

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

CAMILA KA YUN CHO

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

São Paulo

2019

CAMILA KA YUN CHO

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie, como
parte das exigências para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcelo Luiz Barone

SÃO PAULO

2019

Cho, Camila Ka Yun Cho.

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO/ Camila Ka Yun Cho. – 2019.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

Bibliografia: f. 54-58.

1. Introdução – 2. Teoria Geral do Delito – 3. A Teoria da Cegueira Deliberada – 4. A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil – 5. Considerações Finais.

CAMILA KA YUN CHO

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado a
Universidade Presbiteriana Mackenzie, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

_____, ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. (Nome do orientador)
Afiliações

Prof. (Nome do professor avaliador)
Afiliações

Prof. (Nome do professor avaliador)
Afiliações

Dedico esse trabalho à minha família, amigos, namorado, professores, todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente na minha caminhada até aqui, que tiveram paciência comigo em momentos de tensão e esforço, dando apoio e amor.

Essa conquista é nossa!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus que me deu oportunidade, forças e coragem para conquistar mais uma etapa tão especial na minha vida.

Aos meus pais e irmão que sempre acreditaram em mim. Sou eternamente grata por me ensinarem a caminhar e assim poder seguir meus próprios passos. Pela educação que me deram e por sempre estarem ao meu lado, tanto nas alegrias como nos momentos difíceis.

Deixo aqui um agradecimento especial à minha avó que sempre foi o meu maior exemplo de luta e determinação nessa vida.

Agradeço ao meu namorado Stefan, que jamais me negou apoio, carinho e incentivo. Obrigada, amor, por ser a melhor pessoa desse mundo. Sem você do meu lado esse trabalho não seria possível.

Aos meus amigos, agradeço por todo amor, força, incentivo e apoio. Vocês foram fundamentais para minha formação, por isso merecem o meu eterno agradecimento.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo propor uma minuciosa análise sobre a Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, que tem o intuito de condenar o sujeito que ignora deliberadamente dados penalmente relevantes à sua conduta, ocasionando um resultado ilícito. Para tanto, é necessário analisarmos, brevemente, a teoria do delito, para compreendermos seus requisitos e elementos e, em seguida, analisarmos a possibilidade de sua aplicação no Brasil, uma vez que esta doutrina originou-se do sistema anglo-saxão (*Common Law*). Por fim, serão analisados alguns casos emblemáticos de lavagem de dinheiro que utilizaram da teoria para fundamentar condenações.

Palavras-chaves: teoria da cegueira deliberada; teoria do delito; dolo; dolo eventual; direito penal brasileiro; lavagem de dinheiro.

ABSTRACT

The current text of monograph aims to analyze the application of the theory of deliberate blindness in the Brazilian legal system, which is intended to condemn a person who intentionally fails to be informed about matters that would make the person criminally liable. Therefore, it needs to be examined very carefully the theory of crime, as well as their elements and legal requisites. Subsequently, we are going to analyze the possibility of this theory being applied in Brazil, as this doctrine originates from the Anglo-Saxon law (Common Law). Lastly, will be examined a few emblematic cases of money laundering who has used the willful blindness to based criminal convictions.

Keywords: theory of deliberate blindness; theory of crime; intention; eventual intention; brazilian criminal law; money laundering.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	10
2. TEORIA GERAL DO DELITO	12
2.1 CONCEITO DE CRIME	12
2.2 FATO TÍPICO E SEUS ELEMENTOS	12
2.2.1 Conduta	13
2.2.2 Resultado	16
2.2.3 Nexo Causal	17
2.2.4 Tipicidade	19
2.2.4.1 Tipicidade dolosa e culposa	21
2.3 ILICITUDE	27
2.4 CULPABILIDADE	30
3. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA	31
3.1 CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA	32
3.2 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO SISTEMA DO <i>COMMON LAW</i>	35
3.3 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ÂMBITO DO SISTEMA <i>CIVIL LAW</i>	38
4. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL	39
4.1 O APARECIMENTO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	40
4.2 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO	42
4.3 BREVE SÍNTESE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CASOS EMBLEMÁTICOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL	46
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1. INTRODUÇÃO

A teoria da cegueira deliberada, também conhecida como “Willful Blindness Doctrine” (Doutrina da cegueira intencional), “Conscious Avoidance Doctrine” (Doutrina do ato de ignorância consciente), “Ostrich Instructions” (Instruções de avestruz), e “Teoria das Instruções da Avestruz”, é uma teoria criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, com o objetivo de solucionar os casos em que, deliberadamente, o agente se coloca em uma situação de cegueira a fim de não tomar conhecimento da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, ou seja, aqueles que, sabendo da possível tipicidade de sua conduta, ignoram deliberadamente tal fato para obter vantagem ilícita.

Após a sentença do caso do furto do Banco Central em Fortaleza, a teoria da cegueira deliberada vem tomando grande espaço nas discussões jurídicas do Brasil. Tanto é que grandes casos como o “Mensalão” e a “Operação Lava-Jato” utilizaram-se também da referida teoria para embasar acusações e condenações de agentes que, diante de uma situação ilícita, teriam optado por desconhecer a existência de tal conduta criminal, agindo, portanto, de modo indiferente.

Como a teoria origina-se do direito anglo-saxão, grandes doutrinadores indagam sua aplicabilidade na dogmática romano-germânica. Isso porque, o agente que pratica uma conduta ilícita para obter alguma vantagem para si, tem sido responsabilizado por dolo eventual no momento em que sua vontade tem como objetivo a obtenção de um resultado ilícito, pois teria agido de má-fé.

Por essas e outras razões, é imprescindível o estudo dessa teoria e seu enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro, pois muitos acreditam que a teoria da cegueira deliberada pode se equiparada ao dolo eventual.

A presente monografia tem como objetivo examinar detalhadamente a aplicabilidade dessa teoria abordando, primeiramente, a teoria do delito, em especial, o conceito do fato típico e seus elementos: conduta, resultado, nexos causal e tipicidade.

Ato contínuo, estudaremos o conceito e espécies de dolo, matéria esta indispensável para o estudo da aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada no Brasil.

Em seguida, será analisada a origem e a evolução histórica da teoria nos Estados Unidos da América e, ainda, discorreremos atentamente os requisitos para a sua aplicação.

Outrossim, verificaremos a chegada dessa teoria no Brasil, estudando, posteriormente, a sua possível adequação com o nosso Código Penal, tendo em vista que o sistema adotado no Brasil difere do sistema adotado nos Estados Unidos da América. Para tanto, veremos casos emblemáticos na jurisprudência pátria que utilizaram-se da teoria da cegueira deliberada para denunciar e até condenar agentes que teriam agido com dolo eventual.

Por fim, refletiremos sobre a recepção da teoria da cegueira deliberada no Direito Penal Brasileiro.

2. A TEORIA GERAL DO DELITO

A Teoria do Crime é a parte da ciência do direito penal que se explica o conceito de crime em geral, isto é, quais as suas características essenciais. Com efeito, essa explicação ajuda a compreender essencialmente a averiguar a existência ou não do delito no caso concreto.

Portanto, neste primeiro capítulo, abordaremos o conceito de crime, analisando seus elementos, quais sejam: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade.

2.1 CONCEITO DE CRIME

O crime pode ser considerado como legal, formal, material e analítico. Sob o aspecto legal, entende-se o crime como uma infração penal punida com reclusão ou detenção, nos termos do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal¹. Ademais, muitos ainda definem o crime de modo formal, que é a mera violação da norma penal. Já sob o aspecto material, define-se o crime como o comportamento humano que ofende ou expõe a perigo bens jurídicos tutelados pela lei penal.

Todos esses conceitos estão corretos à luz do Direito Penal Brasileiro, no entanto, o predominante é o analítico, que contem uma estrutura mais racional e confiável, pois, segundo o professor Luiz Regis Prado (2014, p. 343), o crime é: "a ação ou a omissão típica, ilícita e culpável. Isso, vale dizer: uma ação adequada a um tipo de injusto, não justificada e censurável ao agente"².

Ante o exposto, para entendermos melhor a teoria do crime, veremos em seguida o fato típico e seus elementos, tendo em vista que o maior obstáculo para a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada advém da dificuldade de caracterizar os aspectos subjetivos da conduta do agente nos casos concretos.

2.2 FATO TÍPICO E SEUS ELEMENTOS

¹ "Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 343.

Conforme abordado anteriormente, o fato típico é a primeira matéria a ser estudada para definir se o ato do agente foi delituoso. Ao observar o ato praticado e compará-lo com o que está descrito na lei, essa descrição é chamada de tipo e a correspondência entre o fato e a descrição é chamada de subsunção, que é uma correspondência formal, objetiva. Ou seja, o fato típico é o comportamento humano previsto na norma como crime ou contravenção penal, estruturado por conduta, resultado, nexos causal e tipicidade. Na ausência de qualquer um desses elementos, o fato é considerado atípico.

2.2.1 Conduta

A conduta é o comportamento humano que gera um resultado, através de uma ação ou omissão do agente. Conforme leciona o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 286), a “ação e omissão, em sentido estrito, constituem as duas formas básicas do fato punível, cada uma com sua estrutura específica, distinta: a primeira viola uma proibição (crime comissivo), a segunda descumpra uma ordem (crime omissivo)”³. Desse modo, a ação tem como objetivo um resultado tipicamente ilícito, diferentemente da omissão, pois o agente, quando podia ou devia agir, abatece da conduta devida.

Para compreender melhor a conduta, é necessário analisar suas três principais teorias: (i) a teoria causal-naturalista; (ii) a teoria finalista e (iii) a teoria social.

A teoria causal-naturalista, também conhecida como teoria clássica, foi desenvolvida no final do século XIX pelo jurista alemão Franz Eduard Ritter Von Listz, que entendia que, para haver o tipo penal, o fato e a norma deveriam corresponder objetivamente. Isto é, o tipo penal era unicamente descritivo, pois, apenas tinha como função descrever a conduta a ser subsumida à norma penal. A culpa e o dolo, elementos subjetivos, estavam inseridos na culpabilidade do crime.

Outrossim, Von Liszt lecionava que:

a volição que caracteriza a manifestação de vontade e, por conseguinte, a ação significa, simplesmente, no sentido desta concepção, o impulso da

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 286.

vontade. Pode-se defini-la fisiologicamente como a *inervação*, e pode-se concebê-la psicologicamente como aquele fenômeno da consciência pelo qual estabelecemos as causas⁴ (apud BITENCOURT, 2015, p. 287)

Ou seja, a ação é, no mundo exterior, uma modificação causal oriunda de uma manifestação de vontade do agente.

Ademais, o maior defensor dessa teoria foi o professor Ernst Ludwig von Beling que dizia que, no fato típico, observaríamos os aspectos objetivos e, na culpabilidade, os aspectos subjetivos⁵ (apud BITENCOURT, 2015, p. 287).

Vale ressaltar que a teoria naturalista se baseava na visão do grande filósofo Immanuel Kant, que separava o mundo em fenomênico, que pertence aos fatos objetivos, e o numênico, que é o mundo espiritual, da vontade, do pensamento⁶ (CAPEZ, 2013, p. 107). Logo, pode-se concluir que a teoria naturalista ou causal era kantiana, pois acreditava que o fato típico encontrava-se no mundo fenomênico e a culpabilidade estava no mundo numênico – o mundo da vontade, da intenção.

Todavia, em 1915, o criminalista Edmund Mezger, influenciado pelo filósofo alemão Arthur Schopenhauer, levantou algumas críticas a respeito da teoria causal, pois dizia que o mundo fenomênico só existia em razão do mundo numênico. Logo, deu-se início a corrente neoclássica ou neokantista.

Segundo Mezger:

a teoria jurídico-penal da ação limita-se a perguntar o que foi causado pelo querer do agente, qual é o *efeito* produzido por dito querer. Todos os efeitos do querer do sujeito que atua são partes integrantes da ação. Para a teoria jurídico-penal da ação é irrelevante se estes efeitos são também conteúdo da consciência e do querer do agente, e até que ponto o são.⁷ (apud BITENCOURT, 2015, p. 288)

Outrossim, o artigo 18 do Código Penal Brasileiro⁸ diz que o dolo e a culpa estão na essência do crime, porém no artigo 20⁹ do mesmo dispositivo afirma que o

⁴ Ibidem. p. 287.

⁵ Ibidem.

⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral, v. 1*, 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 107.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 288.

⁸ Artigo 18 do Código Penal Brasileiro: “Diz-se o crime:

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

erro sobre elementos do tipo exclui o dolo. Dessa maneira, é possível concluir que o dolo não está na culpabilidade, pois é preciso que seja feita uma interpretação da norma para saber se o elemento está no tipo, não sendo o suficiente apenas observar e comparar. Esses são elementos normativos. O tipo penal, portanto, possui, além dos elementos objetivos, os elementos subjetivos e normativos.

Dessa maneira, a partir da visão de Schopenhauer, da união do mundo numênico com o mundo fenomênico, a teoria naturalista sofreu duras críticas, abrindo campo para uma nova teoria frontalmente contrária.

O professor Hans Welzel, levando em consideração a teoria neokantista, desenvolveu a teoria finalista, afirmando que o dolo e a culpa estavam presentes no fato típico e não na culpabilidade do crime. Nessa teoria, a estrutura do crime consistia: no fato típico, formado pela subsunção formal e pelo o dolo ou culpa; na antijuridicidade, salvo causas excludentes de ilicitude; e na culpabilidade, que seria a imputabilidade e a consciência da ilicitude do ato.

De acordo com Welzel (apud BITENCOURT, 2015, p. 289), a “ação é, portanto, um acontecer *‘final’* e não puramente *‘causal’*. A *‘finalidade’* ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a ser saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta”¹⁰. Deste modo, o dolo e a culpa, deixam de integrar a culpabilidade e passam a constituir a própria tipicidade.

Do mesmo modo, a vontade do agente é a principal condição para a configuração do resultado. Nesse mesmo sentido, é possível afirmar que a “ação é o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim. A ação compõe-se de um comportamento exterior, de conteúdo psicológico, que é a vontade dirigida a um fim, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido”¹¹ (BITENCOURT, 2015, p. 289).

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.”

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 18, I e II.

⁹ Artigo 20: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.” BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 20.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 289.

¹¹ Ibidem.

Assim sendo, a conduta é um comportamento humano consciente e, portanto, voluntário, dirigido a um determinado resultado/fim. Para a doutrina pátria, esse foi o modelo adotado pelo Código Penal Brasileiro.

Ocorre que, ainda na década de 1930, foi criada mais uma teoria, fundada por Eberplard Schmidt e desenvolvida por Jescheck e Wessels, denominada como teoria social. Nesse caso, o que importa é a relevância social que a conduta possui. Ou seja, a ação era definida como “a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana”¹² (apud BITENCOURT, 2015, p. 290). Entretanto, essa teoria não prosperou, pois a relevância social poderia ser uma característica da conduta e não um elemento estruturante.

2.2.2 Resultado

Outro elemento do fato típico é o resultado, que é considerado como a consequência da manifestação da vontade do agente. A respeito, lecionam os professores Junqueira e Vanzolini:

O que se entende por resultado é o efeito da conduta (na verdade, alguns efeitos determinados, e não quaisquer efeitos), provocado por ela, mas dela destacado lógica e cronologicamente. Em outras palavras, o resultado não faz parte da conduta, mas, sendo produzido por ela, poderá integrar a descrição típica quando o legislador reconhecer a sua relevância jurídico penal¹³ (JUNQUEIRA e VANZOLINI, 2014, p. 217-218)

Referido elemento do fato típico possui duas teorias. A primeira é a teoria naturalística, que, segundo Bitencourt, o resultado se trata de uma modificação no mundo exterior¹⁴ (BITENCOURT, 2015, p. 354). Nessa concepção, somente nos crimes considerados materiais se exige um resultado naturalístico, diferentemente dos crimes formais e de mera conduta. Isso porque o resultado nos crimes formais é irrelevante para o Direito Penal, uma vez que a consumação do delito se deu antes e

¹² Ibidem. p. 290.

¹³ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 217-218.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral* 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 354.

independeu-se da produção do resultado naturalístico. Em relação aos crimes de mera conduta, não há a produção do resultado.

Outrossim, nos crimes materiais, a ação sempre modificará algo e, conseqüentemente, produzirá um resultado determinado. Logo, é possível verificar que o resultado é um elemento indispensável do fato típico, de modo que, se ausente, o crime não será considerado como consumado¹⁵ (BITENCOURT, 2015, p. 354).

A segunda teoria é a normativa ou jurídica, no qual o resultado consiste na ofensa ou lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma penal. Dessa forma, podemos concluir que apesar de todos os crimes possuírem resultado jurídico, nem todos serão resultados naturalísticos.

2.2.3 Nexo Causal

Para que ocorra resultado típico, é indispensável a existência de uma relação de causalidade entre a ação do agente com o resultado naturalístico. Logo, o nexos causal é “a ligação entre a conduta praticada pelo agente e o resultado obtido, é saber se o resultado foi obtido por consequência da conduta praticada ou não”¹⁶ (CAPEZ, 2012, p. 178).

Insta ainda salientar o artigo 13 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.¹⁷

Dessa maneira, o Código Penal, ainda sobre influência do século XIX, adotou a teoria da equivalência dos antecedentes ou também conhecido como *conditio sine qua non*, que entende como causa a ação ou omissão que, na ausência destes, não teria o resultado naturalístico. Ou seja, tudo o que contribuiu para o resultado em

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral. v. 1*, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 13.

qualquer maneira, considera-se causa¹⁸ (BINTENCOURT, 2015, p. 317-318). Aplica-se, então, o critério sugerido por Thyrén, que é o critério da eliminação hipotética.

Nesse mesmo sentido, explica o doutrinador Rogério Sanches Cunha:

Idealizado pelo sueco Thyrén, em 1894, este método é empregado no campo mental da suposição ou da cogitação: causa é todo fato que, suprimido mentalmente, o resultado não teria ocorrido como ocorreu ou no momento em que ocorreu.¹⁹ (SANCHES, 2016, p. 232)

Sendo assim, para saber se uma conduta foi causa de um resultado, basta retirar a conduta e, se isso fizer com que o resultado também desapareça, é porque aquela conduta também foi causa do resultado.

Com efeito, para essa teoria o nexo de causalidade decorre da mera constatação física, ditada pela lei física, de causa e efeito. Em outras palavras, é uma lei que, por adotar critérios físicos e não normativos de valoração próprias do direito, pode levar a excessos. Por essa razão, foram criados alguns limites à sua atuação.

No próprio artigo 13 exposto acima, o legislador inseriu em seu parágrafo 1º o seguinte dispositivo:

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.²⁰

Dessa maneira, a causa superveniente (causa que ocorre depois), quando for relativamente independente, rompe o nexo causal e, portanto, o autor daquela causa original não responde pelo resultado. Logo, uma causa relativamente independente é aquela que só existe porque a conduta anterior foi praticada, mas depois que ela existiu, produz por si só o resultado.

Sendo assim, ela é independente pelo fato de ter produzido o resultado sozinha, é um desdobramento imprevisível/inusitado.

¹⁸ BINTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 317-318.

¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodvm, 2016. p. 232.

²⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 13, §1º.

Ademais, outro critério utilizado foi a criação de mais um filtro baseado no dolo. Ou seja, só será causa a conduta indispensável ao resultado e que, ainda, for motivada pelo agente.

Nesse mesmo sentido, leciona Bitencourt: “Toda conduta que não for orientada por dolo ou pela culpa estará na seara do acidental, do fortuito ou da força maior, não podendo configurar como crime, situando-se fora, portanto, do alcance do Direito Penal material”²¹ (BITENCOURT, 2015, p. 319).

Por fim, foi criado critérios objetivos para a imputação de um resultado a alguém²² (ROXIN, 1997, p. 362), essa teoria ficou conhecida como teoria da imputação objetiva. Assim, afirma Bitencourt:

o resultado de uma conduta humana somente pode ser objetivamente imputado a seu autor quando tenha criado a um bem jurídico uma situação de risco juridicamente proibido (não permitido) e tal risco se tenha concretizado em um resultado típico²³ (BITENCOURT, 2015, p. 328)

Para Roxin (1997, p. 365-387), essa teoria possui três critérios: (i) a criação de um risco jurídico-penal relevante, não coberto pelo risco permitido; (ii) a realização desse risco no resultado; e (iii) que o resultado produzido entre no âmbito de proteção da normal penal²⁴.

Em outras palavras, a teoria da imputação objetiva só ocorreria se o agente desse causa ao fato e, ainda, houvesse uma causalidade normativa, gerando para o bem jurídico um risco proibido no qual se pretendia tutelar.

Sendo assim, referida teoria tem natureza complementar, pois analisa a consequência dos atos e propõe critérios normativos limitadores da causalidade física do agente²⁵ (QUEIROZ, 2000, p. 03).

2.2.4 Tipicidade

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 319.

²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal; Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. T.I. p. 362.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 328.

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal; Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. T.I. p. 365-387.

²⁵ QUEIROZ, Paulo. *Crítica à teoria da imputação objetiva*, Boletim do ICP, n. 11, dez. 2000, p. 03.

Por fim, a tipicidade penal, assim como os demais elementos elencados acima, também originou-se da teoria do tipo como característica essencial do crime. Segundo Bitencourt (2015, p. 344-345), “o tipo, como conjunto dos elementos do injusto característicos de uma determinada classe de delito, compreende a descrição dos elementos que identificam a conduta proibida pela norma”²⁶.

Nessa mesma esteira, ressalta Roxin que “o fato típico é composto pela conduta do agente, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; pelo resultado; bem como pelo nexo de causalidade entre aquela e este”²⁷. No entanto, é preciso que a conduta se molde com previsão expressa na lei, que é o chamado tipo penal e, assim, surge a tipicidade formal ou legal²⁸ (GRECO, 2014, p. 164).

O tipo penal, portanto, descreve uma conduta ilícita (ação ou omissão), ou seja, não permitida por lei. Assim, quando o agente pratica o ato considerado como delituoso, ocorre a tipicidade, também conhecida como adequação típica.

Sobre a tipicidade, leciona Damásio de Jesus (1988, p. 228): “Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”²⁹.

A adequação típica é formada pela tipicidade objetiva e subjetiva. Em relação a primeira, esta é composta por: tipicidade formal e material. A formal trata da mera subsunção do fato sob a norma penal. Portanto, se houver correspondência entre a conduta praticada pelo agente com aquela prevista na norma penal, o fato será considerado típico. Ou seja, haverá adequação típica.

Nesse sentido, os professores Junqueira e Vanzolini (2018, p. 296) afirmam que “A tipicidade, por tanto, de acordo com sua concepção formal, sempre foi vista como mera correspondência entre uma conduta da vida real e o tipo penal de crime, constante na lei penal”³⁰.

Já a tipicidade material é quando há uma ofensa (lesão ou exposição a risco) significativa ao bem jurídico tutelado. Assim, não haverá tipicidade material quando a conduta, apesar de ser formalmente típica, não for capaz de afetar

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 344-345.

²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal; Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. T.I.

²⁸ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 16 ed. v. 1. Niterói: Impetus, 2014. p. 164.

²⁹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 1988. p. 228.

³⁰ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 296.

significativamente o bem jurídico protegido pela norma³¹ (SALIM; AZEVEDO, 2019, p. 264).

Em relação à tipicidade subjetiva, esta abrange o dolo, que será minuciosamente analisado a seguir.

2.2.4.1 Tipicidade dolosa e culposa

Conforme exposto anteriormente e, ainda, levando em consideração a teoria finalista concebida por Welzel, os elementos subjetivos do crime – dolo e a culpa – deixaram de constituir a culpabilidade e passaram a integrar a tipicidade. O modelo dessa teoria é adotado pelo nosso Código Penal.

Outrossim, a tipicidade subjetiva é composta de um elemento geral – dolo – que, quando exigido, é acompanhado por um elemento subjetivo especial – dolo específico.

Segundo Bitencourt:

*Os elementos subjetivos que compõem a estrutura do tipo penal assumem transcendental importância na definição da conduta típica, pois é através do *animus agendi* que se consegue identificar e qualificar a *atividade comportamental* do agente. Somente conhecendo e identificando a intenção – vontade e consciência – do agente poder-se-á classificar um comportamento como típico, especialmente quando a figura típica exige, também, um especial fim de agir, que constitui o conhecido *elemento subjetivo especial do tipo*, que, para a corrente tradicional, denominava-se *dolo específico*³² (BITENCOURT, 2015, p. 355)*

Dessa maneira, o dolo é conceituado como a consciência e a vontade do agente em realizar a conduta descrita no tipo penal (BITENCOURT, 2015, p. 355). Nesse mesmo entendimento, GRECO define o dolo como “a vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”³³ (GRECO, 2006, p. 193).

³¹ SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. *Sinopses para Concursos. v.1; Direito Penal – Parte Geral*, 9ª ed. São Paulo, Jus Podivm, 2019. p. 264.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 355.

³³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral. v. I*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 193.

Ademais, é fundamental a existência do dolo no exato momento da ação, não podendo ocorrer antes ou depois, caso contrário seria considerado como dolo antecedente ou subsequente, o que é vedado no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o ato delituoso deve influenciar no resultado, em razão do Princípio da Potencialidade Lesiva. Ora, se o agente atuar com vontade lesiva ao bem jurídico tutelado, porém sua ação ocorrer de uma forma que jamais conseguiria obter êxito ao bem jurídico, esse ato seria considerado como um crime impossível, previsto no artigo 17 do Código Penal³⁴.

Também, conforme leciona Bitencourt, o dolo natural se compõe de dois elementos: o cognitivo e o volitivo. Sobre o primeiro elemento, trata-se da consciência do agente em relação a aquilo que se pretende praticar. Em suas exatas palavras, a consciência – previsão ou representação – abrange:

[...] a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexos causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto (*tipo qualificado ou privilegiado*) e dos elementos acidentais do tipo objetivo³⁵ (PRADO e BITENCOURT, 1995, apud BITENCOURT, 2015, p. 359)

O elemento volitivo, diferentemente do cognitivo, compreende necessariamente a conduta, seja uma ação ou omissão, o resultado e o nexos de causalidade, por se tratar da vontade do agente em praticar um ato que gera o tipo penal, com o objetivo de acarretar um resultado lesivo ao bem jurídico tutelado por terceiro.

Dessa forma, conclui Bitencourt que o dolo “completa-se com a vontade e a consciência da ação, do resultado tipificado como injusto e da relação de causalidade, sem qualquer outro elemento constitutivo”³⁶ (BITENCOURT, 2015, p. 360).

³⁴ Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 17.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 359.

³⁶ *Ibidem*. p. 360.

Assim, o inciso I do artigo 18 do Código Penal estabelece o crime doloso:

Art. 18 - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;³⁷

Referido dispositivo, adota, na primeira parte, a teoria da vontade, em relação ao dolo direto, e já na segunda parte, adota a teoria do assentimento, para os casos de dolo eventual.

Na teoria da vontade, configura como dolo direto a mera vontade livre e consciente de querer o resultado. Ou seja, o agente, no intuito de obter um resultado lesivo ao bem jurídico tutelado, quer que a conduta descrita no tipo penal se realize. Nesse contexto, Nucci (2010, p. 205) define o dolo direto como: “a vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto”³⁸.

Portanto, o objeto do dolo direto é a soma “[d]o *fim proposto*, os *meios escolhidos* e os *efeitos colaterais* representados como necessários à realização do fim pretendido”³⁹ (BITENCOURT, 2015, p. 360).

A respeito, explica Juarez Cirino dos Santos que

o fim proposto e os meios escolhidos (porque necessários ou adequados à realização da finalidade) são abrangidos, *imediatamente*, pela vontade consciente do agente: essa *imediata* os situa como objetos do *dolo direto*⁴⁰ (1985, apud BITENCOURT, 2015, p. 360-361)

Logo, o dolo direto é formado por três aspectos: (i) a representação do resultado, (ii) o querer da ação, do resultado e dos meios escolhidos para o seu êxito; e (iii) a anuência das consequências certas, possíveis ou necessárias do resultado diante dos meios escolhidos⁴¹ (BITENCOURT, 2015, p. 360). Em outras palavras, é necessário que o agente saiba dos meios necessários para a

³⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 18, I.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 205.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 360.

⁴⁰ Ibidem. p. 360-361.

⁴¹ Ibidem.

consumação do injusto penal, em razão de sua ação ou omissão, bem como tenha consciência das consequências do resultado. Ademais, imprescindível o agente querer que o resultado ocorra e, também, querer que seus meios alcancem esse determinado resultado lesivo.

Já na teoria do assentimento, o dolo eventual se configura quando o agente, mesmo prevendo o resultado lesivo, assume o risco de produzi-lo, mesmo não o querendo. Assim conceitua Nucci (2010, p. 205): “a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro”⁴².

Segundo o professor Damásio de Jesus:

Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que se produza.⁴³ (DAMÁSIO DE JESUS, 1991, p. 50).

Frise-se a fórmula de Frank: “Seja como for, dê no que der, em qualquer caso, não deixo de agir”⁴⁴ (1931, apud HOLANDA, 2004).

Dessa maneira, o agente, mesmo sabendo da possibilidade ou da probabilidade de ocorrer o resultado lesivo, pratica o ato, assumindo o risco de produzi-lo, mesmo não o desejando.

De acordo com Néelson Hungria, “*assumir o risco* é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer”⁴⁵ (1949, apud BITENCOURT, 2015, p. 362). Logo, para a configuração do dolo eventual, basta o sujeito ter ciência e anuência da possibilidade que seu ato resulte na lesão ao bem jurídico.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 205.

⁴³ JESUS, Damásio de. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 50.

⁴⁴ HOLANDA, Cornélio José. *O dolo eventual nos crimes de trânsito*, mai. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5263/o-dolo-eventual-nos-crimes-de-transito/1>>. Acesso em: 22 mar. 2019

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 362.

Explica, ainda, Bitencourt (2015, p. 363) que a anuência ao resultado significa aceitar o risco como provável, sendo-lhe indiferente⁴⁶. É, portanto, uma forma de querê-lo. Por essa razão, o dolo eventual e o dolo direto, pelo nosso Código Penal, possuem a mesma validade.

Pois bem. Outro elemento subjetivo do crime é a culpa, previsto no inciso II, do artigo 18, do Código Penal:

Art. 18 - Diz-se o crime:

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.⁴⁷

Assim, Bitencourt (2015, p. 371) define o crime culposo como “a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível”⁴⁸.

Destarte, para se configurar a culpa é necessário que o agente tenha agido ou omitido de forma que, por falta de cuidados, desatenção ou desleixo, pratica por imprudência, imperícia ou negligência, resultado danoso sem a intenção de produzi-lo, embora tenha sido previsível.

O Professor Bitencourt brevemente conceitua as modalidades da culpa:

Imprudência é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. É a imprevisão ativa (culpa *in faciendo* ou *in committendo*). Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação do agente. [...]

Negligência é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação (culpa *in ommittendo*). É não fazer o que deveria ser feito antes da ação descuidada. [...]

Imperícia é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício da arte, profissão ou ofício⁴⁹ (BITENCOURT, 2015, p. 380-381)

⁴⁶ Ibidem. p. 363.

⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 18, II.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 371.

⁴⁹ Ibidem. p. 380-381.

Ademais, existem duas espécies de culpa: a consciente e a inconsciente. Na culpa consciente o sujeito representa a possibilidade de ocorrer o resultado, porém assume o risco de produzi-lo, pois acredita que o resultado não ocorrerá.

Nesse sentido, Greco define a culpa consciente como:

“aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta acreditando, sinceramente, que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia na sua não-ocorrência”⁵⁰ (2006, p. 218)

Já a culpa inconsciente ocorre quando o agente não prevê o resultado previsível. Ou seja, mesmo existindo a possibilidade de previsibilidade do resultado lesivo, o agente age sem saber que sua conduta pode ser danosa, agindo, assim, com desatenção. Por sua vez, leciona Damásio de Jesus (1991, p. 53): “o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível. É a culpa comum, que se manifesta na imprudência, negligência ou imperícia”⁵¹.

Importante ressaltar que, apesar da culpa consciente ser diferente da inconsciente, o Código Penal não os diferencia, sendo, portanto, relevante apenas na dosimetria da pena.

É necessário, ainda, diferenciarmos o dolo eventual da culpa consciente, em razão da linha tênue existente entre eles. Conforme exposto, em ambos os casos há a previsibilidade combinada com a representação (ou previsão) do resultado. Logo, a diferença está na aceitação da produção do resultado lesivo ao bem tutelado.

Para se concretizar o dolo eventual, é necessário que o agente reconheça o risco do resultado e abstenha de impedi-lo, bem como é imprescindível que o agente, ao tomar ciência do risco, haja indiferente com resultado lesivo em relação ao bem jurídico tutelado.

Por outro lado, na culpa consciente o agente pratica uma ação ou omissão, sabendo que sua conduta pode gerar um resultado lesivo, entretanto, acredita que a lesão não ocorrerá. Ou seja, o resultado lesivo nesse caso não é querido pelo sujeito.

⁵⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral. v. I.* 6. ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 218.

⁵¹ JESUS, Damásio de. *Código Penal Comentado.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 53.

Sendo assim, a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente se dá quando o agente, ao prever o resultado lesivo, acredita que este não irá ocorrer ou lhe é indiferente.

Nesse sentido, leciona Bitencourt:

[...] no *dolo eventual* o agente anui ao advento desse resultado, *assumindo o risco* de produzi-lo, em vez de renunciar a ação, na *culpa consciente*, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, e, na esperança convicta de que este não ocorrerá, avalia mal e age. Naquele, consente, admite a ocorrência do resultado, aceitando-o, embora não o queira; nesta, ao inverso, não aceita o resultado, repele-o, mas age por leviandade, por ter feito avaliação equivocada⁵² (BITENCOURT, 2015, p. 385)

Frise-se que, caso haja dúvida entre o dolo eventual e a culpa consciente deve-se aplicar a menos gravosa, qual seja a culpa consciente, em razão do princípio *in dubio pro reo*.

2.3 ILICITUDE

A respeito da ilicitude, também conhecida como antijuridicidade, Greco a conceitua como “aquela relação de antagonismo, de contrariedade, entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico”⁵³ (GRECO, 2014, p. 315).

Destarte, todo fato típico, a princípio, possui um caráter indiciatório de ilicitude, portanto, é preciso analisar as hipóteses excepcionais que o fato típico não será ilícito. Ou seja, é necessário verificar se há alguma causa que exclui a antijuridicidade – legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade e exercício regular de direito, todos elencados no artigo 23 do Código Penal⁵⁴.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 385.

⁵³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 16 ed. v. 1. Niterói: Impetus, 2014. p. 315.

⁵⁴ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 23.

O estado de necessidade está expresso no artigo 24 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.⁵⁵

Conforme leciona Bitencourt, “o estado de necessidade pode ser caracterizado pela *colisão de bens jurídicos* de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso”⁵⁶ (BITENCOURT, 2015, p. 409).

Sendo assim, para restar configurado um fato como estado de necessidade é necessário que haja: situação de perigo não causada voluntariamente pelo sujeito e que ameace direito próprio ou alheio; inexistência de dever legal de enfrentar o perigo; inevitabilidade da prática do fato lesivo; e proporcionalidade.

Em seguida, o artigo 25 do mesmo dispositivo trata da legítima defesa, *in verbis*:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.⁵⁷

Nesse contexto, Nucci a conceitua como uma “defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de

⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 24, §1º e §2º.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 409.

⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 25.

terceiro, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários” ⁵⁸ (NUCCI, 2005, p. 222).

Outrossim, a legítima defesa exige a presença de: uma agressão injusta, atual ou iminente; a defesa de um direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente para a repulsa; e o *animus defendendi*⁵⁹ (BITENCOURT, 2015, p. 424). Na falta de um desses requisitos, a legítima defesa não se configurará.

Por fim, no inciso III, do mesmo artigo 23 do Código Penal, estabelece as últimas causas de exclusão da ilicitude, quais sejam: o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. No primeiro caso, segundo Bitencourt, “Ocorrem situações em que a lei impõe determinada conduta e, em face da qual, embora típica, não será ilícita, ainda que cause lesão a um bem juridicamente tutelado” ⁶⁰ (BITENCOURT, 2015, p. 430).

O estrito cumprimento de dever legal abrange funcionários públicos que de alguma forma interferem na vida privada das pessoas, porém, o cumprimento deve se dar nos exatos termos da lei, não havendo excessos.

Ademais, Bitencourt ainda leciona que:

No entanto, dois requisitos devem ser estritamente observados para configurar a excludente: a) estrito cumprimento – somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido; b) dever legal – é indispensável que o dever seja legal, isto é, decorra da lei, não o caracterizando obrigações de natureza social, moral ou religiosa⁶¹ (BITENCOURT, 2015, p. 430-431).

Já no caso do exercício regular de direito, importante ressaltar o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ora, se o sujeito agir em conformidade de um direito seu, este não cometerá nenhum crime.

Assim exemplifica Cunha:

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial* – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 222.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 424.

⁶⁰ Ibidem. p. 430.

⁶¹ Ibidem. p. 430-431.

Age no exercício regular de direito o possuidor de boa-fé que retém coisa alheia para ressarcir-se das benfeitorias necessárias e úteis não pagas (art. 1219 do Código Civil), bem como os pais que castigam (moderadamente) os filhos como meio de dirigir-lhes a criação e educação (art. 1634, I, do Código Civil). São requisitos desta justificante: a proporcionalidade, a indispensabilidade e o conhecimento do agente de que atua concretizando seu direito previsto em lei.⁶² (CUNHA, 2016, p. 272)

Sendo assim, conforme explica Greco (2010, p. 29), não há fato típico se a conduta praticada “for permitida pelo ordenamento jurídico. É como se houvesse uma fusão entre o fato típico e a antijuridicidade, de modo que, se afastássemos a ilicitude, estaríamos eliminando o próprio fato típico”⁶³.

2.4 CULPABILIDADE

Superado o fato típico e a antijuridicidade, passaremos a analisar a culpabilidade do crime. Por sua vez, Capez a define como “a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal”⁶⁴ (2013, p. 324). Em outros termos, a culpabilidade é o juízo de reprovação que incide sobre o agente que pratica um fato típico e ilícito.

Segundo Bitencourt, a culpabilidade possui três requisitos:

Em primeiro lugar, a culpabilidade – como *fundamento* da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – *capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta* conforme a norma – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade.⁶⁵ (BITENCOURT, 2015, p. 437)

A capacidade de culpabilidade é, de acordo com Capez (2013, p. 332), “a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com

⁶² CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. Rev. Ampl. Atualizada. Salvador: JusPodvm, 2016. p. 272.

⁶³ GRECO, Rogério. *Código penal: comentado*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 29.

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral, v. 1*, 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 324.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 437.

esse entendimento”⁶⁶. Não obstante, acrescenta o autor, “além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade”. Ou seja, o agente deve ser capaz de entender o caráter ilícito do fato praticado e de se autodeterminar conforme esse entendimento.

Já a consciência da ilicitude, consiste no fato de o agente ter a possibilidade de saber do caráter ilícito de sua ação ou omissão (CAPEZ, 2013). Portanto, para que haja o juízo de reprovabilidade é imprescindível que o agente tenha consciência da ilicitude do fato, ou que, tenha ao menos a possibilidade de sabê-la.

Dessa mesma forma, entende Bitencourt que “para que uma ação contrária ao Direito possa ser reprovada ao autor, será necessário que conheça ou possa conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude”⁶⁷ (BITENCOURT, 2015, p. 457).

Por último, a exigibilidade de conduta, trata-se, conforme Capez (2013, p. 354), “que só podem ser punidas as condutas que poderiam ser evitadas”⁶⁸. Logo, para que o comportamento do agente seja considerado reprovável, além dos elementos já citados acima, deve-se verificar se o agente poderia ter praticado a conduta em situação de normalidade, conforme o ordenamento jurídico.

Nesse mesmo contexto, afirmava Welzel:

Não se trata aqui da capacidade geral de decisão conforme o sentido, por conseguinte, da imputabilidade, que existe independentemente da situação dada, mas de possibilidade concreta do autor, capaz de culpabilidade, de poder adotar sua decisão de acordo com o conhecimento do injusto⁶⁹ (1964, apud BITENCOURT, 2015, p. 459)

Feita essas considerações, passa-se agora a analisar a origem da teoria da cegueira deliberada.

3. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

⁶⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, v. 1, 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 332.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 457.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, v. 1, 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 354.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 459.

Neste capítulo, iremos tratar sobre a teoria da cegueira deliberada, seu conceito, origem histórica, bem como sua evolução no ordenamento jurídico, para então analisarmos a recepção dessa teoria no Brasil.

3.1 CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA

Segundo o professor Vinícius Arouck (2017), a concepção de cegueira deliberada surgiu na corte inglesa, em 1861, no caso *Regina vs. Sleep*, no qual o júri condenou o réu por estar em posse de produtos navais que detinham símbolo que deixava nítido ser de propriedade do governo. Segundo entendimento do júri, o Sr. Sleep não tinha conhecimento do referido símbolo, no entanto detinha “razoáveis meios” de obter tal conhecimento. Apesar da decisão de primeiro grau ter sido reformada, tal julgamento levou outras sentenças a adotar a mesma teoria e, no século XIX, a corte inglesa já se encontrava pacífica sobre a equiparação da cegueira deliberada com o conhecimento⁷⁰.

Em razão disso, a Teoria da Cegueira Deliberada, também conhecida como “Willful Blindness Doctrine” (doutrina da cegueira intencional), “Ostrich Instructions” (instruções de avestruz), “Conscious Avoidance Doctrine” (doutrina do ato de ignorância consciente), “Teoria das Instruções da Avestruz”, entre outros, surgiu na Suprema Corte dos Estados Unidos no século XIX, com objetivo de punir aqueles que cientes, realizam, deliberadamente, conduta para se manter na ignorância, isto é, para não conhecerem seu envolvimento no esquema ilícito em que haviam tomado parte.

De acordo com Callegari e Weber, a teoria da cegueira deliberada:

[...] propõe a equiparação, atribuindo os mesmos efeitos da responsabilidade subjetiva, dos casos em que há o efetivo conhecimento dos elementos objetivos que configuram o tipo e aqueles em que há o “desconhecimento intencional ou construído” de tais elementares. Extrai-se tal conclusão da culpabilidade, que não pode ser em menor grau quando

⁷⁰ Segundo EDWARDS, J. LI. J. (1954) *Criminal Degrees of Knowledge*. *The Modern Law Review*, esta equiparação partia da ideia de que “quem fecha os olhos perante meios óbvios de conhecimento possui a mesma *mens rea* requerida com base nos termos como ‘permitindo’, ‘tolerando’ e ‘sabendo’”.

referente àquele que, podendo e devendo conhecer, opta pela ignorância. (CALLEGARI; WEBER, 2014, p. 92)⁷¹

Sendo assim, para a configuração dessa teoria de origem anglo-saxônica, é preciso que o sujeito tenha conhecimento e consciência da elevada possibilidade de que o fato ou o bem seja oriundo de ilicitude e que, ainda, o sujeito tenha optado por agir de modo indiferente a esse fato.

Nesse mesmo sentido, Abramowitz e Bohrer (2007, p. 05) afirmam que para a aplicação da cegueira deliberada “é necessário que o agente tenha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, direitos ou valores sejam provenientes de crimes e que o agente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento”⁷².

Assim, leciona o professor Williams:

O tribunal pode identificar com propriedade a cegueira deliberada somente quando possa ser dito que o acusado realmente sabia. Ele suspeitou do fato; visualizou a probabilidade; mas ele absteve-se de obter a confirmação final porque buscava, na ocasião, poder negar ter o conhecimento. Isso, e apenas isso, é cegueira deliberada. (WILLIAMS, 1990, apud ROBBINS, 1990, tradução nossa)⁷³

Com efeito, a cegueira voluntária é um termo usado no ordenamento jurídico em ocasiões em que o agente tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, e conseqüentemente toma medidas deliberadamente voltadas a evitar esse seu conhecimento para auferir vantagem.

Dessa forma, a teoria equipara o agente a um avestruz, tendo em vista que o sujeito comporta-se como um, pois, em uma situação de perigo, enterra sua cabeça

⁷¹ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://rateiogratis.com.br/wp-content/uploads/wpforo/attachments/3979/37-Lavagem-de-Dinheiro-Andr-Calegari-2015.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019. p. 92.

⁷² ABRAMOWITZ, Elkan Abramowitz & BOHRER, Barry A. *Conscious Avoidance: A Substitute for Actual Knowledge?* New York Law Journal. Disponível em: <http://www.maglaw.com/publications/data/00130/_res/id=sa_File1/07005070001Morvillo.pdf>. Acesso em: 30 de mar. de 2019. p. 05.

⁷³ “A court can properly find willful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realized its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is willfull blindness”. ROBBINS, Ira P., *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea* (1990). 81 *Journal of Criminal Law and Criminology* 191 (1990). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2784406>. Acesso em: 23 abr. 2019.

no solo para desconhecer a natureza ou extensão da circunstância ou fato ilícito exercido. Para Ragués i Vallès o avestruz seria um:

[...] débil moral que nega a si mesmo o fato de que enfrenta um dilema de natureza também moral, no qual sua atitude parece menos grave que a atuação com conhecimentos certos sobre os dados relevantes de sua própria conduta. (VALLÈS, 2007, p. 32, tradução nossa)⁷⁴

Ademais, Vallès (apud CALLEGARI; WEBER, 2014, p. 95) acredita que, para a devida aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, é necessária a existência de três requisitos⁷⁵. O primeiro trata sobre a suspeita justificada do agente sobre a concorrência de sua conduta à atividade. Isto é, o agente, voluntariamente, cria obstáculos e barreiras para dificultar o conhecimento do ilícito.

O segundo requisito diz respeito à informação que é facilmente acessível ao agente, no entanto, deliberadamente, o sujeito ignorou ter conhecimento. Ou seja, o agente tinha fácil condição de obter a informação, porém optou por desconhecê-la.

Por fim, o último requisito refere-se a intenção/querer do agente em se manter deliberadamente em um estado de ignorância, “cegando-se” para as informações disponíveis e acessíveis, a fim de se proteger de uma eventual descoberta da ilicitude. Esse requisito deve ser analisado minuciosamente para não ser confundido com o desinteresse.

Destarte, essa teoria começou a criar espaço em diversos países, inclusive de ordenamentos jurídicos que possuem sistemas divergentes de sua origem. Por essa razão, esse tema ainda não se encontra pacificado no Brasil, pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro adotar o sistema *Civil Law*.

Não obstante a Teoria da Cegueira Deliberada esteja ainda aparecendo de forma tímida no Brasil, principalmente nos crimes de lavagem de dinheiro, ela merece ser melhor analisada por advir de um sistema completamente diferente que adotamos, o sistema *Common Law*, que será estudado a seguir.

⁷⁴ “[...] débil moral que trata de negarse a sí mismo el hecho de que se enfrenta a un dilema de naturaleza también moral, en cuyo caso su actitud parece menos grave que la actuación con conocimiento cierto sobre los datos relevantes de la propia conducta.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 32.

⁷⁵ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://rateiogratis.com.br/wp-content/uploads/wpforo/attachments/3979/37-Lavagem-de-Dinheiro-Andr-Calegari-2015.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019. p. 95.

3.2 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO SISTEMA DA *COMMON LAW*

Como é sabido a *Common Law* se baseia na lei não escrita, na jurisprudência pátria e nos costumes, diferentemente do sistema *Civil Law* que se fundamenta na letra da lei, devidamente positivada e codificada.

A teoria da cegueira deliberada originou-se do sistema *Common Law*, mais especificamente do direito inglês, que também é adotado pelo ordenamento jurídico estadunidense.

Somente em 1899, a teoria da *Willful Blindness* foi apreciada na Suprema Corte norte-americana, no caso *Spurr vs. United States*⁷⁶ (ROBBINS, 1990, apud VALLÈS, 2007, p. 67-68), no qual a corte reexaminava a condenação de primeiro grau do Sr. *Spurr*, presidente do *Commercial National Bank of Nashville*, que certificou cheques emitidos por um cliente o qual a conta carecia de fundos. Segundo a legislação aplicável para sancionar tal conduta, era mister que o agente violasse intencionalmente os preceitos que regulavam a emissão do título de crédito.

Ocorre que, conforme entendimento do Tribunal Supremo, o réu teria agido com "má intenção", pois se um oficial certifica cheques com a intenção de que o emissor obtenha dinheiro do banco, em que pese não haver fundos, tal certificação é ilícita. Portanto, entenderam que o agente manteve-se deliberadamente na ignorância e agiu com grande indiferença acerca da existência de fundos na conta em questão.

Diante disso, a teoria foi tomando espaço em outros delitos, principalmente nos crimes de tráfico de drogas e de contrabando. Assim, exemplifica o professor Victor Valente:

[...] se "A" paga a "B" para levar uma mala, e "B", intencionalmente, ignora o conteúdo desta, não importando se nela está guardado um bem ilícito, a exemplo de uma droga, deverá "B" responder criminalmente como se soubesse do conteúdo delituoso. (VALENTE, 2017)⁷⁷

⁷⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 67-68.

⁷⁷ VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Aplicação da cegueira deliberada requer cuidados na prática forense*, ago. 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados#sdfootnote2sym> >. Acesso em: 30 mar. 2019.

No mesmo sentido Lilley afirma que “a velha imagem do traficante de drogas carregando uma mala abarrotada de dinheiro já não é comum ou necessária e, portanto, não deve ser esperada”⁷⁸ (LILLEY, 2001, p. 15).

Não obstante os Estados Unidos seja uma federação, no qual os estados são responsáveis pela maioria da competência legislativa, foi elaborado pela *American Law Institute o Model Penal Code – MPC*, a fim de unificar as legislações dos estados. Tal modelo é frequentemente utilizado pela jurisprudência norte-americana.

Uma das principais razões pela elaboração do referido modelo foi o tratamento objetivo dado ao dolo, conhecido pela doutrina como *Mens Rea* (mente culpada), denominado no código como culpabilidade. Inclusive, o MPC elenca quatro tipos de culpabilidade – *purpose, knowledge, recklessness e negligence*. Apesar de dois deles serem semelhantes ao dolo direto e ao dolo eventual, eles são completamente diferentes, isso porque, de acordo com o Professor Lucchesi (2018, p. 99-100):

Não é correto, portanto, afirmar levemente que *purpose*, tal como definida no Código Penal Modelo dos Estados Unidos, corresponde ao dolo direto de primeiro grau, e que *knowledge* corresponde ao dolo direto de segundo grau. Da mesma forma, *recklessness* não é dolo eventual ou culpa consciente, tampouco uma categoria intermediária entre ambos. [...] O que se chama de culpa grave ou leviandade não se confunde com *recklessness*; trata-se de categorias de conteúdos e alcances distintos. *Recklessness* é uma categoria bem definida no Código Penal Modelo americano, que exige para sua configuração diversos elementos, estando fundada no conhecimento do risco pelo autor.⁷⁹

Segundo o *Model Penal Code*, a cegueira deliberada ocorre quando o agente “tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na inexistência do fato ou da circunstância”⁸⁰ (LUCCHESI, 2017, p. 101).

⁷⁸ LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais*. Trad. Eduardo Lasserre. São Paulo: Futura, 2001.

⁷⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Jornal de Ciências Criminais, uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber na APN 470*, São Paulo, vol. 1, n. 1. Jul – dez. 2018. p. 99-100.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 101.

Ademais, analisando os artigos do MPC, é possível verificar que não há nenhuma menção expressa a respeito da cegueira deliberada – outro motivo que gera grandes críticas. No entanto, a grande maioria dos doutrinadores acreditam que a teoria está inserida na parte onde trata "[d]o conhecimento da alta probabilidade satisfaz a exigência de conhecimento" – há o conhecimento caso o sujeito tenha consciência da grande possibilidade da concorrência do fato delituoso.

Segundo Ragués i Vallès (2007, p. 73 - 74):

[...] se o *Model Penal Code* é a resposta legal proposta aos casos de ignorância deliberada, se está deixando de fora do alcance desta figura todos aqueles casos em que o sujeito decide não continuar investigando ante a suspeita mais ou menos fundada de que sua conduta pode caracterizar elementos objetivos de uma infração penal⁸¹.

Logo, segundo o MPC, para configurar a ignorância deliberada é mister a existência da suspeita ser uma "representação de alta probabilidade" e isso limita rigorosamente a *Willful Blindness*.

Assim, verificamos que não há nenhuma previsão legal e específica no ordenamento jurídico norte-americano que adote a Teoria da Cegueira Deliberada, e é por essa razão que essa doutrina possui diversas críticas. Ou seja, em razão da carência de previsão normativa dessa doutrina, seu entendimento e, conseqüentemente, sua aplicabilidade não é unânime nos tribunais norte-americanos.

Nesse sentido, importante ressaltar um dos principais casos que se aplicou a teoria da cegueira deliberada – o caso *Jewell vs United States*, em 1976. O tribunal, por maioria de votos e, baseando-se no MPC, entendeu que age de forma consciente aquele que atua com ignorância deliberada, desde que comprovado que o agente se colocou intencionalmente em estado de desconhecimento ou ignorância, para não conhecer os elementos de sua ação, quando na verdade, seria possível que ele tivesse tal ciência.

Entretanto, ao contrário do que foi decidido na sentença, o voto do juiz Anthony M. Kennedy declarou que “não poderia o judiciário criar novos estados mentais não previstos na legislação, e que a ignorância deliberada não poderia ser substituta da

⁸¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 73-74.

consciência exigida por lei, já que a ignorância deliberada não seria equivalente a uma ciência de alta probabilidade de um fato”⁸² (ASSUMPÇÃO, 2017, p. 09).

Outrossim, muitos doutrinadores ainda acreditam que a aplicação da teoria pode ser utilizada quando respeitado parâmetros mínimos estabelecidos pela jurisprudência, principalmente quando comprovado que o agente teria agido de forma ignorante a ciência dos fatos de sua conduta. Logo, majoritariamente, considera-se que o agente agiu de plena consciência.

Diante do exposto, em razão de não ter uma fonte central, concreta e unificadora no ordenamento jurídico norte-americano, “não é possível se estabelecer um enunciado único e preciso do que se pode entender por cegueira deliberada”⁸³ (LUCCHESI, 2013, p. 100). Logo, não restam dúvidas que ainda há no Direito norte-americano diversas opiniões e críticas divergentes a respeito da teoria *Willful Blindness*, lacunas que merecem ainda ser preenchidas pelo ordenamento jurídico do sistema da *Common Law*.

3.3 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ÂMBITO DO SISTEMA *CIVIL LAW*

Analisado a Teoria da Cegueira Delibera no sistema *Common Law*, passamos a examinar o surgimento da teoria nos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema *Civil Law*, de origem romano-germânica.

Segundo Vallès (2007, p. 91), o primeiro julgado que aplicou expressamente a Teoria da Cegueira Deliberada no âmbito do sistema *Civil Law* foi em 2001, no Tribunal Superior Espanhol⁸⁴, no qual o acusado havia transportado quantia

⁸² ASSUMPÇÃO, Pedro Antonio Adorno Bandeira. *A teoria da cegueira deliberada e a equiparação ao dolo eventual*. [Artigo Científico de Conclusão de Curso]. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, 2017. p. 09.

⁸³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Jornal de Ciências Criminais, uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber na APN 470*, São Paulo, vol. 1, n. 1. Jul – dez. 2018. p. 100.

⁸⁴ Ragués i Vallès indica que há quem entenda que a teoria da cegueira deliberada apareceu nos julgados STS de 23 de maio de 1997 (Relator Conde-Pumpido Tourón), 15 de abril de 1998 (Relator Moner Muñoz) e 28 de dezembro de 1999 (Relator Puerta Luis), mas o autor defende que nestas oportunidades se tratou apenas da aferição do dolo do acusado por meio de indícios, contudo a teoria da cegueira deliberada não foi expressamente mencionada na fundamentação. Assim, seria a sentença de 10 de janeiro de 2000, de relatoria de Giménez García, a primeira a tratar da cegueira deliberada. Nesta, revisava-se condenação por receptação de sujeito acusado de transportar importantes quantidades de dinheiro em espécie provenientes de tráfico de drogas, origem esta que o réu afirmava desconhecer. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 91.

significativa em espécie para Andorra, país considerado como um paraíso-fiscal. De acordo com a defesa do acusado, o réu não tinha conhecimento acerca da origem ilícita do dinheiro (oriundo de tráfico de entorpecentes).

No entanto, o entendimento da corte espanhola foi que o acusado tinha conhecimento quanto à procedência ilícita do dinheiro, bem como das irregulares operações financeiras ocorridas, razão pela qual ele havia, deliberadamente, desconhecido tais ilícitos, ou seja, optou por agir com ignorância em relação às consequências fáticas dos delitos praticados.

Após tal julgamento, vários outros julgados citaram a teoria, no entanto, nenhum com um entendimento unânime sobre a doutrina, divergindo sobre o conteúdo e os requisitos para sua aplicação.

Ademais, Ragués i Vallès (2007, p. 58) chegou até afirmar que a ignorância deliberada é uma “doutrina conceitualmente errônea e desnecessária”⁸⁵, uma vez que a cegueira deliberada já acarretou a condenações dolosas e, ainda, imprudentes.

Sendo assim, a teoria não se encontra consolidada, e muito menos unânime, na Espanha. Apesar de o ordenamento jurídico espanhol ser pioneiro quanto a aplicação da cegueira deliberada no âmbito do sistema *Civil Law*, outro país que também se arriscou em utilizá-la foi o Brasil, que será visto a seguir.

4. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL

No Brasil a Teoria da Cegueira Deliberada é mais aplicada em crimes de lavagem de capitais, tanto é que a sua primeira aparição se deu em um famoso caso de furto que ocorreu no Banco Central de Fortaleza/CE⁸⁶.

Dessa forma, cabe analisar como tal doutrina vem sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, bem como será feita uma análise acerca da teoria e o Direito Penal Brasileiro, em especial sobre a equiparação da teoria ao dolo

⁸⁵ Ibidem. p. 58.

⁸⁶ O crime foi um dos mais emblemáticos que já ocorreram no Brasil. No caso, houve o furto de R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta de reais) do Banco Central da cidade de Fortaleza. Os criminosos, então, teriam se dirigido à concessionária e comprado diversos automóveis para transportar os valores furtados para outros estados da federação a fim de despistar as autoridades policiais. AROUCK. Vinícius Rodrigues. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio*. Disponível em < <http://emporiiodireito.com.br/tag/teoria-da-cegueira-deliberada/>>. Acesso em: 30 de mar. de 2019.

eventual e, por fim, será analisada a aplicação da doutrina nos julgados relevantes no judiciário brasileiro.

4.1 O SURGIMENTO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já mencionado, a teoria originou-se da sentença que julgou o furto ocorrido no Banco Central do Brasil em Fortaleza/CE, em 2005. Em síntese, em 2007, dois gerentes de uma concessionária foram condenados por lavagem de dinheiro, tendo em vista que receberam R\$ 980 mil reais, em notas de cinquenta, pelo comércio de diversos veículos para um mesmo comprador.

O juiz de primeira instância entendeu que os gerentes sabiam da origem ilícita do dinheiro e, propositalmente, optaram por “cegar” a ilicitude a fim de obter vantagem para si. Ou seja, os agentes deveriam ter presumido que aquela quantia era de origem ilícita e, diante disso, deveriam ter tomado as devidas providências, pois restava-se claro que os valores eram suspeitos. Contudo, segundo entendimento do juiz, os gerentes sorrateiramente preferiram se beneficiar da situação, mantendo-se ignorantes em relação às circunstâncias que eram claramente ilícitas. A seguir um trecho da sentença condenatória:

Merecem destaque as construções jurisprudenciais norte-americanas relativamente ao tema.

A lei norte-americana não é explícita quanto à admissão ou não do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro. Não obstante, por construção jurisprudencial, tal figura vem sendo admitida nos tribunais norte-americanos através da assim denominada *willful blindness* ou *conscious avoidance doctrine*, literalmente a doutrina da "cegueira deliberada" e de "evitar a consciência". As instruções dirigidas ao júri em casos da espécie são ilustrativamente denominadas de *ostrich instructions*, literalmente "as instruções da avestruz".

A ideia é a de que: "A justificação substantiva para a regra é que ignorância deliberada e conhecimento positivo são igualmente culpáveis. A justificativa textual é que, segundo o entendimento comum, alguém 'conhece' fatos mesmo quando ele está menos do que absolutamente certo sobre eles. Agir 'com conhecimento', portanto, não é necessariamente agir apenas com conhecimento positivo, mas também agir com indiferença quanto à elevada

probabilidade da existência do fato em questão. Quando essa indiferença está presente, o conhecimento 'positivo' não é exigido." (...)

Eu previno vocês que uma acusação de cegueira deliberada não os autoriza a concluir que o acusado agiu com conhecimento porque ele deveria saber o que estava ocorrendo quando da venda da propriedade ou que, em exercício de adivinhação, ele deveria saber o que estava ocorrendo ou porque ele foi negligente em reconhecer o que estava ocorrendo ou porque ele foi incauto ou tolo em reconhecer o que estava ocorrendo. Ao contrário, o Governo deve provar acima de qualquer dúvida razoável que o acusado motivadamente e deliberadamente evitou descobrir todos os fatos. (...)

Resta incontroverso, pois, que ocorreu a venda de onze veículos por parte da Brilhe Car e com a intervenção de José Charles. Recorde-se, aqui, os conceitos de dolo eventual e a doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness* ou *conscious avoidance doctrine*) expostos anteriormente, sendo que, pelo exposto, convenço-me que José Charles Machado de Moraes sabia que a origem do numerário utilizado era do furto ao Banco Central (art. 1º, V e VII, §1º, I, §2º, I e II da Lei 9.613/98), não sendo o caso dos irmãos José Elizomarte e Francisco Dermival que, ao que tudo indica, não possuíam tal percepção, mas certamente sabiam ser de origem ilícita. (...)

Recorde-se, aqui e uma vez mais, os conceitos de dolo eventual e a doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness* ou *conscious avoidance doctrine*) expostos anteriormente, no que pese entendermos que José Charles sabia da ocorrência do furto e, conseqüentemente, da origem do dinheiro, bem como as condutas dos proprietários da Brilhe Car José Elizomarte e Francisco Dermival ao não se absterem de tal negociação suspeita, nem comunicarem às autoridades responsáveis. (...).⁸⁷

Ocorre que, em sede recursal – Apelação Criminal ACR nº 5520/CE – a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região decidiu por reformar a sentença, afirmando que:

[...] a imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada

⁸⁷ BRASIL, Poder Judiciário - Justiça Federal de primeiro grau da 5ª Região - Seção Judiciária do Ceará – 11ª Vara - Sentença prolatada em 28/06/2007 pelo Juiz Titular Danilo Fontenelle Sampaio - Processo nº 0014586-40.2005.4.05.8100 (2005.81.00.014586-0) - Ação Penal Pública - Autor: Ministério Público Federal - Réu: Antônio Jussivan Alves dos Santos e outros

(*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva.⁸⁸

Portanto, o Tribunal absolveu os acusados, uma vez que a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada acarretaria em uma responsabilidade penal objetiva, bem como, à época, para configuração do crime de lavagem de capitais, era necessário a ciência expressa de que os valores eram de origem ilícita (dolo direto), de modo a não admitir o dolo eventual⁸⁹ e, ainda, o furto não estava incluso no rol taxativo de crimes exigidos na Lei n.º 9.613/98⁹⁰.

Posto isso, verificamos que a teoria surgiu no ordenamento jurídico brasileiro de uma maneira muito delicada e, por essa razão, sofre severas críticas. E como se não bastasse, a doutrina vem sendo aplicada não só nos crimes de lavagem de dinheiro, mas também nos crimes de estelionato, peculato, sonegação fiscal e até corrupção eleitoral.

Observa-se que é de extrema importância que se aprofunde e delimite os critérios dessa doutrina, na tentativa de não aplica-la de maneira errônea, sem a devida fundamentação jurídica, tendo em vista que a linha é extremamente tênue para a configuração da responsabilidade penal objetiva do agente.

Logo, pelo fato da teoria ter aparecido em outros grandes casos que tiveram grande repercussão, ela vem sendo alvo de debates, principalmente sobre seus requisitos e a respeito de sua equiparação ao dolo eventual, que será analisado posteriormente.

4.2 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Uma das principais características para a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada “é a equiparação da ausência de consciência proposital por parte do agente frente a uma circunstância penalmente relevante com a assunção da vontade

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). *Processo nº 200581000145860, ACR5520/CE – 2ª Turma*. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Julgado em: 09 de setembro de 2008. Diário da Justiça, 22 out. 2008, p. 207. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2019

⁸⁹ Acórdão: “o inciso II do PARÁGRAFO 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do PARÁGRAFO 2º”. ACR nº 5520/CE

⁹⁰ Acórdão: “não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98” ACR nº 5520/CE

de praticar aquele fato - dolo eventual –”⁹¹ (AROUCK, 2017). Ocorre que tal equiparação demandaria uma ampliação demasiada sobre o conceito de dolo, uma vez que ele já se encontra taxativamente tipificado no nosso ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o artigo 18 do nosso Código Penal adota a Teoria do Consentimento para tratar do dolo eventual. Essa teoria exige o conhecimento para a caracterização do mesmo, conforme o artigo 20 do Código Penal, que trata do erro de tipo.

Frise-se então que, se o dolo exige o conhecimento das circunstâncias de fato do tipo legal, então o erro exclui o dolo. Nesse mesmo sentido, Bitencourt (2015, p. 507-508) explica que “No *erro de tipo*, o erro vicia o elemento intelectual do dolo – a previsão -, impedindo que o dolo atinja corretamente todos os elementos essenciais do tipo. Daí por que essa forma de erro exclui sempre o dolo, que agora está no tipo, e não na culpabilidade”⁹².

Ocorre que, ao se tratar de dolo eventual, há certa diminuição nos elementos – volitivo e cognitivo – quando comparado com o dolo direto, conforme entendimento de Roxin (apud AROUCK, 2017):

en dolo eventual hay no solo una disminución del elemento volitivo respecto al elemento volitivo del dolo directo de primer grado (lá intencion), sino también una reducción del elemento cognitivo del dolo directo de segundo grado.⁹³

Isto posto, é necessário o mínimo de conhecimento para a configuração de qualquer espécie de dolo, seja ele direto ou eventual. E é exatamente esse o problema, pois há casos em que não se tem conhecimento efetivo das circunstâncias do fato típico, apenas uma mera suposição, ainda que por culpa do agente (AROUCK, 2017).

⁹¹ AROUCK. Vinícius Rodrigues. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio*. Disponível em < <http://emporiiododireito.com.br/tag/teoria-da-cegueira-deliberada/>>. Acesso em: 30 de mar. de 2019.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 507-508.

⁹³ AROUCK. Vinícius Rodrigues. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio*. Disponível em < <http://emporiiododireito.com.br/tag/teoria-da-cegueira-deliberada/>>. Acesso em: 30 de mar. de 2019.

Portanto, o legislador, mesmo desconhecendo qualquer circunstância do fato típico, legislaria apenas com uma elevada suspeita de eventuais circunstâncias fáticas penalmente relevantes, mas não com a certeza de que agente agiu com dolo.

Assim, a Teoria da Cegueira Deliberada jamais poderia ser aplicada como uma alternativa, ou seja, quando não se consegue comprovar com certeza absoluta a consciência do agente em relação aos elementos de sua conduta.

Outrossim, segundo a Corte norte-americana, o risco escolhido conscientemente pelo agente baseado na probabilidade de resultar algo ilícito não é o suficiente para caracterizar a cegueira deliberada. É mister a comprovação de uma conduta do agente anterior ao fato ilícito, no intuito de se “proteger” de uma eventual responsabilidade penal. Por sua vez, explica Assumpção (2017, p. 13):

[...] não pode se olvidar de comprovar que o mesmo atuou com consciência no momento anterior à conduta, no sentido de impedir que tal consciência existisse de forma plena. Portanto, a atividade probatória deverá recair sobre o momento anterior, quando o indivíduo atuou, de forma comissiva ou omissiva, para impedir que tivesse a consciência pela de sua conduta, nas hipóteses em que seria possível atingir tal consciência.⁹⁴

Além disso, conforme previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da nossa Constituição Federal, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Frise-se que referido dispositivo baseia-se no Princípio da Legalidade consagrada através da fórmula de Feuerbach: *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁹⁵ (Bitencourt, 2015, p. 50). E é por essa razão que é vedado no Código Penal Brasileiro a interpretação da norma penal *in malam partem* e a analogia.

No âmbito penal, a analogia somente deve ser utilizada em situações excepcionais e apenas para benefício do réu (*bonam partem*). Portanto, o legislador jamais pode se utilizar da analogia para prejudicar o réu, uma vez que iria contra o Princípio da Reserva Legal.

Nesse mesmo sentido, Roxin (apud BITENCOURT, 2015, p. 51) afirma que:

⁹⁴ ASSUMPÇÃO, Pedro Antonio Adorno Bandeira. *A teoria da cegueira deliberada e a equiparação ao dolo eventual*. [Artigo Científico de Conclusão de Curso]. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, 2017. p. 13.

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 50

uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo dessa forma, a esfera do legislativo.⁹⁶

Importante salientar que em outros Códigos Penais a interpretação extensiva da lei é expressamente proibida, como por exemplo, no Código Penal do Equador, que dispõe em seu artigo 4º que “Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. EL juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la Ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo.”⁹⁷. Ademais, segundo o professor Damásio de Jesus (2011, p. 84), no artigo 1º do Código Penal da Costa Rica, diz que a interpretação deve ser feita de modo “menos gravosa al reo”⁹⁸.

Posto isso, é possível afirmar que a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada demandaria uma interpretação extensiva do dolo, tendo em vista que o dolo é conceituado no artigo 18 do Código Penal Brasileiro como querer e conhecer. Ou seja, “o legislador não pode considerar um eventual não conhecimento de determinado pressuposto fático, por qualquer razão que seja, como conhecimento para fundamentar um decreto condenatório”⁹⁹ (AROUCK, 2017).

Com efeito, não há no ordenamento jurídico brasileiro uma espécie de erro onde o agente não estava interessado em saber determinado fato ilícito e que, por essa razão, deveria ser responsabilizado penalmente por seu desconhecimento, pois seria *contra legem*.

Como se não bastasse, a aplicação dessa teoria também acarreta a inversão do ônus probatório, uma vez que a acusação dolosa somente deixará de existir quando o agente comprovar que não ignorou deliberadamente o fato ilícito. Ora, a absolvição do agente está condicionada à produção de uma prova diabólica¹⁰⁰.

⁹⁶ Ibidem p. 51

⁹⁷ WIPOLEX. Ecuador. *Código Penal*. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/195753>>. Acesso em: 18 de mar. 2019.

⁹⁸ JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*, 2011, 32º Ed. São Paulo: Saraiva. p. 84.

⁹⁹ AROUCK. Vinícius Rodrigues. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio*. Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/tag/teoria-da-cegueira-deliberada/>>. Acesso em: 30 de mar. de 2019.

¹⁰⁰ Ibidem.

Dessa maneira, o julgador condena o agente pela mera suposição que este voluntariamente cegou-se perante o ilícito, sem ao menos ter provas concretas do elemento subjetivo.

Feito as devidas considerações, passamos a observar a seguir os casos emblemáticos no Brasil que utilizaram a Teoria da Cegueira Deliberada para fundamentar acusações e até condenações.

4.3 BREVE SÍNTESE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CASOS EMBLEMÁTICOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

Após o caso de furto do Banco Central do Brasil em Fortaleza, a Teoria da Cegueira Deliberada foi novamente utilizada, na maioria das vezes, em casos de lavagem de dinheiro.

Um dos casos que também ganhou bastante repercussão foi a Ação Penal 470¹⁰¹, mais conhecida como caso Mensalão, que, em breve síntese, foi, segundo o Supremo Tribunal Federal, “um esquema ilegal de financiamento político organizado pelo PT para corromper parlamentares e garantir apoio ao governo Lula no Congresso em 2003 e 2004, logo após a chegada do partido ao poder”¹⁰².

O Ministro Celso de Mello, ao votar favoravelmente à condenação dos ex-deputados do Partido dos Trabalhadores entendeu ser possível praticar o delito por meio de dolo eventual: “[...] a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como ‘teoria da cegueira deliberada’, que deve ser usado com muita cautela”.

Destarte, para o ministro houve dolo eventual nas condutas dos réus, uma vez que “o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida”, restando caracterizado o delito e, conseqüentemente, foram punidos pela figura delitiva prevista no art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

¹⁰¹ Informativo 684 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm>> Acesso em: 13 mar. 2019.

¹⁰² UOL, Folha de São Paulo. *O Julgamento do Mensalão. Esquema*, jan. 2013. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/ojulgamentodomensalao/ojulgamento/o_esquema.shtml>. Acesso em: 13 mar. 2019.

No mesmo sentido, o voto da ministra Rosa Weber, à folha 1.273 do acórdão, também discorreu sobre a teoria, admitindo sua aplicação mediante três requisitos cumulativos:

Primeiro, deve o autor realizar o tipo objetivo do crime de lavagem, isto é, praticar condutas de ocultação ou de dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores envolvidos. Segundo, ao praticar as condutas típicas, o autor deve ter ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos tenham por origem algum crime antecedente de lavagem. Terceiro, deve o agente, mesmo ciente da probabilidade de origem criminosa, persistir indiferente a essa suposta origem na conduta delitiva de ocultação ou de dissimulação, evitando propositadamente aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores envolvidos quando estiver em condições de fazê-lo.¹⁰³

Por sua vez, o professor Lucchesi (2018, p. 106) alega que a ministra equivocou-se em seu voto, pois não aplicou adequadamente o Direito Comparado:

Nos casos em que há dolo, pode haver a condenação por crime doloso, diante da demonstração de conhecimento do risco criado pelo autor – seja conhecimento “efetivo” ou conhecimento normativamente atribuído a partir de critérios precisos de imputação – de modo que tal conhecimento permita inferir que a produção do resultado típico é algo que o autor domina. Não é necessário afirmar que o autor agiu com cegueira deliberada.¹⁰⁴

Além disso, vale lembrar que o elemento subjetivo adotado pela teoria da Cegueira Deliberada tem como base o sistema *Common Law*, que possui categorias de imputação absolutamente distintas, com matrizes jurídico-filosóficas divergentes daquelas adotadas pela *Civil Law*. Conforme explica Lucchesi (2013, p. 98):

O Direito Penal americano não conhece o dolo eventual ou a culpa consciente, não havendo como desenvolver uma categoria intermediária entre tais conceitos que possa ser simplesmente transplantada ao Direito

¹⁰³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Jornal de Ciências Criminais, uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber na APN 470*, São Paulo, vol. 1, n. 1. Jul – dez. 2018. p. 98.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 106.

Penal continental como alguma espécie de resolução da recorrente discussão sobre o limite entre dolo e culpa ¹⁰⁵.

Ademais, à época dos fatos, o texto legal da Lei 9.613/1998, que tratava dos crimes de lavagem de dinheiro, só admitia o dolo direto para a configuração do crime, sendo cabível apenas e excepcionalmente o dolo eventual nos casos descritos no parágrafo 2º, inciso I do mesmo dispositivo. No entanto, o entendimento da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal foi contrário, uma vez que admitiram expressamente a configuração do crime mediante dolo eventual:

No tocante ao crime de lavagem de dinheiro, observou possível sua configuração mediante dolo eventual, notadamente no que pertine ao caput do art. 1º da referida norma, e cujo reconhecimento apoiar-se-ia no denominado critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida. Mencionou jurisprudência no sentido de que o crime de lavagem de dinheiro consumar-se-ia com a prática de quaisquer das condutas típicas descritas ao longo do art. 1º, caput, da lei de regência, sendo pois, desnecessário que o agente procedesse à conversão dos ativos ilícitos em lícitos. Bastaria mera ocultação, simulação do dinheiro oriundo do crime anterior sem a necessidade de se recorrer aos requintes de sofisticada engenharia financeira. (AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27, 29 e 30.8.2012. (AP-470)

Importante salientar que o novo texto da lei que trata de lavagem de dinheiro admite o dolo eventual em todos os casos, sendo necessário, portanto, uma aplicação bastante cautelosa. Logo, o agente que suspeitar da origem ilícita do dinheiro e, ainda, intencionalmente, evitar apurar os fatos para justificar a atividade econômica ou financeira, assumirá o risco de praticar o crime lavagem de capitais¹⁰⁶.

Dessa forma, para o dolo eventual, é preciso que o agente suspeite a origem ilícita do dinheiro. Nesse sentido, segundo os ensinamentos do professor Bottini (2013):

¹⁰⁵ Ibidem. p. 100.

¹⁰⁶ BLANCO CORDERO. *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed. Cap.VII, 3.3, PRADO, *Dos crimes: aspectos subjetivos*, p. 237.

[...] não é qualquer suspeita que sustenta o dolo eventual. Ainda que careça da vontade de resultado e da ciência plena da origem ilícita do bem, o dolo eventual exige a consciência concreta do contexto no qual se atua. [...] É preciso mais: é necessária uma percepção clara das circunstâncias, uma compreensão consciente dos elementos objetivos que justifiquem a dúvida sobre a licitude dos bens. Deve-se averiguar se o agente percebeu o perigo de agir, e se assumiu o risco de contribuir para um ato de lavagem.¹⁰⁷

Por sua vez, ensina Roxin (1997) que não basta uma consciência potencial, marginal, ou um sentimento, é necessário que tenha conhecimento.

Com efeito, vemos que a teoria é reiteradamente equiparada ao dolo eventual, tanto é que, em casos mais recentes, dessa mesma forma, foi-se utilizada inúmeras vezes a cegueira deliberada.

A Operação Lava Jato foi, de acordo com o Ministério Público Federal:

A maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa.¹⁰⁸

A operação gerou muitas ramificações, sendo elas ações penais, inquéritos policiais, etc. Para melhor compreensão, iremos analisar a Ação Penal nº 5023135-

¹⁰⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470*, jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470#_ftn9_8778>. Acesso em: 30 de mar. 2019

¹⁰⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Grandes Casos*, set. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 01 de mai. 2019.

31.2015.4.04.700010¹⁰⁹ que se utilizou da teoria para fundamentar a condenação de Ivan Vernon.

O caso trata a respeito de grandes empreiteiras brasileiras que efetuaram pagamentos ilícitos (cerca de R\$ 357.945.680,52), de modo sistemático, aos diretores da Petrobras, no intuito de obterem para si favorecimento em licitações de contratos com as empreiteiras. A propina também foi utilizada para pagar agentes políticos, uma vez que garantiam que os diretores da estatal assumissem e permanecessem em tais cargos.

No caso em comento, Alberto Youssef efetuava pagamentos ao líder do Partido Progressista, Pedro Correa, valores de origem ilícita, e esta propina era repassada ao partido político, caracterizando, assim, o crime de corrupção e lavagem de dinheiro.

Dentre as inúmeras formas que foram realizadas os repasses de propina, destacam-se os depósitos bancários efetuados em contas de terceiros, em especial na conta do ex-assessor do Partido Progressista, Ivan Vernon, que foi condenado pela prática do crime de lavagem de dinheiro, sob a seguinte fundamentação:

Entendo que agiu dolosamente ao ceder sua conta para que Pedro Correa pudesse receber valores decorrentes do esquema criminoso da Petrobras. Era um assessor de confiança de Pedro Correa. É possível que não tivesse conhecimento de detalhes do esquema criminoso da Petrobras. Entretanto, o recebimento em sua conta de depósitos, em seu conjunto vultoso, sem origem identificada e estruturados, era suficiente para alertá-lo da origem criminosa dos recursos recebidos. Isso especialmente quando tornado notório a partir de 2006 que Pedro Correa, com a cassação de seu mandato parlamentar, estava envolvido em atividades criminais. (BRASIL, 2015).

Não obstante o acusado tenha alegado desconhecer a origem ilícita do dinheiro, foi condenado pelo crime de lavagem de dinheiro, pois, segunda a sentença, tinha a possibilidade de obter conhecimento do ilícito. Portanto, espantosamente, o “desconhecimento” sobre a ilicitude e a origem dos valores foi equiparado ao dolo eventual.

Entretanto, certo é que quando o agente age desconhecendo que o dinheiro tem origem ilícita este estará incorrendo em “erro de tipo”, ou seja, erro inescusável,

¹⁰⁹ MPF. Disponível em: <http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato/1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf>. Acesso em: 19 de mar. 2019.

uma vez que teria elevada possibilidade de evitar a ocorrência do delito se tivesse tomado certas medidas de precaução básicas. Portanto, não haveria dolo e sim culpa, conforme previsto no artigo 20 do Código Penal.

Para tanto, leciona Lima (2017, p. 503):

Se o erro sobre os elementos do tipo for vencível, a infração penal será castigada na modalidade culposa, desde que haja uma figura delitiva tipificando a correspondente conduta culposa, o que não acontece no crime de lavagem de capitais no ordenamento pátrio, que admite sua punição exclusivamente a título de dolo.¹¹⁰

Todavia, por se tratar de crime de lavagem de dinheiro, não há em nosso ordenamento jurídico a configuração desse crime mediante forma culposa, apenas dolosa e, portanto, equiparar ao dolo eventual constituiria analogia *in malam partem* da norma penal incriminadora em questão.

Ademais, o atual ministro de justiça Sergio Fernando Moro, à época, juiz federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, frequentemente utilizava a teoria para fundamentar as condenações dos acusados por lavagem de dinheiro, equiparando-a ao dolo eventual, conforme visto no caso anterior.

Da mesma forma, na Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000¹¹¹, o então juiz federal entendeu que:

346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglosaxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da "cegueira deliberada" ou "*willful blindness*" e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. [...]

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

¹¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 503.

¹¹¹ BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. *Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR*. Juiz Sergio Moro. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/Evento-1388-SENT1-abreu-e-lima-.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019

Sendo assim, é possível concluir que a aplicação da teoria se torna cada vez mais frequente em nosso ordenamento jurídico, em especial, nos crimes de lavagem de dinheiro, uma vez que a jurisprudência pátria equipara a cegueira deliberada ao dolo eventual. No entanto, inegável que sua aplicação deve ser realizada com cautela e que, referida equiparação pode gerar uma grande confusão jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é certo que a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada tem como objetivo dar maior efetividade à persecução penal do Estado. Conforme visto, para que ocorra a cegueira deliberada é preciso que o agente tenha agido com plena consciência, de maneira comissiva ou omissiva, para se furtar de saber sobre a ilicitude de seus atos, com a finalidade de evitar uma eventual responsabilização penal. No entanto, ela não pode ser utilizada para suprir a falta de provas da existência do dolo, que cabe à acusação (LIMA, 2016, p. 596) ¹¹².

Com efeito, a doutrina tem sido aceita pela jurisprudência brasileira, que frequentemente a equipara ao dolo eventual. Ocorre que é necessária uma maior reflexão sobre o tema no que tange à comprovação dos requisitos para a configuração da cegueira deliberada.

Portanto, não é suficiente apenas alegar que o sujeito agiu com mera assunção de risco. Ora, nos casos de crime de lavagem de capital, não comprovado que o sujeito tinha conhecimento da origem ilícita do dinheiro, alvo de ocultação, a sentença absolutória é imperativa, mesmo que cause grande comoção social em sentido contrário.

Destarte, o Direito Penal não pode ser flexibilizado em desfavor do réu, tendo em vista que nossa legislação está submetida ao princípio da legalidade em sentido estrito e é este um dos mais importantes e fundamentais princípios da disciplina penal, que se fixa, justamente, na ideia de que a lei é a única fonte de Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Por essa razão, destaca-se Von Liszt: “Código Penal é a Carta Magna do delinquente” ¹¹³ (GRECO, 2014, p. 63).

¹¹² LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 596.

¹¹³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 16 ed. v. 1. Niterói: Impetus, 2014. p. 63.

Ademais, a garantia do devido processo legal estabelece ao órgão acusador comprovar a ocorrência do crime, ou seja, o ônus probatório quanto à conduta típica, ilícita e culpável é da acusação. Logo, a teoria não pode ser aplicada em situações em que não é possível comprovar com certeza irrefutável que o agente tinha de fato conhecimento quanto aos elementos de sua conduta, sob pena de uma indevida inversão de ônus probatório.

Sendo assim, a Teoria da Cegueira Deliberada vem ganhando cada vez mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro e é por essa razão que é necessário um maior debate a respeito do tema. É de extrema necessidade que sejam realizadas exaustivas reflexões antes mesmo de aplicarem qualquer teoria elaborada em um ordenamento jurídico completamente diverso. Mister, portanto, levar em consideração os conceitos básicos sobre os quais ela é alicerçada, para que assim, seja possível verificar se de fato a teoria é cabível em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOWITZ, Elkan Abramowitz & BOHRER, Barry A. *Conscious Avoidance: A Substitute for Actual Knowledge?* New York Law Journal. Disponível em: <http://www.maglaw.com/publications/data/00130/_res/id=sa_File1/07005070001Morvillo.pdf>. Acesso em: 30 de mar. de 2019.

AROUCK. Vinícius Rodrigues. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio.* Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/tag/teoria-da-cegueira-deliberada/>>. Acesso em: 30 de mar. de 2019.

ASSUMPÇÃO, Pedro Antonio Adorno Bandeira. *A teoria da cegueira deliberada e a equiparação ao dolo eventual.* [Artigo Científico de Conclusão de Curso]. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1.* 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed. Cap.VII, 3.3, PRADO, Dos crimes: aspectos subjetivos.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470*, jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470#_ftn9_8778>. Acesso em: 30 de mar. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 mar. 2019.

_____, Poder Judiciário - Justiça Federal de primeiro grau da 5ª Região - Seção Judiciária do Ceará – 11ª Vara - Sentença prolatada em 28/06/2007 pelo Juiz Titular

Danilo Fontenelle Sampaio - Processo nº 0014586-40.2005.4.05.8100 (2005.81.00.014586-0) - Ação Penal Pública - Autor: Ministério Público Federal - Réu: Antônio Jussivan Alves dos Santos e outros.

_____, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (5 região). *Apelação Criminal 5520-CE 2005.81.00.014586-0*. Relator Rogério Moreira. 09 nov. 2008. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2019.

CALLEGARI, André Luís; ROLLEMBERG, Gabriela. *Lavagem de dinheiro e a “teoria da cegueira deliberada”*, fev. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-26/lavagem-dinheiro-teoria-cegueira-deliberada>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://rateiogratis.com.br/wp-content/uploads/wpforo/attachments/3979/37-Lavagem-de-Dinheiro-Andr-Calegari-2015.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, v. 1, 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. Rev. Ampl. Atualizada. Salvador: JusPodvm, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v. I. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.

_____, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 16 ed. v. 1. Niterói: Impetus, 2014.

_____, Rogério. *Código penal: comentado*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

HOLANDA, Cornélio José. *O dolo eventual nos crimes de trânsito*, mai. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5263/o-dolo-eventual-nos-crimes-de-transito/1>>. Acesso em: 22 mar. 2019

LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais*. Trad. Eduardo Lasserre. São Paulo: Futura, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Jornal de Ciências Criminais, uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber na APN 470*, São Paulo, vol. 1, n. 1. Jul – dez. 2018.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 12^a ed. São Paulo, Saraiva, 1988.

_____, Damásio de. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*, 2011, 32^o Ed. São Paulo: Saraiva.

JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Mir Puig e Munõz Conde. Barcelona, Bosch, 1981. V. 1 e 2.

JUNIOR, Roberto Bona. *É preciso discutir teoria da cegueira deliberada em crimes de lavagem*, nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-19/roberto-bona-preciso-discutir-cegueira-deliberada-crimes-lavagem#_ftn1>. Acesso em: 15 de mar. 2019.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Grandes Casos*, set. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 01 de mai. 2019.

_____. Disponível em: <http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf>. Acesso em: 19 de mar. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial* – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Crítica à teoria da imputação objetiva*, Boletim do ICP, n. 11, dez. 2000.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007.

ROBBINS, Ira P., *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea (1990)*. 81 *Journal of Criminal Law and Criminology* 191 (1990). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2784406>. Acesso em: 23 abr. 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal; Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. T.I.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. *Sinopses para Concursos. v.1; Direito Penal – Parte Geral*; 9ª ed. São Paulo, Jus Podivm, 2019.

UOL, Folha de São Paulo. *O Julgamento do Mensalão. Esquema*, jan. 2013. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/ojulgmentodomensalao/ojulgmento/o_esquema.shtml>. Acesso em: 13 mar. 2019.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Aplicação da cegueira deliberada requer cuidados na prática forense*, ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados#sdfootnote2sym>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: aspectos fundamentais. Parte Geral*. Trad: Juarez Tavares da 5ª Ed alemã. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WIPOLEX. Ecuador. *Código Penal*. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/195753>>. Acesso em: 18 de mar. 2019.