dada pelo diretor. E mais: o ato da lavagem foi praticado por terceiro, um gerente da instituição.

Por falta de nexo de causalidade adequado e ausência de consciência no momento da conduta que gerou o dano, não caberia imputação ao gerente do crime de lavagem de capitais. Mais prudente seria, portanto, deixar à seara administrativa a punição do diretor por tentar isentar-se de responsabilidade que lhe seria devida, em respeito ao caráter fragmentário do Direito Penal.

3.4.3 A proposta para a ignorância deliberada

Em relação à ignorância deliberada, poder-se-ia utilizar a lógica do dever de cuidado exposta em capítulo anterior, com base em conduta omissiva do autor em investigar uma suspeita. Assim, quando o agente estivesse frente à conduta que pudesse impor risco fundamental e justificável a bem jurídico tutelado por norma penal, nasceria seu dever de

¹⁷⁴ SYDOW, Spencer Toth. A Teoria da Cegueira Deliberada. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 63

¹⁷⁵ BOTTINI, Cruz Pierpaolo. O que é Compliance no âmbito do Direito Penal? Revista Consultor Jurídico, 30 de abril de 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em 20.11.2017.

buscar a informação, haja vista o “dever de investigação razoável para evitar riscos não permitidos”¹⁷⁶ previsto no art. 13, §2º do Código Penal.

Faltam, no entanto, critérios objetivos para atribuição de suspeitas que ensejariam o dever de investigar, subjetivação que abriria margem pra arbitrariedades. Ademais, a atribuição do delito à título de culpa inconsciente(sem representação, mas com previsibilidade), acarretará, em alguns casos, na atipicidade da conduta pela ausência de tipo culposo, da maneira como ocorre com o delito de lavagem de capitais.

Frise-se que a lógica de violação de dever de cuidado restringe-se às situações de ignorância deliberada, excluindo-se a cegueira deliberada em sentido estrito, pois, sem dúvidas, não há possibilidade de reprimir-se de deveres de cuidado em situações futuras e incertas.

Assim, demonstrado que a dogmática do dolo e da culpa são insuficientes, pois na cegueira deliberada o elemento “consciência” é fragilizado e a teoria do erro mostra-se incompatível, a aplicação da teoria como instituto jurídico independente seria a resposta em tais casos.

Analisemos o caso paradigmático da teoria: uma pessoa transporta uma mala a pedido de alguém que lhe oferece pagamento em troca do serviço, aceitando a tarefa sem fazer questionamentos e/ou verificar o conteúdo do volume. Quando o agente é apanhado em fiscalização no aeroporto e se descobre que a mala tinha carregamento de cocaína, alega que não conhecia o que transportava, estando em desconhecimento do elemento do tipo “drogas”(art. 33 da lei n. 11.343/06).

O delito do art. 33 não comporta modalidade culposa, motivo pelo qual dispensa-se a análise de lógica do dever de cuidado. Como já discutido, a figura do dolo eventual não pode ser utilizada pois o agente não conhece o risco que está gerando e, por essa razão, não pode tolerar o resultado de sua conduta. Não há de se falar tampouco em erro vencível, haja vista que a falta de investigação foi ação deliberada, o que não coaduna com a doutrina do erro.

Dada a insuficiência da dogmática do dolo e da culpa, pois na ignorância deliberada a consciência do agente é fragilizada, o mais acertado movimento seria a reformar o sistema de imputação subjetiva brasileiro. RAGUES I VALLÈS, em proposta de tratamento, sugere uma evolução do sistema na linha do realizado pelo *Model Penal Code* norte-americano, com a

¹⁷⁶ SYDOW, Spencer Toth. A Teoria da Cegueira Deliberada. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 119-120.

criação do “maior número de modalidades de imputação subjetiva que permitam captar adequadamente as peculiaridades de cada caso e conferir tratamento mais proporcional às consequências da cegueira.”¹⁷⁷

Entretanto, frente à possibilidade de mais controvérsias a respeito da aplicação do instituto e a de modo a diminuir a arbitrariedade do julgador, o que se sugere é a criação de modalidade independente de imputação subjetiva. Dessa maneira, o art. 18 do Código Penal brasileiro abrangeria, além do dolo e da culpa, a figura da criação do estado de ignorância para fins de responsabilidade subjetiva, quando devidamente observada e comprovada em instrução criminal.

Outrossim, a solução para a aplicação da teoria é a previsão legal de novo instituto de imputação subjetiva, em respeito ao garantismo penal e ao princípio da legalidade, de maneira a preencher prudentemente as lacunas identificadas, sem entregar o instituto aos magistrados a fim de servir arbitrariamente a alargar o conceito de dolo.

¹⁷⁷ VALLÈS, Ragues i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. Discusiones XIII nº 13, p. 11-38, 2013, p.. 34. Tradução livre: “mayor número de modalidades de imputación subjetiva que permitan captar adecuadamente las peculiaridades de cada caso y otorgar un tratamiento más proporcionado en las consecuencias”.

CONCLUSÃO

Com a evolução das escolas penais alemãs, a estrutura do crime tripartida de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade foi profundamente alterada e reinterpretada até as mudanças mais importantes causadas pelo finalismo de Welzel. A concepção finalista foi responsável por modificar a dogmática da culpabilidade, deixando que fosse dotada somente por elementos normativos.

Deu-se, dessa maneira, a realocação da culpa em sentido amplo para tipicidade, em razão da nova percepção de que o tipo tinha também esfera subjetiva. O elemento subjetivo do crime foi atrelado ao tipo objetivo, pois o conceito de ação como atividade final tornou a conduta do sujeito vinculada à sua vontade e consciência de realizar os elementos objetivos do tipo.

Assim, a identificação de dolo, dolo eventual ou culpa passaram a ser aplicados sempre de maneira genérica ao indivíduo, analisando somente a finalidade de sua ação e não sua ‘inimizade com o direito’. O conceito de dolo natural é adotado em substituição ao ‘dolo mau’ elaborado pelos causalistas, que implicava automaticamente em consciência da ilicitude, seja esta atual(teoria extremada do dolo) ou potencial(teoria limitada).

O Código Penal brasileiro, após a parte geral de 1984, passou a adotar postura finalista e prever seus elementos subjetivos no art. 18, o dolo e a culpa *stricto sensu*. O pressuposto para a verificação do dolo na conduta do agente é o conhecimento quanto aos elementos do tipo penal, motivo pelo qual o art. 20 do diploma passou a prever que a falsa percepção sob os elementos constitutivos do tipo excluiria o dolo, remanescendo o delito culposos se houvesse previsão.

O modelo de sistema penal norte-americano não seguiu a dogmática alemã de teoria do crime, prevendo apenas os elementos do *mens rea*, algo próximo de um elemento subjetivo do crime e o *actus reus*, entendida como conduta realizada no sentido de cometer um delito. O *Model Penal Code* surgiu como guia para o Direito Penal americano, estabelecendo pressupostos mínimos a serem seguidos pelo julgador, que antes analisavam o *mens rea* arbitrariamente.

O MPC criou elementos subjetivos em graus de culpabilidade, demonstrando, assim, a ligação do sistema norte-americano com o modelo causalista e seu *dolus malus* com a teoria psicológico normativa da culpabilidade e a teoria limitada do dolo, que previa o elemento subjetivo do crime situado dentro da culpabilidade, junto da potencial consciência da ilicitude.

Em seguida, discorreu-se acerca do surgimento da teoria da cegueira deliberada, que evoluiu seu conceito ao longo dos mais de 150(cento e cinquenta) anos que ostenta,

adaptando-se às necessidades dos tribunais estrangeiros. A teoria teve cinco momentos históricos, passando da simples identificação de abstenção intencional de obter conhecimento (*Regina vs. Sleep*), a um poder-dever de investigar uma suspeita (*Spurr*) e à alta probabilidade igualada a conhecimento de fato (*Model Penal Code*).

Em razão dos contornos históricos da teoria, sua evolução dogmática permitiu que não houvesse conceito único e bem delimitado. SYDOW cuidou de dividir a teoria em ignorância deliberada e cegueira deliberada em sentido estrito. Na primeira o agente deixa de diligenciar para sanar dúvida acerca de suspeita para se manter em desconhecimento quanto a elementos do tipo e escapar de responsabilidade criminal. Na segunda o agente trabalharia premeditadamente o elemento de inconsciência, também para se manter em desconhecimento.

RAGUES I VALLÈS estipula cinco elementos que devem ser analisados para a aplicação da teoria em caso concreto, entre eles o dever de conhecer a informação não buscada e a disponibilidade de acesso a ela, baseado na lógica do dever de cuidado. Concluiu-se que esta última é maneira o Supremo Tribunal Espanhol lida com a teoria nos dias de hoje.

A responsabilização do indivíduo pela falta de conhecimento parte da violação do dever de cuidado, em razão da omissão do agente em não investigar a suspeita, numa criação de risco do resultado danoso. A hipótese, entretanto, não pode ser analisada exclusivamente frente à figura do homem médio, pois ainda encontra limitação na disponibilidade da informação e na verificação subjetiva da capacidade de suspeitar de cada indivíduo, que carece de parametrização.

Na subseção seguinte procurou-se demonstrar as falhas do princípio da alta probabilidade utilizado pelo direito norte-americano, que, não obstante completamente incompatível com o conceito de conhecimento atual requerido pelo dolo, foi repetidamente utilizado em julgados brasileiros.

Aliás, a aplicação da teoria com apoio na disposição do *Model Penal Code* de equiparação entre alta probabilidade de conhecimento e conhecimento real é objeto de discordância da própria jurisprudência e doutrina daquele país, pelo que não poderia ser importada sem maiores reflexões.

Foi observada a dificuldade de interpretação da teoria pelos julgadores brasileiros, que passaram a equipará-la com o instituto nacional do dolo direto ou eventual, seguindo precedente dos Tribunais Espanhóis. Entretanto, a cegueira deliberada, por ser situação de

incompletude do quadro de conhecimento, não poderia ser equiparada ao dolo eventual, tampouco ao direto.

Em verdade, a jurisprudência brasileira, da mesma forma que agiu a espanhola, utiliza-se de conceitos próprios da *common law* sem se debruçar devidamente sob suas singularidades. Limitou-se à aceitação daquilo aplicado pelos Tribunais Espanhóis, que, além de ter sistema que guarda diferença com o brasileiro, ainda atrelou de modo errôneo o dolo eventual com a figura da cegueira.

No sentido do estudado, no ordenamento dos Estados Unidos, inexistente previsão expressa quanto à figura do dolo eventual, até porque o que se avalia é o *mens rea*, verdadeiro grau de culpabilidade do *actus reus*. O sistema de *common law* não possui um sistema valorativo equivalente ao dolo eventual continental, logo, impossível que a cegueira deliberada se porte como se dolo eventual fosse.

Adotando-se a visão de ROBBINS, a cegueira se assemelharia ao estado mental de *recklessness*, que não é idêntico ao dolo eventual. Isto porque o estado mental *recklessness* encontra maior relação com uma noção de culpa, porque nele o agente age em risco substancial e injustificado, em grande irresponsabilidade, mas não em aceitação de resultado.

Para o *common law*, a *mens rea*, instituto próximo de um elemento subjetivo do crime, se localiza na culpabilidade do agente, sendo analisado na sentença, com base na teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Criminaliza-se o resultado da conduta do agente e avalia-se o grau de dolo e culpa na culpabilidade e não na tipicidade.

No sentido do discorrido em seção anterior, o direito norte-americano ainda adota a dicotomia causalista de erro de fato e erro de direito. Nos crimes de intenção específica, o erro exclui o próprio estado mental do agente. Já nos crimes de intenção genérica, fala-se primeiro em racionalidade do erro para depois a verificação se ocorreu de fato.

A evitabilidade do erro é analisada antes de se ter certeza se o agente estava em conhecimento sob as circunstâncias do crime, em verdadeira presunção de conhecimento, automaticamente, do elemento cognitivo do dolo. Existe certa equivalência com a teoria limitada do dolo: pune-se o sujeito pelo que deveria saber, não pelo que de fato sabe.

Percebe-se pelo caráter das construções jurídicas da nação que a jurisprudência norte-americana criou a teoria da cegueira deliberada para presumir o conhecimento do agente e

impedir absolvições injustificadas. A cultura de Direito Penal dos Estados Unidos evoluiu de maneira diversa daquela observada nos países que adotam premissas do direito continental.

Constatou-se que as cortes estadunidenses, para impedir que réus escapassem de condenação, passaram a ampliar o conceito de conhecimento. Assim fizeram os juízes ao adotarem a abordagem de conhecimento de fato trazida pelo *Model Penal Code* do país. O conhecimento era automaticamente presumido se uma pessoa estivesse ciente da alta probabilidade da existência do fato.

Dessa maneira, a teoria é um tipo de imputação subjetiva na qual se atribui ao agente conhecimento de elementos do tipo por meio de presunção, tornando do possível o necessário atendimento ao tipo subjetivo e a condenação do réu. O judiciário substituiu o necessário conhecimento exigido pela lei, culpabilizando da mesma maneira quem pratica conduta criminosa sem consciência àquele que comete o ilícito com conhecimento verdadeiro.

Destarte, a situação de ignorância, na verdade, é analisada muito mais em seu viés de culpabilidade, em conclusão de que o grau de indiferença do agente ao bem jurídico protegido pela norma ao não investigar a situação suspeita, não é inferior daquele delinquente que comete o delito com dolo eventual, o qual mereceria, em termos preventivos, a mesma punição que este.

Percebe-se o resgate dos conceitos da teoria limitada do dolo, que permitia punir o agente inconsciente por sua ‘indiferença com o direito’, em conceito de Direito Penal do autor. Ignora-se, além disso, a evolução dogmática do delito como fato típico, antijurídico e culpável.

Nas situações de cegueira deliberada, não há representação de todos os elementos integradores do tipo penal, sendo que o não conhecimento esvazia o conteúdo típico. Por isso, não cumprido o requisito de preenchimento do tipo penal, não há de se analisar a culpabilidade do sujeito, que é normativa e desprovida de sentido psicológico, muito menos de analisar-se o seu ‘estado mental’ no momento da ação.

Dos excertos das decisões apresentadas no trabalho, percebe-se que a equiparação da teoria ao dolo eventual parte de pressuposto de política criminal, pois a pena do delito culposos é mais branda e em alguns casos, não há sequer previsão legal, como é o caso do crime de lavagem de capitais.

Com a utilização da figura da cegueira deliberada, a jurisprudência expande irresponsavelmente o conceito de dolo e abarca situações que regularmente não poderiam ser compreendidas, em esforço para fins de responsabilizar o agente. O dolo, que é consciência e vontade de produção de um resultado(dolo direto) ou consciência da produção de um resultado(dolo eventual), nesses novos moldes chegaria ao ponto de não exigir a consciência.

Como foi estudado, o Brasil possui apenas duas categorias de elemento subjetivo, o dolo e culpa, sem elemento intermediário. O movimento dos juízes de aplicação da teoria ultrapassa o princípio da legalidade por criarem novo elemento subjetivo sem amparo legal, em verdadeiro desrespeito à separação de poderes celebrada na Constituição Federal.

Não bastassem os equívocos, em que pese a ausência de forte de tendência na jurisprudência nacional, percebe-se que a aplicação do instituto com cada vez mais frequência, baseando-se em estudos rasos dos Tribunais Espanhóis e em afirmação ousada e equivocada nas decisões de que a questão encontra-se pacificada no direito nacional.

Além disso, nas decisões judiciais analisadas, verificou-se a preferência de condenação de condutas de lavagem de dinheiro na modalidade de dolo eventual com a aplicação da teoria da cegueira deliberada, presumindo o conhecimento do réu com base no conceito de alta probabilidade, não obstante o conjunto probatório dos autos ser suficiente para demonstrar o conhecimento do autor acerca dos fatos e o conseqüente dolo em sua conduta.

Cabendo ao julgador a comprovação inequívoca do dolo, o emprego da teoria muitas vezes ocorre de maneira desnecessária, sendo o ônus da prova substituído pelo apoio atrapalhado na doutrina estrangeira. Em verdade, a análise devida da prova do dolo acarretaria em devida condenação por dolo eventual, em respeito aos preceitos legais pois fundada na existência de uma tipicidade subjetiva.

Conclui-se, portanto, que o simples transplante realizado pelos julgados brasileiros não encontram compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. A equiparação de uma figura estrangeira com o instituto do dolo viola o sistema garantista penal, pautado pelo princípio da responsabilidade subjetiva.

Porém, entende-se que a adaptabilidade da teoria ao Brasil é possível, seja reinterpretando institutos nacionais compatíveis, como a lógica do dever de cuidado para a ignorância deliberada e o tratamento de direito administrativo para a cegueira deliberada, ou reconsiderando o sistema de imputação subjetiva baseado apenas na culpa e no dolo.

Melhor do que equiparar o dolo eventual à cegueira deliberada, seria a criação de nova modalidade de imputação subjetiva, com consequências jurídicas diferentes do dolo e da culpa. Com isso, a cegueira deliberada seria figura com previsão legal no Código Penal junto da culpa e do dolo, com patamares distintos de punição para cada categoria, o que evitaria o alargamento arbitrário do dolo e garantiria a proporcionalidade na aplicação da pena.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOTINNI, Cruz Pierpaolo. **A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470**. Revista Consultor Jurídico. 30 de julho de 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470#_ftn9_8778, Acesso em 19.11.2017.

BOTTINI, Cruz Pierpaolo. **O que é Compliance no âmbito do Direito Penal?** Revista Consultor Jurídico, 30 de abril de 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em 20.11.2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicação Original. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 23.11.2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em 22.11.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Brasília, 22 de abril de 2013. Disponível em ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso em 23.11.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n. 677. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo677.htm>. Acesso em 23.11.2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0000870-49.2008.404.7006, Porto Alegre, 28 de junho de 2012. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/38260896/trf-4-judicial-28-06-2012-pg-281>. Acesso em 22.11.2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 2003.70.00.056661-8. Porto Alegre, 28 de julho de 2010. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizardocumentogedpro.php?local=trf4&documento=3377851&hash=d9a2f17155668d aa8216cf53f9321c92>. Acesso em 23.11.2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal n. 5520-CE 2005.81.00.014586-0, 09 de setembro de 2008. Disponível em http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso em 11.11.17.

BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, Curitiba, 02 de fevereiro de 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-joao-santana-cegueira.pdf>, Acesso em 17.10.2017.

BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal do Paraná. Ação Penal n. 5047229-77.2014.4.04.7000, Curitiba, 06 de maio de 2015. Disponível em http://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/05/sentenca_dunel.pdf. Acesso em 23.11.2017.

BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 129/2017, p. 479 – 505, Mar/2017.

CALLEGARI, André Luis. A Cegueira Deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 133/2017, p. 17 – 35, Jul/2017.

CANÁRIO, Pedro. Justiça obriga juiz a escolher entre STF e magistério. **Conjur**. 25 de julho de 2012 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul-25/nomeado-assessor-stf-juiz-sergio-moro-briga-dar-aulas-ufpr>. Acesso em 22.11.2017.

CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira. **A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira**: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro de tipo no modelo finalista de ação. Curitiba, ICPC, 2015. Monografia de Conclusão de Curso de Pós-graduação em Direito Penal e Criminologia, Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015([www.https://www.academia.edu/15299373/A_ANACR%C3%94NICA_IMPORTA%C3%87%C3%83O_DA_DOCTRINA_DA_CEGUEIRA_DELIBERADA_PELA_JURISPRUD%C3%84NCIA_BRASILEIRA_INCOMPATIBILIDADE_L%C3%93GICA_ENTRE_A_TEORIA_NORTE-AMERICANA_CAUSALISTA_E_O_TRATAMENTO_DO_ERRO_DE_TIPO_NO_MODELO_FINALISTA_DE_A%C3%87%C3%83O](https://www.academia.edu/15299373/A_ANACR%C3%94NICA_IMPORTA%C3%87%C3%83O_DA_DOCTRINA_DA_CEGUEIRA_DELIBERADA_PELA_JURISPRUD%C3%84NCIA_BRASILEIRA_INCOMPATIBILIDADE_L%C3%93GICA_ENTRE_A_TEORIA_NORTE-AMERICANA_CAUSALISTA_E_O_TRATAMENTO_DO_ERRO_DE_TIPO_NO_MODELO_FINALISTA_DE_A%C3%87%C3%83O)).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª Ed. São Paulo, Atlas: 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Felinto Alves Martins. **Dolo eventual e culpa consciente: uma busca de critérios precisos de distinção**. 2013. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/24441/dolo-eventual-e-culpa-consciente-uma-busca-de-criterios-precisos-de-distincao>. Acesso em 22.11.2017.

GEHR, Amanda. **A aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro**. Curitiba, UFPR, 2012. Monografia de Conclusão no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2012([www.http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31107?show=full](http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31107?show=full))

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:Parte Geral**. 19 Ed. Niterói: Impetus, 2017.

HEFFERNAN, Margareth. **Willful Blindness: Why we ignore the obvious at our peril**. Walker Company, 2011.

HERMIDA, Julian. Convergence Of Civil Law And Common Law In The Criminal Theory Realm. In 13 **University of Miami International and Comparative Law Review**, 2007.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Aspectos da Reforma Penal**. Disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35102/aspectos%20da%20reforma%20penal.pdf?sequence=1>. Acesso em 15.11.2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROBBINS, Ira P. The ostrich Instruction. Deliberate Ignorance As a Criminal Mens Rea, 81 **j. Crim. Law & Criminology** 191, 220-22, 1990.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 122/2016, p. 255 – 280, Out/2016.

SYDOW, Spencer Toth. **A Teoria da Cegueira Deliberada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model Penal Code: Official Draft and Explanatory Notes**. Philadelphia(EUA), 1985. Disponível em <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>. Acesso em 23.11.2017.

VALLÈS, Ragues i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. **Discusiones XIII** n° 13, p. 11-38, 2013.