



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Luís Cláudio Senna Consentino

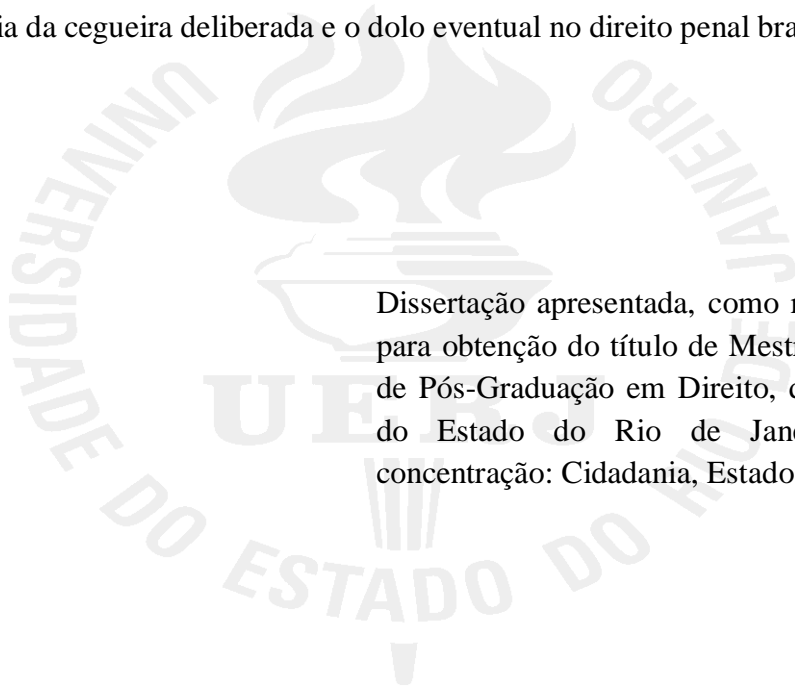
**A teoria da cegueira deliberada e o dolo eventual no direito penal brasileiro**

Rio de Janeiro

2019

Luís Cláudio Senna Consentino

A teoria da cegueira deliberada e o dolo eventual no direito penal brasileiro



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Professor Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C755

Consentino, Luís Cláudio Senna.

A teoria da cegueira deliberada e o dolo eventual no direito penal brasileiro / Luís Cláudio Senna Consentino. - 2019.  
172 f.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza.  
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Direito penal - Teses. 2.Responsabilidade penal – Teses.  
3.Conhecimentos – Teses. I.Souza, Artur de Brito Gueiros. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.2(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Luís Cláudio Senna Consentino

**A teoria da cegueira deliberada e o dolo eventual no direito penal brasileiro**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 27 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Silvana Batini Cesar Góes  
Fundação Getúlio Vargas Rio

## **AGRADECIMENTOS**

O agradecimento maior será sempre aos meus pais, Luiz Carlos Toledo Consentino e Vera Lucia Senna Consentino. Foram eles que sacrificaram as próprias ambições para possibilitar meus estudos.

Agradeço também ao meu orientador, Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza, pela paciência, generosidade, orientação e por acreditar no meu esforço de pesquisa e se permitir dividir comigo algumas inquietações sobre o tema.

Gratulações vão igualmente para meus colegas de mestrado, que contribuíram, com a sua cordial companhia, no entusiasmo de prosseguir e aprofundar a pesquisa.

Por fim, agradeço ao professor doutor Carlos Eduardo Adriano Japiassú, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, bem como à professora doutora Silvana Batini Cesar Góes, da Fundação Getúlio Vargas, pela honra de aceitar o convite para participar da banca examinadora.

“Costuma-se até dizer que não há cegueiras, mas cegos, quando a experiência dos tempos não tem feito outra coisa que dizer-nos que não há cegos, mas cegueiras”.

José Saramago, Ensaio sobre a cegueira, 1995.

## RESUMO

CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. *A teoria da cegueira deliberada e o dolo eventual no direito penal brasileiro*, 2019. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

O objetivo da pesquisa consiste em estabelecer qual o papel da teoria da cegueira deliberada no sistema de imputação subjetiva do Direito Penal brasileiro. A importância desse estudo deve-se a frequência com que criminosos utilizam-se do expediente de se autocolocar em posição de ignorância com o fim de tentar esquivar-se da responsabilidade penal, ao mesmo tempo em que beneficiam-se com a violação da lei. Para tanto, situa-se o problema no âmbito das sociedades pós-industriais, na qual o incremento do risco ganha relevância fundamental no modo como passa a ser necessária a intervenção penal. Em seguida, analisa-se o elemento subjetivo geral – dolo – abordando seu conceito, elementos internos, variadas classificações e teorias que o distingue da culpa. Na sequência, analisa-se a teoria da cegueira deliberada, discorrendo sobre sua origem e conformação no Direito Penal da *common law* até a sua utilização pelos tribunais de países da *civil law*, como Espanha e Brasil. O trabalho encerra-se refletindo sobre a compatibilidade da cegueira deliberada com o dolo eventual no Direito Penal brasileiro, indicando as críticas apresentadas pela doutrina especializada para, ao final, com base na contribuição funcionalista do dolo normativo, formular requisitos para que a teoria da cegueira delibera aplique-se legitimamente.

Palavras-chave: Direito Penal. Cegueira Deliberada. Imputação Subjetiva.

Conhecimento. Responsabilidade Criminal.

## ABSTRACT

CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. *The willful blindness doctrine and the knowledge in the brazilian criminal law*, 2019. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The aim of the research is to establish the role of the willful blindness doctrine within the brazilian system of subjective criminal imputation. The importance of this study is due to the frequency with which criminals use the expedient to self-placed in ignorance position in order to evading criminal responsibility, while at the same time benefiting from the violation of the law. For this, the problem lies in the scope of post-industrial societies, in which increased risk gains fundamental importance in the way in which criminal intervention becomes necessary. Then, the general subjective element - *dolo* - is analyzed, approaching its concept, internal elements, varied classifications and theories that distinguishes it from the recklessness. Following, the analysis of the willful blindness doctrine is explored, discussing its origin and conformation in the common law until its use by civil law courts, such as Spain and Brazil. The paper concludes reflecting on the compatibility of willful blindness doctrine with knowledge in brazilian criminal law, presenting the critics of the experts to, in the end, based on the functionalist contribution of normative knowledge, formulate conditions for the legitimate application of the willful blindness doctrine.

Keywords: Criminal Law. Willful Blindness Doctrine. Subjective Imputation.

Knowledge. Criminal Liability.



## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
1	<b>DIREITO PENAL NAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAIS</b> .....	13
1.1	<b>Considerações Iniciais</b> .....	13
1.2	<b>Direito Penal e Sociedade do Risco</b> .....	15
1.3	<b>Direito Penal Econômico e Programas de <i>Compliance</i></b> .....	21
1.4	<b>Direito Penal e Imputação Objetiva</b> .....	31
2	<b>IMPUTAÇÃO SUBJETIVA: O DOLO COMO ELEMENTO GERAL</b> .....	43
2.1	<b>Considerações Iniciais: Conceito e Elementos do Crime</b> .....	43
2.2	<b>Breve Evolução da Posição do Dolo na Teoria Geral do Delito</b> .....	44
2.3	<b>Do Elemento Subjetivo Geral do Tipo: O Dolo</b> .....	49
2.4	<b>Dos Elementos Que Compõem a Estrutura do Dolo</b> .....	52
2.4.1	<u>Do Elemento Intelectual</u> .....	52
2.4.2	<u>Do Elemento Volitivo</u> .....	54
2.5	<b>Da Dimensão Temporal do Dolo</b> .....	55
2.6	<b>Das Espécies de Dolo</b> .....	56
2.6.1	<u>Dolo Direto</u> .....	57
2.6.1.1	Dolo Direto de 1º Grau.....	57
2.6.1.2	Dolo Direto de 2º Grau.....	58
2.6.2	<u>Dolo Eventual</u> .....	61
2.6.3	<u>Dolo Alternativo</u> .....	65
2.7	<b>Teorias Sobre o Dolo Eventual</b> .....	66
2.7.1	<u>Teorias da vontade (ou volitivas)</u> .....	67
2.7.2	<u>Teorias da representação (ou intelectivas)</u> .....	69
2.8	<b>Breves Considerações Sobre o Elemento Subjetivo do Tipo no Direito Penal da <i>Common Law</i></b> .....	74
3	<b>A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA</b> .....	81
3.1	<b>Considerações Iniciais</b> .....	81
3.2	<b>A Origem da Teoria da Cegueira Deliberada</b> .....	83
3.2.1	<u>Na Inglaterra: O Caso Regina v. Sleep, de 1861</u> .....	84
3.2.2	<u>Nos Estados Unidos da América</u> .....	88

3.3	<b>Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Penal Estadunidense...</b>	90
3.3.1	<b><i>As Instruções da Avestruz (The Ostrich Instructions)</i>.....</b>	98
3.4	<b>A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Penal de Tradição Romano-Germânica (<i>Civil Law</i>).....</b>	104
3.5	<b>Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada na Jurisprudência Brasileira.....</b>	110
4	<b>A CEGUEIRA DELIBERADA E O DOLO EVENTUAL.....</b>	123
4.1	<b>Considerações Iniciais.....</b>	123
4.2.	<b>Crítica à Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Penal Brasileiro.....</b>	126
4.3	<b>A Cegueira Deliberada e a Teoria da <i>Actio Libera In Causa</i>.....</b>	130
4.4	<b>A Cegueira Deliberada Como Expressão da Culpa Consciente.....</b>	136
4.5	<b>A Cegueira Deliberada e o Dolo Eventual no Direito Penal Brasileiro.....</b>	144
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	159
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	162

## INTRODUÇÃO

O elemento subjetivo é um dos pontos mais importantes quando se estuda o fenômeno do crime. A parte subjetiva do tipo penal abrange os dados que pertencem ao campo psicológico, é dizer, a intenção ou o ânimo do agente. Ao longo da evolução da teoria geral do delito, observa-se que o elemento subjetivo geral – dolo –, já figurou tanto no interior da culpabilidade, no modelo causalista, bem como, tempos depois, com o advento do finalismo, migrou para o elemento da tipicidade.

Contudo, até hoje o debate sobre o dolo não encontrou ponto pacífico nos diversos modelos jurídicos. A delimitação de seu conceito, características, contorno e graus de intensidade, são amplamente discutidos pela dogmática penal muito além do cenário brasileiro. A presente investigação objetiva traçar parâmetros claros sobre a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*), assim como o seu alcance, tendo por base as modernas teorias que tratam do dolo na teoria geral do delito, cotejando com a perspectiva funcionalista baseada na figura do risco não permitido.

Partindo do conceito tradicional de dolo e sua evolução na teoria do delito, analisar-se-á o dolo eventual e o dolo normativo como geradores de novas possibilidades de imputação, sempre tendo em vista os influxos do funcionalismo normativista, em particular como tem sido sua aplicação no âmbito do Direito Penal Econômico.

Assim, quer-se verificar a possibilidade jurídica da utilização da teoria da cegueira deliberada como base para a imputação penal subjetiva. Acaso positiva essa hipótese, como consequência, buscar-se-á desenhar as linhas pelas quais a citada teoria se enquadraria no âmbito da teoria geral do delito, diferenciando-a das figuras do dolo eventual e do dolo normativo, indicando-se seus requisitos de aplicabilidade.

Importante destacar que, nessa parte introdutória, que o Direito Penal passou a ser chamado a proteger bens jurídicos até então não abarcados pelo pensamento clássico, muito em função dos reclames advindos dos novos dilemas das sociedades pós-industriais. Assim, diante da complexidade e da alta especialização das atividades humanas, a disciplina foi obrigada a desenvolver um novo olhar, apto a enfrentar os problemas que estão surgindo. Nessa linha, o Direito Penal Econômico em especial, muito influenciado pelo Direito Penal da *common law*, parece estar na vanguarda de utilização de novas teorias que desafiam os limites tradicionais da dogmática jurídica.

No Brasil, com o advento da lei de combate ao crime organizado (Lei nº 13.850/2013) e um maior engajamento das Polícias e do Ministério Público, investigações envolvendo complexos esquemas criminosos começaram a ser reveladas, desbaratando intrincadas redes de corrupção e de lavagem de dinheiro, e apontando políticos e empresários como supostos responsáveis e beneficiários dos desvios por vezes milionários. Por outro lado, não é novidade que os criminosos do “colarinho branco” buscam ocultar seus malfeitos e suas identidades utilizando-se dos mais diversos expedientes, que vai desde a utilização de interpostas pessoas (também conhecidas como “laranjas” ou “testas de ferro”) até a complexidade das organizações empresariais, com sua extensa cadeia de comando e áreas estanques de especialização.

A estratégia de camuflar a conduta, escondendo ao máximo seu *animus delinquendi*, valendo-se de suposta reserva mental, parece ser comum nos delitos do “colarinho branco”, de modo a evitar, acaso descoberto o ato criminoso, uma imputação penal com elemento subjetivo bem caracterizado. Sobreleva daí a importância do estudo da teoria da cegueira deliberada, seja como argumento de reforço para caracterizar o dolo eventual, seja como elemento subjetivo independente e equivalente ao conhecimento das circunstâncias objetivas do tipo. Vale dizer, aquele que, voluntariamente, se coloca em posição de evitar o conhecimento de circunstâncias altamente suspeitas, não poderia, ao final, alegar legitimamente que não sabia da ocorrência do delito perpetrado.

Outro ponto a justificar o estudo da teoria da cegueira deliberada é o fato de ser uma doutrina cuja origem é o Direito Penal da *common law*. Ou seja, é natural que a transposição de teorias alienígenas, de sistema diferente ao da *civil law*, traga atritos e incompreensões, sendo por isso necessário uma abordagem crítica sob o ponto de vista da teoria geral do delito tal qual conformada no Direito Penal brasileiro.

Sob outra vertente, com a maior influência e participação das organizações empresariais na vida social, podendo estas impactar, positiva ou negativamente, na vida da comunidade na qual inseridas, passou-se a demandar, em termos de política criminal, um controle maior das atividades empresariais, em especial nas consideradas de risco ou potencialmente perigosas. Assim, aquelas atividades consideradas disfuncionais deveriam ser desestimuladas e coibidas pelo próprio sistema normativo. Se o Direito Penal tradicional se preocupava com condutas individuais, pode-se dizer que o moderno Direito Penal das sociedades pós-industriais deve voltar os olhos também para as atividades empresariais com potencial de causar graves danos à coletividade, daí a preocupação com a criminalidade

econômica, a responsabilidade por produtos defeituosos, a proteção penal do meio ambiente, dentre outros.

Dessa maneira, o presente trabalho analisa a teoria da cegueira deliberada, visando aclarar seu alcance e requisitos de aplicação, conformando sua adequação ao moderno conceito de dolo, com o intento de refletir sobre o seu acerto e utilidade para o aprimoramento do Direito Penal brasileiro.

Com isso, no primeiro capítulo busca-se traçar um panorama das novas demandas surgidas com o advento das sociedades pós-industriais, tendo em vista a característica do rápido avanço tecnológico e o incremento dos riscos sociais. Diante de tal cenário, o Direito Penal apresenta-se em movimento de expansão, pressionado pelos reclames sociais por proteção. Em seguida, discorre-se sobre o Direito Penal Econômico e de como a ideia de prevenção aos ilícitos penais ganhou relevância no mundo empresarial, sendo um dos principais exemplos dessa tendência, a proliferação dos programas de *compliance*. Ao final do capítulo, analisa-se, sucintamente, a teoria da imputação objetiva do modelo funcionalista, pautada na figura do risco permitido/proibido, como o meio mais adequado para lidar com o novo contexto social no qual inserido o Direito Penal.

No segundo capítulo, analisa-se o elemento subjetivo geral do tipo: o dolo. Considerando que a teoria da cegueira deliberada insere-se no âmbito do elemento subjetivo do tipo, busca-se, inicialmente, tratar da importância da intenção ou ânimo do agente quando da prática delitiva. Narra-se a evolução dogmática do dolo e sua posição na teoria geral do delito, do causalismo até o finalismo, bem como a sua versão normativa, mais afeta ao modelo funcionalista. Verifica-se, em seguida, a necessidade de analisar como a dogmática penal trata os elementos que compõe o dolo (elementos cognitivo e volitivo), bem como cada espécie de dolo, dentre eles o dolo direto, de primeiro e de segundo grau, o dolo eventual e o dolo alternativo, classificando-os, diferenciando-os e conceituando-os de modo a facilitar a correta identificação e aplicação aos casos concretos. Analisa-se, também, as diversas correntes doutrinárias que buscam conceituar o dolo eventual, diferenciando-o da culpa consciente e, ao final, por conta da pertinência com a origem da teoria da cegueira deliberada, aborda-se alguns elementos da *mens rea* do Direito Penal da *common law*.

No terceiro capítulo, analisa-se a origem da teoria da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*) na *common law*, no qual aborda-se tanto o precedente histórico no Direito Penal inglês, quanto no Direito Penal estadunidense. Em seguida, expõe-se a aplicação da citada teoria pelos tribunais federais e pela Suprema Corte dos Estados Unidos, verificando

sua evolução e os requisitos exigidos pela jurisprudência, assim como os modelos de instrução dadas aos jurados para que identifiquem a ocorrência da cegueira deliberada em casos concretos (*the ostrich instructions*). Na sequência, adentra-se na aplicação da cegueira deliberada no Direito Penal da *civil law*, tendo por base, em especial, os julgados do Tribunal Supremo espanhol a partir do ano 2000. Ao final, discorre-se sobre a recepção da teoria pelos tribunais brasileiros e como estes a tem aplicado.

Finalmente, o quarto capítulo trata da compatibilidade da teoria da cegueira deliberada com o dolo eventual no Direito Penal brasileiro. Para tanto, apresenta-se a crítica que parte da doutrina nacional faz a esta tendência jurisprudencial e elencando os requisitos que aponta necessários para sua legítima incidência. Em seguida, aborda-se a teoria da *actio libera in causa*, indicando suas semelhanças e diferenças com a cegueira deliberada, bem como o quanto a postura de desconhecimento das circunstâncias, em alguns momentos, pode caracterizar mera culpa. Ao final, aprofunda-se a análise da compatibilidade da teoria da cegueira deliberada com o dolo eventual, em especial quando verificada sob a ótica do dolo normativo do funcionalismo, delineando os requisitos necessários para a aplicação adequada da teoria no Direito Penal brasileiro.

A partir das premissas estabelecidas ao longo dos capítulos, formulou-se proposições de modo expor uma possibilidade dogmática clara de compatibilização da teoria da cegueira deliberada com o Direito Penal brasileiro.

Quanto à metodologia da pesquisa, vale ressaltar que seguiu-se a vertente jurídico-dogmática, com profunda análise de conteúdos. O tipo de raciocínio utilizado foi o dedutivo e a investigação foi a jurídico-interpretativa, na qual buscou-se identificar tendências e, ao final, pautado nas premissas, apresentar proposições.

As citações diretas e indiretas de escritos estrangeiros foram traduzidas para o português. Dispositivos legais oriundos de ordenamentos estrangeiros, quando mencionados, foram mantidos no seu original, igualmente alguns excertos doutrinários que, pela sua importância, optou-se por manter na língua original. Contudo, cuidou-se de sempre referenciar adequadamente as obras consultadas, com o fim de facilitar a compreensão.

## 1. DIREITO PENAL NAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAIS

### 1.1. Considerações iniciais

O mundo vive em constante transformação, contudo, nas últimas décadas, observou-se uma expansão e aceleração desse fenômeno, no que se convencionou denominar globalização. Este fenômeno consiste, basicamente, num processo econômico e social que estabelece uma maior integração entre as pessoas, os governos e as empresas, que trocam ideias, realizam transações financeiras e comerciais, bem como disseminam aspectos culturais por todo o planeta.

Com o dismantelamento da experiência soviética e a ascensão do neoliberalismo nas últimas décadas do século XX, o mundo capitalista expandiu-se para praticamente todo o globo terrestre, dentro de sua natural busca por novos mercados de produção e consumo. Ao mesmo tempo, o avanço tecnológico, em especial o ligado ao tratamento da informação e aos meios de transporte, possibilitaram um enorme progresso, facilitando sobremaneira as telecomunicações, a transmissão de dados e o transporte de bens e pessoas, deixando as distâncias cada vez mais curtas e facilitando as relações culturais e econômicas de forma rápida e eficiente.

Assim, esse intenso processo de integração econômica, cultural, social e política, fez surgir um novo tipo de capitalismo e um novo estilo de vida com padrões totalmente diversos daqueles existentes nas fases anteriores do desenvolvimento social e que estão a exigir, na busca de adequações razoáveis, novas reflexões nos diversos campos do conhecimento, tais como o econômico, o político, o jurídico, etc.

Esse fenômeno socio-político-econômico fez surgir a sociedade pós-industrial<sup>1</sup> que, sem dúvidas, trouxe avanços, porém, paradoxalmente, trouxe, também, riscos, reforçando, com isso, a ideia do contraste entre segurança e insegurança, determinação e indeterminação, riqueza e pobreza, estabilidade e instabilidade<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Segundo o sociólogo norte-americano Daniel Bell, a sociedade pré-industrial é do tipo agrário e onde o poder está associado à propriedade da terra. A sociedade industrial apoia-se na produção de bens industriais e radica o poder nas mãos dos proprietários dos meios de produção. Já a sociedade pós-industrial tem por base os serviços e como fonte do poder a informação. Esta sociedade pauta-se, portanto, pela ascensão dos serviços, que se tornam hegemônicos e, inversamente, pelo declínio das atividades industriais (BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. São Paulo: Editora Cultrix, 1974, págs.146-149).

<sup>2</sup> GIORGI, Raffaele di. **Direito, democracia e risco: vínculo com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 192.

Ulrich Beck, em sua obra “Sociedade do Risco”, ao abordar a denominada pós-modernidade, conclui que o risco é uma das características marcantes da sociedade atual. Se é certo que em toda a história da humanidade os riscos sempre existiram, este nem sempre apresentou-se no mesmo grau. E em um primeiro momento, tratava-se de riscos pessoais; num segundo momento, vale dizer, na sociedade moderna clássica, os riscos atingiram uma proporção maior, vindo a afetar a coletividade, tendo por base a falta/deficiência do suprimento de algo, como, por exemplo, da falta de higienização que propiciava o surgimento de epidemias, etc. Na sociedade pós-moderna, porém, o quadro é outro. Agora os riscos apresentam-se com maior extensão e atingem toda a sociedade, principalmente por excesso de produção industrial, como, por exemplo, o excesso de poluentes que atingem a camada de ozônio, o meio ambiente como um todo, comprometendo assim, as gerações contemporâneas e futuras<sup>3</sup>.

Os riscos das sociedades atuais são evidentes e podem extrapolar tanto a realidade individual, quanto os limites territoriais dos países, prolongando-se no tempo em larga medida. Assim, não é difícil rememorar acontecimentos que os representam, revelando indiscutível perigo a bens jurídicos metaindividuais, tais como o acidente radioativo de Chernobyl, a contaminação do mar e dos rios por mercúrio, o derramamento de óleo nos oceanos, as turbulências dos mercados financeiros, os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, o crescimento do poder do crime organizado, o recrudescimento da desigualdade social, etc.

Para José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala:

o conceito de risco é a expressão característica de sociedades que se organizam sob a ênfase da inovação, da mudança e da ousadia. Reproduz essencialmente a pretensão moderna de tornar previsíveis e controláveis as conseqüências imprevisíveis das decisões, tentando submeter ao controle o que é incontrolável, propondo prever o imprevisível, e, principalmente, sujeitando os efeitos colaterais dessas decisões a arranjos institucionais adequados, compreendendo um conjunto de ações, programas e políticas institucionais compatíveis com o objetivo de gerar segurança em contextos de imprevisibilidade<sup>4</sup>.

Pode-se afirmar, então, que a sociedade de risco, que se configura a partir do denso e veloz processo de globalização, propicia uma cada vez maior sensação de insegurança. A

---

<sup>3</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010, p. 149.

<sup>4</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 14.



globalização passa a gerar a cada dia novas formas de risco. Formas, estas, que, na sua fluidez, no mais das vezes sequer são apreensíveis<sup>5</sup>.

A globalização viabiliza uma íntima interconexão das economias dos países, de modo que uma crise na Ásia pode afetar um mercado europeu, que, por sua vez, causa reacomodações em economias dependentes da América Latina. Assim, o desenvolvimento e a produção cada vez mais veloz de insumos tecnológicos podem alterar drasticamente o modo de se relacionar nos negócios e na própria vida cotidiana. De igual modo, a fraude na gestão de uma instituição financeira pode gerar uma crise em todo o sistema financeiro e de crédito de um país, contaminando toda uma região. Isto revela que, a dimensão de complexidade a que este modelo está arraigado é, em termos de percepção, praticamente incalculável. Alteram-se, em grande medida, as noções de tempo e de espaço.

Segundo Ulrich Beck:

O discurso da sociedade (industrial) do risco, também e principalmente nesse sentido – enunciado há cerca de um ano contra muita resistência de vozes internas e externas –, manteve um amargo sabor de verdade. Muito do que se impôs por escrito, de modo ainda argumentativo – a indiscernibilidade dos perigos, sua dependência do saber, sua supranacionalidade, a ‘desapropriação ecológica’, a mudança repentina da normalidade em absurdo etc. –, pode ser lido após Chernobyl como uma trivial descrição do presente. Ah, pudesse ter continuado a ser a evocação de um futuro a ser evitado<sup>6</sup>.

Esses fenômenos podem ter repercussão social negativa e acabam por, invariavelmente, vulnerar direitos do corpo social que, por sua vez, não tarda em clamar por algum tipo de proteção jurídica. Nesse ponto, é oportuna a observação de Norberto Bobbio a respeito do presente e do futuro dos direitos do homem, quando denuncia que o problema não é apenas filosófico ou jurídico, mas num sentido mais amplo, é também político, eis que:

não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados<sup>7</sup>.

## 1.2. Direito penal e sociedade de risco

---

<sup>5</sup> CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

<sup>6</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010, p. 10.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

Ulrich Beck alerta que na modernidade avançada, a produção social de riqueza vem sempre acompanhada, de forma sistemática, pela produção social de riscos, e que os riscos da modernização são um *big business*. Avalia, ainda, que os riscos da civilização são um barril de necessidades sem fundo, infinitas<sup>8</sup>.

É certo que o incremento dos riscos do desenvolvimento industrial e tecnológico, associado a fatores como o aumento populacional e a massificação do consumo, criam "situações sociais de perigo", expondo a perigo bens jurídicos relevantes, quando não os lesionando de forma irreparável, sobretudo em se tratando de bens jurídicos como o meio ambiente e a saúde pública<sup>9</sup>.

Por outro lado, não é possível a vida em sociedade sem risco. De igual modo, como resultado da realidade socio-econômica e cultural dos novos tempos, decorrentes dos avanços tecnológicos, sobretudo da eletrônica e da informática, e da necessidade da produção em larga escala, tal modo de vida implicou na criação de novos risco e/ou o recrudescimento dos já existentes. Apesar de parte desses riscos restarem já normatizados pelo Estado, temos, com isso, que aceitá-los como riscos permitidos.

Há, portanto, riscos que, por serem adequados e aceitos socialmente, devem ser tolerados. Como exemplo, pode-se citar algumas atividades esportivas e o tráfego aéreo. De outro vértice, existem riscos sociais que muito se aproximam da violação de bens jurídicos ou valores essenciais e que, por isso, dentro de um critério de proporcionalidade, devem ser tutelados também pelo Direito Penal. Dentre os riscos intolerados, pode-se citar como exemplos, os relacionados a destruição/contaminação do meio ambiente, o terrorismo, o crime organizado, os crimes contra a humanidade, etc.

Jorge Figueiredo Dias indaga se estará o Direito Penal preparado metodologicamente para enfrentar e dar as respostas condizentes a essa nova realidade decorrente desses novos riscos? Teremos um controle social formal adequado para proteger as "gerações futuras" sem quebrar as garantias individuais conquistadas pelo Iluminismo?<sup>10</sup>

Assim, necessário verificar se o atual estágio de desenvolvimento da dogmática penal moderna, com algumas adequações e mudanças de paradigmas, pode fornecer respostas

---

<sup>8</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010, p. 26.

<sup>9</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 14.

<sup>10</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 33, jan./mar. 2001. São Paulo: 2001, p. 39 e segs.

ou encaminhamentos adequados para fazer frente as ofensas e ameaças de lesões aos bens/valores essenciais da sociedade e, com isso, protegê-los, sem que, com isso, tenha-se que inventar um novo Direito Penal fora dos parâmetros estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

Os riscos, que a sociedade capitalista pós-moderna trouxe, e trará, à coletividade, são incontestes, e reflete-se em uma crise do sistema jurídico posto. A crise tensiona para uma transformação do sistema, em especial porque, se por um lado, o modelo velho não vem correspondendo, ou seja, não dá a resposta desejada, de outro, talvez o modelo novo ainda não esteja suficientemente amadurecido para tal tarefa. Contudo, é certo que a crise traz problemas, mas também com eles exige reflexões, mudanças de conceitos, o que revela que as ciências humanas são dinâmicas e, em verdade, trabalham com conceitos transitórios e mutáveis. Nessa linha, pode-se dizer que o Direito Penal clássico está em crise, pois além de falhar no aspecto garantista, não apresenta respostas satisfatórias na forma de proteção dos bens jurídicos e valores essenciais, não para extirpar a violência do seio da sociedade, mas, sim, para mantê-la em graus toleráveis, como prega a criminologia.

Nesse mesmo sentido aponta Eduardo Diniz Neto<sup>11</sup>:

No entanto, a sociedade moderna, paradoxalmente, diante do atual estágio de evolução tecnológico-industrial, científica e econômica, passou a conviver com uma série de condutas atentatórias a bens jurídicos inalcançáveis pela forma de tutela de um dito direito penal clássico, situação que exige, por conseguinte, a modernização de seu complexo normativo-coercitivo-repressivo, sem o que não há como se legitimar a intervenção deste ramo do direito para a solução de conflitos ou mesmo como instrumento de defesa social ou da ordem pública. Numa aproximação, assim, com a própria teoria da sociedade, situada entre o plano da fundamentação e o plano de aplicação do direito penal, a dinâmica da “sociedade do risco” é conduzida por uma racionalidade instrumental (econômica, técnica e científica), com viés, muitas vezes, marginal aos discursos moral e ético, que é responsável pelo surgimento de novos e grandes riscos e sua potencial dimensão de catastrófica. “Na verdade, as sociedades contemporâneas têm vindo a ser confrontadas e a adquirir progressivamente consciência de que o progresso tecnológico, científico e econômico que assenta o seu desenvolvimento, a par de inúmeros benefícios, produz graves ameaças para a existência e a qualidade da vida humana<sup>12</sup>”.

Assim, pode-se afirmar que, em certa medida, frente a nova realidade, o Direito Penal clássico se tornou impotente, ao menos para fazer frente as novas demandas da pós-modernidade. Para Jorge Figueiredo Dias, a solução está no próprio Direito Penal, com

---

<sup>11</sup> NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. In: **Revista de Direito Público**, vol. 5, nº 2, ago. 2010. Londrina: 2010, págs. 203-204.

<sup>12</sup> SILVA DIAS, Augusto. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra, 2008, págs. 21-22.

mudanças no paradigma da imputação, com uma tendência para responsabilização da pessoa jurídica, sem afrontar, contudo, os direitos e garantias individuais. Para outros juristas, ainda que com enfoques diferentes, a saída é o “direito sancionatório de caráter administrativo”. Nessa linha, pode-se citar, por exemplo, Winfried Hassemer (direito de intervenção) e Jesús-María Silva Sánchez (direito penal de duas velocidades). É possível afirmar que a diferença entre estes autores está no critério jurídico-político adotado. Em síntese, tanto Winfried Hassemer quanto Silva Sánchez buscam uma saída dentro do próprio Direito Penal, com flexibilização das garantias, com a diferença de que, para aquele, é possível a conversão da sanção em privativa de liberdade, enquanto que, para este, não é admitida a pena de prisão<sup>13</sup>.

Os riscos a que a humanidade está submetida nos tempos atuais afetam a todos, inclusive aqueles que num primeiro momento deles se beneficiam. Numa sociedade de riscos, na qual os avanços das ciências e a crescente necessidade de converter recursos naturais em utilidades para o ser humano, pode-se alcançar uma situação em que não se identifica o perigo a que está submetido determinado bem jurídico previamente valorado na Constituição.

É dentro deste contexto que o Direito Penal ainda procura uma "fórmula", ou um equilíbrio, capaz de assegurar uma efetiva tutela a bens jurídicos transindividuais lesados ou ameaçados de lesão<sup>14</sup>. O Direito Penal moderno tem como escopo imediato e primordial a proteção de bens jurídicos relevantes que se encontram dentro do quadro axiológico traçado na Constituição<sup>15</sup>.

Com a maior percepção dos riscos a que estamos submetidos, é natural que surja cada vez mais demanda social por proteção, a pressionar o mundo político na criminalização de condutas consideradas demasiadamente perigosas e que tendem a violar o meio ambiente, a ordem econômica, a saúde pública, o sistema financeiro nacional, etc. Assim, pode-se observar o surgimento de novos bens jurídicos, marcadamente transindividuais, baseados em novos juízos valorativos sobre interesses preexistentes.

Segundo Jesús-María Silva Sánchez, as causas da provável existência de novos bens jurídicos-penais são distintas. Por um lado, aponta o autor que a generalização de novas realidades que antes não existiam e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas, assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de investimento. Outro fator que se alude é a deterioração de

---

<sup>13</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 33. São Paulo: jan./mar. 2001, p. 39 e ss.

<sup>14</sup> LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *In: Revista CEJ* 4/105, Brasília, 1998.

<sup>15</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 7-8.

realidades tradicionalmente abundantes, que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais agora se atribui maior valor que anteriormente, ao menos de modo expresso: por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, aponta Silva Sánchez que há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram presentes, sem que se reparassem nelas, como exemplo, o patrimônio histórico-artístico, dentre outros fatores<sup>16</sup>.

O relevo que essas novas realidades ganham, ou até um novo reconhecimento das mesmas já existentes e até então ignoradas, são evidências de uma provável expansão do Direito Penal. O que é de fundamental importância é proclamar que o Direito Penal não deve nunca perder sua condição de *ultima ratio* da política social. É certo que, verificada a possibilidade de uma tutela eficaz por via extrapenal, deve esta prevalecer, evidenciando-se aí o princípio da intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal.

Jesús-María Silva Sanchez, tratando da expansão do Direito Penal, ressalta que o Direito Penal do risco indicaria quatro caminhos de atuação: o uso intenso de normas penais em branco; a criação de tipos penais abertos; a tipificação de tipos de perigo; e a responsabilização de pessoas jurídicas<sup>17</sup>.

Assim, esse novo Direito Penal decorrente da necessidade de mudanças do paradigma clássico para o enfrentamento de nova realidade criminosa surgida com a sociedade do risco, mais se aproxima das bases epistemológicas das correntes funcionalistas ou normativistas. Em linhas gerais, pode-se apontar três grandes traços da modernização ou expansão do Direito Penal influenciado por esta nova sociedade de risco: a administrativização do Direito Penal; a regionalização ou globalização do Direito Penal, e a progressiva desconstrução de alguns aspectos do Direito Penal liberal.

A administrativização do Direito Penal caracteriza-se pela introdução de novos objetos de proteção, pela antecipação das fronteiras de proteção penal e pela progressiva substituição do modelo de proteção de bens jurídicos individuais, para um modelo de delitos de perigo de lesão a bens transindividuais.

A regionalização ou globalização do Direito Penal diz respeito à nova criminalidade decorrente de fatores criminológicos oriundos dessa nova realidade da sociedade de risco, cujos autores pertencem a organismos de poder, seja interno ou de caráter internacional, para suas empreitadas criminosas sem fronteiras, decorrente da integração regional de mercados,

---

<sup>16</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 27.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 34.

no qual há facilidades de circulação de bens, valores e pessoas. Tal fenômeno demanda uma maior cooperação entre os órgãos de persecução dos variados Estados, no compromisso jurídico-político de combate a esses crimes.

Por sua vez, o traço da progressiva desconstrução do paradigma liberal de Direito Penal tem por base uma nova epistemologia que valoriza e protege bens jurídicos transindividuais; a diminuição dos espaços do risco permitido, com a antecipação da proteção penal; a flexibilização das regras de imputação e até alguma relativização de princípios penais de garantia.

Segundo Jose Luis Díez Ripollés, citado por Eduardo Diniz Neto:

Uma política criminal que pretendesse, assim, dar resposta a essa sociedade de risco poderia convocar-se a partir de quatro grandes linhas: Primeiramente, uma notável ampliação dos âmbitos sociais objeto de intervenção penal, a qual pretenderia incidir sobre realidades sociais preexistentes, cuja vulnerabilidade se tivesse potenciado; entre os setores de intervenção preferenciais teria de se citar a produção e distribuição de produtos, o meio ambiente, os novos âmbitos tecnológicos como o nuclear, o informático, o genético..., a ordem sócio-econômica e as atividades enquadradas em estruturas organizadas de crime, com especial menção ao tráfico ilícito de drogas. Em segundo lugar, uma significativa transformação do objetivo da nova política criminal, que concentraria seus esforços em perseguir a criminalidade dos poderosos, únicos setores sociais capazes de desenvolver sofisticadas condutas delituosas e que até então raramente entravam em contato com a justiça penal; para tais efeitos contar-se-ia com o aval derivado das demandas de intervenção penal vindas das organizações sociais surgidas nos últimos tempos em defesa dos novos interesses sociais - associações, ONGs, etc. -, com a decidida inserção nos programas de propostas de criminalização dessas atividades lesivas dos poderosos e, sobretudo, com o apoio das maiorias sociais que se identificam com as vítimas dos abusos dos socialmente privilegiados. Em terceiro lugar, a primazia dada à intervenção penal em detrimento de outros instrumentos de controle social, na crença de que a contundência e capacidade socializadora do direito criminal são mais eficazes na prevenção dessas condutas do que outras medidas de política econômica ou social, ou do que intervenções levadas a efeito no âmbito de outros setores jurídicos como o direito civil ou o direito administrativo, numa clara restrição ao princípio da subsidiariedade penal, que é, assim, posto em causa. Por fim, a necessidade de adaptar os conteúdos de direito penal e processual penal às dificuldades especiais à persecução desta nova criminalidade reporta ao problema de às novas técnicas do crime, aos obstáculos para determinar os riscos não permitidos, e à trabalhosa individualização de responsabilidades ter de se contrapor uma atualização dos instrumentos punitivos, o que implica em reconsiderar ou flexibilizar o sistema de imputação da responsabilidade e de garantias individuais vigentes, o que há de fazer-se em função da necessidade político-criminal de melhorar a efetividade na persecução e no processo penais<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> RIPOLLÉS, Jose Luis Díez. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 17, nº 4. Coimbra, 2007, p. 547 e segs. *apud* NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. In: **Revista de Direito Público**, vol. 5, nº 2, ago. 2010. Londrina: 2010, págs. 212-213.

Considerando essa nova realidade da sociedade do risco e o rápido processo de globalização caracterizado pelo desenvolvimento tecnológico e pela integração dos mercados, as grandes empresas e seus negócios passam a ter um papel preponderante nas economias desenvolvidas e em desenvolvimento. Se as grandes empresas hoje exigem facilidades na livre circulação de capitais e pessoas como forma de alavancar os negócios, por outro lado culminou por abrir caminho para a expansão de uma criminalidade com fortes conexões internacionais, potencializando os danos de atividades ilícitas, por exemplo no campo da lavagem de dinheiro, do tráfico internacional de drogas ilícitas, do contrabando, e em diversos outros delitos que anteriormente estavam adstritos aos territórios dos países de origem.

É preciso reconhecer que o desenvolvimento do capitalismo financeiro fez com que as economias dos diversos países adquirissem alto grau de interdependência. A partir daí, crimes com possibilidade de grande repercussão econômica ganharam especial importância, como, por exemplo, os crimes financeiros, que podem gerar perigo real de quebra de todo o sistema financeiro. Ou seja, restou claro que algumas condutas geravam grande perigo sistêmico. Atualmente, sabe-se que qualquer rumor da provável insolvência de uma instituição financeira pode gerar um efeito cascata na economia. De igual modo, algumas condutas em temas de cibercriminalidade e de biossegurança podem gerar danos incalculáveis para a coletividade. Dessarte, para tutelar esses bens jurídicos transindividuais, o legislador se vê obrigado a criar tipos penais que fogem à visão clássica do Direito Penal que temos e, em determinados casos, sim, torna-se necessário mudar a visão e antecipar incidência da lei penal.

Nunca é demais lembrar que, verificada a necessidade de intervenção do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos imprescindíveis para a coexistência pacífica dos homens, deve a tutela penal dirigir-se apenas contra certas formas de agressão, havidas como socialmente intoleráveis. Somente as condutas mais gravosas, direcionadas contra bens jurídicos relevantes, podem ser objeto de criminalização - princípio da fragmentariedade<sup>19</sup>.

### **1.3. Direito penal econômico e programas de *compliance***

Desde as repercussões da quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929, como a necessária intervenção do Estado na economia (*New Deal*), culminando com os estudos do

---

<sup>19</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 149

sociólogo norte-americano Edwin H. Sutherland no que pertine ao denominado crime do “colarinho branco”, começou-se a perceber a ligação não pouco frequente entre as atividades empresariais e o mundo do crime<sup>20</sup>.

Em suas pesquisas, Edwin H. Sutherland revelou uma realidade pouco percebida em sua época, qual seja, a de que os ricos e poderosos também cometem ilícitos em suas atividades profissionais<sup>21</sup>. A partir desta percepção e do aprimoramento desta ideia, observou-se que a atividade econômica desenvolvida empresarialmente e o mundo do crime travavam um diálogo que levou, invariavelmente, a um progressivo processo de criminalização de certas práticas empresariais consideradas danosas, tanto para a coletividade quanto para a existência do próprio sistema econômico e financeiro. Daí o embrião necessário ao nascimento do hoje denominado Direito Penal econômico.

O Direito Penal econômico é um ramo do Direito Penal que possui autonomia didática, contudo, segue, como regra, a grande maioria dos princípios e garantias típicas do Direito Penal tradicional<sup>22</sup>. Por outro lado, apesar da abrangência dos delitos estudados neste ramo do Direito Penal, seus crimes reúnem algumas características comuns, dentre as quais, pode-se citar que costumam violar bens jurídicos transindividuais, assim como que seus autores comumente são identificados com os estratos mais altos da sociedade, no que diz respeito ao poder econômico.

O Direito Penal econômico pode ser definido tanto no sentido estrito como no sentido amplo. Em sentido estrito, o Direito Penal econômico compreende o conjunto de normas que reforçam, com ameaça de sanção penal, a intervenção do Estado na ordem econômica<sup>23</sup>. Por sua vez, no seu sentido mais amplo, o Direito Penal econômico consiste no conjunto de normas penais que regulam toda a cadeia de produção, comercialização, circulação e o consumo de mercadorias e serviços, ou seja, que visa proteger todas as relações de produção, desde a fabricação de produtos, a comercialização, a proteção da concorrência, a arrecadação tributária, o meio ambientais<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. *In: American Sociological Review*, Washington, v. 5, n. 1, 1940.

<sup>21</sup> SUTHERLAND, Edwin H. Is ‘White Collar Crime’ Crime? *In: American Sociological Review*, Washington, v. 10, n. 2, 1945.

<sup>22</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal. *In: Direito Penal Económico e Europeu*. Vol. 2. Coimbra: 1999, p. 489.

<sup>23</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. 2ª edição. Madrid: Ramón Areces, 2010, p. 13.

<sup>24</sup> TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *In: Cuadernos de política criminal*, nº 28. Madrid: Edersa, 1986, p. 74.



Nessa linha de raciocínio, Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo dizem que delito econômico em sentido amplo: “é aquela infração que, afetando um bem jurídico individual patrimonial, lesiona ou põe em perigo, igualmente, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”<sup>25</sup>.

Assim, segundo Carlos Martínez-Buján Pérez, trata-se de um conceito:

caracterizado por incluir, de pronto, as infrações violadoras de bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico que, embora não afetem diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, transcendem à dimensão puramente patrimonial individual<sup>26</sup>.

Interessante notar, outrossim, que este ramo do Direito Penal – Direito Penal econômico – é fortemente influenciado pelas construções doutrinárias e jurisprudenciais do Direito Penal anglo-saxão. Até mesmo por ser o centro capitalista mais desenvolvido do mundo, tendo, em virtude disso, grande poder de influência no resto de planeta, torna-se evidente a utilização de práticas e meios de solução orientados a partir dos Estados Unidos da América.

Nessa linha de raciocínio, Jesús-María Silva Sánchez observa que o Direito Penal econômico destoa do Direito Penal clássico, na medida em que este último gira em torno do pensamento dogmático-sistêmico da tradição teórica germânica, ao passo que aquele é mais influenciado pelo direito internacional penal da tradição angloamericana. Desse modo, mais do que a metodologia dedutivo-sistêmica do Direito Penal clássico, prevalece no Direito Penal econômico a metodologia indutivo-pragmática<sup>27</sup>.

Assim, considerando o atual cenário da sociedade de risco, na qual as atividades empresariais cada vez mais representam grandes riscos de danos à bens jurídicos supraindividuais, não tardou para que surgisse uma demanda social por mais proteção e controle de atividades econômicas perigosas<sup>28</sup>, daí surgir legislação regulando determinados setores da economia, como por exemplo o setor bancário e o de alimentos, de modo a limitar e fiscalizar essas atividades com vistas ao atendimento do interesse público e a manter os

---

<sup>25</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. 2ª edição. Madrid: Ramón Areces, 2010, p. 14.

<sup>26</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. Parte general. 2ª edição. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 95.

<sup>27</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. *In: La teoría del delito em la práctica penal económica*. Silva Sánchez, Jesús-María; Miró Llinares, Fernando (Dir.). Madrid: La Ley, 2013, p. 34 e segs.

<sup>28</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 56.

riscos produzidos dentro do limite do razoável. Vale mencionar, igualmente, o setor de exploração de energia, de captação de petróleo em águas profundas, dentre outros, cujo risco de um acidente com impacto ambiental é tamanho que a legislação de regência impõe, para se iniciar a exploração, a realização de estudos e uma séria de licenças prévias e autorizações.

Dentro dessa perspectiva, é natural que o principal ator econômico – a empresa – se preocupe com a detecção dos riscos de sua atividade, bem como na prevenção da ocorrência de ilícitos, razão pela qual Pierpaolo Bottini ressalta que a atividade deve ser desenvolvida com cuidado, diante da noção de risco e elemento ameaçador, na qual o gerenciador de riscos (por ex.: *compliance officer*) é pessoa indispensável:

Risco imprescindível para as atividades produtivas x elemento ameaçador – nessa ambiguidade que surge o gestor. “a gestão do risco é uma atividade generalizada na sociedade atual, levada a cabo por diversos personagens. É qualquer pessoa encarregada de avaliar os riscos. A avaliação e a elaboração de estratégias de enfrentamento de risco ganham terreno e importância nos espaços empresariais. Instrumentos de auto-regulamentação, de incentivo de controle de riscos, de desenvolvimento sustentável pautam a atuação de organizações privadas<sup>29</sup>.

Com isso, objetivando antecipar-se aos ilícitos com vistas a preveni-los, evitando, assim, ter de arcar com a reparação de danos eventualmente causados pela atividade, o mundo empresarial não tardou em desenvolver técnicas de gestão que possibilitassem uma antevisão dos problemas que poderiam causar prejuízos à empresa. Dentro desse contexto, surge a governança corporativa, que pode ser definida sinteticamente como o sistema que, usando principalmente o conselho de administração, a auditoria externa e o conselho fiscal, estabelecerá regras e poderes para conselhos, comitês, diretoria e outros gestores, procurando prevenir abusos de poder e criando instrumentos de fiscalização, princípios e regras que possibilitem uma gestão eficiente e eficaz, reduzindo e minimizando todo e qualquer conflito de agência que podem ser causados dentro da empresa.

Nessa linha, a necessidade de melhorar os processos de gestão demandam uma nova mentalidade e a prática de ações concretas para o desenvolvimento de uma governança efetiva. Nessa perspectiva, alguns princípios ganham relevância, dentre eles pode-se citar o princípio da transparência, o princípio da confiança, o da equidade, o da prestação de contas (*accountability*), e o da responsabilidade corporativa ou social. Assim, não é difícil perceber

---

<sup>29</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

que, como resultado dessa conjugação de fatores surge a ideia de *compliance*, que pode ser visto como uma espécie de instrumento capaz de auxiliar no sucesso da governança corporativa.

*Compliance* é vocábulo da língua inglesa que, livremente traduzido, significa cumprimento, atendimento, obediência. Em uma primeira aproximação, no mundo jurídico, pode-se dizer, sumariamente, que *compliance* é um plano de boas regras a ser cumprido no âmbito de uma estrutura empresarial. No mesmo sentido, na linha do que ressalta Adán Nieto Martín, *compliance* é: “atuar conforme a legalidade, entendendo também por legalidade o cumprimento de obrigações cíveis e diretivas internas da empresa”<sup>30</sup>.

Assim, pode-se dizer que os programas de *compliance*<sup>31</sup> congregam um conjunto de medidas de autocontrole adotadas por empresas, conforme as diretrizes estabelecidas pelo Poder Público, para que seus empregados e dirigentes cumpram as normativas, tanto internas quanto externas, com a finalidade de se evitar a ocorrência de infrações, tanto de natureza civil ou administrativa, quanto de natureza criminal.

No ponto, vale citar Juan Antonio Lascuraín Sánchez, para quem os programas de *criminal compliance* constituem-se:

uma série de estratégias normativas, aplicativas e institucionais dirigidas a evitar que, no exercício da atividade social, se cometam delitos a favor de uma empresa. É um programa de controle social. É um programa de devido controle. Seu objeto é, com efeito, o delito, mas abrange, também, toda irregularidade grave, não só porque é muito difusa a fronteira do delitivo, sobretudo nas infrações socioeconômicas, como, igualmente, porque as medidas de detecção e controle são, por sua própria natureza, incidentes sobre toda conduta que sobrepassasse o permitido<sup>32</sup>.

Esses programas de *compliance* surgiram no direito norte-americano, quando da edição do chamado *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) de 1977, instituto este que foi ampliado após a crise financeira de 2008, por meio da edição do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, no ano de 2010. Com isso, é possível dizer que esta realidade, somada a sistemática de criminalização das pessoas jurídicas, a responsabilização dos dirigentes, autorizam afirmar que estamos em uma nova era do Direito Penal, onde as

<sup>30</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el Derecho Penal. In: **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Kuhlen, Lothar; Pablo Montiel, Juan; Urbina Jimeno, Íñigo Ortiz (Org.). Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 22-23.

<sup>31</sup> Importante destacar que a doutrina pode fazer menção a este fenômeno de diversas maneiras, dentre as quais temos: “programas de cumprimento” (*cumplimiento*), “programas de conformidade” (*conformité*) e “programas de aderência”. No Brasil, a Lei nº 12.846/2013, por seu art. 7º, inciso VIII, preferiu chamar de “programas de integridade”.

<sup>32</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In: **El Derecho penal económico em la era compliance**. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 128.

obrigações de observância constituem-se como ponto relevante dentro da responsabilização criminal.

A partir do amadurecimento da experiência norte-americana, os programas de *compliance*, em geral, são dotados de algumas características marcantes e elementos essenciais, dentre os quais pode-se citar: a existência de um código de ética e de uma política de boas-práticas no interior da empresa; o estabelecimento de canais de denúncias (*hotlines*), que pode ser anônima ou não, à disposição de empregados ou do público externo; a existência de protocolos de investigação das infrações já verificadas na empresa, com a previsão de sanções aos responsáveis, assim como a comunicação da ocorrência aos órgãos fiscalizadores estatais.

Na mesma linha é o pensamento de Philip A. Wellner que, dissertando sobre os elementos essenciais de um programa de *compliance*, diz:

Programas de compliance são mecanismos internos adotados pelas empresas para identificar e prevenir a ocorrência de infrações dentro das companhias. Os elementos básicos de tais programas são: um código de conduta formal, e existência de um compliance office e um compliance officer, e uma linha telefônica de denúncias para os empregados<sup>33</sup>.

Dentre os benefícios apontados pela doutrina quando da adoção de programas de *compliance* por organizações empresariais, pode-se citar: fortalecer a governança corporativa; prevenir e detectar os ilícitos; minimizar multas e autuações; melhorar a percepção do ambiente interno e das relações de trabalho, e melhorar a imagem da empresa para o público externo.

Por outro lado, é inegável que, os programas de *compliance* possuem um potencial de evidenciar os deveres impostos aos integrantes de uma organização empresarial, evitando-se, pois, a ocorrência da citada “irresponsabilidade organizada” ou, também, a “responsabilidade objetiva” daquele que se encontra na cúpula da empresa<sup>34</sup>.

A existência de um programa de *compliance* eficaz pode até excluir a persecução penal da empresa após o cometimento de um crime por parte de seu funcionário. Além disto, se a empresa vier a ser acusada e condenada por crime cometido por seu funcionário, no

---

<sup>33</sup> WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. In: **Cardozo Law Review**. Vol. 27, Issue 1, New York, p. 497. Disponível em: <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-1/wellner.final.version.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.

<sup>34</sup> A estratégia da autorregulação regulada pressupõem uma reorganização empresarial para que, em verdadeira cooperação com o poder público, fatos delituosos não ocorram ou, se ocorrerem, que sejam detectados e comunicados aos órgãos estatais de persecução criminal.

direito norte-americano, o fato de adotar um programa de *compliance* pode acarretar uma punição mais branda, conforme estabelecido no *U.S. Sentencing Guidelines*<sup>35</sup>.

Contudo, vale indagar o que faz um programa de *compliance* verdadeiramente eficaz? Nesse ponto, a doutrina aponta a necessidade de alguns preceitos básicos: 1) comprometimento e apoio da alta direção: condição indispensável e permanente para o fomento a uma cultura ética e de respeito às leis; 2) instância responsável (*compliance office*): deve ser dotada de autonomia, independência, imparcialidade, recursos materiais, humanos e financeiros; 3) análise de perfil e riscos: a empresa deve conhecer seus processos e sua estrutura organizacional (*know your client*); 4) estruturação das regras e instrumentos: procedimentos de prevenção, detecção e reporte de irregularidades; 5) estratégias de monitoramento contínuo: é necessário definir procedimentos de verificação da aplicabilidade do Programa de Integridade ao modo de operação da empresa e seu aperfeiçoamento constante.

No que diz respeito ao *criminal compliance*, vale sublinhar que Eduardo Saad-Diniz e Renato de Mello Jorge Silveira registram que:

Sua estrutura é bastante interessante, mas causa uma certa preocupação quando visto sob prisma penal. É de se ver, de toda forma, que a técnica dos programas de compliance não se mostra apenas como ornamentação de estilo das teorias do consenso – e nem mesmo da arbitragem ou dos sistemas de auditoria interna. Ela vai além: mostra-se como uma aceitação institucionalizada, que combina as variadas possibilidades de comportamento decisório no âmbito empresarial. Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas, ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros<sup>36</sup>.

Assim, não é difícil perceber que a adoção de programas de *compliance*<sup>37</sup> por organizações empresariais possibilita de modo adequado o pleno conhecimento dos riscos

<sup>35</sup> WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. In: **Cardozo Law Review**. Vol. 27, Issue 1, New York, p. 497. Disponível em: <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-1/wellner.final.version.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.

<sup>36</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. In: **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**. Ano 15, Vol. 56 abr-jun/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 295-296.

<sup>37</sup> Como explica SIEBER, os programas de *compliance* são técnicas de autoregulação regulada ou co-regulação, podendo variar muito em seu conteúdo pois sob esta ótica de observância se desenvolve a prevenção de delitos praticados contra a empresa, assim como delitos praticados em favor da empresa, albergando os interesses dos sócios, diretores, consumidores, trabalhadores e, inclusive, interesses sociais (SIEBER, Ulrich. Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, trad. Manuel A. Abanto Vásquez. In: **El Derecho Penal Económico**

típicos daquela atividade desenvolvida pela empresa, assim como, por outro lado, viabiliza um efetivo controle, geralmente através do *compliance officer*, de todas as irregularidades e ilicitudes ocorridas na empresa ou pela empresa, seja nas suas relações com fornecedores, clientes, ou mesmo com o poder público.

Destarte, esse prévio conhecimento dos riscos naturais da atividade empresarial, bem como a constante vigilância e prevenção dos ilícitos, são funções do *compliance* que, em uma primeira aproximação, podem ser equiparadas aos elementos tradicionais da culpabilidade que é a potencial consciência da ilicitude, bem como, também, molda o espectro de comportamento que se reveste na inexigibilidade de conduta diversa.

Os programas de *compliance* são o principal instrumento capaz de gerar eficiência no que se denomina autorregulação regulada e, segundo Adan Nieto Martín, a autorregulação regulada é uma estratégia de lidar com a delinquência empresarial e repousa na:

necessidade de que as empresas colaborem com o Estado com o fim de assegurar a eficácia do Direito. Se as grandes empresas multinacionais e as sociedades com ações cotadas em bolsa não se convertem em uma espécie de agentes do Estado, comprometendo-se seriamente com a prevenção e sanção dos comportamentos desviados que possam vir a realizar seus empregados e dirigentes, grande parte das normas de conduta cuja eficácia se procura assegurar mediante o Direito Penal Econômico serão papéis sem valor<sup>38</sup>.

Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú<sup>39</sup>, discorrendo sobre os programas de *compliance* (ou conformidade), asseveram que estes são:

o conjunto de medidas de autocontrole ou de autovigilância adotadas por empresas, consoante as diretrizes fixadas pelo poder público, para que seus dirigentes e empregados cumpram com as normativas, tanto internas quanto externas, com o objetivo de se evitar a ocorrência de infrações de diversas ordens, inclusive as de natureza criminal. Os programas de *compliance* também compreendem protocolos de investigação de infrações já ocorridas, sancionando-se, internamente, os seus responsáveis, bem como comunicando tais ocorrências aos órgãos fiscalizadores estaduais. Dentre as diversas medidas inerentes aos programas de *compliance* está a implantação de 'códigos de ética' e 'políticas de boa-governança', bem como estabelecimento de 'canais de denúncias', anônimas ou não, à disposição de empregados ou do público externo.

---

**en la era Compliance.** Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín (Org.). Valência: Tirant lo Blanch, 2013, p. 71).

<sup>38</sup> NIETO MARTÍN, Adán. El programa político-criminal del 'corporate government'. In: **Revista de Derecho y Proceso Penal**. Nº 11, Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 445-446.

<sup>39</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do *compliance*. In: **Revista Quaestio Iuris**. Vol. 10, nº 2, Rio de Janeiro: 2017, pp. 1031-1051.

Assim, já é possível perceber que o *compliance officer*<sup>40</sup> por delegação pode assumir a condição de garantidor, com a função de gerir o programa de *criminal compliance* (garantindo sua eficácia), o que não significa que a criação do *compliance office* exonere os administradores da posição de garantidor, eis que apenas promove uma modificação de sua posição/dever, deixando de se ocupar do controle e evitação, incumbindo-se do dever de supervisão e vigilância do *compliance officer*<sup>41</sup>.

Com a adoção de um programa de *compliance* há a distribuição de responsabilidades entre dirigentes, oficial de *compliance* e demais empregados. O empregado, como executor direto, pode responder como autor ante o domínio da ação; o oficial de *compliance* pode, por sua vez, responder como autor diante do descumprimento de suas funções de vigilância; por fim, o dirigente pode responder, igualmente, como autor, caso tenha procedido a uma “delegação defeituosa” das funções ao setor responsável ou falhado na supervisão do *compliance officer*<sup>42</sup>.

Tratando da abrangência e conteúdo dos programas de *compliance*, Pedro Luiz Bueno de Andrade e Sérgio Salomão Shecaira lecionam que:

A abrangência dos programas de compliance alcança diferentes esferas da atividade empresarial. Vai dos códigos de prevenção em matéria ambiental ou em defesa do consumidor a um arsenal de medidas preventivas de comportamentos delitivos referentes ao branqueamento de capitais, lavagem de dinheiro, atos de corrupção, marcos regulatórios do exercício de atividades laborais etc. Tais programas intraempresariais prevêm exercícios permanentes de diligências para detectar condutas delitivas; promoção de instrumentos de cultura organizativa para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito; o controle na contratação de pessoal sem antecedentes éticos duvidosos (“fichas sujas”); a adoção de procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa; a adoção de controles e auditorias permanentes; a punição de envolvidos com práticas aéticas; e a adoção de medidas preventivas de cometimento de novos delitos, quando um tenha sido eventualmente identificado<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> “a crescente complexidade das corporações há décadas tornou comum a delegação, a várias pessoas (dentre elas, os hoje denominados compliance officers), da função de desenvolvimento de um programa de controle interno, compreendendo a seleção, o cuidado, o treinamento e o controle dos funcionários (...)” (SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o Criminal Compliance no Brasil. In: GUARANI, Fábio André; BUSATO, Paulo César, coordenadores; DAVID, Décio Franco, organizador. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 174).

<sup>41</sup> A legislação brasileira não delimita a função do *compliance officer*. No Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, existe apenas uma referência abstrata do “responsável pela aplicação do programa de integridade”.

<sup>42</sup> “Desde el punto de vista penal se nos muestra como sigue: los controles le incumben en principio a la dirección de empresa personalmente. Sin embargo, como regla general, para poder garantizar una medida de vigilancia jurídicamente adecuada, es necesaria – en las empresas de un cierto tamaño – una delegación en personas subordinadas dedicadas a la vigilancia”. (BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. In: KUHLEN, Lotar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 119).

<sup>43</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão e ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o Direito Penal. Compliance e o Direito Penal. In: **Boletim do IBCCRIM**, v. 222.

Assim, não é difícil perceber que a organização de um efetivo programa de *compliance* na empresa auxilia na identificação da posição de garantidor e na responsabilização tanto do oficial de *compliance*, quando tem a possibilidade concreta de intervir, como, em certos casos, de imputar a autoria ao dirigente que não observa, da sua parte, os deveres residuais de supervisão. Cuida-se de responsabilidade penal por omissão, que pode ou não ser compartilhada pelo dirigente.

Dessa mesma forma, a adoção de programas de *compliance* na empresa favorece e facilita o delineamento de sua culpabilidade quando da ocorrência de ilícito penal. A prévia ciência dos riscos naturais da atividade empresarial, a tomada de posição da empresa em tentar prevenir a ocorrência de ilícitos, a efetiva fiscalização de seus funcionários, no desempenho de funções especialmente arriscadas sob o ponto de vista criminal, o constante incentivo para a mudança da cultura empresarial, são atividades que a empresa pode tomar e que decerto merecem ser levadas em conta no momento da análise da culpabilidade empresarial.

Os conhecidos elementos da culpabilidade, em especial a “potencial consciência da ilicitude” e a “exigibilidade de conduta diversa” são facilmente perceptíveis quando da análise da responsabilidade penal da empresa na perspectiva dos programas de *compliance*. É inegável o ganho de qualidade na análise e na delimitação de responsabilidade da pessoa jurídica, afastando-a de uma responsabilização objetiva (incompatível com um Direito Penal garantista).

Ulrich Sieber leciona que as regras de *compliance* surtem efeitos também na imputação de delitos culposos. Isto devido a violação de um dever de cuidado, que se produz por desviação do autor daquela conduta cuidadosa que era objetivamente esperada (com base nas regras e na experiência do que normalmente ocorre)<sup>44</sup>. A relevância da culpa revela-se mais clara ainda na medida em que, para além da violação de um dever de cuidado que se exige a previsibilidade, importa a possibilidade de reconhecer a realização do tipo, enquanto evitação de um dano, adotando-se um dever de cuidado pertinente em relação ao conhecimento da fonte de perigo. Revelando até onde vai o risco permitido e onde se inicia o risco proibido.

---

<sup>44</sup> SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: **Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2013, p. 298.



No que toca as possíveis causas de exclusão ou mitigação da culpabilidade empresarial, com reflexos no *quantum* da pena a ser fixada no caso de condenação, vale ressaltar que o direito penal espanhol<sup>45</sup>, assim como o norte-americano, entende plausível que a existência de um real e efetivo programa de *compliance*, bem como a postura da empresa em reparar o dano ou colaborar com as investigações de modo eficaz, represente causa idônea e suficiente para redução da responsabilidade penal da empresa.

Ressalte-se que resta evidente que a adoção de programas de *compliance* (ou integridade) pelas empresas auxiliam – e muito – na delimitação da efetiva culpabilidade da empresa quando diante de um ilícito penal por ela praticado. O prévio conhecimento dos riscos da atividade empresarial, somado à postura e atitude da empresa em minimizar esses riscos, revelam sua potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, de modo que fica claro a presença ou não de sua culpabilidade penal.

Por fim, vale dizer que os benefícios trazidos à atividade empresarial com a criação e implementação de efetivos programas de *criminal compliance* devem ser destacados como uma forma de incentivo ao desenvolvimento de uma nova cultura das relações entre Direito Penal e atividade empresarial. A prevenção no cometimento de ilícitos penais em benefício da empresa (ou cometidos por meio da empresa) devem ser incentivadas no cotidiano da empresa, eis que resultará em avanço na política criminal, mormente nas áreas da criminalidade econômica.

#### 1.4. Direito penal e imputação objetiva

Considerando as novas demandas sociais por proteção advindas de uma sociedade na qual há uma constante criação e multiplicação de risco, o Direito Penal deve se reposicionar de modo a não produzir uma excessiva incidência diante de cada fato perigoso então verificado. Nessa linha, a relação entre conduta, nexos causal e resultado torna-se cada vez mais complexa e dependente de inúmeras atuações dificilmente identificadas. Essa nova

---

<sup>45</sup> Sublinho que o Código Penal espanhol, por seu artigo 31 bis, 4, dispõe que:

“4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

realidade, pode-se dizer, pressiona a concepção finalista de ação e exige uma nova forma de encarar a questão.

A ação humana, na concepção finalista, tem por base estruturas lógico-ontológicas. A ação consiste no exercício de uma atividade finalista. Desta forma, segundo Hans Welzel, “a finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, conforme um plano endereçado à realização desses fins”<sup>46</sup>.

Assim, observa-se que a estrutura ontológica da finalidade condiciona a concreta imputação de resultados. Vale dizer, a vontade finalista é a resolução delitiva que rege e domina o curso causal. Essa vontade intencional configura e dirige o processo causal externo, convertendo-o em um resultado final. Dessarte, em que pese o finalismo não conceber a ação como mero processo causal equiparado aos processos da natureza, temos que no finalismo o critério que permite imputar um resultado à ação não é a simples causalidade, mas a finalidade que a dirige.

Com isso, não é difícil perceber que, diante da multiplicidade de riscos hoje verificados e da alta complexidade dos processos causais resultantes em perigo de dano ou dano efetivo, era necessário reformular os critérios de imputação de modo a adequá-los aos fins político-criminais do Direito Penal. Nessa linha de raciocínio, identifica-se o Direito Penal da sociedade de risco com a proliferação de delitos de perigo, ou seja, com a incriminação de condutas de risco, sem a necessidade de se aguardar a produção efetiva de danos, para o que são erigidos a bens jurídico-penais aqueles cuja regulação e tutela se davam, noutros tempos, através de distintos ramos do direito, notadamente administrativo e civil. Esse movimento é indissociável da ideia de segurança extraído da própria lei e da interpretação daqueles bens jurídicos supraindividuais, tal como ocorre, por exemplo, com a segurança no tráfego, no trabalho, na saúde pública, etc.

Nesse contexto, Claus Roxin, a partir da década de 70 do século passado, formula o modelo funcionalista teleológico (normativista) de Direito Penal no qual objetiva encontrar soluções mais consentâneas com a realidade atual da sociedade de risco. Assim, Roxin busca substituir a orientação ontológica típica do finalismo (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.), por um critério especificamente jurídico-penal, com bases político-criminais

---

<sup>46</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 11ª edição. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 53.

orientado às funções do Direito Penal e da pena, por meio de aportes normativistas que viabilizam respostas mais adequadas do ponto de vista político-criminal<sup>47</sup>.

Na base da concepção funcionalista, portanto, a perspectiva do risco vincula-se com uma série de fenômenos afetos ao moderno Direito Penal. Com efeito, pode-se destacar o traço da administrativização do Direito Penal e a frequente e imprescindível utilização de juízos de valor normativos para a própria compreensão do delito e sua imputação, razão pela qual o Direito Penal passa a regular, antes mesmo de qualquer dano, setores de risco socialmente mais significativos no mundo moderno, como, *verbi gratia*, a energia nuclear, o meio ambiente, a produção alimentícia, as investigações biomédicas, o sistema financeiro, etc, para o que se vale necessariamente de leis ou normas penais em branco ou abertas.

Dentro dessa concepção funcionalista, Claus Roxin elabora a teoria personalista da ação, na qual considera ação uma manifestação da personalidade, vale dizer, é tudo o que pode ser atribuído a uma pessoa como centro de atos anímico-espirituais. A ação é entendida funcionalmente como exteriorização da personalidade<sup>48</sup>. Trata-se de um conceito normativo porque designa com anterioridade o aspecto axiológico decisivo para o exame jurídico da ação<sup>49</sup>.

Além da teoria personalista da ação, há duas peças centrais na construção funcionalista teleológica de Claus Roxin, é dizer: a teoria da imputação ao tipo objetivo e a concepção da responsabilidade<sup>50</sup>. Para os fins desta pesquisa, a análise se limitará à teoria da imputação objetiva.

Para Claus Roxin, como o Direito Penal deve cumprir a função político-criminal de evitar riscos intoleráveis para o indivíduo e para a coletividade, é natural que, assim, a tipicidade objetiva passe a depender da realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma, o que acaba por substituir a ontologia da causalidade por um conjunto de regras orientadas a valorações jurídicas. Vale dizer, a teoria da imputação objetiva trabalha com a ideia de que somente interessa ao direito penal “a criação de um risco juridicamente

---

<sup>47</sup> GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27 e segs.

<sup>48</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 252.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>50</sup> Claus Roxin estende a culpabilidade em uma nova categoria sistemática denominada responsabilidade. A responsabilidade se apoia nos princípios político-criminais dos fins da pena. Assim, embora continue pressuposto da punibilidade, a responsabilidade não é por si só o bastante para afirmá-la, uma vez que depende, também, da necessidade da pena do ponto de vista preventivo geral (interesse da coletividade) e especial (reprovação pessoal). (cf. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 183).

desaprovado e sua realização no resultado”<sup>51</sup>. Com efeito, ação que não cria risco, que não o aumente ou que crie risco permitido ou tolerado, não deve interessar ao Direito Penal.

Deste modo, estando o Direito Penal pressionado pela realidade da sociedade do risco para uma política criminal expansionista, é certo que o núcleo básico desse novo Direito Penal é o conceito de risco permitido. Este risco não se traduz em apenas um momento ou em uma simples valoração jurídico-penal da conduta, mas que, na verdade, atua como uma causa de exclusão do valor da conduta ou mesmo como uma argumentação na esfera da antijuridicidade. Trata-se de critério que expressa uma ponderação dos interesses penalmente relevantes. Com isso, se o risco for para além do permitido e atingir bens jurídicos relevantes para o Direito Penal, este deverá intervir, ainda que antecipadamente à verificação de qualquer dano concreto.

É cediço que para se imputar um fato delituoso a alguém, é preciso verificar que a ação (ou omissão) praticada pelo autor se amolda ao tipo penal incriminador específico, tanto no seu aspecto objetivo, quanto no seu aspecto subjetivo. O tipo objetivo, basicamente, compreende a descrição da ação que dá causa ao resultado. O tipo subjetivo, por sua vez, compreende os elementos anímicos que devem estar presentes na mente do autor no momento da prática delitiva, dizem respeito ao psiquismo do agente (dolo e culpa)<sup>52</sup>. O tipo subjetivo será estudado detidamente no próximo capítulo, pois guarda íntima relação com o tema principal desta pesquisa (a teoria da cegueira deliberada).

Neste momento nos interessa o tipo objetivo, assim como o modo pelo qual o mesmo pode ser legitimamente imputado a alguém. O tipo objetivo possui elementos que subdividem-se em descritivos e normativos. Os descritivos são aqueles que não necessitam de um juízo de valor para a sua compreensão, sendo facilmente entendidos pelo intérprete. Já os elementos normativos são aqueles que, para sua compreensão, necessitam de um juízo de valor, pois abrangem termos indeterminados, tais como “dignidade”, “decoro”, “obra de arte”<sup>53</sup>.

Com a teoria da imputação objetiva, a preocupação não é saber se o agente atuou efetivamente com dolo ou culpa, o problema se coloca antes dessa aferição, ou seja, resta investigar se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ou não ser imputado ao agente. Segundo Claus Roxin, in verbis:

---

<sup>51</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 60.

<sup>52</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**. 3ª edição. Bogotá: Editorial Temis, 2013, p. 51.

<sup>53</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 221.

a tarefa primária da imputação ao tipo objetivo é fornecer as circunstâncias que fazem de uma causação (como o limite máximo da possível imputação) uma ação típica, ou seja, que transformam por ex. a causação de uma morte em um homicídio; se uma tal ação de matar também deve ser imputada ao tipo subjetivo, considerando-se dolosa, isto será examinado mais adiante<sup>54</sup>.

Claus Roxin, com a teoria da imputação objetiva, tenta não mais se vincular apenas às realidades ontológicas prévias – próprias do finalismo (ação, nexos de causalidade e resultado) – mas também busca estabelecer parâmetros político-criminais para incidência do Direito Penal. Sobre essa base, Roxin vincula as categorias jurídico-penais às concepções contemporâneas dos fins preventivos da pena<sup>55</sup>.

Vale ressaltar que, conforme as construções dos modelos anteriores, é dizer, do causalismo ao finalismo, o conteúdo do tipo objetivo dos crimes materiais esgotava-se, em geral, na relação natural de causalidade entre a ação e resultado. Assim, como tentativa de corrigir e superar os excessos da teoria da equivalência dos antecedentes e da causalidade adequada, e com o escopo de colmatar lacunas do finalismo e melhor adequar o modo de imputação, Roxin orienta a imputação objetiva a finalidades político-criminais com base na exposição ao risco e à verificação de resultado<sup>56</sup>.

No ponto, vale mencionar que Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar alertam para a existência de sérios problemas de imputação existentes na arquitetura da teoria da tipicidade:

Apesar de certa confusão em torno da expressão imputação objetiva, é inegável que existem sérios problemas de imputação que constituem problemas de tipicidade objetiva que, sob esta ou outra designação, devem ser equacionados, e que não dispõem de elucidação unívoca, sendo frequentemente objeto de soluções visivelmente artificiais, quando não de agregados teóricos incoerentes<sup>57</sup>.

Por sua vez, Fernando Galvão da Rocha, tratando do caráter normativo da imputação objetiva em oposição ao caráter material da teoria da causalidade, afirma que:

<sup>54</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 308.

<sup>55</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, págs. 154.

<sup>56</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63 e segs.

<sup>57</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro** – vol. II, I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, págs. 180-181.

Pode-se distinguir causalidade material de imputação objetiva. A relação de causalidade material relaciona uma conduta a um determinado resultado no plano naturalístico e constitui pressuposto para a imputação objetiva nos crimes materiais. A definição do critério a ser utilizado para estabelecer a vinculação resulta de opção político-criminal, que acolhe qualquer das diversas teorias elaboradas para a determinação da causalidade. A imputação objetiva, por sua vez, é atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de modo a viabilizar sua responsabilização<sup>58</sup>.

Com isso, pode-se dizer que a denominada teoria da imputação objetiva cria novos critérios para a legítima imputação do tipo ao seu autor. Nesse contexto, segundo Claus Roxin, para uma imputação do tipo objetivo, além dos requisitos conduta, resultado e nexos de causalidade natural entre conduta e resultado, é necessário também o preenchimento do tipo objetivo com a verificação de que: 1) se a realização da conduta criou um risco não permitido de lesão ao bem jurídico; e 2) se esse risco não permitido se materializou no resultado<sup>59</sup>. A partir de tais premissas, Roxin desenvolve um grupo de casos que utiliza como critérios de imputação objetiva.

O primeiro critério trazido por Claus Roxin é o da exclusão da imputação por diminuição do risco. Segundo este critério, faltaria a criação do risco e, logo, não seria interessante, do ponto de vista político-criminal, imputar o resultado ao autor, pois, em situações nas quais este modifica um curso causal de tal modo que diminui o perigo que já existe para a vítima, melhorando sua situação, o autor não deve ser punido por isso.

No exemplo formulado por Roxin, imagine que A percebe que uma pedra é arremessada contra a cabeça de B e, procurando evitar uma lesão mais grave, A, que não pode evitar que esta pedra alcance B, empurra-o, fazendo com que a pedra o atinja em uma parte menos perigosa do corpo. Assim, a atuação de A, segundo Roxin:

significa uma diminuição do risco em relação ao bem protegido e, por isso, não se lhe pode imputar como ação típica. A conduta que reduz a probabilidade de uma lesão não se pode conceber como orientada de acordo com a finalidade de lesão da integridade corporal<sup>60</sup>.

Outro exemplo que pode ser citado é o do médico que, ao atender um paciente gravemente ferido, procura evitar sua morte, mas só logra em adiá-la. Vale observar que, pela doutrina tradicional, estes exemplos seriam solucionados pela excludente de ilicitude do

---

<sup>58</sup> ROCHA, Fernando Galvão da. **Imputação objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 43.

<sup>59</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, págs. 155.

<sup>60</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Editora Vega, 1986, p. 149.

estado de necessidade, ao passo que, por este critério, revela-se mais adequado excluir, desde logo, a imputação ao tipo objetivo.

O segundo critério é o da não criação de um risco juridicamente relevante. Segundo Roxin, deve-se rechaçar a imputação ao tipo objetivo quando o autor certamente não diminuiu o risco de lesão de um bem jurídico, mas, tampouco o elevou de modo considerável.

O exemplo ilustrativo é o do sobrinho que, almejando a morte de seu tio, com o fim de herdar-lhe todo o patrimônio, compra-lhe uma passagem de avião na esperança de que a aeronave sofra um acidente e venha a cair. Caso o acidente de fato ocorra e seu tio venha a morrer, embora essa fosse a vontade inicial do sobrinho, tal resultado não lhe deve ser imputado, eis que não houve a criação de um perigo juridicamente relevante. Em caso como tais, não há domínio do resultado através da vontade humana.

O terceiro critério elaborado por Roxin diz respeito ao aumento ou falta de aumento do risco permitido<sup>61</sup>. Nos termos preconizados, se a conduta do autor não houver, de alguma forma, aumentado o risco de ocorrência do resultado, este não lhe poderá ser imputado.

O exemplo citado é o do industrial A que, infringindo o dever de cuidado, entrega a seus trabalhadores matéria-prima não desinfetada para manejo. O que provoca a morte de alguns deles. Tempos depois, constata-se que tampouco a desinfecção aconselhada teria eliminado a possibilidade de as mortes virem a ocorrer.

No exemplo citado, ainda que o industrial A tivesse observado todo seu dever de cuidado, o resultado teria ocorrido, razão pela qual sua conduta não incrementou o risco e não deve ser a ele imputado o tipo objetivo. Em sentido diverso, deve-se imputar o resultado ao agente desde que sua ação inicial tenha aumentado o perigo no curso causal subsequente, de modo juridicamente relevante, sendo, portanto, o resultado, uma realização do perigo por ele criado<sup>62</sup>. Assim, no caso de A ferir intencionalmente B, sendo este socorrido, mas vindo a óbito por infecção hospitalar, Roxin entende que o resultado morte deve ser imputado ao agente A, uma vez que a morte por infecção só se realiza a partir dos ferimentos provocados por A e, dessa forma, o resultado é obra de quem provocou o ferimento, logo, criando ou incrementando o risco.

Finalmente, o quarto critério formulado por Claus Roxin relaciona-se com o âmbito de proteção da norma. Trata-se de casos em que o risco não permitido aumenta o perigo de um resultado, contudo, apesar de produzido, não se deve imputá-lo, pois o fim do preceito

---

<sup>61</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Editora Vega, 1986, p. 152.

<sup>62</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 156.

normativo não lhe abrange. O exemplo citado é o daquele que atropela negligentemente alguém e lhe causa a morte. A mãe da vítima, ao receber a notícia da morte do filho, começa a chorar e sofre um ataque cardíaco mortal.

Nesses casos, Roxin entende que o resultado morte (morte por susto) está muito além do fim protetivo da norma e não deve ser imputado àquele que atropelou o filho. Segundo Roxin, a finalidade de proteção legal de matar ou lesionar não tem por escopo preservar terceiros pessoas (que não o afetado) das repercussões de comoções psíquicas<sup>63</sup>.

Ainda com base nesse exemplo, Roxin afirma que:

O que verdadeiramente importa para a solução do caso é perceber se há que limitar o fim protetor dos próprios preceitos que impeçam as consequências diretamente lesivas de bens jurídicos ou se pretendemos alargá-lo de modo a evitar danos secundários desencadeados por aquelas (...) Para o direito penal parece-me político-criminalmente correta a limitação da esfera de proteção da norma aos danos diretos<sup>64</sup>.

Assim, na linha do que exposto por Rogério Greco, pode-se dizer que a teoria da imputação objetiva foi inicialmente criada para auxiliar na solução de algumas incongruências da teoria da equivalência das causas, erigindo uma relação de causalidade normativa, ao lado da de natureza material do finalismo. Também resta evidente que a imputação objetiva, além de ser uma análise que antecede à imputação subjetiva, pode dizer respeito ao resultado ou ao comportamento do agente<sup>65</sup>.

Por outro lado, a título de síntese conclusiva, pode-se dizer na teoria da imputação objetiva, após a verificação da causalidade, devem ser examinados os critérios acima desenvolvidos, e aí, então, aferir se determinado resultado pode ser atribuído ao autor, com base nos seguintes requisitos:

(1) Diminuição do risco – para que haja crime, tem que haver aumento do risco e, se houver diminuição, não deverá haver imputação do resultado; (2) Criação de um risco juridicamente relevante – o risco a ser criado deve ter alguma importância e o resultado a ser atingido deve depender exclusivamente da sua vontade; e (3) Esfera de proteção da norma – o incremento do risco mencionado deve se encontrar dentro do alcance protetivo da norma<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. 2ª edição. Tradução de Luzón Peña *et al.* Madrid: Civitas, 2006, T. I, p. 1012.

<sup>64</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Editora Vega, 1986 p. 156.

<sup>65</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 273.

<sup>66</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 157.



Tratando da utilidade e do o acerto da teoria funcionalista apresentada por Claus Roxin, Bernd Schünemann afirma a total pertinência do funcionalismo racional-teleológico, visto que, para a correta aplicação da dogmática penal, os pontos de vista normativista e ontológico não se excluem entre si, mas se complementam, sem conflitos ou contradições. Isso porque os juízos normativos político-criminais são emitidos sobre a base das categorias jurídicas construídas pelo finalismo<sup>67</sup>.

Vale aqui, por oportuno, apesar das inúmeras críticas que sofre por parte da doutrina<sup>68</sup>, tecer algumas linhas em consideração a vertente funcionalista sistêmica, capitaneada por Günther Jakobs, e que procura a renormativização total do sistema penal, em bases sistêmicas<sup>69</sup>. Jakobs radicaliza o normativismo, desvinculando o conceito de delito de considerações meramente ontológicas, como preconizada pelo finalismo.

Luiz Regis Prado, ao tratar da diferenciação entre o normativismo funcional teleológico de Claus Roxin (que chama de moderado) e o normativismo funcional sistêmico de Günther Jakobs (que é mais radical), leciona que:

A distinção entre ambos está no ponto de partida da renormativização do sistema e suas categorias e no grau de absolutização do fator metodológico funcionalista. (...) a diferença principal reside nas referências funcionais em razão das quais se assinalam conteúdos aos conceitos. Ademais, o primeiro [*funcionalismo teleológico*] se preocupa com os fins do Direito Penal, e não só com os fins da pena, como o segundo [*funcionalismo sistêmico*].

Nessa perspectiva, tem-se que a orientação teleológica funcional atribui funções político-criminais a cada categoria do delito.

A orientação funcionalista sistêmica, por sua vez, insiste em uma renormativização penal, deixando o legislador absolutamente livre, sem vinculação a nenhuma estrutura prévia à normação jurídica, para considerar apenas, na seleção de condutas objeto de criminalização, o aspecto social, com o objetivo de influir na estrutura da sociedade através da sanção penal (fins da pena)<sup>70</sup>.

Para Günther Jakobs, a pena tem uma função preventiva geral positiva, e “é uma mostra da vigência da norma à custa do responsável”<sup>71</sup>. A pena é uma reação diante da infração à norma, pela qual são reafirmadas tanto a sua vigência como a da ordem jurídica. O delito é um indício da falta de fidelidade ao direito, posto que é o ato comunicativo que atenta

<sup>67</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo em la dogmática jurídico-penal. *In: Obras*. Tradução de Mariana Sacher. Santa Fé: Rubinzal, 2009, p. 213, t. I.

<sup>68</sup> Por todos, vide BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral, vol. 1. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 124.

<sup>69</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; CALLEGARI, André Luis. Aproximação à teoria da imputação objetiva. *In: Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 48.

<sup>70</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, págs. 181-182.

<sup>71</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Tradução Joaquim Cuello Contreras et alii. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 9.

contra essa fidelidade e que põe em perigo a vigência do sistema normativo, advindo daí a resposta penal. Assim, para Jakobs, sinteticamente, cabe ao direito penal restabelecer no plano comunicativo a vigência perturbada da norma, por meio da pena que, como resposta, confirma a norma<sup>72</sup>.

Jakobs formula uma teoria da ação que busca substituir a finalidade pela inevitabilidade. Na teoria da inevitabilidade individual, a ação é vista como um resultado individualmente evitável. Esta teoria tem a ambição de construir um conceito único de comportamento, fundado na diferença de resultado: ação como “causação evitável do resultado” e omissão “como não evitamento de um resultado que se pode evitar. Conduta é o evitamento de uma diferença de resultado”<sup>73</sup>.

Günther Jakobs também apresenta uma teoria da imputação objetiva, baseado no fato de que o homem é um ser social e, portanto, ao manter contato com o seu semelhante, cada um exerce determinado papel. Assim, afirma Jakobs:

1) Os seres humanos encontram-se num mundo social na condição de portadores de um papel, isto é, como pessoas que devem administrar um determinado segmento do acontecer social conforme um determinado padrão. 2) Entre autor, vítima e terceiros, segundo os papéis que desempenham, deve determinar-se a quem compete, por si só ou, junto com outros, o acontecer relevante, é dizer, quem por ter violado seu papel, administrando-o de modo deficiente, responde jurídico-penalmente – ou se foi a vítima quem violou seu papel, deve assumir o dano por si mesma. Se todos se comportam conforme o papel só fica a possibilidade de explicar o ocorrido como fatalidade ou acidente. 3) Isto vale tanto para os fatos dolosos, como para os fatos culposos; só que âmbito dos fatos dolosos frequentemente a violação do papel é tão evidente que não necessita maior explicação – a qual é menos habitual nos fatos culposos<sup>74</sup>.

Nesse contexto, Jakobs, dando ênfase à imputação do comportamento, sem descurar da imputação do resultado, diz que a causalidade representa o mínimo da imputação objetiva do resultado, que deve completar-se com a relevância jurídica da relação causal entre ação e resultado. Considera, outrossim, que os critérios da imputação objetiva apresentam duas raízes. De um lado, a finalidade do Direito Penal de assegurar as expectativas sociais e, de outro, que deste deriva, que o comportamento socialmente adequado não pode ser considerado como injusto, ainda que gere danos<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>74</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

<sup>75</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 225.

Dessa forma, considerando que o comportamento humano está vinculado ao desempenho de papéis, Jakobs aponta quatro critérios de imputação objetiva que são, de certo modo, consequência da adequação social, a saber: 1) risco permitido: cada um se comporta conforme o seu papel na sociedade e, se o fizer, mesmo que crie algum risco, não poderá ser incriminado; 2) princípio da confiança: as pessoas, em sociedade, devem confiar que as outras cumprirão os seus papéis sociais e quem agir considerando que os demais agirão conforme seus papéis, não poderá sofrer imputação; 3) proibição de regresso: se cada indivíduo agir conforme o seu papel, não poderá haver imputação; e 4) competência ou capacidade da vítima: aqui devem ser levadas em conta o consentimento do ofendido e as ações a próprios risco<sup>76</sup>.

Parte da doutrina critica a concepção funcionalista sistêmica de Jakobs, na medida em que tenta substituir as bases ontológicas que até então se assentavam a dogmática penal para concepções mais abstratas cujo objetivo é reformular praticamente todas as categorias com que trabalha a teoria geral do delito<sup>77</sup>. Essa concepção não se vincularia diretamente à proteção de bens jurídicos constitucionais e pode ser, de certa forma, manipulada indistintamente para finalidades menos nobres (aumentando a seletividade penal contra as camadas menos favorecidas ou criminalizando costumes pouco convencionais).

Alguns críticos do funcionalismo sistêmico de Jakobs apontam que sua concepção é demasiada legitimante da pena, numa perspectiva preventiva e imperativa da norma, na qual o bem jurídico praticamente perde função e significado. Alertam que o papel social como fonte de dever jurídico estimula uma leitura de função meramente preventiva das normas, no qual a pena serviria para impor a fidelidade ao direito e reafirmar o papel de cada um, instrumentalizando pretensões de reforço da violência e da seletividade penal<sup>78</sup>.

A concepção funcionalista de Claus Roxin seria mais moderada e, por sua vez, mais consentânea com os valores constitucionais, uma vez que preservaria as construções ontológicas do finalismo, mantendo a proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Roxin busca redesenhar o Direito Penal através de finalidades político-criminais que não chegam ao ponto de desnaturalizar as construções até então vigentes, seus aportes normativistas tentar superar incongruências e falhas observáveis em pontos específicos.

---

<sup>76</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 157.

<sup>77</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral, vol. 1. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 124.

<sup>78</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro** – vol. II, I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, págs. 199-200.

Ao tratar do funcionalismo de Roxin, Jorge de Figueiredo Dias adere à concepção teleológica do funcionalismo penal e ressalta seu acerto, eis que a construção do conceito de delito e seus elementos (conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) são examinados de acordo com as proposições político-criminais imanentes ao quadro axiológico e aos valores consagrados no texto constitucional<sup>79</sup>.

Ante todo o exposto, pode-se dizer que o rápido avanço tecnológico dos meios de comunicação e transportes, somados ao fim de algumas barreiras comerciais entre países, viabilizaram uma silenciosa transformação no modo de produção capitalista que, por meio de grandes empresas de atuação global, expandiu sua capacidade produtiva e interconectou economias por todo o planeta.

De outro vértice, a aceleração dos processos típicos da globalização econômica e a maior influência das grandes empresas, fez surgir uma nova conformação da sociedade em sociedade de risco, aumentando o perigo de determinadas atividades empresariais impactarem negativamente no meio ambiente e na economia. Este fato, por si só, já exerce pressão constante nos diversos campos do conhecimento humano, no aspecto preventivo, sendo certo que o direito em geral, e o Direito Penal, em específico, não ficam alheios a essas novas demandas.

Dessarte, na seara dos impactos sociais negativos porventura provocados pelas grandes empresas, o Direito Penal econômico surge com uma proposta de contenção e punição dos excessos empresariais, sendo, ato contínuo, os programas de *compliance* (ou integridade) um importante instrumento, típico dessa nova forma de prevenir os riscos empresariais.

Nessa mesma linha, a modelo funcionalista de ação, que propõe uma reorientação do Direito Penal em parâmetros político-criminais e que busca uma imputação do tipo objetivo com base na teoria do risco, pode revelar-se como uma alternativa mais harmônica com a atual sociedade de risco, na qual os processos decisórios ganham complexidade e extensão.

Assim, é certo que a teoria da cegueira ou ignorância deliberada, ao influir no elemento subjetivo do tipo e propor um novo *approach* da efetiva consciência dos elementos objetivos do tipo, ao menos indica estar em consonância com todos os fenômenos descritos acima, mormente frente a complexidade dos cursos causais que se verifica na atividade empresarial geradora de riscos.

---

<sup>79</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2007, t. I, p. 249.

## 2. IMPUTAÇÃO SUBJETIVA: O DOLO COMO ELEMENTO GERAL

### 2.1. Considerações iniciais: conceito e elementos do crime

O fenômeno crime pode ser visto de vários ângulos e, em seu conceito formal, é visto como todo fato humano proibido pela lei penal, ou seja, é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência. O conceito formal revela preocupação com os aspectos externos do fenômeno criminoso.

Já o conceito material preocupa-se com o aspecto interno do ilícito penal, daí denominar crime como todo fato humano que lesiona um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade. Vale dizer, refere-se à importância que determinada sociedade dá àquilo que considera que deva ser proibido pela lei penal.

Claus Roxin aduz que:

enquanto que mediante o ‘conceito formal de delito’ a conduta punível só é objeto de uma definição no marco do Direito positivo, o conceito material de delito se remonta antes do respectivo Direito Penal codificado e pergunta pelos critérios materiais da conduta punível, Portanto, o conceito material de delito é anterior ao Código Penal e subministra ao legislador um critério político-criminal sobre o que o mesmo pode condenar e o que deve deixar impune<sup>80</sup>.

Contudo, o conceito que nos será mais útil nesse estudo é o conceito analítico ou dogmático de crime. Posto que é o que decompõe o delito nos requisitos a ele exigíveis<sup>81</sup>, é dizer, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Assim, crime é toda conduta (ação ou omissão) típica, antijurídica e culpável.

Por sua vez, tipo penal é a descrição feita pelo legislador na norma penal de uma conduta proibida. Conforme refere Francisco Muñoz Conde:

da ampla gama de comportamentos jurídicos que ocorrem na realidade, o legislador seleciona, conforme princípio da intervenção mínima, aqueles mais intoleráveis e mais lesivos aos bens jurídicos de maior importância e os ameaça com uma pena,

---

<sup>80</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.41.

<sup>81</sup> ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 82.

descrevendo-os na hipótese de uma norma penal. Com isso, cumpre as exigências do princípio da legalidade ou da intervenção legalizada<sup>82</sup>.

Como já adiantado, o tipo penal incriminador possui elementos objetivo e subjetivo. Os elementos objetivos são todas as circunstâncias da ação típica que não pertencem ao psiquismo do agente, e subdividem-se em elementos objetivos descritivos e normativos. Os descritivos são aqueles que não necessitam de um juízo de valor para a sua compreensão, sendo facilmente entendidos pelo intérprete. Já os elementos normativos são aqueles que, para sua compreensão, necessitam de um juízo de valor, pois abrangem termos indeterminados, tais como “motivo fútil”, “indevidamente”, “decoro”, etc.

Os elementos subjetivos do tipo são todas as circunstâncias da ação típica que dizem respeito ao psiquismo do agente, à sua intenção, sendo compostos de fenômenos anímicos. Assim, para a determinação da tipicidade, ao lado dos elementos descritivos, objetivos, somam-se os aspectos psicológicos da conduta humana, relacionados à intenção do agente. O elemento subjetivo geral que concretiza o tipo é denominado de dolo.

Com isso, é possível perceber que, para configurar um ilícito penal, é preciso, num primeiro momento, que a conduta dita delituosa preencha as exigências do tipo objetivo, cumprindo demanda do princípio da legalidade e, posteriormente, que também se adequa ao tipo subjetivo, sendo certo que este funciona como uma espécie de segundo filtro da adequação típica, demonstrando a contribuição do agente ao atuar com dolo ou culpa para a produção do resultado, tendo em vista a inexistência, em nosso direito penal, de responsabilidade objetiva.

Por oportuno, vale destacar que, na linha de Luiz Regis Prado, a distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo tem caráter meramente didático-pedagógico, pois não há nenhuma real oposição entre eles, posto que formam parte de um contexto único e indissociável. Há, assim, no injusto culpável, uma unidade subjetiva/objetiva da conduta típica<sup>83</sup>.

## 2.2. Breve evolução da posição do dolo na teoria geral do delito

---

<sup>82</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal. Parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 267.

<sup>83</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 221.

Como já dito, crime, em seu conceito analítico, é fato típico, antijurídico e culpável<sup>84</sup>. De modo muito sintético, verifica-se que o fato é típico quando previsto na lei como crime, é antijurídico quando contrário ao direito, e é culpável quando recai sobre seu autor um juízo de reprovabilidade.

Assim, como leciona Francisco Muños Conde e García Arán, para atribuir responsabilidade penal é preciso seguir um processo valorativo escalonado de imputação<sup>85</sup>. Vale dizer, o crime só é imputado ao comportamento humano quando reúne as citadas características:

esta definição tem caráter sequencial, isto é, o peso da imputação vai aumentando à medida que passa de uma categoria a outra (da tipicidade à antijuridicidade, da antijuridicidade à culpabilidade etc.), tendo, portanto, de tratar em cada categoria os problemas que lhe são próprios.

Atualmente, o dolo está inserido no âmbito do fato típico. Contudo, nem sempre foi assim. No final do século XIX, a teoria causalista da ação, influenciada pelo positivismo científico, segundo modelo de Franz Von Liszt e Ernest Beling, entendia a culpabilidade de modo puramente psicológico. É dizer, a culpabilidade era o vínculo subjetivo que ligava o agente (dotado de capacidade penal) ao fato, sendo certo que ao injusto típico correspondia todo o aspecto externo do delito. Com isso, fácil verificar que dolo e culpa eram inseridos no âmbito da culpabilidade.

No sistema causal, a ação era entendida apenas como um movimento corporal voluntário, apto à produção de um resultado (modificação do mundo exterior). Ou seja, o injusto era descritivo e objetivo e a culpabilidade era psicológica.

No modelo causalista, o dolo incluía a consciência do ilícito. Ou seja, o dolo não era apenas a vontade de realizar o fato típico, mais que isso, incluía a consciência de estar praticando um fato ilícito. Daí a expressão *dolus malus*, que se opõe ao atual dolo natural<sup>86</sup>. Segundo os autores e seguidores da teoria causal da conduta, como o dolo era considerado uma espécie de culpabilidade, deveria conter, como seus elementos, a consciência do ato e do

---

<sup>84</sup> Já restou superada na doutrina nacional a ideia da culpabilidade como mero pressuposto da pena. Conferir, por todos, FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 216; e BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. 1. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 431.

<sup>85</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal. Parte General**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 202.

<sup>86</sup> PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 61.

resultado, a consciência da relação de causalidade, a consciência da ilicitude do comportamento e a vontade de praticar o ato e alcançar o resultado<sup>87</sup>.

No início do século XX, após duras críticas e sob a influência do neokantismo, o conceito de culpabilidade foi remodelado. Reinhard Frank e, posteriormente, James Goldschmidt, passaram a defender que a culpabilidade era um juízo de valor que tem por objeto uma situação psíquica e que encontra seu apoio em um dever normativo, concluindo que culpabilidade é reprovabilidade. Contudo, dolo e culpa ainda permaneciam no âmbito da culpabilidade, agora ao lado de outros elementos normativos (concepção psicológico-normativa). Criticava-se o modelo de Liszt e Beling pela separação metodológica que ambos faziam entre o injusto e a culpabilidade, reservando ao primeiro todos os elementos objetivos do delito, e ao segundo seus aspectos subjetivos.

Claus Roxin anota que, já naquela época, se percebia que nem o injusto poderia ser explicado unicamente com base em elementos objetivos, e nem a culpabilidade se constituiria somente de elementos subjetivos:

à guisa de exemplo, o tipo de furto exige mais que a subtração – (em si) objetiva – de uma coisa alheia móvel, ato que representa um furto de uso, irrelevante para o direito penal; sem a elementar anímica da intenção de assenhoreamento (para si ou para outrem) não se consegue apreender corretamente o tipo e o injusto do furto. Em face disso, viu-se a doutrina obrigada a reconhecer elementos subjetivos do injusto<sup>88</sup>.

A partir de 1930, Hans Welzel, jurista com sólida formação filosófica, elaborou a teoria finalista da ação e inaugurou uma nova configuração para o conceito de ação, que agora deve ser analisada como ação final, ou seja, uma vontade dirigida pela antecipação das consequências do ato. Da mesma forma, reformulou a ideia de culpabilidade, que então passou a ser analisada sob uma perspectiva puramente normativa, tomando-se por base a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa<sup>89</sup>. Com isso, restou superada a teoria causal da ação e, por consequência, transferiu-se os elementos subjetivos – dolo e culpa – da culpabilidade para o fato típico.

A evolução da teoria da conduta e do dolo é, sem dúvida, uma das principais inovações da ciência penal do século XX. Assim, é certo que a migração de um modelo

---

<sup>87</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral, vol. 1, tomo 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959, p. 64.

<sup>88</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 199.

<sup>89</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.



puramente causalista para um sistema finalista, trouxe um inegável avanço na dogmática penal e, conseqüentemente, na própria justiça da persecução penal. Partindo da perspectiva aristotélica de que toda ação humana tem uma finalidade, deixou de fazer sentido para Welzel considerar relevantes condutas que não fossem dotadas de consciência e vontade.

Destaque-se que finalidade e dolo não têm o mesmo significado, uma vez que finalidade é uma ideia mais geral e designa a qualidade de uma ação de ser um acontecimento dirigido, sendo um conceito pré-jurídico. Já o dolo é um conceito jurídico, referido ao tipo objetivo, que indica que a direção da ação se orienta à realização do tipo<sup>90</sup>.

Assim, na teoria finalista, o critério que permite imputar um resultado à ação humana não é a simples causalidade, mas sim a finalidade, que a dirige. Esta última baseia-se no fato de que o ser humano, graças ao seu saber causal, à sua experiência sobre o funcionamento do mundo, é capaz de prever dentro de certos limites fornecidos por seus conhecimentos as conseqüências possíveis de sua ação ou omissão.

Nessa linha de raciocínio, no contexto da direção final da ação, Hans Welzel informa que o homem passa por duas etapas, uma que ocorre na esfera intelectual do pensamento e outra que ocorre na realidade ou na experiência. É dizer: 1ª) subjetiva: a) antecipação do fim que o agente quer realizar (objetivo pretendido); b) seleção dos meios apropriados para a consecução do fim (meios de execução); c) a consciência dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado (conseqüências da relação meio/fim); 2ª) objetiva: concernente na execução da ação real ou material<sup>91</sup>.

A teoria da ação final de Welzel supera diversas dificuldades enfrentadas pelo causalismo, em especial no que toca à tentativa e aos delitos culposos. No que se refere à tentativa, Welzel afirmava que a tentativa não seria um mero processo causal, “mas uma ação que aponta para um resultado previamente eleito; conseqüentemente uma ação na qual o conteúdo da vontade é um elemento constitutivo”<sup>92</sup>. Assim, esse conteúdo da vontade que dirigiria a conduta voluntária somente pode ser compreendido na própria ação, ou seja, já na tipicidade e não na culpabilidade.

Nesses termos, a culpabilidade é compreendida como um juízo de reprovabilidade social da conduta típica e ilícita do agente. A culpabilidade, assim, revela-se como um juízo

---

<sup>90</sup> PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 225.

<sup>91</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, págs. 54-55.

<sup>92</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Prólogo à 4ª edição. Tradução da versão espanhola anotada por José Cerezo Mir, por Luis Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

de valor, ou seja, um juízo de censura à conduta do agente, como fenômeno exclusivamente normativo, não sofrendo influência de dolo ou culpa. O dolo, por sua vez, deveria representar um elemento que pudesse exprimir o domínio da causalidade, sem que, para tanto, fosse necessária a invocação de matéria de valor<sup>93</sup>.

Por outro lado, surge o tipo complexo, formado tanto por elementos objetivos e quanto subjetivos. Dolo e culpa passam a ser analisados no fato típico, no âmbito da ação. Com isso, para caracterizar a tipicidade, é necessário observar não só a subsunção do fato ao tipo legal, mas também verificar o comportamento do agente, perscrutar o seu estado anímico, saber se o autor quis o resultado delituoso, se conhecia as circunstâncias, se assumiu o risco ou se agiu descuidadamente. Com isso, entre os elementos do dolo devem estar o conhecimento atual de todas as circunstâncias objetivas do tipo (incluindo as negativas) e a vontade incondicionada de realizar o tipo (vontade de realização).

A partir dos anos 1980 ganha força as ideias funcionalistas de Claus Roxin e Günther Jakobs já mencionadas. O funcionalismo penal busca articular o sistema a partir das prévias determinações de suas funções pela política criminal. Nesse modelo, há verdadeira virada epistemológica em relação ao sistema anterior (finalismo), a começar do fato de que os sistemas penais funcionalistas apresentam uma estrutura essencialmente normativista em praticamente todos os níveis do sistema.

Como uma tentativa de superar alguns conceitos do finalismo, no funcionalismo haveria um recrudescimento do normativismo. Essa tendência é marcada por dois movimentos: um, de caráter moderado, que busca permear o sistema jurídico-penal de aspectos teleológicos e axiológicos (normativismo funcional teleológico); e outro, de matriz mais radical, que procura a renormatização total do sistema penal, em bases sistêmicas (normativismo funcional sistêmico). O primeiro se preocupa com os fins do direito penal, e não só com os fins da pena, como o segundo. Com isso, no funcionalismo teleológico há forte influência de funções político-criminais em cada categoria do delito, o que ocorre em menor densidade no funcionalismo sistêmico, que valoriza mais os fins da pena<sup>94</sup>.

Eugênio Pacelli e André Callegari afirmam que:

Se todos os sistemas anteriores mantinham (uns mais, outros menos) uma vinculação a critérios naturalísticos da imputação do resultado (nexo de

---

<sup>93</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 250.

<sup>94</sup> Importante dizer que o denominado funcionalismo possui duas tendências claras: o funcionalismo teleológico tem em Claus Roxin um de seus maiores representantes, assim como o funcionalismo sistêmico é capitaneado por Günther Jakobs.

causalidade), o funcionalismo surge como um novo sistema penal, construído basicamente sob a perspectiva normativa. Neles, a configuração das categorias do delito se orienta preferencialmente (uns mais, outros menos!) por critérios normativos (daí, normativismo), construídos segundo as necessidades regulativas do Direito, e, principalmente, segundo os fins declarados da pena pública. O objetivo final seria o de tornar mais segura a aplicação do direito, do que dependeria a elaboração mais consequente da dogmática penal, sempre voltada para a concretização das determinações de política criminal<sup>95</sup>.

Claus Roxin afasta-se do conceito de ação final tal qual formulado por Hans Welzel. Para Roxin, a ação é conceituada como manifestação da personalidade, isto é, “tudo o que pode ser atribuído a uma pessoa como centro de atos anímicos-espirituais”. Desse modo, tão somente as condutas dominadas ou domináveis pela consciência e vontade podem resultar em manifestação da personalidade (teoria personalista da ação)<sup>96</sup>.

No campo da imputação do resultado, mesmo admitindo que se deva partir da causalidade como pressuposto, Roxin formula um sistema orientado por outros critérios de imputação, que não aqueles tradicionalmente expostos pelas teorias do nexo de causalidade. Fixa-se em referenciais essencialmente normativos e, assim, objetivos (como a criação do risco não permitido e a concretização desse risco no âmbito de proteção da norma e do alcance do tipo). Ou seja, o autor alemão vê a adoção das regras da imputação objetiva como a melhor alternativa para a concretização dos objetivos e funções do Direito Penal<sup>97</sup>.

Assim, no que diz respeito ao dolo, no funcionalismo, este aproxima-se de um conceito igualmente normativo, de caráter mais objetivo. O dolo perde seu caráter psicológico-descritivo e passa a ser normativo-atributivo, sendo, com isso, um dado atribuído ao autor na medida em que se constata as circunstâncias conhecidas pelo mesmo e sua atitude diante destas. Com efeito, uma das contribuições do sistema racional-teleológico desenvolvido por Claus Roxin foi o de vincular o tipo objetivo ao preenchimento do requisito da realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma e que esse perigo materializa-se em um resultado desvalioso.

### 2.3. Do elemento subjetivo geral do tipo: o dolo

<sup>95</sup> PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 66.

<sup>96</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general: Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 252.

<sup>97</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução e apresentação de Luis Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 207.

De início, vale fazer uma importante distinção. A parte subjetiva do tipo penal abrange os dados que pertencem ao campo anímico ou psicológico do agente e é constituído pelo elemento subjetivo geral – o dolo – e, eventualmente, de elementos subjetivos específicos, que representam segundas intenções ou tendências especiais do agente, sendo certo que estes últimos são elementos acidentais no tipo.

No mesmo sentido, Juarez Cirino dos Santos leciona que, com frequência, ao lado do dolo geral, podem aparecer alguns elementos subjetivos especiais, sob a forma de intenções ou de tendências especiais ou de atitudes pessoais necessárias para precisar a imagem do crime ou para qualificar ou privilegiar certas formas básicas de comportamentos criminosos, que também integram o tipo subjetivo<sup>98</sup>.

Assim, é correto dizer que o dolo é o elemento subjetivo geral das condutas dolosas, mas pode não ser o único componente subjetivo dos crimes dolosos. O tipo penal pode exigir, eventualmente, um elemento subjetivo específico, chamado também de dolo específico, que consiste no especial fim de agir, ampliando o aspecto subjetivo do tipo, qualificando ou privilegiando certas condutas criminosas, mas que não integra o dolo nem com ele se confunde<sup>99</sup>.

Tratando do elemento subjetivo geral do delito – que é o que nos interessa neste trabalho – o Código Penal brasileiro diz ser doloso o crime quando o agente “quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, vale dizer, o agente prevê objetivamente o resultado e tem a intenção de produzir esse resultado ou assume o risco de produzi-lo, conforme reza o inciso I do art. 18.<sup>100</sup>

Tradicionalmente, dolo é a vontade de uma ação orientada à realização de um delito. É, pois, o elemento subjetivo que concretiza os elementos do tipo. Segundo Hans Welzel, toda a ação consciente é conduzida pela decisão de ação, é dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizar – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo<sup>101</sup>. Pode-se, então, conceituar o dolo como sendo a vontade de ação orientada para a realização de um tipo de delito.

Francisco Muñoz Conde leciona que:

---

<sup>98</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 140.

<sup>99</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: volume único. São Paulo: Editora Atlas, 2018, págs. 165 e 170.

<sup>100</sup> “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

<sup>101</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 77.

Para agir dolosamente, o sujeito ativo deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como ação típica. Quer dizer, deve saber, no homicídio, por exemplo, que mata outra pessoa; no furto, que se apodera de uma coisa alheia móvel; no estupro (com presunção de violência), que mantém conjunção carnal com mulher privada da razão e ou de sentido, ou menor de 12 anos, etc<sup>102</sup>.

O dolo como mera consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo é uma definição que adveio do finalismo e se projetou até os dias atuais. Contudo, alguns autores informam que esta definição é válida, mas incompleta.

Juarez Tavares diz que a imputação subjetiva não pode se esgotar em uma relação puramente instrumental, reduzida aos elementos que compõem a narrativa da configuração típica. Assim, atendendo ao tema proposto na norma proibitiva, o dolo deve compreender todos os elementos que lhe dão suporte, precisamente em face da lesão ou do perigo de lesão do bem jurídico. Ou seja, a relação do dolo com o resultado de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico corresponde à necessidade de se proceder a uma medida da intensidade de ingresso do agente na zona do ilícito. Com isso, segundo Juarez Tavares, o dolo será a consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, tendo como objetivo final a lesão ou o perigo de lesão do bem jurídico<sup>103</sup>.

Juarez Tavares assevera que o Direito Penal deve estabelecer limites para a intervenção penal, sendo certo que, além do limite concernente a perfeita sujeição da conduta a requisitos objetivos, o tipo exige também que para ingressar na zona do ilícito o agente possua uma intensidade subjetiva (dolo) capaz de lesar ou por em perigo de lesão o bem jurídico<sup>104</sup>.

Paulo César Busato, ao tratar sobre o desvalor da conduta dolosa que legitima uma punição, com base na teoria da ação significativa, leciona que:

Evidentemente, o sistema de imputação não pode tratar de modo igual aquele que comete o crime intencionalmente e aquele que o comete sem querer. Este é um juízo de desvalor da conduta do sujeito, porquanto, mesmo que o resultado seja idêntico, necessariamente aquele caso em que o sujeito comprometeu-se com a produção do resultado é socialmente mais desvalioso que o resultado produzido sem a presença de tal compromisso. O crime será doloso quando houver o compromisso para com a produção do resultado e imprudente quando isso não estiver presente, porém, tampouco esteja presente um compromisso normativo com a evitação da produção do resultado indesejável.

---

<sup>102</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p.57.

<sup>103</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 249.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 248.

Daí que a avaliação que separa as duas classes de delito é uma avaliação relacionada com o grau de desvalor da conduta em face do resultado produzido, à luz do nível de compromisso para com a produção do resultado<sup>105</sup>.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, o dolo funciona também como um importante núcleo reductor da tipicidade subjetiva. Assim, o tipo doloso cumpre a função reductora da imputação subjetiva postulando certos conteúdos finais como condição para a sua relevância típica. Ainda segundo os autores, o dolo, ao lado da culpa, cumpre uma função reductora da imputação subjetiva que interdita a mera responsabilidade objetiva ou pelo resultado, excluindo de toda vigência o “*versari in re illicita*”<sup>106</sup>.

Por fim, vale deixar claro alguns pontos importantes. No que a respeito da natureza do dolo, existe uma dicotomia entre o reconhecimento de um dolo ontológico, enquanto categoria existente e descritível, ou um dolo normativo, concebido como atribuição<sup>107</sup>. No que toca aos elementos do dolo, discute-se se o dolo deve traduzir-se em conhecimento e vontade ou se o elemento vontade é dispensável. Finalmente, no que se refere às classes de dolo, costuma-se dividir o dolo entre dolo direto (de primeiro e segundo graus) e dolo indireto (eventual e alternativo).

## 2.4. Dos elementos que compõem a estrutura do dolo

A corrente dogmática tradicional entende que o dolo possui dois elementos, um intelectual e outro volitivo. Para que reste caracterizado o dolo, deve o agente satisfazer os dois elementos, o conhecimento do conteúdo típico (elemento intelectual) e a vontade dirigida à realização do fato típico (elemento volitivo).

Vale ressaltar que o dolo deve ser entendido como dolo de tipo (dolo de fato, dolo neutro ou dolo natural), despojado da consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade. O dolo é apenas a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito (resolução delitiva ou vontade de realização).

### 2.4.1. Do elemento intelectual

---

<sup>105</sup> BUSATO; Paulo César. **Direito Penal: parte geral**, vol. I. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 376.

<sup>106</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro** – vol. II, I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 270.

<sup>107</sup> DONNA, Edgardo Alberto. El concepto objetivado de dolo. In: **La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo**. Libro Homenaje al prof. Dr. Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2003, p. 672.

O elemento intelectual ou cognitivo compreende o conhecimento atual de todas as circunstâncias do fato descrito no tipo penal. Assim, para atuar dolosamente, o sujeito deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como típica. Ou seja, deve conhecer os elementos que caracterizam a ação típica (elementos objetivos do tipo – descritivos e normativos).

A parte cognitiva, isto é, a consciência, deve ser atual, efetiva, ao contrário da consciência da ilicitude, que pode ser potencial. A consciência do dolo abrange a representação dos elementos integradores do tipo penal, ficando fora dela a consciência da ilicitude, que está deslocada para o interior da culpabilidade.

Segundo lecionam Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú:

A previsão (representação; conhecimento; cognição; consciência etc.) deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais do tipo, sejam eles descritivos e normativos; formas básica, qualificada ou privilegiada (ex.: lesões corporais qualificadas pelo aborto: o agente deve saber da gravidez da vítima)<sup>108</sup>.

No que diz respeito à qualidade do conhecimento exigido do agente em relação aos elementos objetivos do tipo, entende-se que o dolo exige um conhecimento atual, ou seja, um conhecimento direto. Não há necessidade de o agente individualizar objetos, por exemplo, não precisa saber que se trata de um anel caro ou barato, ou que a pessoa por ela agredida se chama João ou Joaquim, que seja branco ou negro, basta que saiba que está agredindo uma pessoa.

Juarez Cirino dos Santos diz que o componente intelectual do dolo, consistente no conhecimento, não pode ser potencial ou atualizado, mas também não se exige um conhecimento refletivo, verbalizado. Quanto ao conteúdo do conhecimento, o citado autor leciona:

O conhecimento (atual) das circunstâncias de fato do tipo objetivo deve abranger os elementos presentes (a vítima, a coisa, o documento etc.) e futuros (o curso causal e o resultado) do tipo objetivo. A delimitação do objeto do conhecimento – portanto, do alcance do dolo – requer alguns esclarecimentos: a) os elementos descritivos do tipo legal (homem, coisa etc.), existentes como realidades concretas perceptíveis pelos sentidos, devem ser representados na forma de sua existência natural; b) os elementos normativos do tipo legal (coisa alheia, documento etc.), existentes como conceitos jurídicos empregados pelo legislador, devem ser representados conforme seu significado comum, segundo uma valoração paralela ao nível do leigo – e não

---

<sup>108</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, págs. 166.

no sentido da definição jurídica respectiva, porque, então, somente juristas seriam capazes de dolo<sup>109</sup>.

Como esse conhecimento do dolo geral precisa ser direto ou atual, não haverá dolo quando o agente não possua esse conhecimento. Aqui é importante destacar que a aferição da capacidade de conhecer objetos do tipo está assentada nas condições pessoais de cada um (agente) e não em um suposto ou hipotético conhecimento geral. Vale dizer, os prévios conhecimentos do agente serão importantes para se aquilatar o grau de efetivo conhecimento do agente.

Outro aspecto interessante é o que toca ao grau de conhecimento exigido do agente quando o tipo possui elementos normativos, naturalmente imprecisos. Nesta hipótese, a doutrina diz que não é necessário um conhecimento técnico, bastando um conhecimento profano da realidade, aquilo que, com variantes, se chamou de valoração paralela na esfera do autor ou do leigo<sup>110</sup>.

No mesmo sentido, Juarez Tavares, ressalta que:

Quando se tratar de elementos normativos, é indispensável que o agente conheça suas características essenciais, por exemplo, de que se trata de um documento, de uma coisa alheia, de moeda ou papel moeda, etc. A doutrina não exige um conhecimento técnico, basta um conhecimento leigo<sup>111</sup>.

#### 2.4.2. Do elemento volitivo

O elemento volitivo consubstancia-se na vontade de realizar a conduta típica, ou seja, o agente deve querer realizar todos os elementos objetivos do tipo dos quais se tem conhecimento. O elemento volitivo consiste no autor ter a intenção de executar a conduta, propondo-se a alcançar o resultado típico.

Conforme bem apontam Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú:

A previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade sem representação, sem previsão, é absolutamente impossível. O dolo como simples resolução é penalmente irrelevante, visto que o Direito Penal não

---

<sup>109</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, págs. 141-142.

<sup>110</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro** – vol. II, I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 283.

<sup>111</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 267.



pode atingir ao puro ânimo. Somente nos casos em que conduza a um fato real e o governe, passa a ser penalmente relevante<sup>112</sup>.

O elemento volitivo do dolo deve se expressar no sentido de querer realizar a conduta típica e o resultado. Contudo, o dolo não é qualquer vontade, mas, sim, a vontade de realização, razão pela qual a vontade não pode ser condicionada, deve ser incondicionada. Ou seja, o agente deve querer alguma coisa, deve eleger o objeto dessa vontade de modo claro.

Vale ressaltar que, segundo a lição de Juarez Tavares, a vontade no dolo deve se dirigir à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico protegido pela norma. Para este autor, sem uma ligação clara entre a vontade e a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, o dolo perde o seu significado de instrumento de medição da imputação subjetiva<sup>113</sup>.

Convém mencionar que há autores<sup>114</sup> que assumem uma postura reducionista com relação ao dolo, ou seja, entendem que o dolo configura-se apenas com o elemento intelectual, descartando-se o elemento volitivo (teorias monistas).

Adotariam essa postura as propostas funcionalistas ou teleológicas, pois buscam a normatização ou objetivização do dolo<sup>115</sup>. Entendem da primazia do conhecimento, em detrimento da vontade, na formação do dolo, sob alegação de que o primeiro envolve necessariamente a segunda. Assim, seria suficiente para a formação do dolo, no delito de resultado, que o agente tivesse atuado com a consciência do perigo de sua produção e, no delito de atividade, que ele conhecesse os elementos integrantes do tipo legal.

Com efeito, não se deixa de reconhecer certo predomínio do elemento cognitivo, visto que, em geral, a vontade pressupõe o conhecimento como momento prévio. Não obstante, é de se destacar que a vontade não se limita apenas a este aspecto, mas, para além, consubstancia também um direcionamento da conduta no sentido da realização dos elementos que compõem o tipo objetivo do delito<sup>116</sup>.

## 2.5. Da dimensão temporal do dolo

---

<sup>112</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, págs. 166.

<sup>113</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 269.

<sup>114</sup> PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. São Paulo: Editora Manole, 2004, p. 23. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Trad. de Francisco Muños Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosh, 1984, p. 227.

<sup>115</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general**. Trad. Joaquin Cuello Contreras et alii. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 312. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosh, 1992, p. 402. BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal. Parte general**. Madrid: Akal, 1997, p. 231.

<sup>116</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 225.

No que toca ao momento da apresentação do dolo, ou seja, a sua dimensão temporal, importante dizer que a consciência e a vontade devem estar presentes no momento em que se inicia a ação típica e deve se referir ao delito consumado (atendendo ao princípio da coincidência). O momento volitivo pressupõe a previsão fática (aspecto cognitivo), abrangendo, pois, a conduta, o nexo causal e o resultado de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, tratando do chamado dolo antecedente e do dolo subsequente ao fato delituoso, lecionam que:

a vontade anterior ao início da execução (chamada impropriamente de dolo antecedente) não é dolo e, portanto, é irrelevante para fins de tipicidade subjetiva. A vontade posterior à consumação do tipo objetivo (chamada impropriamente de dolo subsequente) também não é dolo, porque não pode reger a realização de algo já realizado. Os chamados dolos antecedente e subsequente constituem apenas disposições internas irrelevantes penalmente<sup>117</sup>.

Assim, não existe dolo antecedente nem subsequente ao fato, tampouco há dolo de tentativa. Portanto, ninguém pode sofrer sanção penal por crime doloso depois de o fato se consumir, nem antes de se iniciar a ação. Não socorre ao agente a alteração do dolo depois de se haver iniciado a ação típica. Assim, é indiferente, para se eliminar o dolo, o fato do agente não querer mais consumir o crime. Por exemplo, se o agente envia à vítima uma carta injuriosa e, depois que a carta já está a caminho, se arrepende e não quer que a carta chegue ao destino, a configuração do dolo não se altera<sup>118</sup>.

Juarez Cirino dos Santos bem expõe a situação, *in verbis*:

O dolo, como programa subjetivo do crime, deve existir durante a realização da ação típica, o que não significa durante toda a realização da ação planejada, mas durante a realização da ação que desencadeia o processo causal típico (a bomba, colocada no automóvel da vítima, com dolo de homicídio, somente explode quando o autor já está em casa, dormindo). Não existe dolo anterior, nem dolo posterior à realização da ação típica: as situações referidas como dolo antecedente (a arma empunhada por B para ser usada contra A, depois de prévia conversação, dispara acidentalmente e mata a vítima) ou como dolo subsequente (ao reconhecer um inimigo na vítima do acidente de trânsito, o autor se alegra com o resultado), são hipóteses de fatos imprudentes.

## 2.6. Espécies de dolo

<sup>117</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro** – vol. II, I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 285.

<sup>118</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 269.

É a partir da relação entre a vontade e os elementos objetivos do tipo, que se desenvolve a classificação das espécies de dolo. De modo geral, pode-se dizer que o dolo direto é intenção, ou seja, é aquele que tem por objeto o que o autor quer realizar ou também o que abrange as consequências típicas representadas como certas e necessárias.

Já o dolo indireto, abarca o dolo eventual e o alternativo, sendo que o dolo eventual, sinteticamente, seria aquele que compreende as consequências típicas representadas apenas como possíveis por um autor que consente com sua produção; já o dolo alternativo é aquele no qual o aspecto volitivo do agente se encontra direcionado, de maneira alternativa, seja em relação ao resultado ou em relação à pessoa contra qual o crime é cometido.

### **2.6.1. Dolo direto**

O dolo direto, segundo a doutrina, pode ser dividido em dolo direto de 1º ou de 2º graus, que também são conhecidos, respectivamente, como dolo direto imediato ou mediato. Na lição de Luiz Regis Prado, no dolo direto a vontade reitoria – finalidade – pode abranger, além do resultado diretamente visado como fim principal do agente, outras consequências derivadas de modo necessário da execução da conduta típica<sup>119</sup>.

#### **2.6.1.1. Dolo direto de 1º grau**

Assim, o dolo direto de 1º grau (ou imediato) é aquele que o agente busca diretamente a prática do tipo legal, a prática do delito. O agente quer o resultado como fim de sua ação e o considera unido a esta última, isto é, o resultado produz-se como consequência de sua ação. A vontade se dirige ao perfazimento do fato típico principal querido pelo autor. O objeto do dolo direto é o fim proposto, os meios escolhidos e os efeitos colaterais representados como necessários à realização do fim pretendido. Aqui, o querer liga-se ao fim proposto e aos meios escolhidos.

Partindo-se da premissa de que a teoria que define o dolo direto é a teoria da vontade, pode-se concluir que o dolo direto é quando o autor sabe ou prevê como certo que seu agir se dirige no sentido de realizar o tipo legal, ou seja, prevê o resultado como consequência certa

---

<sup>119</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 226.

ou provável de sua conduta e prossegue em seu intento, desejando a produção do resultado<sup>120</sup>.  
Importa aqui o desejo do agente.

Nessa mesma linha de raciocínio, Juarez Cirino dos Santos aduz que:

O dolo direto de 1º grau tem por conteúdo o fim proposto pelo autor, também definido como pretensão dirigida ao fim ou ao resultado típico ou como pretensão de realizar a ação ou o resultado típico. O fim constituído pela ação ou pelo resultado pode ser representado pelo autor como certo ou como possível, desde que exista uma chance mínima de produzi-lo, excluídos resultados meramente acidentais: existe dolo em disparar arma de fogo a grande distância para matar alguém, se a vítima está dentro do alcance da arma, por força da direção causal do acontecimento; não existe dolo em convencer alguém a passear na tempestade na esperança de vir a ser fulminado por um raio<sup>121</sup>.

No dolo direto de 1º grau não resta dúvida de que o agente busca diretamente o resultado, com nítido propósito e predomínio de elemento volitivo (vontade intencional). Como exemplos, pode-se citar: A quer a morte do adversário B (fim proposto), puxa uma arma (meio) da cintura, aponta, atira e mata (realiza a ação de matar); A quer ferir B e, com facadas, realmente o fere.

#### 2.6.1.2. Dolo direto de 2º grau

Por sua vez, o dolo direto de 2º grau (mediato ou de consequências necessárias) ocorre quando o agente considera que a produção do resultado secundário está necessariamente unida à consecução do fim principal. Vale dizer, o dolo direto mediato abarca, além da conhecida intenção do agente, as consequências não necessariamente desejadas, mas que se produzirão com certa segurança como decorrência do resultado principal desejado, possuindo o agente o conhecimento dessa segura ocorrência.

Conforme leciona Paulo César Busato:

No dolo direto de segundo grau, a expressão de sentido é de que a vontade do autor vai dirigida à produção de outro resultado – independente de que seja esse delitivo ou não – cuja produção acarreta, como resultado necessário ou muito provável, aquele que se lhe imputa<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral**. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 51.

<sup>121</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 145.

<sup>122</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**, vol. I. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 401.

Segundo lecionam Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú, no dolo direto de 2º grau, o querer liga-se com outra finalidade, porém abrange os efeitos colaterais necessários do fim proposto ou do meio escolhido, efeitos estes representados no momento psicológico do dolo<sup>123</sup>.

Assim, em alguns casos, o resultado pretendido pelo agente pode pressupor, como decorrência necessária, a produção consequente de outros resultados, os quais nem sempre serão desejados pelo agente. Todavia, o agente decide seguir seu plano inicial, que objetiva alcançar o resultado principal, mesmo que para isso tenha que suportar a segura produção dos resultados acessórios<sup>124</sup>. O agente reconhece como necessária, e aceita como inevitáveis, as consequências decorrentes de sua conduta que supõem a lesão a um bem jurídico<sup>125</sup>.

Desse modo, pode-se dizer que o dolo direto de 2º grau compreende em especial os meios de ação escolhidos pelo agente para realizar o fim proposto. Com isso, independentemente de serem todos os efeitos ou resultados verificados desejados ou indesejados pelo agente, os efeitos secundários (consequências, circunstâncias ou resultados típicos) da ação reconhecidos como certos ou necessários pelo autor são atribuíveis a ele como dolo direto (de 2º grau). O exemplo clássico e muitas vezes citado de dolo de 2º grau é o caso Thomas:

Alexander Keith, que chamava a si mesmo de *Thomas*, hospedou-se, em dezembro de 1875, em um hotel de Bremen e preparou um grande tonel cheio de dinamite, colocando no interior um aparato de relógio que, ao funcionar em determinado instante, poria em movimento um êmbolo de aço, que, ao se chocar com a dinamite, determinaria a explosão do tonel. Depois de dar corda no mecanismo, dispondo-o de maneira a que a descarga ocorresse oito dias mais tarde, fez com que transportassem o tonel ao porto de Bremen. O propósito de *Thomas* era embarcar o tonel no vapor *Mosela*, da Cia. Lloyd, que saía de Bremen no dia 11 de dezembro de 1875, tendo, antes, feito, na Inglaterra, vários contratos de seguro sobre a mercadoria em quantias muito elevadas, contando com que a máquina infernal fosse explodir quando o *Mosela* se encontrasse em alto-mar, entre os portos de Southampton e Nova York. A sua intenção era receber os valores segurados sem que se descobrisse a causa do 'acidente'. Porém, ainda no cais de Bremen, e no lugar imediato onde se achava ancorado o *Mosela*, quando os estivadores descarregavam o tonel da carruagem, este escapou-lhe das mãos, por causa do seu grande volume, produzindo uma grande explosão. Somente após oito dias foi possível conhecer exatamente o alcance dos estragos, que, em definitivo, atingiu as cifras de 59 mortos identificados, 50 feridos

---

<sup>123</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: volume único*. São Paulo: Editora Atlas, 2018, págs. 167.

<sup>124</sup> PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 274.

<sup>125</sup> DIAZ PITA, Maria Del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 146.

e 24 desaparecidos. Seis pessoas morreram a bordo do *Mosela*, e 20 foram feridos em maior ou menor proporção. *Thomas* saiu ileso<sup>126</sup>.

Claus Roxin comentando o famoso exemplo do caso Thomas (de 1875), no qual o agente intenta explodir sua embarcação com a finalidade de fraudar o seguro (com dolo direto de primeiro grau), diz que, nesse caso, se apresenta ao agente como segura a produção acessória de morte dos membros da tripulação da embarcação (dolo direto de segundo grau), prosseguindo o agente em seu plano. Trata-se, portanto, de um “querer” a realização do tipo penal, ainda que o resultado seja desagradável ao agente. No caso mencionado, Thomas “quis” a produção do resultado morte em relação aos membros da tripulação, mesmo que lamentasse tal resultado e preferisse evitá-lo<sup>127</sup>.

Na mesma linha de raciocínio é o que dizem Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar: “no dolo direto de segundo grau ou mediato, o resultado típico é uma consequência necessária dos meios eleitos, que devem ser abrangidos pela vontade tanto como o fim mesmo. Daí porque também é reconhecido como dolo de consequências necessárias”<sup>128</sup>.

Embora não vise à ocorrência de determinados efeitos secundários, sua verificação aparece como consequência necessária, indispensável, de sua conduta, e, por isso, é também abrangida pela vontade de realização, pela finalidade. A previsão do resultado emerge como uma autêntica ponte entre o querer do autor e a realização do tipo, e não apenas como condição da vontade de agir<sup>129</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Juarez Tavares aduz que:

Complexa é a relação subjetiva entre agente e resultado no dolo direto de segundo grau, Para que haja dolo se exige, aqui, que o resultado se insira no âmbito da certeza da produção do evento. Nesse caso, o agente não quer o resultado como seu objetivo final, nem como seu objetivo intermediário e necessário ao alcance do objetivo final, mas tem certeza de que, ao atuar, produzirá, como consequência paralela, uma afetação do bem jurídico. A doutrina fala que, aqui, há preponderância

<sup>126</sup> MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, vol. II. 3ª edição. Tradução de Rodrigues Muñoz, 1957, p. 165, *apud* SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, págs. 167.

<sup>127</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**: Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 423.

<sup>128</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal – parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 499.

<sup>129</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, págs. 227-228.

do elemento intelectual sobre o volitivo, o qual deixaria de constituir o motivo principal da conduta<sup>130</sup>.

Como exemplo de dolo direto de 2º grau, além do já mencionado acima, pode-se citar: A, com o propósito de matar B, e sabedor de suas constantes viagens aéreas, coloca, em certo dia, próximo ao guichê da companhia aérea, uma bomba relógio. Quando B se aproxima do local para realizar o *check-in*, o artefato explode, causando a sua morte, bem como a de outras pessoas que estavam nas imediações.

A distinção entre essas duas modalidades de dolo direto, segundo José Cerezo Mir, reside no fato de que no dolo direto de 2º grau (mediato) não é indispensável que o agente tenha como certa ou segura a produção do resultado, sendo suficiente que este último vá necessariamente unido à consecução do objetivo<sup>131</sup>.

Por fim, vale ressaltar que a dicção legal do inciso I do art. 18, do Código Penal brasileiro, é dizer, “querer o resultado”, não é capaz de abarcar todas as espécies de dolo direto (em especial o de 2º grau), eis que neste tipo de dolo o agente não quer o resultado propriamente, apenas consente com ele, o aceita como necessário. Contudo, não é por isso que o dolo direto de 2º grau deixou de ser aplicado e considerado, pois é natural que os conceitos doutrinários evoluam, não havendo violação ao princípio da legalidade estrita posto não ser caso de oposição frontal ao ditame da letra da lei.

### 2.6.2. Dolo eventual

Dolo eventual<sup>132</sup> (*dolus eventualis*) é aquele no qual o agente não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável, ou seja, ele assume o risco da produção do resultado. Vale dizer, o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ele. Assumir o risco pela produção do resultado típico significa aceitar seriamente que ele ocorra, como efeito da indissociabilidade entre os meios escolhidos e empregados pelo agente e o fim ao qual não renunciará.

Nessa espécie de dolo, o autor conhece a probabilidade real de sua conduta gerar lesão ao bem jurídico, mas ainda assim age. Ou seja, o autor consente ou se conforma, se resigna ou assume o risco da realização do tipo penal. Diferente do dolo direto, no dolo eventual, o

---

<sup>130</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 274.

<sup>131</sup> CERESO MIR, José. **Curso de derecho penal español**, vol. II. Madrid: Tecnos, 1998, págs. 146-147.

<sup>132</sup> Também chamado dolo indereto ou dolo condicionado.

agente não tem a certeza da realização do tipo, nem este último constitui o fim perseguido pelo autor. A vontade se faz presente, contudo, de modo mais atenuada.

Tratando da necessidade de coexistir, no dolo eventual, os elementos volitivo e intelectual, Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú lecionam que:

A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado (parte cognitiva), como sustentam os defensores da teoria da probabilidade. É indispensável uma relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente essa parte volitiva que distingue o dolo da culpa (consciente)<sup>133</sup>.

Como exemplo, pode-se citar a figura de um químico que, ao manipular fórmulas para substâncias alimentícias sem as devidas precauções relativas à contaminação, embora sabedor do perigo, continua a agir e acaba, assim, causando lesão à saúde dos consumidores.

Outro exemplo, imagine-se, quando uma pessoa A promete certa quantia em dinheiro a B, se este conseguir, com um tiro de fuzil, quebrar uma bola de vidro que uma feirante segura nas mãos, sem feri-la. Mesmo sabendo ser mal atirador, B aceita o desafio e atira, causando ferimento na mão da feirante (exemplo de Lacmann).

Nélson Hungria dizia que 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<sup>134</sup>. Essa espécie de dolo tanto pode existir quando a intenção do agente dirige-se a outro fim penalmente típico como quando dirige-se a um resultado extrapenal.

No dolo eventual é indispensável existir uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente. Alberto Silva Franco sustenta que: “tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de querê-lo”<sup>135</sup>.

Assim, o dolo eventual significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela. Na lição de Francisco Muñoz Conde:

---

<sup>133</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, págs. 168.

<sup>134</sup> HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 122.

<sup>135</sup> FRANCO, Alberto Silva *et alii*. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 284.



No dolo eventual, o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas conta com ele, admite sua produção, assume o risco, etc<sup>136</sup>.

Juarez Cirino dos Santos afirma que, de modo geral, o dolo eventual constitui decisão pela possível lesão do bem jurídico protegido no tipo e caracteriza-se, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado<sup>137</sup>.

Procura-se distinguir o dolo direto do eventual, afirmando-se que ‘o primeiro é a vontade por causa do resultado; o segundo é a vontade apesar do resultado’. Frank, em sua conhecida teoria positiva do conhecimento, sintetiza a definição de dolo eventual, nos termos seguintes: ‘se o agente diz a si próprio: seja como for, dê no que der, em qualquer caso, não deixo de agir, é responsável a título de dolo eventual’<sup>138</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Francisco de Assis Toledo, sobre a caracterização do dolo eventual e a atitude do agente, leciona que: “É como se pensasse: vejo o perigo, sei de sua possibilidade, mas, apesar disso, dê no que der, vou praticar o ato arriscado”<sup>139</sup>. Ou seja, o agente prevê a possibilidade de ocorrência do resultado e, mesmo que não o deseje, continua sua conduta, admitindo que o resultado eventualmente se realizará.

Cezar Roberto Bitencourt leciona que:

Com todas as expressões – aceita, anui, assume, admite o risco ou o resultado – pretende-se descrever um complexo processo psicológico em que se misturam elementos intelectivos e volitivos, conscientes e inconscientes, impossíveis de ser reduzidos a um conceito unitário de dolo. No entanto, como a distinção entre dolo eventual e culpa consciente paira sob uma penumbra, uma zona gris, é fundamental que se estabeleça com maior clareza possível essa região fronteiriça, diante do tratamento jurídico diferenciado que se dá às duas categorias<sup>140</sup>.

A distinção entre dolo eventual e culpa consciente é sutil e merece ser abordada. De início, pode-se dizer que, de modo geral, existe um traço comum entre dolo eventual e culpa consciente, qual seja, a previsão do resultado.

<sup>136</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 60.

<sup>137</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 148.

<sup>138</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 355.

<sup>139</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 303.

<sup>140</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 355.

Por sua vez, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, sobre o conceito de dolo eventual e sua diferença da culpa consciente, destacam:

Quando uma pessoa planeja a causalidade para obter uma finalidade, faz uma representação dos possíveis resultados concomitantes de sua conduta. Em tal caso, se confia em que evitará ou que não sobrevirão estes resultados, deparamo-nos com uma hipótese de culpa com representação, mas se age admitindo a possibilidade de que sobrevenham, o caso será de dolo eventual<sup>141</sup>.

No dolo eventual, o agente presta anuência, consente, concorda com o advento do resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo a renunciar à ação. Na culpa consciente, ao contrário, o agente afasta ou repele, apesar de inconsideradamente, a hipótese superveniente do evento e empreende a ação na esperança de que este não venha a ocorrer. Nesse âmbito, adota-se o critério “contar com”, ou seja, se o autor conta com a possibilidade de realização do tipo delitivo (do resultado), há dolo eventual; se, ao contrário, confia que o tipo não vai se realizar, revela-se a culpa consciente<sup>142</sup>. Vale dizer, na culpa consciente o autor prevê o resultado como possível, mas não o aceita, nem o consente. O agente tem consciência do fato, não se conforma com ele; espera que não se verifique ou que possa evitá-lo.

Por oportuno, vale lembrar a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, para quem não exclui o dolo eventual o mero deixar ao acaso o resultado. Segundo tais autores:

não exclui o dolo eventual o mero deixar ao acaso: a confiança na evitação deve estar respaldada por dados objetivos, e quem efetua um disparo de arma de fogo na direção da cabeça da vítima não se beneficiará da simples alegação de que esperava que o resultado não sobreviesse. O simples anelo de que não sobrevenha o resultado, quando contraposto a uma conduta que objetivamente o torne irracional, não exclui o dolo eventual, como nos revela o chamado caso dos mendigos russos. Os mendigos mutilavam crianças para excitar a compaixão, porém algumas crianças morreram em decorrência das mutilações. É claro que os mendigos não desejavam este resultado possível de sua conduta, e se pudessem prevê-lo abster-se-iam dela; à parte os afetos envolvidos nessa história triste, uma criança morta não serviria à mendicância. Ou seja, os mendigos desejavam sinceramente que o resultado não sobreviesse, porém ao mutilarem as crianças, a despeito de saber que algumas delas poderiam morrer, incorporavam a sua vontade o resultado eventual possível, assumiam o resultado. Outra seria a solução caso os mendigos confiassem seriamente em que não ocorreria a morte, até porque em mutilações anteriores jamais ocorrera: tratar-se-ia, então de homicídio preterintencional (lesão corporal seguida de morte, art. 129, § 3º CP)<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 430.

<sup>142</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 236.

<sup>143</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro** – vol. II, I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 278.

### 2.6.3. Dolo alternativo

O dolo alternativo, que é uma espécie de dolo indireto, verifica-se quando o aspecto volitivo do agente se encontra direcionado, de maneira alternativa, seja em relação ao resultado ou em relação à pessoa contra qual o crime é cometido<sup>144</sup>. Quando a alternatividade do dolo diz respeito ao resultado, fala-se em alternatividade objetiva; quando a alternatividade se referir à pessoa contra qual o agente direciona sua conduta, a alternatividade será subjetiva.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar lecionam que o dolo alternativo origina-se quando o dolo direto e o dolo eventual se combinam numa vontade única e abrangente de dois ou mais resultados queridos, embora excludentes entre si<sup>145</sup>.

Pode-se citar um exemplo de dolo alternativo quanto à pessoa, fornecido por Fernando Galvão da Rocha, como aquele em que um agente, a certa distância, efetua disparos com sua arma de fogo contra duas pessoas, querendo matar uma ou outra. Aqui, como se pode perceber, encontramos um misto de dolo direto com dolo eventual<sup>146</sup>.

Como exemplo de dolo indireto alternativo, tendo por base o resultado, pode-se citar aquele em que o agente efetua disparos contra a vítima, querendo ferí-la ou matá-la. Com isso, por meio deste exemplo, é possível perceber que o dolo alternativo é uma mistura de dolo direto com o dolo eventual. Eis porque o seu dolo é dirigido a uma pessoa determinada, mas no que diz respeito ao resultado, encontramos um viés de dolo eventual, haja vista que o agente, quando direciona sua conduta a fim de causar lesões ou a morte de outra pessoa, não se importa com a ocorrência de um ou outro resultado, e se o resultado mais grave vier a acontecer este ser-lhe-á imputado a título de dolo eventual.

Juarez Cirino dos Santos ao tratar do dolo alternativo diz ser caracterizado por uma ação com alternativas típicas excludentes e também fornece alguns exemplos, tais como a) A atira em B para matar ou, simplesmente, ferir; b) A atira para matar B ou, pelo menos, matar o

---

<sup>144</sup> ROCHA, Fernando Galvão da. **Noções elementares sobre a teoria do crime**. Viçosa: Imprensa Universitária, 1993, p. 23.

<sup>145</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro** – vol. II, I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 283.

<sup>146</sup> ROCHA, Fernando Galvão da. **Noções elementares sobre a teoria do crime**. Viçosa: Imprensa Universitária, 1993, p. 24.

cachorro de B; c) A atira para matar o cachorro de B, mas consente na possibilidade prevista de matar B, próximo ao animal<sup>147</sup>.

Segundo o autor citado acima, a controvérsia sobre o dolo alternativo revela-se também na diversidade de soluções para as situações exemplificadas, podendo variar a punição da seguinte maneira: 1) punição somente pelo tipo realizado porque o autor pretende apenas um resultado típico; sendo que a crítica, aqui, é que se nenhum resultado é produzido, não se sabe por qual crime punir; e no caso da letra “c” do exemplo, se o autor mata o cachorro, a capacidade em matar o cachorro faz desaparecer a tentativa de homicídio; 2) punição pelo tipo mais grave (homicídio: tentado ou consumado) em todas as hipóteses; a crítica inverte o argumento porque se o autor atirou no cachorro e matou o cachorro, por que punir por homicídio tentado?; 3) punição, em concurso formal, por cada tipo alternativo tentado, ou tentado e consumado, que seria a solução dominante na doutrina<sup>148</sup>.

## 2.7. Teorias sobre o dolo eventual

Considerando que o dolo pode apresentar-se de variadas maneiras, há uma histórica divergência doutrinária na definição do dolo eventual. Assim, revela-se fundamental traçar claros parâmetros para distinguir os limites, em especial, entre o dolo eventual e a culpa consciente, razão pela qual surgiram algumas teorias cujo objetivo é melhor adequar a valoração do injusto penal. Essa discussão é relevante também para melhor se entender a teoria da cegueira deliberada, cujo epicentro da controvérsia é o elemento subjetivo da conduta deliberadamente cega, vale dizer, se se configuraria como dolo eventual ou como mera culpa (consciente).

Importante destacar que, em regra, sendo o dolo eventual a forma mais tênue de dolo, ela será igualmente a forma mais próxima da imprudência (culpa consciente) dentro da escala de desvalor subjetivo do injusto, compondo, por assim dizer, a fronteira inferior do dolo.

De início, nunca é demais lembrar que dolo eventual e culpa consciente apresentam um traço em comum, que, por conseguinte, dificulta a sua distinção, pois em ambos os casos o agente prevê o resultado<sup>149</sup>. A discussão gira em torno do elemento preponderante no dolo,

---

<sup>147</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 156.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>149</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, págs. 175.

ou seja, o elemento volitivo ou o cognitivo. Por isso, dividem-se em dois grandes grupos: as teorias da vontade e as teorias do conhecimento.

Por oportuno, apesar da reduzida expressão, vale registrar que Juarez Cirino dos Santos aponta, com base no pensamento de Albin Eser e Thomas Weigend, a existência de uma teoria igualitária que, fundadas nas dificuldades práticas dos critérios diferenciadores, propõe a unificação do dolo eventual e da culpa consciente em uma terceira categoria subjetiva, situada entre o dolo e a culpa. A crítica que o autor citado faz é a negativa nivelação das diferenças qualitativas entre hipóteses de decisão contra o bem jurídico protegido (dolo eventual) e hipóteses de leviana confiança na evitação do resultado (culpa consciente)<sup>150</sup>.

Pois bem. Adentrando nas teorias mais debatidas na doutrina e que buscam diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, como já dito acima, temos dois grandes grupos: a) as teorias que trabalham com critérios fundados na vontade (tais como a teoria do consentimento ou da aprovação, teoria da indiferença ou do assentimento e teoria da evitação ou da não comprovada vontade de evitação do resultado), e b) teorias que se utilizam de critérios fundados na representação (tais como a teoria da possibilidade, a teoria da probabilidade, a teoria do risco e, por fim, a teoria do perigo desprotegido).

### 2.7.1. Teorias da vontade (ou volitivas)

a) Teoria do consentimento ou da aprovação: para esta teoria, dolo eventual existe quando o agente concorda ou aprova o resultado típico previsto, que deve agradar o agente. Não é suficiente que o agente veja o resultado como mera possibilidade. Não basta para a configuração do dolo eventual a mera representação da possível ocorrência do resultado. Mais do que isto, deve manifestar-se no agente a vontade de consecução do resultado mentalmente representado. Caso o agente não assuma o risco, inobstante representá-lo, responderá pelo resultado a título de culpa consciente.

Assim, mesmo para a teoria do consentimento, a previsão do resultado é requisito indispensável e prévio ao querer, posto que não se manifestaria no autor o querer sem que houvesse a previsão do objetivo desejado. Vale dizer, o autor deve aprovar a produção do resultado interiormente, que haja concordado com ele, que se agrade e aceite o resultado<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 155-156.

<sup>151</sup> PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 271.

A doutrina aponta também que Reinhard Frank desenvolveu uma fórmula para distinguir entre dolo eventual e culpa consciente, segundo a qual o agente atua com culpa consciente quando expressa o seguinte pensamento: se soubesse que o resultado se produziria com certeza, não atuaria. Por outro lado, agiria com dolo eventual, na segunda hipótese, seja assim ou de outra forma, suceda isso ou aquilo, em qualquer forma atuou<sup>152</sup>.

Segundo a doutrina pátria amplamente majoritária<sup>153</sup>, esta é a teoria adotada pelo nosso Código Penal, consoante o disposto no art. 18, inciso I, 2ª parte (“assume o risco de produzir o resultado”).

Johannes Wessels, tratando sobre o que se entende por assumir o risco, leciona:

Parece correta a doutrina, agora predominante, de que existe dolo eventual, quando o autor não se deixa dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo, antes até concordando com a ocorrência do evento do que renunciando à prática da ação<sup>154</sup>.

b) Teoria da indiferença ou do assentimento: segundo esta teoria, o dolo eventual configura-se quando o sujeito aceita as consequências naturais de sua conduta com indiferença. Assim, o dolo eventual ocorre quando o agente dá por bem ou recebe com indiferença as consequências assessórias negativas e possíveis. Baseia-se no alto grau de indiferença por parte do agente para com o bem jurídico ou a sua lesão. Entretanto, o dolo não se caracterizará quando o agente considera indesejáveis as consequências e tiver sincera esperança de que não se produzirão (aqui caracteriza-se a culpa consciente).

A diferença em relação à teoria do consentimento não diz respeito à presença dos elementos do dolo, mesmo sendo necessário tanto o elemento cognitivo quanto o elemento volitivo. Ocorre, aqui, uma diminuição de exigência em relação ao segundo elemento, que se contenta com a indiferença do agente, e desde que o agente não confie que o resultado não venha a ocorrer. Dessa forma, quando o agente tem por indesejável o resultado e projeta mentalmente a impossibilidade da sua ocorrência, afastado restará o dolo eventual.

No ponto, ressalto a lição de Maria Del Mar Diaz Pita, para quem: “esta teoría busca la diferencia entre dolo e imprudencia em un determinado grado de desconsideración y

<sup>152</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 176.

<sup>153</sup> Por todos, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 229, para quem “*O Código Penal brasileiro agasalhou a teoria da vontade (dolo direto) e a teoria do consentimento (dolo eventual)*”.

<sup>154</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral** (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Editora Fabris, 1976, p. 53.

admite el dolo eventual cuando el autor haya sido indiferente a la realización del tipo”<sup>155</sup>. Em outras palavras, a indiferença do agente em relação à possibilidade de produção do resultado é o elemento caracterizador do dolo eventual.

c) Teoria da evitabilidade ou da não comprovada vontade de evitação do resultado: para esta teoria, de base finalista, há dolo eventual quando a vontade do agente estiver orientada no sentido de não evitar o resultado<sup>156</sup>. Aqui, a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente consiste na dependência da ativação de contrafactores para evitar o resultado representado como possível: teríamos culpa consciente se o autor ativa contrafactores de evitação do resultado, e dolo eventual se o autor não os ativa<sup>157</sup>.

A crítica aponta que não ativação de contrafactores pode, também, ser explicada pela leviandade humana de confiar na própria estrela e, por outro lado, a ativação de contrafactores não significa, necessariamente, confiança na evitação do resultado.

### 2.7.2. Teorias da representação (ou intelectivas)

No que diz respeito às teorias que se utilizam de critérios fundados na representação, que hoje contam com prestígio crescente, em especial pela influência do funcionalismo e da normatização de categorias na teoria do delito, temos: a teoria da possibilidade, a teoria da probabilidade, a teoria do risco, a teoria do perigo desprotegido).

Teoria da representação:

a) Teoria da possibilidade ou da representação: para esta teoria, a mera previsão, pelo agente, da possibilidade de produção do resultado, sem a necessidade de qualquer indagação do elemento volitivo, fundamenta o dolo, tendo em vista que a simples existência da possibilidade já deveria ser suficiente para fazer o sujeito desistir de seguir atuando, inibindo-o<sup>158</sup>.

A crítica a ser feita a esta teoria é que ela reduz o dolo ao elemento cognitivo, afastando por completo o elemento volitivo e, com isso, que a mesma exclui a possibilidade da caracterização da culpa consciente. Posto que, na vida real, o sujeito consegue perceber perfeitamente que pode causar lesão a um bem jurídico, porém, confia, sinceramente, em sua

<sup>155</sup> DIAZ PITA, Maria Del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 180.

<sup>156</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 229.

<sup>157</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p.151.

<sup>158</sup> PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 272.

não produção, o que configura a culpa consciente, sem o elemento volitivo caracterizador do dolo.

b) Teoria da probabilidade: nesta teoria, para a existência do dolo, o autor deve entender o fato como provável e não somente como possível para a lesão do bem jurídico. Se o agente considerava provável o resultado, temos o dolo eventual; se o considerava apenas como meramente possível, teremos culpa consciente<sup>159</sup>.

Esta teoria diferencia-se, assim, da teoria da representação, pelo grau de convicção atribuído à ocorrência do resultado. A probabilidade é verificada quando, na representação do autor, a produção do resultado é considerada próxima.

O que deve ser analisado é se o sujeito, antes de agir, considerou a probabilidade (mais ou menos provável) da produção do resultado e se há indícios essenciais de que se valeu de tal probabilidade e contou com ela. Com isso, se houver alta probabilidade de lesão ao bem jurídico e o sujeito continuou atuando, supõe-se uma conduta dolosa em razão da provável lesão ao bem jurídico<sup>160</sup>.

Juarez Cirino dos Santos, sobre a teoria da probabilidade, leciona que:

A teoria da probabilidade define dolo eventual, variavelmente, ou pela representação de um perigo concreto para o bem jurídico (JOERDEN), ou pela consciência de um quantum de fatores causais produtor de sério risco do resultado (SCHUMANN), ou como (re)conhecimento de um perigo qualificado para o bem jurídico (PUPPE) – para mencionar apenas suas formulações mais modernas<sup>161</sup>.

E prossegue o mesmo autor, agora tratando da crítica à teoria:

A crítica aponta o caráter de prognose intelectual dessas definições – um fenômeno de reflexão raro em eventos dominados pelas emoções, como são os comportamentos criminosos –, capazes de servir como indícios da atitude pessoal de levar a sério o perigo, mas incapazes de funcionar como critério do dolo eventual<sup>162</sup>.

c) Teoria do risco: segundo esta teoria (variante da teoria da possibilidade), a existência do dolo vai depender do efetivo conhecimento pelo agente do risco indevido (não permitido) que sua conduta expõe determinado bem jurídico. Com isso, sobrevindo o resultado, há dolo.

---

<sup>159</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, págs. 228-229.

<sup>160</sup> PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 273.

<sup>161</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 152.

<sup>162</sup> *Ibidem*, págs. 152-153.



Nesta teoria, define-se o dolo pelo conhecimento da conduta típica, que sabe-se ser geradora de risco, contudo, exclui-se do objeto do dolo o resultado típico porque a ação de conhecer não pode ter por objeto realidades ainda inexistentes no momento da ação. Não obstante, trabalha com o critério de tomar a sério o resultado típico e de confiar na evitação do resultado típico para distinguir a decisão pela possível lesão do bem jurídico (dolo eventual) da mera culpa consciente<sup>163</sup>.

d) Teoria do perigo a descoberto ou do perigo desprotegido: esta teoria (variante da teoria da probabilidade), fundamenta-se apenas no tipo objetivo. O perigo a descoberto representa aquelas situações nas quais a ocorrência do resultado lesivo subordina-se à sorte ou ao acaso<sup>164</sup>.

Assim, a ideia que rege esta teoria é que não interessa se o autor levou a sério um perigo conhecido, o que interessa é saber se ele conhece um perigo que deveria ser levado a sério. Deste modo, o perigo doloso seria aquele “desprotegido” e o perigo culposos seria “protegido”.

Para Juarez Cirino dos Santos, esta teoria, que retira o elemento volitivo do conteúdo do dolo, e fundamenta a distinção entre dolo eventual e culpa consciente com base na natureza do perigo, definido como desprotegido, protegido e desprotegido distante. Segundo o mencionado autor:

a) o perigo desprotegido, caracteriza-se pela dependência de meros fatores de sorte-azar, configura dolo eventual, ainda que o autor confie na ausência do resultado, como jogar roleta russa (com risco de resultado na proporção de 1:5), ou praticar sexo com menina de idade presumível inferior a 14 anos; b) o perigo protegido, caracterizado pela evitação do possível resultado mediante cuidado ou atenção do autor, da vítima potencial ou de terceiro, configura imprudência consciente, com homicídio imprudente em hipótese de resultado morte, nos seguintes exemplos: o inexperiente servente de pedreiro cai de andaime de prédio em construção, onde subira por ordem do mestre de obras, sem usar qualquer dispositivo de segurança; o professor permite aos alunos nadarem em rio perigoso, apesar da placa de advertência do perigo e aluno morre afogado; c) o perigo desprotegido distante assemelha-se ao perigo protegido, excluindo o dolo: o inquilino do apartamento joga objeto pesado pela janela, consciente da possibilidade de atingir alguém; a mãe deixa medicamento tóxico no armário, consciente de que o filho poderia ingeri-lo. A noção de perigo desprotegido pretende fundamentar uma construção objetiva da teoria subjetiva de levar a sério o perigo: trata-se de reconhecer um perigo digno de ser levado a sério, e não de levar a sério um perigo reconhecido.

---

<sup>163</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 153.

<sup>164</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 229.

Segundo apontam Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú, sobre as teorias acima estudadas:

Em que pesem as considerações feitas no capítulo precedente, no sentido da predileção doutrinária atual pelas teorias cognitivas, tem-se que estas não bastam para diferenciar o dolo eventual da culpa consciente. Isso porque, como visto acima, o nosso Código Penal fez opção pelas correntes volitivas (teoria da assunção ou consentimento). Isso porque, é o aspecto volitivo que demarca o dolo, seja direto (teoria da vontade), seja eventual (teoria do consentimento), apartando-o da culpa consciente ou inconsciente. Não se ignora, porém, que a vontade pressupõe o conhecimento da possibilidade ou probabilidade de causar o resultado, não se podendo, assim, ignorar a sua relevância dogmática<sup>165</sup>.

Os mesmos autores, em síntese conclusiva e na mesma linha da corrente doutrinária majoritária, asseveram que as teorias volitivas seriam as mais adequadas a fundar a diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente:

De todo modo, quanto à diferença entre dolo eventual e culpa consciente, deve-se optar pelas teorias volitivas (do consentimento ou da indiferença). Para eles, se o agente tolera a produção do resultado, se o resultado lhe é indiferente, terá operado com dolo eventual. Do contrário, haverá a culpa consciente. Neste caso, o autor não tolera o resultado; o evento lhe é representado, é previsto, mas ele confia em sua não produção.

Na mesma linha, Santiago Mir Puig, tratando sobre o dolo eventual e a previsão do resultado no caso concreto, leciona:

Pero no se trata tanto de cuantificar un determinado grado de probabilidad que deba advertir el sujeto – como pretende la teoría de la probabilidad –, quanto de preguntar si el sujeto que advierte la posibilidad del delito cree que em su caso puede realizarse dicha posibilidad o, por el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir em el caso particular<sup>166</sup>.

Juarez Cirino dos Santos, sobre o tema, trabalha com os seguintes conceitos-pares para definir dolo eventual e culpa consciente: a) o dolo eventual caracteriza-se, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado; b) a culpa consciente caracteriza-se, no nível intelectual, pela representação da possível produção do resultado

---

<sup>165</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: volume único**. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 176.

<sup>166</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 7ª edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005, págs. 268-269.

típico e, no nível da atitude emocional, por confiar na ausência ou evitação desse resultado, pela habilidade, atenção ou cuidado na realização concreta da ação<sup>167</sup>.

Segundo o autor citado, o caráter complementar-excludente desses conceitos aparece nas seguintes correlações, ao nível da atitude emocional:

quem se conforma com (ou aceita) o resultado típico possível não pode, simultaneamente, confiar em sua evitação ou ausência (dolo eventual); inversamente, quem confia na evitação ou ausência do resultado típico possível não pode, simultaneamente, conformar-se com (ou aceitar) sua produção (imprudência consciente)<sup>168</sup>.

A doutrina pátria<sup>169</sup> costuma afirmar que duas espécies de dolo foram oferecidas pela legislação brasileira: o dolo direto e o dolo eventual; que estariam contidos na descrição do art. 18, inciso I, do Código Penal, quando menciona que o crime doloso é aquele em que o sujeito ou “quis o resultado” ou “assumiu o risco de produzi-lo”.

Contudo, vale observar que, conforme as diversas teorias apresentadas sobre o dolo eventual, e na linha do que dito por Paulo César Busato, nem o dolo direto corresponde à ideia de querer, nem o dolo eventual pode ser representado simplesmente pela ideia de assunção do risco<sup>170</sup>. Ao contrário do que se pode pensar, a previsão legislativa nada resolveu. Luís Greco diz, inclusive, que essa previsão legal chegou a obstar o desenvolvimento doutrinário do tema por comodismos vários<sup>171</sup>.

Juarez Cirino dos Santos assevera que os conceitos científicos eventualmente descritos na lei devem ser lidos e aplicados de acordo com o estágio atual da ciência<sup>172</sup>. Assim, percebe-se que a evolução da teoria do dolo reflete avanço da ciência do Direito Penal e que deixou a definição do Código Penal superada, sendo um bom exemplo o dolo direto de 2º grau, que, apesar de não constar da definição legal, nem por isso é recusado pelos doutrinadores<sup>173</sup>.

Isto posto, não há como prosperar o argumento de que a teoria da cegueira deliberada viola o princípio da legalidade penal. A eventual existência de uma definição legal de dolo em

<sup>167</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 148.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>169</sup> Por todos: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, págs. 270-271.

<sup>170</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**, vol. I. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 398.

<sup>171</sup> GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à distinção entre dolo e culpa de Ingeborg Poppe. *In: Dolo e Culpa*. (Ingeborg Poppe). Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 16 e seguintes.

<sup>172</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 143.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 143.

nosso ordenamento não impede a evolução dogmática da ciência do Direito Penal; ademais, a prevalecer o entendimento de que a evolução científica dos conceitos não pode ultrapassar a lei posta, não se poderia aceitar a ideia de dolo direto de 2º grau. Por fim, como já assentado pela jurisprudência pátria, a definição legal de dolo eventual constante do Código Penal não é incompatível com a ideia da teoria da cegueira deliberada<sup>174</sup>.

## **2.8. Breves considerações sobre o elemento subjetivo do tipo no Direito Penal da *common law***

O Direito da *common law* possui uma história, evolução e categorias diferentes daquelas verificadas no Direito de matriz romano-germânica. No que tange ao conceito de crime, a definição comum na dogmática anglo-saxônica é a que aponta para a necessidade de dois elementos indissociáveis: o *actus reus* (AR) e a *mens rea* (MR). O primeiro diz respeito aos elementos externos da conduta, o segundo indica os elementos internos, da subjetividade do autor da conduta<sup>175</sup>.

Segundo Janet Loveless: “a definition of a crime consists of two elements: guilty behaviour and a guilty state of mind. Together, they describe the harm prohibited by the offence and the blameworthiness or fault of the defendant. Both must occur at the same time”. E prossegue a autora: “both AR and MR are required to be proved beyond all reasonable doubt in order to obtain a conviction”<sup>176</sup>.

Tratando da natureza e do conteúdo do *actus reus*, David Ormerod e Karl Laird asseveram que: “actus reus includes all the elements in the definition of the crime except D’s mental element or fault, it follows that the actus reus is not merely an ‘act’. It may comprise conduct and its attendant circumstances and/or results”<sup>177</sup>.

Por sua vez, a *mens rea* é baseado na máxima latina de que “*actus non facit reum nisi mens sit rea*”, vale dizer, em tradução livre, “um ato não faz uma pessoa culpada a menos que o pensamento seja culpado”. Com isso, é possível perceber que a *mens rea*

---

<sup>174</sup> Vide os casos “Mensalão”, no STF (ação penal nº 470-MG), e “Lava-Jato”, no TRF da 4ª Região.

<sup>175</sup> LOVELESS, Janet. **Criminal Law: Text, Cases, and Materials**. 4ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2014, págs. 32-33.

<sup>176</sup> *Ibidem*, págs. 32-33 e 40. Sobre a necessidade da simultaneidade da *actus reus* (AR) com a *mens rea* (MR) para configurar o crime, aponta a autora que: “The general principle is that no-one can be criminally liable unless they possess the necessary MR for a crime at the time of committing the AR. The two must coincide together”.

<sup>177</sup> ORMEROD, David; LAIRD, Karl. **Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law**. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 28.

(mente culpada ou *guilty mind*) abrange os elementos subjetivos da tipicidade e da culpabilidade<sup>178</sup>. Assim, no Direito Penal da *common law*, a *mens rea* deve ser o conteúdo do *actus reus* (conduta), ou seja, a *mens rea* refere-se ao elemento mental da ofensa que acompanha o *actus reus*. O Direito Penal da *common law*, neste particular, teve forte influência do direito canônico, logo, influenciado pela ideia de culpa moral<sup>179</sup>.

Janet Loveless, quando trata da *mens rea* (MR), afirma que:

No-one can be convicted of a crime unless their criminal conduct (AR) was accompanied by a criminal mental element known as mens rea (MR). Each offence defines the particular MR which must be proved beyond reasonable doubt in order to secure a conviction. All MR terms reflect varying degrees of blameworthiness or culpability só as to justify punishment. The prosecutor will need to prove MR in relation to each element of the AR<sup>180</sup>.

David Ormerod e Karl Laird fazem referência ao princípio da coincidência no tempo do *actus reus* e da *mens rea* e afirmam que, para uma condenação, é preciso restar provada a simultaneidade do elemento *mens rea* com o específico *actus reus*:

The mens rea must coincide in point of time, even if fleetingly, with the act which causes the actus reus. ‘If I happen to kill my neighbour accidentally, I do not become a murderer by thereafter expressing joy over this death. My happiness over the result is not the same as a willingness to commit the illegal act’. Mens reaa implies an intention to do a present act, not a future act<sup>181</sup>.

Buscando definir o elemento *mens rea*, Janet Loveless afirma:

We say that MR consists of a guilty ‘state of mind’, which is usually the case with the more serious crimes requiring intention, recklessness or dishonesty. These terms represent states of mind where D will have decided or chosen to bring about a result prohibited by the criminal law. But in addition, many offences also require mens reaa in the form of knowledge or belief in relation

<sup>178</sup> David Ormerod e Karl Laird apontam a dificuldade de se definir a *mens rea*: “mens rea is a term which has no single meaning. Every crime has its own mens reaa which can be ascertained only by reference to its statutory definition or the case law. The most we can do is to state a general principle, or presumption, which governs its definition” (*In Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law*. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 120).

<sup>179</sup> CHESNEY, Eugene J. The concept of Mens Rea in the criminal law. *In: 29 Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951)*, V. 29, nº 05, p. 631, 1939. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2828&context=jclc>>. Acessado em: 18 de março de 2018.

<sup>180</sup> LOVELESS, Janet. *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*. 4ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 90.

<sup>181</sup> ORMEROD, David; LAIRD, Karl. *Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law*. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 125.

to a particular circumstance. For example, rape requires the absence of reasonable belief in consent<sup>182</sup>.

*A mens rea* (ou *guilty mind*) divide-se em quatro categorias de atitudes mentais: a) *purpose* ou *intent* (intenção); b) *knowledge* (conhecimento); c) *recklessness* (imprudência); e d) *negligence* (negligência).

Como apontado por David Ormerod e Karl Laird, existe uma hierarquia entre essas categorias mentais, sendo a *intent* a mais culpável e a *negligence* a menos culpável, assim: “It is generally accepted tha the different tyoes of mens rea form a hierarchy, with intention and knowledge being most culpable, followed by recklessness, belief and then by suspicion”<sup>183</sup>.

No ponto, vale mencionar que no ano de 1962, surge no cenário jurídico estadunidense o Código Penal Modelo (*Model Penal Code*). Como forma de incentivar a unificação das diferentes legislações dos cinquenta estados, foi produzido pela *American Law Institute* um Código Penal Modelo que, apesar de não ter força legislativa, terminou por ser adotado pela grande maioria dos estados da federação no sentido de uniformizar a interpretação da lei penal, criando uma base interpretativa geradora de maior segurança jurídica. Tal Código Penal Modelo é frequentemente citado por acadêmicos e utilizado como parâmetro pelos Tribunais<sup>184</sup>.

Segundo o Código Penal Modelo norte-americano (cf. *Section 2.02 - General Requirements of Culpability*), uma pessoa só pode ser condenada criminalmente se

<sup>182</sup> LOVELESS, Janet. **Criminal Law: Text, Cases, and Materials**. 4ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 90.

<sup>183</sup> ORMEROD, David; LAIRD, Karl. **Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law**. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 89.

<sup>184</sup> ROBINSON, Paul H.; DUBBER, Markus Dirk. The American Model Penal Code: A Brief Overview. *In: New Criminal Law Review*, Vol. 10, n. 3, Pennsylvania, 2007. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://encore.law.upenn.edu/jii/encore/record/C\\_Rx1001392\\_San%20introduction%20to%20the%20model%20penal%20code\\_P0%2C22\\_Orightresult\\_U\\_X1?lang=eng&suite=cobalt&httpsredir=1&article=1130&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://encore.law.upenn.edu/jii/encore/record/C_Rx1001392_San%20introduction%20to%20the%20model%20penal%20code_P0%2C22_Orightresult_U_X1?lang=eng&suite=cobalt&httpsredir=1&article=1130&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 03 dez. 2018. Os autores, em conclusão, afirmam o sucesso do *Model Penal Code* em influenciar positivamente as discussões no direito penal norte-americano, *in verbis*: “For almost half a century, the Model Penal Code has been the dominant force in American criminal code reform and a catalyst for American criminal law scholarship. In general, the Model Penal Code has stood the test of time. While individual provisions of the code, such as its definition of insanity and its grading of inchoate offenses, have been amended for one reason or another, no state has seen fit to undertake a wholesale reform of its criminal code away from the Model Penal Code. Even academic commentary generally has come to focus on the code, albeit not always agreeing with it. Nonetheless, the code is showing its age as the theory and practice of American criminal law has long since rejected the code's emphasis on deterrence and rehabilitation and as attitudes toward criminalization have shifted. A reform of the model therefore is much needed. When that reform comes, however, there can be little doubt that it will build upon the foundations laid down in the Model Penal Code”.

restar provada uma das quatro tipos de *mens rea*, ou seja, o citado Código apresenta níveis de culpabilidade do *actus reus*, por assim dizer<sup>185</sup>.

Section 2.02. General Requirements of Culpability.

(1) Minimum Requirements of Culpability.

Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.

(2) Kinds of Culpability Defined.

(a) Purposely. A person acts purposely with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and (ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.

(b) Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and (ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

(c) Recklessly. A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and un-justifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

(d) Negligently. A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.

Assim, pode-se dizer, resumidamente, que o *purpose* ou *intent* é o nível mais elevado de culpabilidade, significa dizer que o autor tem a intenção e pleno conhecimento de que quer cometer um delito. O *knowledge* verifica-se quando o autor age com consciência de que seu ato provavelmente trará uma consequência ilícita. Por sua vez, o *recklessness* ocorre quando o autor age com consciência de que é provável que sua atitude gere resultados ilícitos, em que pese não tenha certeza da produção desses resultados. Por fim, a figura da *negligence* verifica-se quando o autor não possui consciência dos riscos que sua ação pode produzir.

Janet Loveless afirma que, a partir do estudo das decisões das cortes, é possível distinguir dois tipos de *intent*: a *direct intent* e a *oblique* ou *indirect intent*. A primeira

<sup>185</sup> Model Penal Code Annotated. Disponível em: <http://www.lawlib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/mpc/mpc.html>. Acessado em 18 mar. 2018.

verifica-se como resultado de um propósito, um objetivo, um desejo. A segunda ocorre quando, apesar de não diretamente querida, resulta como um efeito colateral do propósito principal, ou seja, apresenta-se como um pré-requisito (ou consequência necessária) para se alcançar o objetivo principal<sup>186</sup>.

Para Larry Alexander, pode-se dizer que o agente atua com *knowledge* quando acredita que é praticamente certo que, pelas circunstâncias e pela natureza de sua conduta, terá um resultado danoso. Nesse sentido, aponta o autor:

A person acts with criminal "knowledge" with regard to an element of a crime when he believes to a practical certainty that his conduct is of a particular nature, that an attendant circumstance exists, or that his conduct will bring about a particular result<sup>187</sup>.

No que toca a ideia de *recklessness*, Kimberly Kessler Ferzan afirma que trata-se de uma conduta na qual o agente assume um risco não razoável de provocar uma lesão<sup>188</sup>. Nesse mesmo sentido, Janet Loveless aponta que:

Most people would consider a person to be reckless when he acts without thinking, perhaps with a lack of care or indifference to the risk of causing harm to another's safety or property. (...) Recklessness in the legal sense is concerned with unreasonable risk-taking. Today, it is assessed subjectively, as is intention, and is confined to the conscious taking of an unjustified risk of harm. This means that to be reckless, one needs to be aware of an unreasonable risk of harmful consequences<sup>189</sup>.

Por oportuno, já é possível fazer algumas distinções, ainda que sucintas. Na *intention* concentra-se o maior grau de culpabilidade, pois o agente quer realizar o delito. No *knowledge* também há um resquício de intenção, menos intensa, eis que, quando conjugada com as circunstâncias conhecidas pelo agente, gera uma quase certeza do dano.

<sup>186</sup> LOVELESS, Janet. **Criminal Law: Text, Cases, and Materials**. 4ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 94.

<sup>187</sup> ALEXANDER, Larry. Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability. *In: California Law Review*, 931, Vol. 88, 2000, p. 939. Disponível em: <<https://doi.org/10.15779/Z384T5K>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

<sup>188</sup> FERZAN, Kimberly Kessler. Opaque Recklessness. *In: Journal of Criminal Law and Criminology* 597, vol. 91, n. 3. Northwestern University, School of Law, 2001. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7081&context=jclc>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

<sup>189</sup> LOVELESS, Janet. **Criminal Law: Text, Cases, and Materials**. 4ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2014, págs. 118-119.



David Ormerod e Karl Laird apontam uma diferença entre a *intention* e o *knowledge*, no sentido de que a primeira guarda relação com as consequências da conduta, já e o segundo é pertinente as circunstâncias, *in verbis*:

It is usually considered to sit alongside intention in the mens rea hierarchy, but whereas intention is usually descriptive of states of mind as to consequences (eg. I intend to kill), knowledge is usually used in relation to circumstances (eg. Importing an article or substance knowing it is prohibited)<sup>190</sup>.

Por sua vez, o conceito de *recklessness*, em certa medida, pode ser próximo do de *intention*, em especial quando se compara com a denominada *oblique or indirect intention*. Assim, conforme visto, *oblique intention* consiste na antevisão de um resultado certo e necessário. A *recklessness*, por sua vez, consiste também numa previsão do risco de ocorrer um resultado danoso, mas não na perspectiva da certeza, e sim na de probabilidades<sup>191</sup>.

De outro vértice, o *knowledge* se diferencia do *recklessness* uma vez que, no *knowledge* o autor tem a quase certeza dos resultados que decorrerão de sua ação, tendo em vista a sua experiência e as circunstâncias conhecidas. Já na *recklessness*, o autor não tem a certeza do resultado ilícito, apesar de saber da probabilidade de que isso venha a ocorrer, por conta das circunstâncias. Larry Alexander afirma que: “unlike recklessness, which focuses on both the risk imposed and the actor's justification for imposing it, at first glance, knowledge appears to focus only on risk”<sup>192</sup>.

Segundo Robin Charlow, *knowledge* e *recklessness* diferem também na questão de ser o *knowledge* um conceito subjetivo, enquanto que o *recklessness* requer tanto uma avaliação subjetivo quanto objetiva. No caso de *recklessness*, o autor deve ser subjetivamente consciente do risco que ele enfrenta, mas a possibilidade de criação do risco, consoante o que for necessário, é medido objetivamente. Por outro lado, uma vez

---

<sup>190</sup> ORMEROD, David; LAIRD, Karl. **Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law**. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 114.

<sup>191</sup> Janet Loveless assevera que: “This distinction can be difficult to define especially in murder cases on the basis of oblique intention. Oblique intention consists of foresight of a virtually certain result. recklessness is concerned with foresight of lower degrees of risk ranging from high to low probabilities but not certainties.”(*In: Criminal Law: Text, Cases, and Materials*. 4ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 133).

<sup>192</sup> ALEXANDER, Larry. Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability. *In: California Law Review*, 931, Vol. 88, 2000, págs. 939-940. Disponível em: <<https://doi.org/10.15779/Z384T5K>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

que é determinado que o autor subjetivamente acreditava na existência do fato em questão, o *knowledge* não necessita de uma determinação objetiva<sup>193</sup>.

Por sua vez, vale também diferenciar as figuras da *recklessness* e da *negligence*. Na *recklessness* o autor deve ser conhecedor do alto risco que envolve suas ações. Na *negligence*, o autor, de fato, não conhece os riscos de sua ação, apesar dele ser exigível que conhecesse. Nesse sentido, Janet Loveless aponta que: “negligent relates not to a state of mind but to an unreasonable standard of conduct which we might in ordinary language call ‘stupid’, ‘absent-minded’, ‘inadvertent’, an ‘error of judgement’ or a ‘simple mistake’”<sup>194</sup>.

Na mesma linha de raciocínio seguem David Ormerod e Karl Laird:

Recklessness is the conscious taking of an unjustifiable risk, while negligence is the inadvertent taking of an unjustifiable risk. If D is aware of the risk and decides to take it, he is reckless if that was unjustifiable; if he is unaware of the risk, but ought to have been aware of it, he is negligent<sup>195</sup>.

Este panorama, ainda que breve, do elemento subjetivo (*mens rea*) no Direito Penal da *common law*, é importante para que se possa entender como a *willful blindness doctrine* vai influenciar a categoria do *knowledge* e fazer com que os Tribunais estadunidenses o interpretem de modo a abarcar situações nas quais o agente negou obter o conhecimento, de modo proposital e voluntário, quando era possível fazê-lo.

Considerando a fluidez entre os conceitos de *knowledge* e *recklessness*, sendo difícil determinar seus limites, assim como os contornos do dolo eventual e da culpa consciente de nosso Direito Penal, há um debate na doutrina nacional para saber em qual categoria a *willful blindness* se enquadraria.

---

<sup>193</sup> CHARLOW, Robin. Willful ignorance and criminal culpability. *Tex. L. Rev.*, V. 70, 1992, p. 1380.

<sup>194</sup> LOVELESS, Janet. *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*. 4ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 135.

<sup>195</sup> ORMEROD, David; LAIRD, Karl. *Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law*. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 113.

### 3. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

#### 3.1. Considerações iniciais

A teoria da cegueira deliberada é também conhecida pelas denominações de ignorância deliberada, *willful blindness doctrine*, *conscious avoidance doctrine* ou *the ostrich instructions*<sup>196</sup>. Segundo Ramon Ragués i Vallès, a cegueira ou ignorância deliberada seria uma estratégia, humanamente compreensível, de quem deseja evitar encarar um problema ou ter que tomar uma decisão difícil. Assim, em suas palavras, os exemplos de ignorância deliberada:

describen situaciones em las que un sujeto podía haber obtenido determinada información pero, por razones muy diversas, ha preferido no adquirirla y mantenerse em um estado de incertidumbre. Se trata de una estrategia, por así decirlo, humanamente comprensible para quien desea evitar o aplazar un posible disgusto o tener que tomar una decisión difícil<sup>197</sup>.

O autor citado aduz que tal postura, vale dizer, de evitar o conhecimento, seria do cotidiano da vida humana. Contudo, em determinados casos, pode ter uma transcendência jurídico-penal relevante.

No mesmo sentido, para Margaret Heffernan, a autocolocação em situação de cegueira é mais comum do que se pode imagina, pois, não raras vezes, indivíduos ignoram o óbvio em seu cotidiano, sobretudo nas relações sociais e empresariais, com a finalidade de se isentarem de certos ônus da vida em coletividade<sup>198</sup>.

Assim, por exemplo, alguns casos banais de evitação do conhecimento podem ser (e são) inofensivos: como um estudante que, sabendo que as notas do último exame foram publicadas na sexta-feira, prefere não vê-las para não perder o fim de semana, no caso de serem ruins; ou um cônjuge que suspeita da traição de sua companheira, mas prefere não investigar, por medo de confirmar as suspeitar e ver o casamento terminado.

Em outras hipóteses, contudo, essa ignorância deliberada poderá ter efeitos jurídicos, tais como: um indivíduo que, em troca de uma retribuição em dinheiro, aceita figurar como

<sup>196</sup> Há registro de uso da expressão “connivance”, mas esta não é mais utilizada atualmente (Cf. ORMEROD, David; LAIRD, Karl. **Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law**. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 116).

<sup>197</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada em Derecho Penal**. Discusiones XIII, n. 2, 2013, p. 11.

<sup>198</sup> HEFFERNAN, Margaret. **Willful Blindness: Why we ignore the obvious at our peril**. London: Simon & Schuster UK, 2011, p. 7.

administrador formal de diversas empresas, sem sequer procurar saber de suas reais atividades nem de quem são seus efetivos administradores; ou um sujeito que, para evitar problemas, dá instruções aos seus empregados para que rechacem a entrega/recebimento de todo tipo de notificação proveniente da administração pública; ou, ainda, aquele que recebe certa quantidade de dinheiro para transportar uma mala para outra cidade e prefere não perguntar sobre o que existe no interior da mala<sup>199</sup>.

Com isso, não é difícil perceber que segundo essa teoria, o agente, propositadamente, se coloca em situação de ignorância e, de modo voluntário, cria obstáculos que o impedem de alcançar um maior grau de certeza acerca da ilicitude de sua conduta. Vale dizer, o autor provoca o seu desconhecimento acerca do ilícito, daí questionar-se se essa postura pode legitimar ou não uma equiparação ao dolo eventual ou mesmo à culpa consciente.

Por oportuno, Renato Brasileiro de Lima aduz que, tratando da premissa lógica da teoria da cegueira deliberada, assevera:

Essa teoria fundamenta-se na seguinte premissa: o indivíduo que, suspeitando que pode vir a praticar determinado crime, opta por não aperfeiçoar sua representação sobre a presença do tipo objetivo em um caso concreto, reflete certo grau de indiferença em face do bem jurídico tutelado pela norma penal tão elevado quanto o daquele que age com dolo eventual, daí por que pode responder criminalmente pelo delito se o tipo penal em questão admitir a punição a título de dolo eventual<sup>200</sup>.

No mesmo sentido, bem explica Rodrigo Leite Prado:

a teoria fundamenta-se na seguinte premissa: aquele que, suspeitando que pode vir a atuar de forma criminoso, prefere, como meio de angariar algum benefício, não aperfeiçoar sua representação sobre a presença do tipo objetivo em um caso concreto, demonstra um grau de indiferença em face do bem jurídico tutelado pela norma penal tão alto quanto o de quem age com dolo eventual, razão pela qual ambos merecem a mesma reprimenda<sup>201</sup>.

Jesús-Maria Silva Sánchez completa dizendo que a teoria da cegueira ou ignorância deliberada objetiva equipar à conduta dolosa, aquela conduta na qual o autor,

---

<sup>199</sup> Caso real ocorreu no final de 2018, em São Paulo, quando o ex-assessor especial do Presidente da República Michel Temer, Sr. Rodrigo Rocha Loures, foi flagrado transportando pela rua uma mala contendo R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), que alegou não ter conhecimento do conteúdo, pois disse não ter aberto a mesma, que lhe foi entregue por um executivo da JBS. Notícia disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/12/11/rocha-loures-vira-reu-por-corrupcao-no-caso-da-mala-de-r-500-mil-da-jbs.htm>>. Acessado em: 27 dez. 2018.

<sup>200</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 266.

<sup>201</sup> PRADO, Rodrigo Leite. **Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 237.

propositadamente, colocou-se na ignorância, quando teria a chance de descobrir a verdade, assim:

é cabível a imputação de conduta a título de dolo, ainda quando seja impossível constatar um estado mental de conhecimento da situação na qual o agente se encontrava, sempre e quando possa ser-lhe imputável que deveria conhecer e que, se não o fez, foi porque provocou o desconhecimento por ação ou omissão<sup>202</sup>.

Por sua vez, Elkan Abramowitz e Barry A. Bohrer afirmam que a doutrina da *conscious avoidance* ou ignorância deliberada permite que haja uma condenação criminal nos casos em que o Estado falha na produção de provas acerca do real conhecimento do réu a respeito de uma situação suspeita<sup>203</sup>. Tal teoria afirma que, apesar do acusado não ter conhecimento detalhado dos fatos, essa falta de conhecimento deve-se a prática de atos afirmativos de sua parte, para evitar a descoberta de uma situação suspeita, podendo, por isso, ser equiparada ao dolo eventual<sup>204</sup>.

Por fim, nunca é demais citar a definição constante no *Black's Law Dictionary*, no sentido de que a cegueira deliberada ocorre: “em situações em que se deixa de fazer uma pergunta razoável de suspeita de irregularidades, apesar de estar ciente de que é altamente provável que a ação seja ilegal”<sup>205</sup>.

### 3.2. A origem da teoria da cegueira deliberada

A teoria da cegueira deliberada teria surgido no direito da tradição anglo-americana (*common law*) com o objetivo de ampliar os padrões de conhecimento necessário a configurar a intencionalidade de cometer um delito, e que consubstancia o elemento subjetivo do tipo.

Vale ressaltar que, no âmbito da *common law*, para se imputar um crime a alguém, é necessário apontar a *mens rea*, ou “mente culpada”, que é a categoria que engloba os elementos subjetivos da tipicidade e da culpabilidade, dentre eles pode-se citar quatro atitudes

<sup>202</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). **La teoría del delito em la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013, p. 50.

<sup>203</sup> ABRAMOWITZ, Elkan; BOHRER, Barry A. Conscious Avoidance: a substitute for actual knowledge? **New York Law Journal**, Vol. 237, nº 83, 2007. Disponível em: <<https://www.maglaw.com/publications/articles/2007-05-01-conscious-avoidance-a-substitute-for-actual-knowledge>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

<sup>204</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pp. 69-70.

<sup>205</sup> GARNER; Bryan A. (Editor in Chief). **Black's Law Dictionary**. 10ª Edição. Thomson Reuters Claitor's Pub Division: 2014: “deliberate failure to make a reasonable inquiry of wrongdoing despite suspicion or an awareness of the high probability of its existence”.

mentais, é dizer: *purpose* ou *intent* (intenção), *knowledge* (conhecimento), *recklessness* (imprudência) e *negligence* (negligência).

Assim, importante pontuar que a teoria da cegueira deliberada incide no gradiente de conhecimento exigível, de modo a possibilitar a imputação de um fato delituoso a alguém como se este tivesse o conhecimento necessário para se fazer culpado, baseado na máxima: *actus non facit reum nisi mens sit rea* (um ato não faz uma pessoa culpada a menos que o pensamento seja culpado).

Segundo Alexander F. Sarch, a justificativa normativa da teoria da cegueira deliberada está na tese da “culpabilidade igualitária”. Uma vez que é igualmente reprovável agir deliberadamente evitando o conhecimento e agir conhecendo a ilicitude da conduta ou de elementos que a circundam, o que torna a ignorância deliberada o equivalente moral do conhecimento pleno. Segundo o citado autor, são três as vertentes que sustentam a tese da culpabilidade igualitária: a primeira, considera a cegueira deliberada uma espécie dentro do gênero conhecimento; a segunda defende a igual reprovabilidade da conduta daquele que age evitando deliberadamente obter o conhecimento pleno da ilicitude do seu ato em relação àquele que age sabendo da ilegalidade de sua ação; a terceira, é a que exige a motivação inidônea da manutenção deliberada do agente da ignorância<sup>206</sup>.

Desde já, é importante sublinhar que, nas últimas duas décadas, esta teoria tem influenciado o Direito e a jurisprudência de países adeptos da tradição da *civil law*. Em um movimento de expansão do Direito Penal, tal teoria vem sendo importada e utilizada por alguns Tribunais de países da *civil law*, como, por exemplo, a Espanha e o Brasil. Daí o interesse no estudo do tema.

### 3.2.1. Na Inglaterra: o caso Regina v. Sleep, de 1861

Considerando o desenvolvimento do conteúdo da *mens rea* no Direito inglês, majoritariamente aponta-se a decisão proferida pela Corte para Julgamento de Casos Relativos à Coroa do Reino Unido no caso *Regina v. Sleep*<sup>207</sup>, de 1861, como o primeiro momento em que um tribunal reconheceu, de modo expresso, que não seria necessário demonstrar conhecimento efetivo de um fato ou situação, para que se pudesse concluir que o agente atuou com conhecimento (*willful blindness doctrine*).

---

<sup>206</sup> SARCH, Alexander F. Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law. *St. John's Law Review*, v. 88, n° 4, Article 4, 2015, p. 1043-1045.

<sup>207</sup> *Regina v. Sleep*, 169 ER 1296 (1861).

O citado caso trata de um acusado (*Sleep*) que se apropriou de parafusos de cobre marcados como de titularidade pública. A Corte, apesar de absolver Sleep, manifestou que caso tivesse encontrado indícios suficientes de que o acusado tivesse deliberadamente evitado o conhecimento pleno, poderia ser condenado por sua ignorância deliberada. Assim, a abstenção intencional de obter conhecimentos, quando restar provada, merece a mesma resposta punitiva que o efetivo conhecimento<sup>208</sup>. A partir daí, as cortes inglesas passaram a utilizar a *willful blindness* como um substitutivo ao conhecimento pleno. Nesse mesmo sentido, Ira P. Robbins afirma que:

The correlation between knowledge and deliberate ignorance initially emerged in England in 1886. Regina v. Sleep was the first case in which this equivalence received judicial approval. The defendant had been charged with possession of naval stores in violation of the Embezzlement of Public Stores Act, an offense requiring knowledge that the goods were property of the government. In quashing the conviction, Judge Willes stated that "the jury have not found, either that the man knew that the stores were marked [as government property], or that he willfully abstained from acquiring that knowledge." This comment suggests that, with sufficient evidence, the court would have upheld conviction for deliberate ignorance in lieu of actual knowledge<sup>209</sup>.

Sobre o caso, vale citar a minuciosa descrição feita por Guilherme Brenner Lucchesi:

O réu William Sleep foi acusado com base na Lei de Desvio de Provisões Públicas, de 1697, de portar provisões navais – parafusos de cobre para uso naval – marcadas com a seta larga, símbolo utilizado pelo Conselho de Equipamentos Militar do Reino Unido para indicar propriedade das Forças Armadas de Sua Majestade. Sleep era comerciante de metais e caldeireiro, e entregou ao capitão de uma embarcação um barril para ser transportado de Plimude, em Devon, a Helston, na Cornualha. Antes de o navio zarpar para seu destino, dois oficiais da polícia do porto de Devon apreenderam o barril, encontrando 150 parafusos de cobre pesando pouco menos de um quilograma cada, empalhados individualmente com palha e rebarbas de madeira. Cerca de 23 parafusos estavam marcados com a seta larga, embora muitos estivessem enferrujados ou tivessem sido aquecidos em forja ou martelados. Sleep alegou não saber que as peças estavam marcadas, embora tivesse reconhecido ter embalado todas pessoalmente, uma a uma, para evitar que os parafusos batessem um nos outros e abrissem a tampa do barril, bem como disse não saber de quem havia comprado os parafusos.

Sleep foi condenado pelo júri, pois se entendeu que estava portando cobre marcado com a seta larga, e que, embora o júri tenha entendido não haver provas suficientes para concluir que ele sabia que alguma parte daquele cobre estava marcada, ele tinha meios razoáveis de saber das marcas, sleep recorreu à Corte para Julgamento de Casos Relativos à Coroa do Reino Unido, que analisou estar contido ao alcance da lei incriminadora o porte inadvertido de provisões marcadas.

<sup>208</sup> KLEIN, Ana Luiza. A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no Direito Penal brasileiro. Revista Ciências Criminais. Porto Alegre: Editora Universitária PUCRS, 2012, p. 2-3. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

<sup>209</sup> ROBBINS, Ira P. The ostrich instructions: deliberate ignorance as a criminal mens rea. **The journal of criminal law and criminology** (1973-), v. 81, n° 2, 1990-1991, p. 196.

A Corte se debateu com a decisão do júri, visto que os jurados decidiram que Sleep não sabia que as peças de cobre estavam marcadas – não havendo, assim, conhecimento presumido, como havia sido arguido pela acusação. A Corte reconheceu que a Lei de Desvio de Provisões Públicas, de 1697, exigiu expressamente a presença de algum elemento de *mens rea* para a configuração do crime imputado, pois há hipóteses em que portar ou possuir bens públicos é desprovido de relevância penal, sendo contrário aos princípios do direito inglês punir tais condutas. Com isso, tendo em vista a decisão do júri quanto à ausência de conhecimento por Sleep, a Corte entendeu por bem reformar a decisão condenatória, embora o *Chief Justice* Cockburn tenha manifestado discordância com o entendimento do júri.

Ainda que a decisão da Corte no caso *R. v. Sleep* tenha se atido às conclusões do júri, entendendo com base nelas que Sleep deveria ser absolvido por desconhecer a existência da marca real nas provisões, os juízes Crompton<sup>210</sup> e Willes<sup>211</sup> consideraram que a decisão da Corte não se aplicaria aos casos em que os olhos do acusado estivessem voluntariosa e deliberadamente fechados à verdade. Esses dois votos, sem qualquer impacto sobre a decisão proferida pela Corte, são consideradas a origem das discussões sobre a cegueira deliberada na Inglaterra<sup>212</sup>.

Com isso, observa-se que, embora a Corte não tenha decidido diretamente sobre a matéria da cegueira deliberada, restou estabelecido, em *obter dictum*<sup>213</sup>, que o elemento intelectual necessário para configurar a responsabilidade penal pelo agente poderia ser alcançado com algo menor que o conhecimento concreto da situação de fato.

Na sequência da decisão do caso *Regina v. Sleep* de 1861, a teoria voltou à tona em *Bosley v. Davies*<sup>214</sup>, de 1875, e em diversos outros casos os tribunais ingleses passaram a aceitar a atribuição de responsabilidade a título de cegueira deliberada como uma alternativa ao *knowledge*, sendo certo que no final do século XIX a teoria da *willful blindness* já estava estabelecida no direito inglês<sup>215</sup>.

Especificamente no caso *Bosley vs. Davies*, de 1875, vale ressaltar que quando o tribunal condenou *Davies*, então proprietário de uma pensão, por ter permitido a prática de jogos ilegais no interior da pensão, mesmo diante da alegação do réu de não ter ciência da prática ilegal, o decreto condenatório afirmou que o conhecimento real não era obrigatório,

<sup>210</sup> *Regina v. Sleep*, 169 ER 1296, 1301-1302 (1861).

<sup>211</sup> *R. v. Sleep*, 169 ER 1296, 1302 (1861).

<sup>212</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018, págs. 86-88.

<sup>213</sup> O *obter dictum* são os argumentos ditos de passagem, que não são fundamentais para a decisão. Ao contrário, a *ratio decidendi* refere-se às premissas necessárias à decisão, aos argumentos principais que dão suporte à decisão. (PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016, p. 79).

<sup>214</sup> *Bosley v. Davies* 1 Q.B.D. 84 (1875).

<sup>215</sup> Segundo Ira P. Robbins: “The doctrine then lay dormant for fourteen years until *Bosley v. Davies* was decided in 1875. (...) Other courts repeated this rule in a series of gaming decisions and in a variety of other criminal prosecutions that required knowledge. By the end of the century, willful blindness was firmly established as an alternative to actual knowledge in English law”. (*In*: ROBBINS, Ira P. *The ostrich instructions: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. **The journal of criminal law and criminology** (1973-), v. 81, n° 2, 1990-1991, p. 196-197).



pois as circunstâncias evidenciavam que o réu e seus funcionários foram coniventes com o citado ato ilícita<sup>216</sup>.

Por sua vez, David Ormerod e Karl Laird afirmam que no Direito Penal inglês a *willful blindness* é comumente interpretada como parte do elemento *knowledge*, citando precedente da *House of Lords* de 1986, *in verbis*:

For centuries the courts have willingly interpreted knowledge as including ‘shutting one’s eyes to an obvious means of knowledge’ or ‘deliberately refraining from making inquiries the results of which the person does not care to have’. Even the House of Lords controversially adopted this proposition<sup>217</sup>:

It is always open to the tribunal of fact, when knowledge on the part of a defendant is required to be proved, to base a finding of knowledge on evidence that the defendant had deliberately shut his eyes to the obvious or refrained from inquiry because he suspected the truth but did not want to have his suspicion confirmed<sup>218</sup>.

Glanville Williams, observando o panorama da jurisprudência inglesa<sup>219 220 221</sup>, faz crítica a disseminação dessa tendência e aponta alguns limites importantes que entende que as Cortes deveriam observar. Assim, o autor assevera que não basta que o agente represente o fato como meramente possível, mas sim como provável, devendo existir algo que desperte a desconfiança do agente. Para Glanville Williams, os tribunais ingleses por vezes olvidam do objetivo limitado da *willful blindness*, cuja aplicação deve ser restrita aos casos em que o agente suspeita do fato, até percebe a sua probabilidade, mas se abstém de confirmá-lo, eis que pretendia poder negá-lo no futuro<sup>222</sup>.

Por outro lado, David Ormerod e Karl Laird lecionam, sobre a *willful blindness*, que: “the core elements appear to be a degree of awareness of the likely existence of the prohibited circumstances coupled with a blameworthy conscious refusal to enlighten oneself”<sup>223</sup>. E prosseguem dizendo que os tribunais ingleses têm incorporado os seguintes requisitos, necessários para caracterizar a *willful blindness*:

<sup>216</sup> ROBBINS, Ira P. The ostrich instructions: deliberate ignorance as a criminal mens rea. **The journal of criminal law and criminology** (1973-), v. 81, n° 2, 1990-1991, p. 197.

<sup>217</sup> Westminster City Council v. Croygrange Ltd (1986) 83 Cr App R 155, 164 (Lord Bridge), [1986] Crim LR 693.

<sup>218</sup> ORMEROD, David; LAIRD, Karl. **Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law**. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 115.

<sup>219</sup> The Zamora n°. 2 (1921), 1 A.C. 812 (1921).

<sup>220</sup> Arthur James Harvard, 11 Cr App R 812 (1916).

<sup>221</sup> R. v. Court, 1954 CLR 623 (1954).

<sup>222</sup> WILLIAMS, Glanville. **Criminal Law: the general part**. 2ª edição. Londres: Stevens & Sons Ltd., 1961, págs. 157-159

<sup>223</sup> ORMEROD, David; LAIRD, Karl. **Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law**. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 116.

(1) a deliberate or intentional refusal to investigate the circumstances suspected; (2) an opportunity to investigate them; (3) an absence of doubt as to outcome or at least an awareness by D of the likely outcome of investigation and that the outcome would not be one D desire if he investigated his suspicious; (4) a causal link between the refusal to investigate and the assumed likely outcome<sup>224</sup>.

### 3.2.2. Nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América a teoria da cegueira ou ignorância deliberada é amplamente utilizada, sendo certo que, teria sido a partir dos precedentes dos tribunais norte-americanas que a teoria se difundiu pelo mundo, influenciando o Direito Penal da *civil law*.

Segundo Ira P. Robbins, a primeira decisão que tangenciou a *willful blindness* nos Estados Unidos ocorreu no caso *People v. Brown*<sup>225</sup>, de 1887. Contudo, a Corte da Califórnia reverteu a decisão de primeira instância, pois entendeu que as instruções passadas aos jurados davam a entender que a mera negligência, sem a intenção, era suficiente para a condenação<sup>226</sup>.

O primeiro caso emblemático em que a *willful blindness* foi aceita em território norte-americano, e que é considerado um verdadeiro precedente, foi no caso *Spurr v. United States*, de 1899, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos manifestou-se positivamente sobre o reconhecimento e aplicação da teoria da cegueira deliberada.

O caso envolvia, em resumo, um bancário (*Spurr*) acusado de certificar cheques quando não havia fundos na conta do sacador. A Suprema Corte decidiu que a intenção pode ser presumida se o funcionário propositadamente manteve-se ignorante acerca do fato de o sacador possuir dinheiro no banco ou não, ou grosseiramente indiferente à sua função de certificar-se de tal fato. No caso, os jurados foram instruídos para, caso não entendessem que havia a intenção direta, a condenarem o acusado por ter deliberadamente e de má-fé mantido-

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>225</sup> *People v. Brown*, 74 Cal. 306, 310, 16 P. 1, 3 (1887).

<sup>226</sup> Segundo Ira P. Robbins: "In American law, an early discussion of the doctrine occurred in *People v. Brown*, decided in 1887. In *Brown*, the defendants had been charged with procuring false evidence. The trial judge gave the following instruction with respect to knowledge:

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

The California Supreme Court reversed the convictions because the instruction indicated that mere negligence without intent was sufficient for conviction. The court reserved the question of deliberate ignorance, however, stating that, "[i]f a case could arise... in which it should appear that he suspected the fact, and abstained from in-quiry lest he should know, knowledge might be inferred" (*In: ROBBINS, Ira P. The ostrich instructions: deliberate ignorance as a criminal mens rea. The journal of criminal law and criminology* (1973-), v. 81, nº 2, 1990-1991, p. 196-197).

se alheio ao fato, e por ter evitado perguntar ou investigar a fim de se preservar do pleno conhecimento<sup>227</sup>. Nesses termos, assim se manifestou o julgador: “o mesmo propósito criminoso pode ser presumido se o agente propositalmente se mantém ignorante se o sacador tem dinheiro no banco ou não, ou se é grosseiramente indiferente ao seu dever de conhecer tal fato”<sup>228</sup>.

A leitura do caso *Spurr*, segundo aponta Spencer Toth Sydow, demonstra grande dificuldade de parametrização da teoria, que passa a ter bases mais sólidas só a partir da criação da referência estatutária. No julgado, observa-se a dificuldade em se identificar a diferenciação entre deliberação e ignorância. Também há referência da palavra “*willfully*” como propósito exigindo má-fé ou má intenção do agente<sup>229</sup>.

No ano de 1962, conforme já dito, surge no cenário jurídico norte-americano o Código Penal Modelo (*Model Penal Code*). Como se sabe, os Estados Unidos são uma federação no qual os estados são responsáveis pela maioria das competências legislativas, incluindo a criminal. Porém, como forma de incentivar a uniformização das legislações dos cinquenta estados, foi produzido pela *American Law Institute* um Código Penal Modelo que, apesar de não ter força legislativa, terminou por ser adotado pela grande maioria dos estados da federação no sentido de uniformizar a interpretação da lei penal, criando uma base interpretativa geradora de maior segurança jurídica. Tal Código Penal Modelo é frequentemente citado por acadêmicos e utilizado também pela jurisprudência<sup>230</sup>.

Com o advento do *Model Penal Code*, grande parte dos estados norte-americanos iniciam um movimento de aceitação da proposta da figura da *willful blindness*. Assim, há um entendimento no sentido de que a insegurança da figura genérica da *mens rea* deveria ser substituída pela lógica da legalidade material a partir de normatizações de figuras.

<sup>227</sup> CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 144.

<sup>228</sup> *Spurr* v. U.S. 728 (1899). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=174&invol=728>>. Acesso em: 20 nov 2018.

<sup>229</sup> SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 79.

<sup>230</sup> ROBINSON, Paul H.; DUBBER, Markus Dirk. The American Model Penal Code: A Brief Overview. In: **New Criminal Law Review**, Vol. 10, n. 3, Pennsylvania, 2007. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://encore.law.upenn.edu/iii/encore/record/C\\_Rx1001392\\_San%20introduction%20to%20the%20model%20penal%20code\\_P0%2C22\\_Orig\\_hresult\\_U\\_X1?lang=eng&suite=cobalt&httpsredir=1&article=1130&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://encore.law.upenn.edu/iii/encore/record/C_Rx1001392_San%20introduction%20to%20the%20model%20penal%20code_P0%2C22_Orig_hresult_U_X1?lang=eng&suite=cobalt&httpsredir=1&article=1130&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 03 dez. 2018.

Vale destacar que, em 1969, com o julgamento do caso *Leary v. United States*<sup>231</sup>, o *Model Penal Code* passou a ser adotado pela Suprema Corte norte-americana como guia de aplicação da *willful blindness*. No caso *Leary v. U.S.*, o réu foi acusado de transportar ilegalmente maconha com conhecimento de sua importação ilegal. O tribunal utilizou como guia a definição do Código Penal Modelo quanto ao termo *knowledge*, sendo certo que este Código não exigia um conhecimento real. Ao invés disso, pelo Código Modelo, o conhecimento de um fato é estabelecido se uma pessoa está ciente de uma alta probabilidade de sua existência, a menos que ela realmente acredite que ela não exista. Importante dizer que, no final do julgamento, a corte constatou que, mesmo usando a definição do *Model Penal Code*, não se poderia dizer que a maioria dos fumantes de maconha estavam cientes da alta probabilidade de que droga havia sido importada e, com isso, a presunção baseada na cegueira deliberada foi considerada inconstitucional para o caso específico<sup>232</sup>.

Entretanto, apesar do resultado final do caso *Leary v. U.S.*, não tardou para que a teoria da *willful blindness*, tendo suas bases no *Model Penal Code*, tivesse sua aceitação e aplicação estendida para diversos outros casos a partir da década de 70, tais como de falsidade de declarações de impostos de renda com fins de restituição; de falsas afirmações para fins de serviços de imigração e naturalização; de uso fraudulento de correio; de fornecimento de abrigo ou esconderijo a prisioneiro, etc.

### 3.3. A aplicação da teoria da cegueira deliberada no Direito Penal estadunidense

A partir da década de 1970, o número de decisões apoiadas na *willful blindness doctrine* cresce exponencialmente, principalmente para casos de transporte de drogas ilícitas. Vale lembrar que, naquele ano, foi editada a *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*, que proibia a importação de qualquer substância com efeitos nocivos. Nesse âmbito, o *leading case* na matéria é o caso *United States v. Jewell*<sup>233</sup>, que serve de parâmetro para a aplicação da teoria da cegueira deliberada até os dias de hoje.

O caso *United States v. Jewell*, de 1976, é emblemático e tornou-se um marco na análise da *willful blindness*, uma vez que, embora não tenha sido o primeiro caso em que um

<sup>231</sup> *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/>>. Acessado em 20 nov 2018.

<sup>232</sup> CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 145.

<sup>233</sup> *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (1976). Disponível em <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>>. Acesso em: 15 março 2018.

tribunal federal norte-americano tenha analisado e aplicado a teoria da cegueira deliberada, esse julgamento é paradigmático pois incluiu a análise de diversos casos anteriores, julgados por outros tribunais, bem como por ter sido decidido pela composição integral da *United States Court of Appeals* do Novo Circuito.

No caso *United States v. Jewell*, o acusado *Charles Demore Jewell* foi acusado de tráfico internacional de drogas, uma vez que foi preso na fronteira entre os Estados Unidos e o México quando conduzia um veículo contendo compartimentos secretos no porta-malas e nos quais foram encontradas 110 libras de maconha. Interrogado pelas autoridades, *Jewell* alegou ter viajado de Los Angeles a Tijuana, no México, com um amigo, em um carro alugado. Em território mexicano, foram abordados por um desconhecido que lhes ofereceu maconha e fez uma proposta de pagar-lhes US\$ 100,00 para levar um carro até os Estados Unidos, onde o veículo deveria ser deixado em local específico e com as chaves dentro do cinzeiro. *Jewell* aceitou a proposta e disse que desconfiou que poderia haver algo de errado ou ilegal no carro, tendo olhado debaixo dos assentos, dentro do compartimento porta-luvas e dentro do porta-malas, não tendo encontrado nada e se dando por satisfeito, acreditando que, se houvesse algo, esse algo também não seria encontrado pelas autoridades. Questionado sobre o compartimento secreto no porta-malas, *Jewell* disse ter visto um “vazio” no porta-malas, mas não sabia o que era. O agente aduaneiro responsável por parar *Jewell* testemunhou ter perguntado a ele quando teria instalado o compartimento, tendo *Jewell* respondido que o compartimento já estava no carro quando o recebeu<sup>234</sup>.

No julgamento pelo júri em primeira instância, *Jewell* acabou sendo condenado pelo crime de tráfico internacional de drogas. Porém, antes de os jurados se retirarem para deliberar sobre o veredito, o juiz deu-lhes instruções sobre como analisar as questões de direito discutidas durante o julgamento, dentre elas uma instrução sobre o significado da expressão “*knowingly*” e outras sobre a extensão do conjunto probatório que deveria ser demonstrado pela acusação para que o acusado pudesse ser condenado. Quanto ao elemento subjetivo, a instrução foi que “uma ação é praticada com conhecimento se ela é praticada voluntariamente e intencionalmente e não devido a erro ou acidente ou outra razão inocente” e que “o propósito de acrescentar a palavra *knowingly* foi para assegurar que ninguém seria

---

<sup>234</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 95.

condenado por ações praticadas com base em uma omissão ou falha em agir decorrente de erro ou acidente ou outra razão inocente”<sup>235</sup>.

Quanto à culpa do acusado, os jurados foram assim instruídos: a acusação pode cumprir seu ônus probatório provando, para além de uma dúvida razoável, que, se o acusado não estava realmente consciente de que havia maconha no veículo que ele conduzia quando entrou nos Estados Unidos, a sua ignorância àquele respeito foi somente e integralmente um resultado do seu propósito consciente de desprezar a natureza daquilo estava dentro do veículo, com um propósito consciente de evitar conhecer a verdade<sup>236</sup>.

Guilherme Brenner Lucchesi, estudando esse julgamento, afirma que o tribunal entendeu possível caracterizar o conhecimento mesmo quando o autor deliberadamente fecha os olhos para a verdade, *in verbis*:

Analisando o recurso de *Jewell*, o Nono Circuito do *United States Court of Appeals* decidiu que o elemento subjetivo exigido pelo crime de tráfico de drogas previsto no § 841(a)(1) imputado ao recorrente compreende não apenas o conhecimento da natureza da conduta de possuir ou portar substância controlada como também intenção de produzir, distribuir ou ministrar substância. Com relação ao conhecimento, o Tribunal restringiu a interpretação anterior no caso *Davis* apenas à regra que a acusação não é obrigada a comprovar que o acusado realmente sabia a exata natureza da substância com que estava lidando.

Com base nessa premissa, o Tribunal entendeu que as instruções dadas aos jurados foram adequadas, remetendo ao posicionamento da doutrina clássica americana e inglesa de *Perkins*, *Edwards* e *Williams*, segundo os quais é possível identificar conhecimento nos casos em que o autor deliberadamente fecha os seus olhos à verdade. O voto majoritário, ademais, remete ao § 2.02(7) do Código Penal Modelo, que define conhecimento a partir da consciência de uma elevada probabilidade da existência de um elemento, observando que os comentários ao Código apontam que a regra foi incluída para abarcar as situações denominadas de “*willful blindness*” pelos autores ingleses (...)<sup>237</sup>.

Com isso, no caso *Jewell*, o Tribunal<sup>238</sup> assentou que a teoria da cegueira deliberada pode ser extraída da lei penal, além do que igualou as figuras do conhecimento pleno à figura da cegueira deliberada, uma vez que seriam ambas condutas reprováveis e, para fins de proteção da sociedade, deveriam ser igualmente punidas, assentando que:

O governo pode completar o seu ônus da prova por provar, além de qualquer dúvida razoável, que, se o réu não estava realmente ciente de que havia maconha no veículo que ele dirigia quando entrou nos Estados Unidos, sua ignorância a esse respeito foi única e exclusivamente resultado de ele ter conscientemente ignorado a natureza do

<sup>235</sup> *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir., 1976).

<sup>236</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 96.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>238</sup> *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit* (1976).

que estava no veículo, com um propósito consciente para evitar a aprender a verdade<sup>239</sup>.

O citado Tribunal de Apelações do Nono Circuito, para embasar a aplicação da *willful blindness doctrine*, partiu da equiparação, contida na seção 2.02.7 do Código Penal Modelo norte-americano, entre conhecimento certo de um fato e consciência da alta probabilidade de sua ocorrência. Segundo o tribunal, quem é consciente da alta probabilidade da existência de um fato, e não faz o necessário para confirmar sua suspeita, merece o mesmo tratamento daquele que tem plena certeza sobre tal fato, afirmando, por fim, que a ignorância deliberada e o pleno conhecimento apresentam um mesmo grau de culpabilidade.

Por oportuno, vale destacar que em sua seção 2.02.7, o *Model Penal Code* apresenta que o requisito do conhecimento deve ser considerado preenchido pela circunstância de conhecimento da alta probabilidade, estabelecendo que, *in verbis*:

Requirement of knowledge satisfied by knowledge of high probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist<sup>240</sup>.

No que diz respeito ao delito de lavagem de dinheiro, importante lembrar que, em 1986, foi editado o *Money Laundering Control Act* que, no seu Título 18, criminalizou a lavagem de capitais com a exigência de conhecimento da origem das vantagens. Contudo, apesar de no Título 18 do *United States Code* (USC), seções 1956 e 1957, ser requerido o conhecimento de que os bens provenham de fonte ilícita<sup>241</sup>, é entendimento jurisprudencial de que aquele inclui o *willful blindness*<sup>242</sup>.

É certo, contudo, que muitas vezes se levantaram na crítica a esta abordagem do problema, dizendo que a solução apresentada não era adequada e que não apresentava a segurança jurídica necessária. Surgiu grande preocupação acadêmica, e também na jurisprudência, de se evitar o abuso no uso da teoria, assim como no sentido de melhor traçar seus requisitos. Entretanto, apesar das críticas, a teoria não deixou de ser aplicada pelos

<sup>239</sup> *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (1976). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>>. Acesso em: 15 março 2018.

<sup>240</sup> Em tradução livre: Quando o conhecimento da existência de um fato particular é elemento de uma ofensa, tal conhecimento é estabelecido se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, exceto se a pessoa verdadeiramente acredita que este não existe.

<sup>241</sup> Title 18 do US Code, section 1956, (a), (1): “Knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity”.

<sup>242</sup> KAENEL; Frans J. von. Willful Blindness: a permissible substitute for actual knowledge under the money laundering control act? In: **Washington University Law Review**, vol. 71, nº 4, 1999, p. 1189.

tribunais estadunidenses e teve, inclusive, ampliado seu raio de ação para casos de criminalidade ambiental e corporativa.

O caso de referência no que toca à criminalidade ambiental com aplicação da *willful blindness* é o *United States v. MacDonald & Watson Wast Oil Co.*, julgado pelo Tribunal de Apelações do Primeiro Circuito, em 1991 (933 F.2d 35). No que toca à criminalidade corporativa, especificamente à lavagem de dinheiro, pode-se citar o caso *United States v. Campbell*, de 1992, da Corte de Apelação Federal do Quarto Circuito.

Neste último caso, Ellen Campbell, corretora de imóveis, vendeu a Lawing, suposto traficante de drogas, um imóvel avaliado em aproximadamente US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares), dos quais US\$ 60.000,00 (sessenta mil dólares) foram pagos “por fora” e em espécie, entregues em pequenos pacotes de compras. Assim, Ellen Campbell acabou sendo condenada por ter supostamente fechado os olhos deliberadamente a fim de concluir a venda e coletar sua comissão, não se importando com a fonte do dinheiro<sup>243</sup>. Na ocasião do julgamento restou estatuído que:

The element of knowledge may be satisfied by inferences drawn from proof that a defendant deliberately closed her eyes to what would otherwise have been obvious to her. A finding beyond a reasonable doubt of a conscious purpose to avoid enlightenment would permit an inference of knowledge. Stated another way, a defendant's knowledge of a fact may be inferred upon willful blindness to the existence of a fact<sup>244</sup>.

Vale citar que, em 2003, o Tribunal do Sétimo Circuito do *United States Court of Appeals* aplicou a *conscious avoidance doctrine* (ou *willful blindness*) no caso “*In re Aimster Copyright Litigation*”. Neste caso, o tribunal firmou entendimento de que, na hipótese de violação de direitos autorais, o acusado não poderia alegar em sua defesa que não tinha conhecimento ou condições de saber que os arquivos que tinha disponibilizado apresentavam violação de direitos autorais. Desta forma, o tribunal do sétimo circuito afastou a alegação de ignorância do acusado em relação aos fatos, por entender que o acusado, de modo deliberado, manteve uma postura de indiferença e um desconhecimento intencional da situação ocorrida

---

<sup>243</sup> *United States v. Campbell. US Court of Appeals for the Fourth Circuit - 977 F.2d 854 (4th Cir. 1992).* Disponível em: <<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/977/977.F2d.854.91-5695.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>244</sup> *United States v. Campbell. US Court of Appeals for the Fourth Circuit - 977 F.2d 854 (4th Cir. 1992).*



e, por isso, deveria responder por *contributory infringement* (conduta de contribuir para a violação de direito autoral)<sup>245</sup>.

Em 2011, a Suprema Corte norte-americana julga o caso *Global-Tech Appliances Inc. v. SEB S.A.* e estabelece o que há de mais recente em termos de aplicação da *willful blindness doctrine*, mesmo não se tratando de um caso criminal. Nesse julgado, a Suprema Corte inicialmente afirma que a doutrina da cegueira deliberada está bem assentada no Direito Penal e, após, deixa claro que a cegueira voluntária exige que o acusado deva subjetivamente acreditar que há uma alta probabilidade de que um fato ilícito exista.

No ponto, vale citar o bom resumo do caso feito por André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber:

(...) após a empresa SEB inventar uma fritadeira inovadora, obteve uma patente dos EUA por seu design, e começou a vendê-la neste país. Sunbeam Products, Inc., pediu peticionário Pentalpha Enterprises, Ltd., uma fabricante de eletrodomésticos de Hong Kong e subsidiária do peticionário Eletrodomésticos Global-Tech, Inc., para fornecer à Sunbeam fritadeiras com determinadas especificações. Pentalpha adquiriu uma fritadeira SEB que foi feita para venda em um mercado estrangeiro e, não possuía marcações de patentes dos Estados Unidos, copiando-a inteiramente, com exceção às características cosméticas da fritadeira, e contratou um advogado para conduzir um estudo para a utilização sem dizer-lhe que tinha copiado diretamente o projeto de SEB. Sem localizar patentes da SEB, o advogado emitiu uma carta de opinião afirmando que a fritadeira da Pentalpha não violou qualquer uma das patentes que ele tinha encontrado. Pentalpha em seguida, começou a vender suas fritadeiras à Sunbeam, que as revendeu nos EUA sob suas próprias marcas a um preço que minou os lucros da SEB.

SEB, em seguida, processou Sunbeam por violação de patente. Embora Sunbeam tenha notificado Pentalpha do processo, Pentalpha passou a vender suas fritadeiras a outras empresas, que as revendiam no mercado norte-americano sob suas respectivas marcas. Depois de um acordo com Sunbeam, SEB processou Pentalpha, afirmando que esta induziu ativamente Sunbeam e os outros compradores de fritadeiras Pentalpha para vender ou oferecer para vendê-los em violação de direitos de patentes da SEB. O júri enquadrou a SEB na teoria de infração induzida. O Circuito Federal afirmou que infração induzida nos termos do § 271(b) requer a demonstração de que o suposto infrator sabia ou deveria saber que suas ações induziriam infrações reais; declarou que as provas demonstraram que o suposto infrator sabia da patente; considerou que, apesar de não haver evidência direta de que Pentalpha sabia da patente da SEB antes de ter recebido a notificação da ação da Sunbeam, havia prova suficiente de que violou deliberadamente um risco conhecido consistente no fato de que a SEB teria uma patente de proteção; e disso que essa indiferença não é diferente, mas uma forma de conhecimento real<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Sétimo Circuito do *United States Court of Appeals: In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Circuit, 2003). Disponível em: <[http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreaimster\(9c6-30-03\).htm](http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreaimster(9c6-30-03).htm)>. Acesso em: 02 dez. 2018.

<sup>246</sup> CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, págs. 147-148.

Os mesmos autores prosseguem, com base no caso *Global-Tech*<sup>247</sup>, dizendo que:

Enquanto os Tribunais de Justiça articulam a doutrina da cegueira deliberada de formas ligeiramente diferentes, todos parecem concordar em dois requisitos básicos: (1) o réu deve subjetivamente acreditar que há uma alta probabilidade de que um fato exista e (2) o réu deve tomar ações deliberadas para evitar a aprendizagem desse fato. Achamos que estes requisitos dão à cegueira deliberada um escopo limitado de forma adequada que supera imprudência e negligência. Sob esta formulação, o réu deliberadamente cego é aquele que toma ações deliberadas para evitar a confirmação de uma alta probabilidade de irregularidade e que quase pode ser dito ter sabido realmente os fatos críticos<sup>248</sup>.

Com isso, é possível observar que, o caso *Global-Tech v. SEB*, sob o aspecto hierárquico, foi o mais importante julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o tema da cegueira deliberada e, em segundo lugar, esse julgado deixou importante legado, na medida em que consolidou critérios que deveriam ser a partir de então utilizados para definir a *willful blindness*. Para este fim, a Suprema Corte citou diversas outras decisões de Tribunais Federais, apontando os seguintes critérios: 1) a crença subjetiva pelo autor de elevada probabilidade de existência do fato e, 2) a prática deliberada de condutas visando evitar o conhecimento do fato.

Com isso, a Suprema Corte mantém-se ainda na linha da seção 2.02.7 do Código Penal Modelo norte-americano, que exige que o acusado tenha atuado com a consciência da alta probabilidade da ocorrência de um determinado fato ilícito. Contudo, objetivando proporcionar maior segurança jurídica na aplicação da teoria, afastando-a da imprudência e negligência, evidenciam-se dois requisitos básicos, quais sejam: a) que o acusado deve subjetivamente acreditar que há uma alta probabilidade de que um fato exista; b) que o acusado tome ações deliberadas para evitar a aprendizagem desse fato<sup>249</sup>.

Como contraponto, vale citar que, apesar do esforço da Suprema Corte em definir critérios claros para a aplicação da teoria da cegueira deliberada, no caso *United States v. Fofanah*, julgado pelo 2º Circuito de Nova Iorque em 2014, o citado tribunal do 2º Circuito acabou por excluir a necessidade da acusação provar “atos positivos voltados a evitar o conhecimento”. Com isso, ao que tudo indica, a tese do desconhecimento pode ser equiparada

<sup>247</sup> *Global Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S.; 131 S. Ct. 2060; 179 L. Ed. 2d 1167 (2011). Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em: 21 nov 2018.

<sup>248</sup> CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 148.

<sup>249</sup> PODGOR, Ellen. Supreme Court seaks about willful blindness. Disponível em: <[http://lawprofessors.typepad.com/whitecollarcrime\\_blog/2011/06/supreme-court-speaks-about-willful-blindness-.html](http://lawprofessors.typepad.com/whitecollarcrime_blog/2011/06/supreme-court-speaks-about-willful-blindness-.html)>. Acesso em 03 dez. 2018.

à assunção do risco, vale dizer, aquele que ignora deliberadamente a origem delitosa dos valores obtidos, assume o risco de cometer o delito de lavagem de dinheiro<sup>250</sup>.

No caso *Fofanah*, o réu foi acusado de transportar veículos roubados. A defesa argumentou que o tribunal errou ao dar a instrução, porque não havia nenhuma evidência de que o réu tomou medidas afirmativas para evitar o conhecimento dos fatos incriminadores. Apesar disso, no julgamento entendeu-se que havia prova quanto ao conhecimento efetivo<sup>251</sup>.

Por oportuno, vale sublinhar que o *United States Sentencing Commission* editou um manual com diretrizes (*sentencing guidelines*) para auxiliar os juízes federais no momento de interpretar a lei e aplicar a pena, com objetivo de uniformizar o entendimento, sendo certo que nele consta uma definição de cegueira deliberada que é a seguinte:

An individual was “willfully ignorant of the offense” if the individual did not investigate the possible occurrence of unlawful conduct despite knowledge of circumstances that would lead a reasonable person to investigate whether unlawful conduct had occurred<sup>252</sup>.

Expressando a mesma preocupação, qual seja, a de evitar a disseminação atécnicada do uso da teoria da cegueira deliberada, David Ormerod e Karl Laird apontam a imprecisão do conceito da *willful blindness* e afirmam que:

The boundaries of ‘wilful blindness’ are imprecise. None of the core elements are defined with adequate precision. It is unclear what degree of awareness of risk D must hold. Is suspicion sufficient or must D hold a belief? It is unclear how readily available the bases of enlightenment must be to D. Is he only wilful blind if he can reasonably or immediately discover the truth, or is the matter one of proportionality depending on the degree of risk and the severity of the harm posed if the risk materializes? It is unclear how convinced of the outcome of investigation D must be – must it be proved, as Horder suggests, that D refrained from making inquiries because he was virtually tha suspicion would be confirmed? Further, to constitute wilful blindness it is unclear what motivation or purpose D must have in seeking to avoid the enlightenment for his refusal. In principle, there are strong arguments against the courts applying a mens reaa element of wilful blindness unless its elements can be defined with much greater precision<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>251</sup> *United States v. Fofanah*, n. 12-4617. September 02, 2014 – US 2nd Circuit. Disponível em: <<http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/12-4617/12-4617-2014-09-02.pdf?ts=1410919643>>. Acessado em: 26 nov 2018.

<sup>252</sup> *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, §3E1.1 (Nov. 2018), p. 513. Disponível em: <<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>>. Acessado em: 03 dez. 2018.

<sup>253</sup> ORMEROD, David; LAIRD, Karl. **Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law**. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 117.

Desse modo, e como já dito, ao definir critérios, a Suprema Corte objetiva evitar a “vulgarização” da teoria, bem como sua aplicação moderada e para casos específicos, principalmente ao traçar uma linha clara entre o conhecimento exigível para aplicação da teoria da cegueira e o menor nível de imprudência. Contudo, permitir condenações pela mera imprudência quando um estatuto criminal exige conhecimento pleno ou intenção é uma das principais preocupações daqueles que criticam a doutrina da cegueira deliberada<sup>254</sup>.

### 3.3.1. As instruções da avestruz (*the ostrich instructions*)

É do senso comum que a ave avestruz tem por hábito esconder a cabeça em um buraco na terra quando se vê ameaçada. Tal afirmação leva a crer que, ao esconder sua cabeça abaixo do chão, a ave imagina esconder todo o seu corpo, evitando com isso ser vista pelos predadores. Nada mais fantasioso. A avestruz não tem esse hábito. Segundo o *Judge* Richard Posner “is a pure legend and a canard on a very distinguished bird”<sup>255</sup>. Quando ameaçadas, a citada ave defende-se com chutes ou então foge, correndo a uma velocidade que pode chegar a quarenta milhas por hora. Contudo, a imagem construída em torno da avestruz é popular e acabou por dar nome à instrução<sup>256</sup>.

Assim, ultrapassada a análise dos principais precedentes judiciais da cegueira deliberada nos Estados Unidos, é importante dizer que a teoria da cegueira, nos casos criminais, é basicamente utilizada de duas formas. Na primeira, a teoria funciona como um substitutivo ou meio de equiparação do efetivo conhecimento da ilegalidade da conduta, preenchendo a *mens rea*. Esse é o modo de utilização a que este trabalho se propõe a analisar. A segunda forma de utilização da teoria é como instruções para o júri, de modo a fazer com que os jurados entendam que uma evidência pode servir de base para preencher o conhecimento efetivo como elemento subjetivo necessário para caracterizar determinado crime.

Assim, a função dessas instruções é apresentar aos jurados a definição dos conceitos jurídicos debatidos pelas partes, expressos de forma simples e compreensíveis. No que diz respeito às denominadas instruções da avestruz (*the ostrich instructions*), os jurados são

---

<sup>254</sup> CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 149.

<sup>255</sup> Colocação do Judge Richard Posner, do Tribunal da 7º Circuito, nos casos: US v. Black, 530 F.3d 596, 604 (7th Circ. 2008) e no Gonzales-Servin v. Ford Motor Co., 662 F.3d 931, 934 (7th Circ. 2011).

<sup>256</sup> GARRETT, Brandon L. **Too Big to Jail: how prosecutors compromise with corporations**. Harvard University Press, 2014, p. 81.

instruídos para que, se encontrarem que o réu, consciente e deliberadamente, evitou o conhecimento efetivo sobre determinado fato, eles podem inferir deste comportamento, assim como de outros fatos em relação ao caso, que o acusado realmente tinha o conhecimento de que o fato era verdadeiro<sup>257</sup>.

Para Ira P. Robbins, as instruções da avestruz revelam uma questão de compatibilidade constitucional com a exigência da acusação provar cada elemento de crime, incluindo o conhecimento efetivo para além da dúvida razoável. Sem essa prova, eventual condenação violaria os direitos constitucionais do réu, pois o Estado não cumpriu com sua carga probatória, uma vez que, se o Judiciário substituiu um estado mental inferior ao conhecimento exigido legalmente, estará, na verdade, violando a prerrogativa do legislador de definir as condutas criminosas<sup>258</sup>.

Por outro lado, para Robin Charlow, apesar de reconhecer que pode parecer estranho afirmar que a prova de que alguém deliberadamente limita o seu conhecimento possa ser a prova de que esse mesmo indivíduo possuía o conhecimento, acredita que a proposição não é tão extravagante assim, em especial quando considerada dentro do que constitui prova do conhecimento em casos criminais. Para Robin Charlow, raramente existem evidências diretas de conhecimento tal como a confissão do réu, pois o conhecimento é usualmente atestado por provas circunstanciais<sup>259</sup>.

Brandon L. Garrett diz que é muito comum, nos delitos praticados por empresas, que os altos executivos defendam-se alegando que não sabiam, ou não tinham como saber, dos malfeitos realizados por funcionários subalternos. Por vezes, essa falta de visão e conhecimento foi algo premeditado pelos executivos, ou seja, pode ser uma estratégia adotada desde o início como que para “blindar” a alta cúpula da empresa de responder por delitos eventualmente praticados pela mesma. Sobre as *ostrich instructions* aponta o citado autor:

While corporations executives may try to put their heads in the sand, the judge in a federal criminal case may provide the jury with what is nicknamed the “ostrich instruction”, explaining that a defendant who was not completely aware of the crime may still be convicted if she deliberately sought to avoid the truth. As one appellate court put it, “An ostrich instruction informs the same thing”. And while it is intended to punish those who engaged in thsi deliberate avoidance, which is sometimes called deliberate ignorance, conscious avoidance, or willful blindness, the ostrich instruction also raises the risk that a jury might convict a person who had

<sup>257</sup> CHARLOW, Robin. Willful ignorance and criminal culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, 1992, p. 1.358.

<sup>258</sup> ROBBINS, Ira P. The ostrich instructions: deliberate ignorance as a criminal mens rea. **The journal of criminal law and criminology** (1973-), v. 81, n° 2, 1990-1991, p. 194-195.

<sup>259</sup> CHARLOW, Robin. Willful ignorance and criminal culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, 1992, p. 1.359-1.360.

vague suspicions but did not know enough about the crime to deserve punishment<sup>260</sup>.

Atualmente, grande parte das discussões sobre a cegueira deliberada travada entre as partes no processo, abordam a correção ou não da forma como as instruções são dadas aos jurados nos julgamentos em primeira instância. O debate recursal, após o julgamento, por vezes, também se atém sobre a maneira como as questões jurídicas são transmitidas ao júri por meio das instruções. Desse modo, com o passar do tempo, por necessidade, os tribunais passaram a definir instruções-padrão a serem seguidas pelos juízes de primeira instância, sob o fundamento de evitar injustiças, o retrabalho e o número de recursos.

Esse movimento de instruções padrão atingiu quase todas as áreas do direito e, por evidente, sendo a teoria da cegueira deliberada tão debatida nas últimas décadas, também teve sua instrução padronizada – a chamada *ostrich instructios* (instruções da avestruz) – em todos os tribunais federais norte-americanos.

A instrução do Terceiro Circuito<sup>261</sup> do *United States Court of Appeals* é uma das mais detalhadas e bem representa a regra contida no § 2.02.(7) do Código Penal Modelo norte-americano, estabelecendo que todos os elementos devem ser provados pela acusação para além de uma dúvida razoável:

Para decidir que (nome) é culpado pelo crime de (indique o crime), os Senhores devem decidir que a acusação comprovou para além de uma dúvida razoável que (nome) sabia (indique o fato ou circunstância sobre a qual se exige conhecimento para caracterizar o crime). Quando, como neste caso, conhecimento de um dado fato ou circunstância é uma parte essencial do crime imputado, a acusação pode comprovar que (nome) sabia do fato ou circunstância se a prova demonstrar para além de uma dúvida razoável que (nome) deliberadamente fechou os olhos para o que ao contrário lhe restaria evidente.

Ninguém pode evitar responsabilidade por um crime ao deliberadamente ignorar o que é evidente. Portanto, os Senhores podem decidir que (nome) sabia (indique o fato ou circunstância sobre a qual se exige conhecimento para caracterizar o crime) com base em provas demonstrando que (1) (nome) [realmente] subjetivamente acreditava haver uma elevada probabilidade de existência (desse fato)(dessa circunstância), e (2) (nome) conscientemente tomou medidas deliberadas para evitar conhecer [fez esforços deliberados para evitar conhecer] a existência (desse fato)(dessa circunstância).

Os Senhores não podem decidir que (nome) sabia (indique o fato ou circunstância sobre o qual se exige conhecimento para caracterizar o crime) se os Senhores decidirem que (o acusado) realmente acreditava que (esse fato) (essa circunstância) não existia. Além disso, os Senhores também não podem decidir que (nome) sabia (indique o fato ou circunstância sobre o qual se exige conhecimento para caracterizar o crime) se os Senhores decidirem que (nome) conscientemente

<sup>260</sup> GARRETT, Brandon L. **Too Big to Jail**: how prosecutors compromise with corporations. Harvard University Press, 2014, p. 82.

<sup>261</sup> Sediado na Filadélfia, responsável pelos tribunais federais nos estados da Pensilvânia, Delaware, Nova Jersey e do território das Ilhas Virgens Americanas.

desprezou um risco de existência (do fato)(da circunstância), ou que (nome) deveria saber da existência (do fato)(da circunstância), ou que uma pessoa média saberia da elevada probabilidade de existência (do fato)(da circunstância). Não é suficiente que (nome) possa ter sido imprudente ou estúpido ou tolo, ou tenha agido por descuido ou acidente. Os Senhores devem decidir que (nome) [realmente] subjetivamente acreditava haver uma elevada probabilidade de existência de (indique o fato ou circunstância sobre o qual se exige conhecimento para caracterizar o crime), conscientemente tomou medidas deliberadas para evitar conhecer [fez esforços deliberados para evitar conhecer] isso, e que não acreditava realmente que (o fato)(a circunstância) não existia<sup>262</sup>.

A instrução modelo elaborada pelo Nono Circuito<sup>263</sup> do *United States Court of Appeals* é bem concisa, malgrado toda a profundidade com que se discutiu a teoria da *willful blindness* nesse tribunal nos últimos anos:

Os Senhores podem decidir que o acusado agiu com conhecimento se os Senhores decidirem para além de uma dúvida razoável que o acusado:

1. tinha ciência de uma elevada probabilidade que [por exemplo, havia drogas no automóvel do acusado], e
2. deliberadamente evitou conhecer a verdade.

Os Senhores não podem decidir pela existência de conhecimento, no entanto, se os Senhores decidirem que o acusado realmente acreditava que [por exemplo, não havia drogas no automóvel do acusado], ou se os Senhores decidirem que ele foi simplesmente descuidado<sup>264</sup>.

Por sua vez, pode-se citar a instrução padrão sobre a cegueira deliberada do Décimo Primeiro Circuito<sup>265</sup> do *United States Court of Appeals*, redigida para ser lida oralmente aos jurados, no seguinte sentido:

Se o conhecimento de um fato pelo Acusado foi uma parte essencial de um crime, é suficiente que o Acusado estivesse ciente da elevada probabilidade de que o fato existiu – exceto se o Acusado realmente acreditava que o fato não existiu.

“Evitação deliberada de conhecimento real” - que é equivalente a conhecimento – ocorre, por exemplo, se um acusado porta um embrulho e acredita que ele contém uma substância controlada, mas deliberadamente evita descobrir que ele contém a substância controlada para que ele ou ela possa negar conhecimento do conteúdo do embrulho.

Então, os Senhores podem decidir que um acusado sabia que portava uma substância controlada se os Senhores determinarem para além de uma dúvida razoável que o acusado (1) realmente sabia da substância controlada, ou (2) tinha toda a possibilidade de saber, mas deliberadamente fechou seus olhos.

<sup>262</sup> United States Court of Appeals, Third Circuit. *Model Criminal Jury Instructions*. Disponível em: <<http://goo.gl/rWF5Ra>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

<sup>263</sup> É o tribunal de maior alcance territorial nos Estados Unidos da América. Sediado em São Francisco, é responsável pelos tribunais federais dos estados de Califórnia, Alasca, Arizona, Havaí, Idaho, Montana, Nevada, Oregon, Washington, e dos territórios de Guam e das Ilhas Marianas Setentrionais.

<sup>264</sup> United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *Manual of Model Criminal Jury Instructions for the District Court of the Ninth Circuit*. Disponível em: <[http://www3.ce9.uscourts.gov/jury-instructions/sites/default/files/WPD/Criminal\\_Instructions\\_2018\\_9.pdf](http://www3.ce9.uscourts.gov/jury-instructions/sites/default/files/WPD/Criminal_Instructions_2018_9.pdf)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

<sup>265</sup> Sediado em Atlanta, é responsável pelos tribunais federais nos estados da Geórgia, do Alabama e da Flórida.

Mas devo enfatizar que negligência, descuido ou tolice não é suficiente para comprovar que o Acusado sabia que portava a substância controlada<sup>266</sup>.

Por fim, a título exemplificativo, pode-se citar a instrução modelo fornecida pelo Tribunal do Sexto Circuito<sup>267</sup> do *United States Court of Appeals*:

- (1) A seguir, gostaria de explicar algo sobre a comprovação de conhecimento por um acusado.
- (2) Ninguém pode evitar a responsabilidade por um crime ao deliberadamente ignorar o que é evidente. Se os Senhores se convencerem que o acusado deliberadamente ignorou uma elevada probabilidade que\_\_\_\_, então os Senhores podem decidir que ele sabia\_\_\_\_\_.
- (3) Para decidir de tal maneira, os Senhores devem se convencer para além de uma dúvida razoável que o acusado tinha ciência de uma elevada probabilidade que\_\_\_\_, e que o acusado deliberadamente fechou os olhos ao que era óbvio. Descuido, ou negligência ou tolice por sua parte não é o mesmo que conhecimento, e não é suficiente para condenar. Isso, é claro, está a critério dos Senhores para decidir<sup>268</sup>.

Com isso, observando as instruções padrões aqui expostas, percebe-se a existência de dois requisitos básicos para se caracterizar a *willful blindness*. O primeiro, é a ciência da elevada probabilidade de existência do fato ou da circunstância elementar; o segundo, é uma ação deliberada do agente de evitar conhecer ou descobrir a verdade. Tais requisitos aparecem na maioria das instruções padrões como regras claras para caracterizar a *mens rea* de conhecimento necessário para a condenação.

Vale ressaltar que na maioria das instruções padrões, ou nos comentários lançados para justificar às instruções, consta expressa citação ao julgado da Suprema Corte norte-americana no caso *Global-Tech*, assim como também, por vezes, consta menção ao § 2.02(7) do Código Penal Modelo.

Em alguns momentos, as instruções padrão também apontam circunstâncias que excluem a configuração da cegueira deliberada, não constituindo um estado mental culpável. Nesse sentido são as menções à “descuido”, “erro”, “tolice” ou “negligencia”. Por outro lado, também exigem, para caracterizar minimamente o estado de cegueira deliberada, que haja prova para além da dúvida razoável.

<sup>266</sup> United States Court of Appeals, Eleventh Circuit. **Pattern Jury Instructions (Criminal Cases)**. Disponível em: <<http://www.ca11.uscourts.gov/sites/default/files/courtdocs/clk/FormCriminalPatternJuryInstructions2016Rev.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

<sup>267</sup> Tribunal federal sediado em Cincinnati, abrange os tribunais federais dos estados de Ohio, Kentucky, Michigan e Tennessee.

<sup>268</sup> Tradução livre a partir do *United States Court of Appeals, Sixth Circuit. Patterns Jury Instructions*. Disponível em: <[http://www.ca6.uscourts.gov/sites/ca6/files/documents/pattern\\_jury/pdf/crmpattjur\\_full\\_0.pdf](http://www.ca6.uscourts.gov/sites/ca6/files/documents/pattern_jury/pdf/crmpattjur_full_0.pdf)>. Acessado em: 01 dez. 2018.



Guilherme Brenner Lucchesi, ao analisa as instruções padrão dos Tribunais de Apelação da esfera federal norte-americana, afirma:

A análise das instruções modelo do Terceiro, Oitavo, Nono e Décimo Primeiro Circuitos revelou um elemento adicional, cuja inclusão nas instruções modelo aparenta ser salutar: trata-se da necessidade de demonstração dos demais elementos da instrução de cegueira deliberada pela acusação, para além de uma dúvida razoável. Sendo esse o *standard* probatório necessário para a condenação no processo penal americano, sua inclusão é importante para esclarecer os jurados sobre a necessidade de demonstração contundente da configuração de cegueira deliberada pela acusação, não podendo condenar por mera convicção íntima. É certo que os jurados serão instruídos, provavelmente em outra instrução, sobre a necessidade de comprovação além de dúvida razoável para a condenação, no entanto aparenta ser de fundamental importância ressaltar que o ônus de comprovar os elementos recai sobre a acusação, a fim de evitar que a instrução de cegueira deliberada possa ser interpretada como forma de inverter o ônus da prova em desfavor do acusado<sup>269</sup>.

Desse modo, tendo por base os precedentes dos tribunais federais de recursos norte-americanos e as instruções padrão citadas, percebe-se que a cegueira deliberada somente pode autorizar condenações nos delitos que exigem conhecimento por parte do autor quando, no mínimo, tivermos presentes dois requisitos, vale dizer: a) houver ciência da elevada probabilidade da existência de uma circunstância ou fato elementar do delito; b) o autor tomou medidas deliberadamente voltadas a evitar saber da existência do fato ou da circunstância.

Assim, ainda segundo Guilherme Brenner Lucchesi, comentando a perspectiva dos requisitos exigidos pela doutrina norte-americana:

Trata-se a cegueira deliberada, portanto, de um estado mental subjetivo por parte do autor, que deve ser demonstrado pela acusação para além de uma dúvida razoável. Não é possível, assim, condenar, com base em cegueira deliberada a partir de critérios objetivos, como o dever de conhecer a existência do fato ou da circunstância a partir do modelo da pessoa média ou pessoa imprudente (negligente). Da mesma forma, não é suficiente demonstrar que o autor simplesmente representou o risco e conscientemente o desprezou (imprudência). Além de uma representação e de uma crença subjetivas por parte do autor, é necessário a demonstração de uma atuação concreta voltada à evitação da confirmação ou da descoberta da existência representada como altamente provável<sup>270</sup>.

Por fim, vale ressaltar que o debate na dogmática norte-americana a respeito da teoria da *willful blindness*, do qual participam, pode-se citar, exemplificadamente, Douglas N. Husak,

<sup>269</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 118.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 119.

Craig A. Callender<sup>271</sup>, Ira Robbins<sup>272</sup>, Robin Charlow<sup>273</sup> e Alexander F. Sarch<sup>274</sup>, ainda não alcançou um denominador comum no que tange aos requisitos para aplicação da teoria, sendo, portanto, matéria controvertida<sup>275</sup>.

O estudo das diversas instruções ao júri revela que a *willful blindness* encontra-se como uma categoria que preenche o elemento *knowledge* da *mens rea*, podendo servir de base para uma condenação criminal, desde que preenchidos seus requisitos.

### 3.4. A aplicação da teoria da cegueira deliberada no Direito Penal de tradição romano-germânica (*civil law*)

Como já dito anteriormente, a teoria da cegueira deliberada consiste em construção jurisprudencial assemelhada ao que, no Direito da *civil law*, conhecemos como “dolo eventual”. Por meio dessa teoria se busca obter fundamentos para tornar possível o enquadramento daquele agente que, no delito de lavagem de capitais, por exemplo, mesmo ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento.

Considerando o especial desenvolvimento dessa teoria nos Estados Unidos da América nas últimas décadas, tendo a Suprema Corte norte-americana, assim como os tribunais federais, decidido pela sua utilidade e aplicabilidade, não tardou para que a mesma começasse a influenciar as decisões de tribunais de outros países, sendo transplantada até mesmo para países cujo Direito segue a tradição da *civil law*.

Na Espanha, a partir dos anos 2000, o Tribunal Supremo passou a valer-se da teoria da cegueira deliberada para preencher, por assim dizer, o elemento subjetivo do tipo e condenar indivíduos acusados de lavagem de dinheiro ou de tráfico de drogas. A jurisprudência espanhola, por vezes, faz menção à ignorância deliberada como uma forma autônoma e distinta de elemento subjetivo, diferente do dolo direto e do dolo eventual.

---

<sup>271</sup> HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. **Willful ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality.** *Wincosin Law Review*, Madison, 1994.

<sup>272</sup> ROBBINS, Ira. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea; 81 **Journal of Criminal Law and Criminology**, 191. 1990.

<sup>273</sup> CHARLOW, Robin. **Willful Ignorance and Criminal Culpability.** *TLR*, 70, 1992.

<sup>274</sup> SARCH, Alexander F. **Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law.** 2014.

<sup>275</sup> CARVALHO, Felipe Fernandes de. Quais cuidados devem ser tomados para aplicar a teoria da cegueira deliberada? *In: Revista Consultor Jurídico*, de 19/04/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-19/felipe-carvalho-cuidados-aplicacao-teoria-cegueira-deliberada>>. Acessado em: 01 dez. 2018.

Vale mencionar que, na *Sentencia* de 10 de janeiro de 2000, a Segunda Sala do Tribunal Supremo espanhol, pela relatoria de Joaquín Giménez García, fez uso da teoria da ignorância deliberada em caso que envolveu crime de receptação e tráfico de drogas, no qual o acusado havia transportado significativa quantidade de dinheiro em espécie para paraíso fiscal e alegou, em sua defesa, que não tinha conhecimento da origem ilícita do dinheiro. A Corte Suprema espanhola firmou o entendimento de que o acusado sabia da procedência ilícita do dinheiro, haja vista a clandestinidade das operações financeiras, pois quem se coloca em situação de ignorância deliberada, é dizer, não quer saber aquilo que se pode e deve conhecer, e ainda, se beneficia da situação (o acusado cobrava 4% de comissão), está assumindo e aceitando todas as possibilidades oriundas do negócio em que participa, e portanto, deve responder por suas consequências<sup>276</sup>. Nesse sentido, vale citar trecho da decisão:

La sentencia dedica el Fundamento Jurídico cuarto al recurrente y con base en sus propias declaraciones se llega a la afirmación de que Gaspar, le había buscado para transportar físicamente el dinero que Gaspar le entregaba, dinero que recibía en diversos sitios de España y que trasladaba a Andorra. En la entrega del dinero a Jose Carlos, Gaspar estuvo acompañado de Hebe, y Jose Carlos cobraba un 4% de comisión. La Sala extrae la conclusión de que Jose Carlos tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de drogas --cosa que él niega-- de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer sabe aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación – cobraba un 4% de comisión –, esta asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio em el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias.

Em 22 de maio de 2002, o Tribunal Supremo espanhol, pela sentença STS 3615/2002, voltou ao tema da ignorância deliberada, agora em um caso envolvendo tráfico de drogas, no seguinte sentido:

En relación a la alegación de desconocimiento por parte del recurrente del importe de droga que accedió a transportar, se trata de una alegación irrelevante y sólo exterioriza el principio de ignorancia deliberada. Quien no quiere saber, aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna, y debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar – SSTS nº 1637/99 de 10 de Enero de 2000 y 1583/2000 de 16 de octubre, en referencia ambas a un caso de tráfico de drogas –. El propio recurrente reconoció el transporte de droga y el dinero que iba a percibir por ello, en esta situación por propia decisión debe asumir las consecuencias de su

<sup>276</sup> Vide Processo ROJ: STS nº 16/2000, proferida pela Sala Segunda do Tribunal Supremo Espanhol, na Resolução nº 1637/1999. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=3202374&links=&optimize=20030808&publicinterface=true>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

delictivo actuar porque lo sabido y querido al menos vía dolo eventual coincidió con lo efectuado ya que fue libre de decidir el transporte de droga y las condiciones del mismo, y el no querer saber los elementos del tipo objetivo que caracteriza el dolo, equivale a querer y aceptar todos los elementos que vertebran el tipo delictivo cometido<sup>277</sup>.

Em outro importante precedente, o Tribunal Supremo espanhol decidiu, em 14 de setembro de 2005, pela sentença STS 5288/2005, *ponente* Francisco Monterde Ferrer, que, no crime de lavagem de dinheiro, aquele que deliberadamente fecha os olhos pode ser condenado. Nesse sentido:

En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (willful blindness), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas<sup>278</sup>.

Ramon Ragués i Vallès, comentando decisão do Tribunal Supremo espanhol de 2005, aduz que:

Con todo, si bien la voluntad de no confirmar sus sospechas por parte del sujeto activo era inicialmente considerada por el Tribunal Supremo solo como un indicio del llamado elemento volitivo del dolo eventual (“aceptación”, “asentimiento” o “indiferencia”), progresivamente la doctrina de la ignorancia deliberada ha ido cobrando “vida propia”, hasta el punto de afirmarse en algunas resoluciones posteriores – de forma más o menos explícita – que em estos casos de provocación del desconocimiento no es siquiera necesario acreditar la concurrencia del elemento cognitivo del dolo para imponer una condena por delito doloso. Así las cosas, el desconocimiento provocado ha alcanzado autonomía como un nuevo título de imputación subjetiva que únicamente se vincula con la figura tradicional del dolo a efectos punitivos. O, si se quiere ver de outra manera, el dolo se ha ampliado a casos que no requieren el elemento cognitivo tal como este último se habia perfilado tradicionalmente<sup>279</sup>.

<sup>277</sup> Vide Processo ROJ: STS nº 3615/2002, proferida pela Sala de lo Penal do Tribunal Supremo Espanhol, na Resolução nº 946/2002. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3144424&links=%22946%2F2002%22&optimize=20030918&publicinterface=true>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

<sup>278</sup> Vide processo ROJ: STS nº 5288/2005, proferida pela Sala de lo Penal do Tribunal Supremo Espanhol, na Resolução nº 1034/2005. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=1194992&links=&optimize=20051006&publicinterface=true>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

<sup>279</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada em Derecho Penal. In: **Discusiones XIII**, n. 2, 2013, p. 22.

Interessante notar que, em alguns pronunciamentos do Tribunal Supremo espanhol, a teoria da ignorância deliberada ganha contornos de tal autonomia, que é indicada como uma nova forma de imputação subjetiva, diferente do dolo na sua concepção, mas semelhante na punição. Esta posição é clara no caso STS nº 131/2005, de 19 de janeiro de 2005<sup>280</sup>:

La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un hecho que dada su estructura interna sólo podría verificarse --salvo improbable confesión-- por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse "el mundo de la droga".

Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de Mayo, y se reitera en las de 356/98 de 15 de Abril, 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 1842/99 de 28 de Diciembre, 774/2001 de Mayo, 18 de Diciembre de 20001, 1293/2001 de 28 de Julio, 157/2003 de 5 de Febrero, 198/2003 de 10 de Febrero, 1070/2003 de 22 de Julio, 1504/2003 de 25 de Febrero y 1595/2003 de 29 de Noviembre, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, *que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada*. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTS 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo<sup>281</sup>.

Por sua vez, em 9 de julho de 2012, o Tribunal Supremo espanhol, no caso STS 4934/2012, *ponente* Jose Ramon Soriano, volta a utilizar a teoria da ignorância deliberada, autorizando o dolo eventual no delito de lavagem de capitais. Nesse sentido:

Es cierto, como sostiene el recurrente, que no es suficiente con que el acusado tenga una simple sospecha de la ilicitud del origen de los bienes a blanquear. Esta Sala ha repetido una y otra vez que se requiere certidumbre sobre dicho origen, lo que a su vez tampoco significa el conocimiento de la infracción precedente en todos sus pormenores o en todos sus detalles (véanse, por todas, STS. 1070/2003 de 22 de julio y 1450/2004 de 2 de diciembre). Bastaría, por tanto, con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que el dinero procede de la comisión de delitos.

Esta Sala se ve obligada, dada la naturaleza de estos delitos, a operar con el dolo eventual, ampliamente admitido, acudiendo a indicios, que han llegado a estereotiparse, en base a los cuales, puede llegarse a la plena convicción de que el sujeto sabía que cometía este delito.

Se entiende que el sujeto actúa con dolo eventual cuando "consideró seriamente y aceptó como altamente probable que el dinero tenía su origen en un delito". Dentro

<sup>280</sup> Vide também: STS nº 1879/2006 e STS nº 305/2006.

<sup>281</sup> Vide processo ROJ: STS nº 131/2005, proferida pela Sala de lo Penal do Tribunal Supremo Espanhol, na Resolução nº 33/2005. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=1602170&links=&optimize=20050224&publicinterface=true>. Acesso em: 03 dez. 2018.

del dolo eventual, ordinariamente se incluirá aquellos comportamientos de "ignorancia deliberada" a los que se refiere la recurrida y sobre los que esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones (entre otras SSTs 1637/99 de 10 de enero-2000; 946/2002 de 22 de mayo; 236/2003 de 17 de febrero; 420/2003 de 20 de mayo; 628/2003 de 30 de abril; 785/2003 de 29 de mayo; 16/2009 de 27 de enero, etc.)<sup>282</sup>.

Desse modo, observa-se que a jurisprudência espanhola avançou muito na temática da aplicação da teoria da cegueira ou ignorância deliberada a partir do ano 2000, sendo certo que essas decisões serviram de inspiração para o início da discussão em termos dogmáticos naquele país.

Além dos casos citados acima, pode-se mencionar outros oriundos do Tribunal Supremo espanhol que igualmente a Corte abordou a teoria da ignorância deliberada, como as decisões nos processos ROJ: STS 7.363/2000, sentença nº 1.583 de 16/10/2000; ROJ: ATS 9.878/2007, sentença nº 1.329 de 12/07/2007; ROJ: ATS 11.858/2007, sentença nº 1.459 de 20/09/2007, entretanto, sem uniformidade em sua delimitação, de modo que a cada decisão alteravam-se os requisitos exigidos para sua configuração.

Por vezes chamada de teoria, ora denominada princípio, a cegueira deliberada já foi tratada como sendo indiciária do elemento volitivo do dolo, depois também o foi como indiciária do elemento cognitivo daquele, e até como substitutivo do elemento subjetivo do tipo. Assim, observa-se que ainda não se trata de questão unânime no Direito Penal espanhol<sup>283</sup>.

Vale ressaltar que Ramon Ragués i Vallès buscou construir em suas obras, partindo inicialmente da jurisprudência espanhola sobre o tema, uma análise da adaptabilidade da teoria da cegueira deliberada com a teoria geral do delito tal qual formulada pela tradição romano-germânica do Direito Penal. O citado autor tenta reconfigurar conceitos clássicos do Direito Penal como imputação, dolo eventual, conhecimento e culpa consciente, para melhor adequar à realidade e compreender a utilidade da teoria da cegueira deliberada<sup>284</sup>.

Por meio da ideia de equivalência funcional ou sinalagma, o professor espanhol tenta justificar que a decisão de manter-se ignorante de fatos e circunstâncias suspeitas, com alta probabilidade de ocultarem atos criminosos, poderia ser equiparada ao conhecimento

<sup>282</sup> Vide processo ROJ: STS nº 4934/2012, proferida pela Sala de lo Penal do Tribunal Supremo Espanhol, na Resolución nº 557/2012. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=6448948&links=&optimize=20120723&publicinterface=true>>. Acesso em 03 dez. 2018.

<sup>283</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007, p. 58.

<sup>284</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba em el proceso penal**. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

elemento do dolo, sendo, por isso, apto a configurar satisfatoriamente o elemento subjetivo do tipo, desde que preenchidos determinados requisitos que também aponta. Nesse sentido:

En términos generales esta doctrina viene a sostener la equiparación, a los efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efectivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado o buscado con respecto a dichos elementos. Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia<sup>285</sup>.

Na Argentina, país igualmente herdeiro da tradição jurídica romano-germânica (*civil law*), María Victoria Huergo noticia a utilização da teoria da ignorância deliberada pela *Cámara Nacional de Casación Penal*, em decisão de 2003, em um caso de *libramiento de cheques sin provisión de fondos*, *in verbis*:

En nuestro país, hasta el año 2008 no se ha advertido la existencia precedentes en los que se hiciera una referencia expresa a esta doctrina, lo que no significa que no hayan existido resoluciones judiciales en las que se condenara a título de dolo, prescindiendo de la prueba del conocimiento de un elemento del tipo. Como ejemplo arquetípico se encuentra el plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal “Iriart, Jorge A. s/recurso de inaplicabilidad de ley” de fecha del 30 de septiembre de 2003.

El motivo del fallo plenario fue, entre otros, establecer con relación al delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos del artículo 302 inc. 1 del Código Penal, si basta que la interpelación cursada por el tenedor del cheque sea al domicilio constituido por el librador en el banco, o resulta imprescindible acreditar que tuvo efectivo conocimiento de la intimación. Resolviendo, con voto dividido que no era necesaria la prueba del conocimiento por los siguientes argumentos:

*“El aviso del rechazo de las órdenes de pago, dirigido al domicilio registrado en la sede bancaria por el librador y no recibido por éste, tiene inequívoca relevancia a los fines del elemento integrador del tipo delictivo \_comunicar el rechazo del cheque al librador\_, pues sostener lo contrario sería respaldar o avalar la renuencia de éste, que con sólo ocultarse, abandonar, mudarse o hacerse negar en el domicilio constituido \_incluso presunta o simuladamente, dejaría a la acción despojada de la ejecutividad por su sola e incoartable voluntad como autor del hecho, dueño de su imputabilidad”*

*“...no es indispensable la recepción personal del medio informativo enviado por parte de la persona interesada, bastando con que se coloque al librador en condiciones razonables para poder enterarse, debiendo éste arbitrar los medios necesarios para que en el domicilio se reciba y se ponga en su conocimiento su correspondencia particular”.*

*“Carece de entidad exculpatoria la simple negativa del acusado de haber tomado conocimiento de la pieza postal; toda vez que no es necesario que la intimación de pago sea entregada personalmente al librador, sino que basta con que se lo ponga en condiciones razonables de enterarse de su contenido”*

*“...entendemos que a los fines de la interpelación requerida por el artículo 302 del Código Penal, sólo basta con que se ponga razonablemente al*

<sup>285</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testafiero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. In: **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2008, págs. 14-15.

*librador en condiciones de enterarse del rechazo bancario, lo cual se realiza suficientemente con la remisión de la comunicación respectiva al domicilio constituido en el banco a los fines de la cuenta corriente; toda vez que es obligación del titular arbitrar los medios necesarios para poder tomar conocimiento inmediato de toda comunicación o interpelación relacionada con dicha cuenta y los cheques librados contra la misma”.*

De las transcripciones realizadas, queda en evidencia que para la Casación ciertos elementos del tipo objetivo no necesariamente deben ser efectivamente conocidos sino que resulta suficiente que el deudor se encuentre en condiciones razonables de conocer, no existiendo sustanciales diferencias argumentales con los fundamentos que expresara el Tribunal Supremo Español invocando la ignorancia deliberada<sup>286</sup>.

Ressalte-se que a autora citada chega a seguinte conclusão no que se refere ao ordenamento jurídico argentino e a teoria da ignorância deliberada: “Por lo expuesto es posible sostener, como na primera afirmación, que el ingreso de la doctrina de la willful blindness o ignorancia deliberada, no encontraría obstáculos em la redacción de nuestro ordenamiento legal”<sup>287</sup>.

### **3.5. Aplicação da teoria da cegueira deliberada na jurisprudência brasileira**

No Brasil, a teoria da cegueira deliberada parece estar sendo aplicada mais como argumento de reforço, com o escopo de caracterizar o dolo eventual, na medida em que o agente, podendo e suspeitando de algo, prefere manter-se ignorante do que acontece, assume o risco de produzir o resultado, caracterizando, então, verdadeiro dolo eventual.

Sobre o tema, o primeiro caso da jurisprudência brasileira que se tem notícia trata da sentença, de 2007, que julgou os supostos autores e partícipes do furto de mais de R\$ 160 milhões dos cofres do Banco Central na cidade de Fortaleza/CE, ocorrido em 6 de agosto de 2005. Na ocasião, estavam sendo processados dois vendedores de carros que realizaram negócios com os supostos ladrões, e que receberam consideráveis quantias em dinheiro vivo em troca das mercadorias. Com isso, ao ponderar que o furto foi praticado por uma organização criminosa, o juiz singular, aplicando a teoria da cegueira deliberada, condenou os dois comerciantes por lavagem de dinheiro, apontando que agiram com indiferença à estranheza da negociação realizada com dinheiro em espécie, assumindo, com isso, o risco de

<sup>286</sup> HUERGO, María Victoria. Reflexiones en torno de la doctrina de la willful blindness y su posible receptación en Argentina. CIIDPE - Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico. Córdoba: 2010, págs. 15-16. Disponível em: <<http://www.ciidpe.com.ar/area1/willful%20blindness%20Huergo.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 18.



vender automóveis em troca de dinheiro sujo. Cite-se trecho da sentença que aborda a teoria da cegueira deliberada:

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 idéia 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. (...) <sup>288</sup>.

Em segunda instância, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em acórdão de 9 de setembro de 2008, afirmou expressamente que a doutrina da cegueira deliberada seria aplicável a todos os delitos que admitem o dolo eventual. Contudo, como a imputação dizia

<sup>288</sup> BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau da 5ª Região. 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0. Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Data de Julgamento: 28 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>. Acesso em: 05 dez. 2018.

respeito ao artigo 1º, § 2º, inciso I, da Lei de Lavagem de Dinheiro, que, no entendimento do tribunal, só admitiria o dolo direto, reformou-se a sentença de primeira instância<sup>289</sup>.

Sobre o ponto específico que aborda a teoria da cegueira deliberada, cite-se pequeno trecho da ementa do acórdão:

(...) TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (WILLFUL BLINDNESS). INEXISTÊNCIA DE PROVA DE DOLO EVENTUAL POR PARTE DE UM EMPRESÁRIOS QUE EFETUAM A VENDA DE VEÍCULOS ANTES DA DESCOBERTA DO FURTO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.

(...)

2.4 - Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do 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 2.º.

- Não há elementos suficientes, em face do tipo de negociação usualmente realizada com veículos usados, a indicar que houvesse dolo eventual quanto à conduta do art. 1.º, PARÁGRAFO 1º, inciso II, da mesma lei; na verdade, talvez, pudesse ser atribuída aos empresários a falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não, dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de modo informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes.

- É relevante a circunstância de que o furto foi realizado na madrugada da sexta para o sábado; a venda dos veículos ocorreu na manhã do sábado. Ocorre que o crime somente foi descoberto por ocasião do início do expediente bancário, na segunda-feira subsequente. Não há, portanto, como fazer a ilação de que os empresários deveriam supor que a vultosa quantia em cédulas de R\$ 50,00 poderia ser parte do produto do delito cometido contra a autarquia.

- A empresa que explora a venda de veículos usados não está sujeita às determinações dos arts. 9 e 10 da Lei 9.613/98, pois não se trata de comercialização de "bens de luxo ou de alto valor", tampouco exerce atividade que, em si própria, envolva grande volume de recursos em espécie.

- Ausência de ato normativo que obrigue loja de veículos a comunicar ao COAF, à Receita, à autoridade policial ou a qualquer órgão público a existência de venda em espécie<sup>290</sup>.

Praticamente nessa mesma época, ou seja, em 2007 e 2008, importante destacar, por também ser uma das primeiras manifestações da teoria da cegueira deliberada encontradas na

<sup>289</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2ª Turma. Apelação Criminal n° 5520. Número do Processo: 200581000145860. Data do Julgamento: 09/09/2008. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Revisor: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria. PUBLICAÇÕES DJ – Data: 22/10/2008 – Página: 207. Decisão Unânime.

<sup>290</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. ACR 5520-CE. 0014586-40.2005.4.05.8100. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. 09/09/2008. Fonte: Diário da Justiça - Data: 22/10/2008 - Página: 207 - N° 205 - Ano: 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8249976/apelacao-criminal-acr-5520-ce-0014586-4020054058100-trf5>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

jurisprudência pátria, os julgamentos de crimes eleitorais (corrupção eleitoral) quando, pelo Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia (TRE/RO)<sup>291</sup>, restou evidenciado que, na fase de propaganda eleitoral, candidatos “fechavam os olhos” à ilicitude da distribuição de bens e serviços como meio de angariar votos em seu favor:

Embargos Infringentes. corrupção eleitoral. Eleições 2004. Oferecimento de alimentação, doação de bonés, camisetas e canetas, a troco de voto em candidatos a Prefeito e Vereador. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão. Delação. Prova direta conjugada à indireta. manobras sub-reptícias e "mise-en-scène" : "reunião" . Princípio do livre convencimento motivado. Dolo configurado. Teoria da cegueira deliberada. Crime formal. Embargos desprovidos. I - Corrupção eleitoral comprovada: fornecimento de alimentação, camisetas, bonés e canetas, para obtenção de voto. II - Materialidade extraída de "convite" , de certidão lavrada por meirinho e da prova oral (confissão e testemunhas).III - Autoria: confissão e delação emanada duma das acusadas. Circunstâncias e prova testemunhal corroborantes. IV - Delira do razoável exigir, sempre e sempre, prova direta - testemunhos, registro audiovisual, e.g. - acerca do cometimento de corrupção eleitoral (CE, art. 299). Neste terreno, os agentes, por si ou interpostas pessoas, atuam de modo sub-reptício, dissimuladamente, sem deixar vestígios cabais. E, mais ainda, de ordinário, embaralha-se a prática vedada a outras atividades de campanha isoladamente permitidas. Do "mise-en-scène" , da encenação, o julgador há de extrair as nuances permissivas ao descortino do verdadeiro escopo do agente. V - "Dolus directus" presente. Imputação viável, no mínimo, a título "dolus eventualis" (CP, art. 18, I, 2ª parte): mesmo seriamente considerando a possibilidade de realização do tipo legal, os agentes não se detiveram, conformando-se ao resultado. Teoria da "cegueira deliberada" ("willful blindness" ou "conscious avoidance doctrine"). VI - A corrupção eleitoral, em qualquer de suas modalidades, inclui-se no rol dos crimes formais. Para configurá-la, "basta o dano potencial ou o perigo de dano ao interesse jurídico protegido, cuja segurança fica, dessarte, pelo menos, ameaçada", segundo Néelson Hungria. (65 RO, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 13/12/2007, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 003, Data 7/1/2008, Página 37)<sup>292</sup>.

<sup>291</sup> Ementa: Corrupção Eleitoral. Eleições 2004. Vereador. Realização e Promessa de Cirurgias de laqueadura, a troco de voto. Materialidade e autoria comprovadas. Crime formal. Adequada dosimetria penal. Recurso desprovido. I - O aumento mínimo decorrente da continuidade delitiva e os antecedentes turbulentos do agente obstam a concessão de sursis processual. II - A realização e a promessa de realização de cirurgias de laqueadura, a troco de voto, configura o crime de corrupção eleitoral. III - Acervo probatório suficientemente seguro ao evidenciar a conduta típica, implementada diretamente pelo réu (médico) e por interpostas pessoas ("formiguinhas"), em curso a campanha eleitoral. IV - "Dolus directus" presente. Imputação viável, no mínimo, a título "dolus eventualis" (CP, art. 18, I, 2ª parte): mesmo seriamente considerando a possibilidade de realização do tipo legal, o agente não se deteve, conformando-se ao resultado. Teoria da "cegueira deliberada" ("willful blindness" ou "conscious avoidance doctrine"). V - A corrupção eleitoral, em qualquer de suas modalidades, inclui-se no rol dos crimes formais. Para configurá-la, "basta o dano potencial ou o perigo de dano ao interesse jurídico protegido, cuja segurança fica, dessarte, pelo menos, ameaçada" , segundo Néelson Hungria. VI - Se o juízo monocrático bem operou a dosimetria da pena, nenhum reparo há de se fazer. VII - Recurso desprovido. (88 RO, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 17/04/2008, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 76, Data 25/4/2008, Página 30). BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. 88 RO, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 17/04/2008, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 76, Data 25/4/2008, Página 30. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DA+CEGUEIRA+DELIBERADA+%28WILLFUL+BLINDNESS%29&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

<sup>292</sup> BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. 65 RO, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 13/12/2007, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 003, Data 7/1/2008, Página 37. Disponível

No ano de 2012, surge o precedente mais importante em termos hierárquicos, eis que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso conhecido como “Mensalão” (Ação Penal 470-MG)<sup>293</sup>, debateu a aplicação da teoria da cegueira deliberada nas hipóteses de lavagem de dinheiro, sendo certo que, na época, ainda havia dúvidas sobre a admissibilidade do dolo eventual no tipo de lavagem de capitais do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1996. Ao final do julgamento, o Supremo Tribunal admitiu a possibilidade da incidência do dolo eventual, assim como da teoria da *willful blindness* nos crimes de lavagem.

Nesse ponto, interessante notar esclarecedor trecho do voto da Ministra Rosa Weber na AP 470-MG:

O tipo do *caput* do art. 1º da Lei 9.613/1998, de outra parte, comporta o dolo eventual pois, em sua literalidade, não exige elemento subjetivo especial, como o conhecimento específico da procedência criminosa dos valores objeto da lavagem.

(...)

A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do art. 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico. O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*).

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

Nesse sentido, há vários precedentes, como *US vs. Campbell*, de 1992, da Corte de Apelação Federal do Quarto Circuito, *US vs. Rivera Rodriguez*, de 2003, da Corte de Apelação Federal do Terceiro Circuito, *US vs. Cunan*, de 1998, da Corte de Apelação Federal do Primeiro Circuito.

Embora se trate de construção da *common law*, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da *civil law*, acolheu a doutrina em questão na Sentencia 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro.

Na hipótese *sub judice*, há elementos probatórios suficientes para concluir por agir doloso - se não com dolo direto, pelo menos com dolo eventual -, quanto a Pedro Corrêa, Pedro Henry, Valdemar da Costa Neto, Jacinto Lamas, estes dois na extensão do voto do Revisor, Enivaldo Quadrado e a Breno Fischberg<sup>294</sup>.

---

em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DA+CEGUEIRA+DELIBERADA+%28WILLFUL+BLINDNESS%29&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

<sup>293</sup> O caso conhecido como Mensalão (Ação Penal nº 470-MG) foi um escândalo de corrupção política mediante compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional, que ocorreu entre 2005 e 2006, que investigou e puniu, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, diversos empresários e políticos do alto escalão do Governo Federal da época, por corrupção, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha.

<sup>294</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470-MG. Relator Min. Joaquim Barbosa. DJe 22 abr. 2013, pág. 1.273 do Acórdão.

No mesmo sentido, tratando igualmente do dolo eventual no delito e lavagem de dinheiro e da teoria da cegueira deliberada, o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

(...) 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 consumir-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<sup>295</sup>.

(...)

Ato contínuo, o decano da Corte, Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na teoria da cegueira deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida. Realçou que essa doutrina não se aplicaria em relação a Anderson Aduato, João Magno e Paulo Rocha, cujas condutas julgou impregnadas de dolo direto, porque buscaram conferir aparência lícita a dinheiro de origem ilícita. Versou que ao se utilizarem do mecanismo viabilizado pelo Banco Rural e pela SMP&B — a dificultar ou impossibilitar o rastreamento contábil do dinheiro ilícito —, os réus pretenderiam ocultar o rastro de suas participações, sabidamente frutos de crimes contra a Administração Pública e o sistema financeiro nacional. Obtemperou que a legislação pátria consideraria ocultação, dissimulação ou integração etapas que, isoladamente, configurariam crime de lavagem<sup>296</sup>.

A partir de 2014, a teoria da *willful blindness* ganhou notoriedade nos julgamentos do caso denominado “Operação Lava Jato”<sup>297</sup>, ao ser aplicada pelo Juiz Federal titular da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, Paraná. Como exemplo, pode-se citar a sentença da Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, na qual percebe-se que o Juiz Federal Sérgio Moro entendeu pela possibilidade da utilização do instituto do dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro, assim como da teoria da cegueira deliberada, *in verbis*:

<sup>295</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AP 470-MG, Relator Min. Joaquim Barbosa. DJe 22 abr. 2013. Noticiado no Informativo nº 677, de 27 a 31 de agosto de 2012.

<sup>296</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AP 470-MG, Relator Min. Joaquim Barbosa. DJe 22 abr. 2013. Noticiado no Informativo nº 684, de 15 a 19 de outubro de 2012.

<sup>297</sup> A Operação Lava Jato é uma das maiores investigações anticorrupção do mundo, iniciada em 2014 a partir da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba e que até os dias atuais investiga crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, fraude em licitações, formação de organização criminosas, dentre outros, envolvendo a Petrobrás, políticos do alto escalão, empresários e empresas de construção civil. Nos últimos anos, em especial pelo aprimoramento dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, ganhou repercussão internacional, gerando desdobramentos e investigações em diversos outros países. Para mais informações vide: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acessado em: 04 dez. 2018.

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

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.

348. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da *civil law*, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Por todos, transcrevo parcialmente trecho de decisão do Supremo Tribunal Espanhol na STS 33/2005, na qual a ignorância deliberada foi assimilada ao dolo eventual (os julgados do STE podem ser acessados através do site: [www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocache=503](http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocache=503)):

*“La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un hecho que dada su estructura interna sólo podría verificarse -- salvo improbable confesión-- por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse ‘el mundo de la droga’.*

*Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de Mayo, y se reitera en las de 356/98 de 15 de Abril, 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 1842/99 de 28 de Diciembre, 774/2001 de Mayo, 18 de Diciembre de 2001, 1293/2001 de 28 de Julio, 157/2003 de 5 de Febrero, 198/2003 de 10 de Febrero, 1070/2003 de 22 de Julio, 1504/2003 de 25 de Febrero y 1595/2003 de 29 de Noviembre, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse em La posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se Le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se derivan de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTS 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.”*

349. A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, já empregou o conceito para crimes de contrabando e descaminho: “Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta drogas, arma e munição não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), ‘quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica’. Doutrina da ‘cegueira deliberada’ equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro.” (ACR 5004606-31.2010.404.7002 - Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto - 8ª Turma do TRF4 - un. - j. 16/07/2014).

350. Portanto, mesmo que não fosse reconhecido o dolo direto em relação a parte dos acusados, seria forçoso o reconhecimento do dolo eventual<sup>298</sup>.

<sup>298</sup> Vide Sentença da ação penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, oriunda da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, Paraná, julgada pelo Juiz Federal Sergio Fernando Moro.

Em sede de Apelação Criminal, o Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim se pronunciou:

Com efeito, age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (artigo 18, I, do Código Penal).

Absolutamente pertinentes aqui as construções do Direito anglo-saxão a respeito da doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*).

Alguns apontam como precedente remoto da doutrina sentença inglesa de 1861 no caso *Regina v. Sleep*. No Direito norte-americano, o *leading case* da Suprema Corte norte-americano é apontado como sendo *Spurr v. US*, 174 US 728 (1899). A partir da década de 70 do século XX, a doutrina passou a ser utilizada em casos de tráfico de drogas, particularmente em casos nos quais o acusado negava conhecimento da natureza da droga que transportava. Dois casos são apontados como precedentes desta tendência, *Turner v. United States*, 396 U.S. 398 (1970), da Suprema Corte, e *United States, v. Jewell*, 532 F 2.d697, 70 (1976), da 9.ª Corte de Apelações Federais.

No caso *Jewell*, no qual o acusado havia transportado 110 libras de maconha do México para os Estados Unidos e em um compartimento secreto de seu carro, a Corte entendeu que a alegação dele, de que não sabia exatamente a natureza do que transportava escondido, não eliminava a sua responsabilidade criminal, pois ele teria agido com propósito consciente de evitar conhecer a natureza do produto que transportava.

É importante destacar que “ignorância deliberada” não se confunde com negligência, havendo aqui a mesma fronteira tênue, pelo menos do ponto de vista probatório, entre o dolo eventual e a culpa consciente.

A *willful blindness doctrine* tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas para diversos crimes, não só para o transporte de substâncias ou produtos ilícitos, mas igualmente para o crime de lavagem de dinheiro. Em regra, exige-se: a) que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que pratica ou participa de atividade criminal; b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento; e c) que o agente tenha condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade, mas deliberadamente escolha permanecer ignorante a respeito de todos os fatos envolvidos.

A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da *civil law*, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Ilustrativamente, na STS 420/2003, o caso envolvia acusada que havia aceitado, a pedido de terceiro e por setenta mil pesetas, levar flores a um cemitério e nas quais estavam escondidas bolsas contendo cerca de um quilo de heroína e cocaína. Segundo o STE:

*«es evidente que la aceptación del encargo en tales condiciones dichas por la recurrente proclamaría el conocimiento de la realidad de lo que se ocultaba en su interior, de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, según el cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar -- STS 946/02 de 22 de Mayo, y las en ella citadas, todas precisamente, en relación a casos de tráfico de drogas--.»*

Na STS 33/2005, a doutrina foi invocada em caso de lavagem de dinheiro, sendo na ocasião assimilada a ignorância deliberada ao dolo eventual:

*«(...) quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se derivan de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTS 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.»*

Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira.

Evidenciado que o acusado assumiu o risco de dissimular a origem, disposição, movimentação e propriedade dos valores, agiu, senão com dolo direto, então com dolo eventual a crer-se em sua versão.

O Juízo Federal da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, em 2017, nos autos da ação penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, também no âmbito da “Operação Lava Jato”, condenou Mônica Regina Cunha Moura e João Cerqueira de Santana Filho pelo crime de lavagem de dinheiro, sustentando sua decisão segundo os critérios da teoria da cegueira deliberada, uma vez que entendeu que os referidos réus agiram com dolo ao celebrarem um contrato de prestação de serviços falso a fim de amparar fraudulentamente os depósitos, além de não terem aprofundado seus conhecimentos sobre a origem do dinheiro recebido. Assim restou o trecho pertinente da sentença:

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

(...)

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

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

Segundo, tinham Mônica Regina Cunha Moura e de João Cerqueira de Santana Filho presentes os riscos concretos, de que se tratava de valores oriundos de crimes de corrupção, não só pelas circunstâncias ilícitas da transação, com adoção de expedientes sofisticados de ocultação e dissimulação, mas também pelo exemplo da Ação Penal 470. Mesmo tendo eles presentes esses riscos, persistiram na conduta delitativa, ou seja, receberam os valores, com ocultação e dissimulação. Tinha ainda condições não só de recusar o pagamento na forma feita, mas de aprofundar o seu conhecimento sobre as circunstâncias e a origem do dinheiro, tendo preferido não realizar qualquer indagação a esse respeito<sup>299</sup>.

---

<sup>299</sup> BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal Sérgio Fernando Mouro. Data do Julgamento: 02 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/sentencasantana.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.



De maneira similar, vale citar que a teoria da cegueira deliberada foi igualmente utilizada nos julgamentos das ações penais nºs 5023135-31.2015.4.04.7000<sup>300</sup>, 5047229-77.2014.4.04.7000 e 5007326-98.2015.4.04.7000, dentre outras, também da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba.

Vê-se, assim, no Brasil, mormente a partir da denominada “Operação Lava Jato”, maior interesse na citada teoria, haja vista o conteúdo das acusações e das condenações daí decorrentes, que se utilizaram da teoria da cegueira deliberada como argumento apto a superar a alegação da defesa de que os acusados não detinham o pleno conhecimento dos ilícitos penais que ocorriam no âmbito das empresas, apesar de restarem, ao final, beneficiados pelos malfeitos<sup>301</sup>.

O problema da cegueira deliberada é, em verdade, um problema de dolo eventual. Cabe perquirir se, segundo o ordenamento pátrio, atua com dolo aquele que, diante de situações suspeitas ou de alta probabilidade de ilícito, age de modo a possivelmente praticar o tipo objetivo sem se importar em conhecer mais a fundo as circunstâncias de fato?<sup>302</sup>.

Segundo notícia Fernando Neisser e Spencer Toth Sydow, falando especificamente do Juízo originário da denominada “Operação Lava Jato”:

Esta teoria tem sido usada recorrentemente pelo juiz Sérgio Moro, que condena réus baseado no fato de que estes enriquecerem ou conseguiram vantagens a partir de situações delinquentes em que fingiram não ter conhecimento ou colocaram-se deliberadamente em situação de cegueira, com o intuito de não verem ou não identificarem os elementos criminosos em que seus partidos ou empresas estariam inseridos<sup>303</sup>.

Atualmente, vale ressaltar, a teoria da cegueira deliberada já é utilizada para além do crime de lavagem de dinheiro, sendo aceita e aplicada pelos Tribunais para fundamentar o dolo eventual nos delitos que o admitem, tais como os crimes de tráfico de drogas, contrabando, fraude em licitações, receptação, dentre outros. Pode-se citar como exemplos:

<sup>300</sup> BRASIL. 13ª Vara Federal da Comarca de Curitiba. AP n. 5023135-31.2015.4.04.7000. 2015. Disponível em: <[http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato1/SENTENCA\\_Pedro%20Correa.pdf](http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>301</sup> BALTHAZAR, Ricardo. Teoria da cegueira deliberada ampara condenações na Lava Jato. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1946478-teoria-da-cegueira-deliberada-ampara-condenacoes-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2018.

<sup>302</sup> GALVÃO, Robson; LAUFER, Christian. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, novembro de 2009.

<sup>303</sup> NEISSER, Fernando; SYDOW, Spencer Toth. Cegueira deliberada só pode ser aplicada se preencher oito requisitos. In: **Revista Consultor Jurídico**, de 14/06/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/opiniao-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-oito-requisitos>>. Acessado em: 18 mar. 2018.

## Ementa

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. OPERAÇÃO DE CÂMBIO SIMULADA. GESTÃO FRAUDULENTA. CRIME PRÓPRIO. ADMINISTRADOR OU CONTROLADOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS. ADMISSIBILIDADE. CRIME ACIDENTALMENTE HABITUAL. ATO ISOLADO APTO À CONFIGURAÇÃO DELITIVA. (...)

II - A autoria é extraída do acervo probatório coligido nos autos, pelo qual se verifica ter sido a ré quem prestou atendimento aos nominalmente contratantes, sem, contudo, receber moeda nacional ou entregar-lhes numerário estrangeiro. Por sua vez, relativamente ao outro réu, a autoria se manifesta pela posição de gerência máxima ocupada na instituição, não podendo ignorar a repercussão no caixa da entidade causada pelo registro de operações que não correspondem efetivamente a ingressos e saídas de valores informados ao ente fiscalizador, à vista dos aperfeiçoados e exigentes padrões de controle inerentes à atividade financeira privada. Ademais, apesar da gravidade das irregularidades constatadas, o réu não adotou qualquer providência para esclarecer os fatos e apurar eventuais responsabilidades internas, reproduzindo o típico comportamento conivente descrito pelas teorias da cegueira deliberada ("Willful Blindness Doctrine"), da instrução de avestruz (Ostrich Instructions) e do ato de ignorância consciente ("Conscious Avoidance Doctrine"). III - O delito de gestão fraudulenta de instituição financeira é crime próprio, para cuja prática exige-se a qualidade de controlador ou administrador de instituição financeira, conforme o disposto no art. 25 do diploma legal em exame, admitindo-se, porém, a participação relativamente a terceiros estranhos à administração da entidade, eis que a condição especial do agente constitui elementar do crime, de acordo com o art. 30 do Código Penal.(...)<sup>304</sup>.

## Ementa

PROCESSO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. ARTIGO 90 DA LEI 8.666/93. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO COMPROVAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA CONCESSÃO. ELABORAÇÃO DE PARECER EM CERTAME LICITATÓRIO. TEORIA DA "CEGUEIRA DELIBERADA". APLICABILIDADE. (...)

4. In casu, o indiciado, ora paciente, foi denunciado por ter, supostamente, incorrido no delito previsto no art. 90, da Lei 8.666/93. A denúncia atribui ao inculcado, ora paciente, a reprovável conduta de ter aderido "subjetivamente à frustração do caráter competitivo do certame, motivo pelo qual deve ser responsabilizado, na medida de sua participação", e que sua postura conivente se amolda à Teoria da Cegueira Deliberada, "porquanto importou no estabelecimento consciente e voluntário de obstáculo para esquivar-se do aprofundamento da análise dos ilícitos, colocando-se numa posição de ignorância e, conseqüentemente, alegar desconhecimento como meio de defesa diante de eventual persecução criminal". (...) 10. Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, onde o agente deixa de conhecer algo ou, na prática de um ato judicial ou administrativo, não se aprofunda no conhecimento exigível, imaginando que o fato de não tratar do assunto ou o desconhecer, o protegeria. É o caso aqui tratado, pois o ora paciente abriu mão de sua responsabilidade, de praticar ato de ofício, com o intuito deliberado de ajudar terceiros ou alcançar uma vantagem indevida. 11. "Segundo a doutrina, essa teoria fundamenta-se na seguinte premissa: o indivíduo que, suspeitando que pode vir a praticar determinado crime, opta por não aperfeiçoar sua representação sobre a presença do tipo objetivo em um caso concreto, reflete certo grau de indiferença em face do bem jurídico tutelado pela norma penal tão elevado quanto o daquele que age com dolo eventual, daí por que

<sup>304</sup> Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Número 0001123-17.2008.4.03.6181. Apelação Criminal nº 57229. Relator(a) Juíza Convocada Denise Avelar. Órgão julgador: Segunda Turma. Data de Julgamento: 01/12/2015. Data da publicação: 10/12/2015. Fonte da publicação e-DJF3 Judicial 1 Data: 10/12/2015.

pode responder criminalmente pelo delito se o tipo penal em questão admitir a punição a título de dolo eventual". (in: Legislação Criminal Especial Comentada: Renato Brasileiro de Lima. 3ª. ed. rev. ampl. e atualizada. Editora Jus Podivm, 2015, p. 266 e segs)<sup>305</sup>.

Apesar da utilização cada vez maior da teoria da cegueira deliberada pelos tribunais brasileiros, vale registrar como contraponto que há vozes na doutrina que se levantam contra a aplicabilidade desta teoria, sob o argumento de sua incompatibilidade com o Direito Penal da *civil law* (romano-germânico). Nesse sentido, Luiz Regis Prado argumenta, *in verbis*:

É de registrar-se que tem ganhado espaço na jurisprudência, a teoria da ignorância (cegueira) deliberada, de origem anglo-americana (common law). Por ela, autoriza-se a atribuição de responsabilidade penal àquele que se “autocoloca em situação de ignorância, evitando todo e qualquer mecanismo apto a conceder-lhe maior grau de certeza quanto à potencial antijuridicidade” (BARROS, M. A.; SILVA, T.M.A. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. RT, 957, p. 231). Assim, no âmbito específico do delito de lavagem de capitais, o sujeito, de modo deliberado, se colocaria na situação de ignorância (“fingiria ou escamotearia desconhecimento”) acerca da origem ilícita do ativo, com vistas a evitar futura responsabilização criminal. Busca-se contornar a imposição legal de conhecimento doloso dos elementos objetivos do tipo. Vale dizer, o sujeito que atua com ignorância deliberada (que provoca intencionalmente o seu desconhecimento), é tratado como se tivesse realizado o fato punível de modo proposital, sendo, assim, por ela responsável. Há, de certa forma, um adiantamento do momento intencional, com relevância jurídica penal. Na verdade, ocorre que a ignorância deliberada acaba por se tornar equivalente ao conhecimento intencional. Mas isso não resulta assim tão óbvio, para dizer o mínimo: “não saber porque não quer saber” e “saber” no sentido típico subjetivo – dolo eventual (com detalhes, FEIJOO SANCHEZ, B. La teoría de la ignorancia deliberada em Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. InDret, 3, 2015. Também, BARROS, M. A.; SILVA, T.M.A. Op. cit, p. 230-233). A sua recepção implica a criação de elemento estranho ao ordenamento jurídico brasileiro, de base continental, com sério risco à segurança jurídica e à legalidade penal. Aliás, tal evidência vem ressaltada com o seu emprego, como modalidade de imputação subjetiva (no delito de lavagem de capitais, em substituição ao dolo eventual), o que pode ensejar o agasalho de inadmissível responsabilidade penal objetiva. Isso porque é absolutamente impositivo ter-se em conta que o ordenamento jurídico brasileiro está assentado sobre o princípio da responsabilidade penal subjetiva, de previsão legal expressa (art. 18 do CP), sem nenhuma espécie de substitutivo, distorção ou menoscabo. Neste último caso, sua aplicação dá lugar a uma normativização judicial indevida, e ao arrepio da Constituição (art. 5º, XXXIX, da CF)<sup>306</sup>.

Por outro lado, há autores que defendem a compatibilidade da teoria da *willful blindness* com o direito penal da *civil law*, contudo, buscam construir requisitos para que sua aplicação seja adequada e não se vulgarize.

<sup>305</sup> Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Número 0070111-82.2016.4.01.0000. Habeas Corpus. Relator(a) Desembargador Federal Ney Bello. Órgão julgador: Terceira Turma. Data de Julgamento: 04/04/2017. Data da publicação: 05/05/2017. Fonte da publicação e-DJF1 Data: 05/05/2017.

<sup>306</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 459.

Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró procuram estabelecer requisitos claros com o escopo de que, no caso concreto, seja possível equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual. Especificamente para a lavagem de dinheiro, e no que tange à prática deste crime no âmbito de grandes corporações, os critérios sugeridos pelos autores são os seguintes: a) a criação consciente e voluntária de mecanismos que obstem o conhecimento de sinais sobre a procedência criminosa dos bens e/ou valores; b) representação da possibilidade da evitação recair sobre atos de branqueamento de capitais; e c) devem existir elementos objetivos que despertem dúvida razoável sobre a ilicitude do objeto de suas atividades<sup>307</sup>.

Na seara extrapenal, apenas por ilustração, sublinhe-se que a teoria da cegueira deliberada também já foi utilizada para fundamentar a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, uma vez que prevalece que esses ilícitos são de natureza civil-administrativa, embora a sanção correlata guarde semelhança com uma sanção penal, tal qual no direito administrativo sancionar, por conta dos efeitos prodrômicos dos atos administrativos<sup>308</sup>. No caso em tela, a 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a condenação, por unanimidade, do ex-prefeito de Avaré/SP, Joselyr Silvestre, e do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento da Pessoa Humana, em razão de fraude e superfaturamento em um contrato de parceria firmado com o fim de prestar serviços médicos nos plantões do pronto-socorro do Município. Destaca-se também que a utilização dessa teoria na seara da improbidade administrativa é importante instrumento no controle da corrupção.

---

<sup>307</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editos Revista dos Tribunais, 2012, p. 105.

<sup>308</sup> Nesse sentido: Acórdão da 9ª Câmara de Direito Público do TJ-SP, na Apelação nº 0009252-56.2010.8.26.0073, Relator Desembargador João Batista Morato Rebouças de Carvalho, julgado em 09/04/2014. O Desembargador Relator assim se manifestou: “por outro lado, é, em relação ao ilícito administrativo praticado neste caso concreto, perfeitamente adequada a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, na medida em que os corréus fingiram não perceber o superfaturamento praticado com a nova contratação por intermédio de Termo de Parceria, com objetivo único de lesar o patrimônio público, não havendo agora como se beneficiarem da própria torpeza”.

## 4. A CEGUEIRA DELIBERADA E O DOLO EVENTUAL

### 4.1. Considerações iniciais

Como visto no capítulo anterior, não há unanimidade no conceito e nem nos requisitos para aplicação da teoria da cegueira deliberada, sendo este campo objeto de intensa disputa entre doutrinadores e também pela jurisprudência.

Assim, são inúmeras as tentativas de definir precisamente, bem como de delimitar o alcance da incidência da cegueira deliberada. Nesse contexto, vale citar que, conforme já visto, para a jurisprudência norte-americana, o agente responde criminalmente quando realiza o tipo penal ignorando algumas peculiaridades do caso concreto por ter se colocado, voluntariamente, numa posição de alienação perante situações suspeitas, ao não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas.

No que pertine aos crimes econômicos e empresariais, vale destacar que Brandon L. Garrett aponta que é comum, especialmente entre os criminosos do colarinho branco, o argumento de defesa de que não sabiam de nada (*ostrich defense*) sobre o que acontecia nos níveis hierárquicos mais baixos da empresa, sendo certo que, em alguns casos, tal desconhecimento é provocado, sendo parte de uma verdadeira política da empresa ou cultura corporativa que é fomentada. Assim, afirma o autor:

An ostrich defense can be especially important in white-collar criminal cases, where the ostriches are higher-ups who argue they did not know what was happening among subordinates. As one corporate lawyer said, “A fundamental law of organizational physics is that bad news does not flow upstream”. Some corporate crimes, such as what criminologist William K. Black terms “control fraud”, are crimes by higher-ups bent on self-dealing. Other corporate crimes may have benefited the company but were the product of corporate policies and culture, and may be difficult to pin on any one person. Reflecting the ostrich problem, higher-ups may have an easier time claiming lack of knowledge and have far more resources to mount a vigorous defense. Yet they may be the most important targets. Low-level employees may have far less to gain by violating the law, and prosecuting them may do little to deter white-collar crime<sup>309</sup>.

Na mesma linha, a jurisprudência espanhola, por meio de julgados do Superior Tribunal espanhol, considerou como dolosa a conduta daquele que, mesmo diante de situação

---

<sup>309</sup> GARRETT, Brandon L. **Too Big to Jail**: how prosecutors compromise with corporations. Harvard University Press, 2014, págs. 82-83.

suspeita, realiza o núcleo do tipo, colocando-se em condição de ignorância, sem se importar em conhecer mais a fundo as circunstâncias de fato<sup>310</sup>.

Na doutrina nacional, igualmente, pode-se citar a posição de Sérgio Fernando Moro, para quem é dolosa a conduta perpetrada em situação de “autocolocação em estado de desconhecimento”, quando o agente não procura inteirar-se detalhadamente das circunstâncias de fato de uma situação suspeita<sup>311</sup>.

Renato Brasileiro de Lima, por sua vez, ao tratar da teoria em questão, afirma:

Daí a importância da denominada teoria da cegueira deliberada (willful blindness) – também conhecida como doutrina das instruções da avestruz (ostrich instructions) ou da evitação da consciência (conscious avoidance doctrine) –, a ser aplicada nas hipóteses em que o agente tem consciência da possível origem ilícita dos bens por ele ocultados ou dissimulados, mas, mesmo assim, deliberadamente cria mecanismos que o impedem de aperfeiçoar sua representação acerca dos fatos. Por força dessa teoria, aquele que renuncia a adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa de um crime responde por ele como se tivesse tal conhecimento<sup>312</sup>.

No que pertine aos requisitos que devem ser preenchidos para a correta aplicação da teoria da cegueira deliberada, da mesma forma, não há unanimidade. Para os norte-americanos Douglas N. Husak e Craig A. Callender deve haver, pelo menos, três elementos na conduta para se poder afirmar que o agente atuou ignorando deliberadamente dados penalmente relevantes: 1) o agente deve ver-se numa situação na qual existam razões objetivas para desconfiar, ou seja, deve ter uma suspeita justificada acerca da presença de elementos típicos em sua conduta. Com isso, se afastam os casos em que a suspeita é infundada (v.g. pessoas que sofrem paranoias ou outros delírios); 2) a informação desprezada pelo agente deve estar facilmente disponível, de modo que possa acessá-la por meios “viáveis, rápidos e ordinários”; 3) um elemento motivacional, que consiste em um motivo real para se manter ignorante, advindo de um desejo consciente de exonerar-se de futura culpa ou

---

<sup>310</sup> LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, nº 204, nov. 2009.

<sup>311</sup> MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. *In: Lavagem de dinheiro: comentários a lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. BALTAZAR JÚNIOR, José; MORO, Sérgio Fernando (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100.

<sup>312</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Comentada**. 2ª ed. rev., ampl. atual. Editora Método, 2014.

responsabilidade, no caso de ser descoberto. Com isso, afasta-se os casos em que o desconhecimento é fruto de mera estupidez ou falta de curiosidade<sup>313</sup>.

Por oportuno, importante citar que Douglas N. Husak e Craig A. Callender defendem que é totalmente artificial a equiparação da ignorância deliberada com o conhecimento real, posto que contrário ao dispositivo do *Model Penal Code*, sendo tal doutrina utilizada, segundo os autores, unicamente por necessidades político-criminais<sup>314</sup>.

Para o igualmente norte-americano David Luban, a cegueira deliberada constitui uma “estratégia moral” que, com a finalidade de negar a si mesmo o dilema (moral) que enfrenta ao delinquir, prefere deliberadamente ignorar dados relevantes da própria conduta, pois assim, esta lhe parecerá menos grave. O citado autor constrói uma analogia entre o suposto comportamento de uma raposa e de uma avestruz. Dessarte, o agente pode ser equiparado a uma raposa quando opta decididamente por praticar a conduta ilícita, buscando esquivar-se com a ignorância, com claro intuito de proteger-se frente à futura responsabilização criminal, o que denota comportamento mais grave em razão do elemento de cálculo adicionado. Para o autor, a “motivação” é o requisito mais relevante, pois haverá situações em que deverá o agente-ignorante deliberado (raposa) ser mais severamente reprovado, tal como aquele que conhece. Por outro lado, pode haver hipóteses em que a reprimenda deverá ser menor (no caso do comportamento da avestruz, ou seja, daquele que desconhece as circunstâncias por descuido)<sup>315</sup>.

O espanhol Ramon Ragués i Vallès, por sua vez, já no início deste século, possui diversos escritos sobre o tema. Nesses trabalhos, ele busca estabelecer novos contornos a fim de delimitar o raio de alcance da ignorância deliberada, criticando, em parte, as propostas de Douglas N. Husak, Craig A. Callender e de David Luban, principalmente em razão da dificuldade de se demonstrar se a ignorância é fruto de um desejo consciente de não saber, e não de estupidez. Nessa linha, aquele autor defende que o desconhecimento deve ser voluntário, ou quando menos, consciente, senão será mera ignorância (não deliberada). Além, afirma Ragués i Vallès que a decisão de não conhecer não pode ser confundida com os

---

<sup>313</sup> HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. **Willful ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality.** *Wincosin Law Review*, Madison, 1994, p. 34.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>315</sup> LUBAN, David. “Contrived Ignorance”. *Georgetown Law Journal*, v. 87. Toronto, 1999, p. 968. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2765&context=facpub>. Acesso em: 04 jan. 2018.

motivos que levaram o agente a buscar a ignorância<sup>316</sup>. Os requisitos apresentados por Ramon Ragués i Vallès para a cegueira deliberada serão analisados mais adiante.

Assim, sucintamente, a cegueira ou ignorância deliberada ocorreria quando o indivíduo se autocoloca em situação de desconhecimento, não procurando inteirar-se das circunstâncias de fato de uma situação suspeita. De igual modo, segundo Ramon Ragués i Vallès, pode-se dizer que a teoria da cegueira deliberada consiste numa equiparação em responsabilidade, ao nível do dolo, daquele que, desconfiando de uma situação com probabilidade de ser ilícita, preferiu fechar os olhos e manter-se ignorante:

En términos generales esta doctrina viene a sostener la equiparación, a los efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efectivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado o buscado con respecto a dichos elementos. Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia<sup>317</sup>.

#### 4.2. Críticas à aplicação da teoria da cegueira deliberada no Direito Penal brasileiro

Apesar da aceitação pela jurisprudência pátria, conforme já visto, é certo que parte da doutrina nacional é crítica quanto a aplicação, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, da teoria da cegueira delibera<sup>318</sup>. Os argumentos contrários são de várias ordens. Alguns autores apontam um déficit de legalidade, eis que a teoria não seria compatível com a definição legal do dolo no Código Penal (cf. art. 18, inciso I). Outros apontam que a incidência da teoria levaria a uma inevitável responsabilidade penal objetiva, sem a presença de dolo ou culpa, uma vez que quem ignora os elementos objetivos do tipo não pode se motivar para agir.

Juarez Tavares é crítico da aplicação da teoria anglo-saxã da *willful blindness* nos países da *civil law*. Entende o autor que tal teoria não se revela compatível com o dolo tal qual desenvolvido no sistema penal de tradição romano-germânico, que exige a plena consciência e a vontade. Ademais, argumenta que não há como se desvincular o dolo de sua característica empírica, ontológica. Dessarte, Juarez Tavares afirma que:

<sup>316</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007, p. 149.

<sup>317</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. In: **InDret - Revista para el análisis del Derecho**, nº 3/2008. Barcelona: Jul. 2008, p. 15.

<sup>318</sup> Por todos, pode-se citar: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 459.



é incompatível com o dolo a concepção do direito americano relativa à chamada “cegueira deliberada” (wilful blindness), constante do art. 2.02 (7) do Código Penal Modelo (Model Penal Code), o qual integra a análise da mens rea. A legalização desse conceito teve por base uma decisão judicial de 1899, por meio da qual a Corte declarou, no processo SPUR versus USA, que “um contexto maldoso deve ser presumido se o funcionário se mantém, ele mesmo, na ignorância acerca de se o autor tinha dinheiro no banco ou não”. Essa decisão foi mais tarde confirmada pela Corte na ação LEARY versus USA, de 1969, relacionada ao tráfico de drogas. O dispositivo do Código Penal Modelo tem como base a alta probabilidade do conhecimento, ou seja, a uma projeção do que o agente poderia conhecer diante da situação de fato. Mas a alta probabilidade acerca da existência de um objeto não pode ser equiparada ao seu conhecimento atual. Se no dolo se exige um conhecimento atual e não um conhecimento provável, aferido conforme as circunstâncias, a cegueira deliberada, em face disso, se equipara a uma modalidade de culpa, mas não de dolo. Os próprios comentaristas do código penal americano, como SIMESTER e SULLIVAN, vêm afirmando que a cegueira deliberada (wilful blindness) não implica que o agente tenha conhecimento do fato: na verdade, há uma presunção de conhecimento, mas não conhecimento<sup>319</sup>.

A questão problemática da adoção do conceito legal de cegueira deliberada, destacada pela doutrina, é justamente o fato de que, aqui, a verdade acerca das circunstâncias não reside na consciência, mas, sim, no próprio fazer<sup>320</sup>. O conhecimento, então, se torna o resultado de uma atribuição do julgador, a partir da execução da conduta, de tal modo que o agente tivesse sempre o dever de obtê-lo, desde que quisesse atuar. Com essa postura, toda conduta seria, desde logo, dolosa, a qual só poderia ser descaracterizada no âmbito de um inexplicável arbítrio judicial, do qual passaria a depender.

Sob esse panorama, a exclusão da imputação subjetiva constituiria tarefa exclusiva do entendimento do julgador. Na tradição do direito continental, em contrapartida, a questão do dolo está centrada, antes de tudo, no elemento empírico que embasa o conhecimento. Sem um conhecimento real, não há dolo. Como o dever de conhecer não integra esse fundamento empírico, sua referência só pode ser discutida no âmbito da culpa<sup>321</sup>.

Christian Laufer e Robson A. Galvão da Silva também rechaçam a incidência da teoria da cegueira delibera por entender ser a mesma “absolutamente incompatível” como o conceito de dolo. Nesse sentido:

o estado de ignorância acerca do mínimo conhecimento exigido afasta o dolo. O desconhecimento, ainda que advenha de uma autocolocação em estado de alienação, está em relação de exclusão lógica com qualquer espécie de dolo. (...)

Em conclusão, em sistemas jurídico-penais como o brasileiro, acredita-se ser de pouca valia a teoria da cegueira deliberada. Tudo o que integra essa cegueira, ou seja, todos os elementos de fato que não são representados pelo agente, por intencionalidade ou não, não integram o elemento intelectual do dolo e, portanto, não podem acarretar nenhuma condenação por crime doloso<sup>322</sup>.

<sup>319</sup> SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G. R. **Criminal Law: theory and doctrine**. 3ª edição, Oxford: Hart, 2007, p. 143.

<sup>320</sup> HEFFERNAN, Margaret. **Wilful blindness**. Sidney: Simon & Schuster, 2011, p. 7.

<sup>321</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, págs. 270-271.

<sup>322</sup> LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, nº 204, nov. 2009.

Por sua vez, Luiz Regis Prado se posiciona igualmente contrário a aplicação da teoria da cegueira deliberada, pois, segundo informa, a mesma viola frontalmente o princípio da legalidade e da segurança jurídica, criando espécie de responsabilidade penal objetiva, que é vedada em nosso ordenamento. Assim argumenta o autor:

A sua recepção implica a criação de elemento estranho ao ordenamento jurídico brasileiro, de base continental, com sério risco à segurança jurídica e à legalidade penal. Aliás, tal evidência vem ressaltada com o seu emprego, como modalidade de imputação subjetiva (no delito de lavagem de capitais, em substituição ao dolo eventual), o que pode ensejar o agasalho de inadmissível responsabilidade penal objetiva. Isso porque é absolutamente impositivo ter-se em conta que o ordenamento jurídico brasileiro está assentado sobre o princípio da responsabilidade penal subjetiva, de previsão legal expressa (art. 18 do CP), sem nenhuma espécie de substitutivo, distorção ou menoscabo. Neste último caso, sua aplicação dá lugar a uma normatização judicial indevida, e ao arrepio da Constituição (art. 5º, XXXIX, da CF)<sup>323</sup>.

Gisele Mendes de Carvalho e Gerson Faustino Rosa assumem postula de total rechaço da aplicabilidade da cegueira deliberada no Brasil, segundo os autores:

E não há, portanto, que se falar em ignorância deliberada como uma nova espécie de imputação, por duas razões fundamentais:

1.º) Adotar a doutrina da ignorância deliberada contraria os princípios basilares do Direito Penal, princípios incorporados a partir dos valores liberais, sendo que as normas concernentes ao Direito Penal se traduzem, também, em postulados que atuam em defesa das garantias individuais, restringindo a intervenção penal do Estado (v.g. princípio da imputação subjetiva).

2.º) O legislador ordinário não contemplou, dentre as hipóteses de responsabilização penal previstas no art. 18, I e II, do Código Penal, a ignorância deliberada, mas tão somente o dolo e a culpa. Logo, ou os elementos objetivos do tipo são praticados juntamente com esses, e o tipo estará realizado na modalidade dolosa ou culposa, se prevista, ou então, não haverá como imputar objetivamente a conduta àquele que ignora tais elementos. Há quem defenda que o problema da cegueira deliberada pode ser também um problema do dolo eventual, posto que “todo dolo eventual se enquadraria no que se entende por cegueira deliberada”.

Tal doutrina gera, em verdade, mais problemas do que soluções, podendo converter-se em soluções injustas, na medida em que permite que a pena deixe de refletir adequadamente o desvalor jurídico que merece a conduta do sujeito<sup>65</sup>, cumprindo somente fins de política-criminal, baseados na necessidade de se superar os aparentes déficits de punibilidade, especialmente no que diz respeito aos crimes de tráfico de drogas e de lavagem de dinheiro. Ademais disso, reduz-se consideravelmente as exigências de prova em alguns delitos, eximindo o julgador de indicar os indícios incidentes na verificação das regras de experiência que autorizam a condenação. Trata-se, portanto, de referencial demasiadamente elástico para fundamentar a aplicação do dolo eventual à realidade brasileira<sup>324</sup>.

<sup>323</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 459.

<sup>324</sup> CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gerson Faustino. Uma análise crítica da teoria da ignorância deliberada à luz do princípio da imputação subjetiva. **Revista Quaestio Iuris**, vol 11, n° 3, Rio de Janeiro, 2018, págs. 1592-1612.

Renato de Mello Jorge Silveira adota postura menos radical e, apesar de afirmar que, nos últimos tempos, é inegável uma certa interação entre os sistemas da *common law* com o da *civil law*, aponta alguns problemas da aplicação da teoria da ignorância deliberada no Brasil. Aduz o autor que a utilização da cegueira deliberada no sistema continental busca, em verdade, suprir aparentes déficits de punibilidade, particularmente no que diz respeito a crimes vinculados ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro. O citado autor argumenta, com apoio em Isidoro Blanco Cordero<sup>325</sup>, que a utilização disseminada da cegueira deliberada reduz as exigências de prova em alguns delitos, eximindo o julgador de destacar os indícios incidentes na verificação das regras de experiência que autorizam a condenação por dolo eventual. Renato de Mello Jorge Silveira, abordando o delito de lavagem de dinheiro e a cegueira delirada, aponta que:

Os reais problemas, no entanto, parecem residir no fato do uso da teoria com referencial unicamente elástico para fundamentar a aplicação do dolo eventual em uma realidade como a brasileira, a qual, tradicionalmente, em boa medida, repele tal ideia. O tema poderia parecer superado pela nova redação do dispositivo da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012), mas deve-se ter em conta toda a problemática de uma não ideal definição dos contornos do que venha, ou não, ser considerado como crime. Esse o real problema de importação de solução criminalizante pontual, sem a aferição de problemas relativos à prova. Diferentemente de outros diplomas, não existe, no Brasil, punição de lavagem de dinheiro imprudente, o que gera grande dificuldade de percepção de quando haveria situação de dolo eventual. A simples leitura discricionária judicial, em mesmo a definição dos contornos do dolo eventual, mostra-se perigosa. Sob esse aspecto, a vinculação do dolo a questões processuais parece ser necessária como passo adiante que uma vinculação unicamente psicológica.

Além disso, a utilização da teoria da cegueira deliberada como parâmetro de ampliação do conceito de dolo eventual é extremamente problemática, pois nem toda a situação de ignorância deliberada implica, necessariamente, em dolo eventual. Apesar de poder se dizer que todo o dolo eventual se enquadraria no que se entende por cegueira deliberada, o inverso não é verdadeiro, e isso porque não se pode ter a substituição do conhecimento atual pela cegueira deliberada, pois seriam dois critérios distintos, não intercambiáveis (como expressado no caso *United States vs. Jewell*). Tais considerações devem ser tidas em conta antes de uma pretensa ampliação da leitura jurisprudencial simplesmente em busca de uma superação de dificuldades do que alguém pode ter por buscar determinados graus de punição. A questão é, assim, muito mais elaborada do que mera percepção de sinonímia<sup>326</sup>.

Há autores que, apesar de criticá-la, aceitam a viabilidade da cegueira deliberada no Direito Penal brasileiro mediante o preenchimento de alguns requisitos. Nesse sentido, Spencer Toth Sydow busca construir um caminho para a aplicação da teoria da cegueira

<sup>325</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Navarra: Aranzandi, 2012, p. 705.

<sup>326</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, nº 246, maio 2013.

deliberada composto pela conjugação da ideia de deveres de cuidado com o princípio da probabilidade, sendo este aplicado subsidiariamente àquele.

Assim, segundo Spencer Toth Sydow, a correta aplicação da cegueira deliberada deveria levar em conta 8 (oito) requisitos: 1) deve se estar numa situação em que agente não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o elemento de um tipo penal em que está inserido; 2) tal informação, apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade; 3) o agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação suspeita relacionada à situação em que está inserido; 4) deve haver um dever de cuidado legal ou contratual do agente sobre tais informações; 5) é necessário se identificar uma motivação egoística e ilícita que manteve o sujeito em situação de desconhecimento; 6) ausência de garantia constitucional afastadora de deveres de cuidado; 7) ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada; 8) ausência de circunstância de ação neutra<sup>327</sup>.

Pierpaolo Cruz Bottini defende que, considerando a imprecisão em equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual, o melhor seria alterar a legislação para criar uma nova forma de imputação subjetiva:

talvez melhor que equiparar o dolo eventual à cegueira deliberada, seja a criação legislativa de novas modalidades de imputação subjetiva, para além do dolo e da culpa, com patamares distintos de punição para cada categoria, evitando-se o alargamento e a imprecisão dos institutos e garantindo-se a proporcionalidade na aplicação da pena<sup>328</sup>.

Assim, é possível perceber que parte dos doutrinadores pátrios critica a teoria da cegueira deliberada, ora opondo-se frontalmente a sua aplicabilidade, ora até aceitando-a, desde que enquadrável como uma espécie de culpa consciente e apenas depois de cumprir critérios rigorosos. As objeções para sua aceitação no Brasil, segundo apontam, em apertada síntese, dizem respeito à suposta violação ao princípio da legalidade, bem como a possível criação de hipótese de responsabilidade penal objetiva.

#### 4.3. Cegueira delibera e teoria da *actio libera in causa*

---

<sup>327</sup> SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 258.

<sup>328</sup> BOTTINI, Piepaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da ação penal 470. **Revista Consultor Jurídico**, 30 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em 28 dez. 2018.

Parte da doutrina enxerga uma proximidade ou similitude entre a teoria da cegueira deliberada e a denominada teoria da *actio libera in causa*. Isso porque, nas duas hipóteses, o agente, em momento anterior ao da prática do delito, se colocaria voluntariamente numa espécie de estado de inconsciência ou ignorância, criando uma barreira que o impede de apreender a realidade.

Nesse sentido, pode-se dizer que a cegueira ou ignorância deliberada ocorre em situações em que um indivíduo deixa de fazer uma pergunta razoável de suspeita de irregularidades, apesar de estar ciente de que é altamente provável que a ação seja ilegal, ou seja, o sujeito cria, voluntariamente, uma barreira para não ver e compreender o que ocorre de ilícito, mesmo suspeitando desse fato. Por sua vez, a teoria da *actio libera in causa* perfaz-se quando o agente “deliberadamente se embriaga para criar condições psíquicas favoráveis ao crime, animando-se de coragem ou sufocando os resíduos de resistência ao impulso criminoso, ou para acobertar-se com uma atenuante ou dirimente”<sup>329</sup>.

Segundo Eduardo Silveira Melo Rodrigues a embriaguez alcoólica é a “perturbação psicológica mais ou menos intensa, provocada pela ingestão do álcool, que leva a total ou parcial incapacidade de entendimento e volição”<sup>330</sup>. O Código Penal brasileiro aborda a embriaguez nos art. 28, inciso II<sup>331</sup>, e no art. 61, inciso II, alínea “I”<sup>332</sup>, e faz menção a outras substâncias tóxicas ou entorpecentes, podendo aí ser incluída a cocaína, o ópio, a maconha, etc.

Júlio Fabbrini Mirabete destaca os estágios da embriaguez:

três fases ou graus de embriaguez: incompleta, quando há afrouxamento dos freios normais, em que o agente tem ainda consciência, mas se torna excitado, loquaz, desinibido (fase da excitação); completa, em que se desvanece qualquer censura ou freio moral, ocorrendo confusão mental e falta de coordenação motora, não tendo o agente mais consciência e vontade livres (fase da depressão); e comatoso, em que o sujeito cai em sono profundo (fase letárgica)<sup>333</sup>.

<sup>329</sup> BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 126.

<sup>330</sup> RODRIGES, Eduardo Silveira Melo. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 9.

<sup>331</sup> Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: (...) II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

<sup>332</sup> Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o crime: (...) I) em estado de embriaguez preordenada.

<sup>333</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 8ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1994, p. 212.

O Código Penal trata da embriaguez voluntária e da involuntária (que é a proveniente de caso fortuito ou força maior). Na embriaguez involuntária, os parágrafos primeiro e segundo do art. 28 do Código dizem que é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Em um segundo momento, diz o Código que a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento<sup>334</sup>.

Por outro lado, quando trata da embriaguez voluntária, o art. 28, inciso II, do Código Penal, autoriza a punição do agente, mesmo sendo a embriaguez completa, tudo com base na teoria da *actio libera in causa*. Segundo Narcélio de Queiroz, devemos entender por *actio libera in causa*:

os casos em que alguém, no estado de não-imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a podia ou devia prever<sup>335</sup>.

A doutrina biparte a embriaguez voluntária em: voluntária em sentido estrito e embriaguez culposa<sup>336</sup>. A embriaguez voluntária em sentido estrito é aquela em que o agente, volitivamente, faz a ingestão de bebida alcoólica com a finalidade de se embriagar. É muito comum entre jovens.

A embriaguez culposa, por sua vez, é aquela em que, também voluntariamente, o agente não faz a ingestão de bebida alcoólica querendo embriagar-se, mas, deixando de observar o seu dever de cuidado, ingere quantidade suficiente que coloca-se em estado de embriaguez. Assim, o agente, por descuido ou por sensibilidade do organismo, acaba por embriagar-se sem que fosse esta a sua finalidade inicial.

---

<sup>334</sup> Vale sublinhar que a Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) atribui consequências para o caso do crime ser praticado sob o efeito ou envolvendo o abuso de drogas ilícitas, excluindo ou atenuando a responsabilidade penal (isenção ou diminuição de pena), na forma dos artigos 45 e 46 da Lei.

<sup>335</sup> QUEIROZ, Narcélio de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1963, p. 37.

<sup>336</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 8ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1994, p. 213.

Assim, é cediço que nas duas modalidades de embriaguez voluntária o agente será responsabilizado pelos seus atos, mesmo que, ao tempo da prática do delito, seja incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Pois, com base na teoria da *actio libera in causa*, se sua ação foi livre na causa, é dizer, no momento de ingerir bebida alcoólica, poderá o agente ser responsabilizado pelo resultado.

Rogério Greco, tratando da teoria da *actio libera in causa* e dos resultados danosos advindos da embriaguez, afirma que:

a agente pode embriagar-se preordenadamente, com a finalidade de praticar uma infração penal, oportunidade em que, se vier a cometê-la, o resultado lhe será imputado a título de dolo, sendo, ainda, agravada a sua pena em razão da existência da circunstância agravante prevista no art. 61, II, “I”, do Código Penal, ou, querendo ou não se embriagar, mas sem a finalidade de praticar qualquer infração penal, se o agente vier a causar um resultado lesivo, este lhe poderá ser atribuído, geralmente a título de culpa<sup>337</sup>.

Desse modo, verifica-se que é assente na dogmática que a embriaguez preordenada não impede a responsabilização penal, ainda que o agente tenha se colocado em uma condição inteiramente incapaz de compreender e se determinar de acordo com esse entendimento. E isso ocorre tendo por base a teoria da *actio libera in causa*.

No ponto, vale ressaltar que o Direito Penal moderno tem por fundamento o princípio do *nullum crimen sine culpa*, segundo o qual apenas pode responder por crime aquele que tenha atuado, no mínimo, com culpa. Esse princípio afasta a responsabilidade penal objetiva, bem como o *versari in re illicita*<sup>338</sup>, na qual “é conceituado autor aquele que, fazendo algo não permitido, por puro acidente, causa um resultado antijurídico”<sup>339</sup>.

Com isso, tendo em vista que o elemento subjetivo do tipo deve estar presente no momento da prática delitiva, conforme manda o princípio da simultaneidade, alguns visualizam aqui uma manifestação do *versari in re illicita*, em franca violação ao princípio *nullum crimen sine culpa*, eis que o um agente totalmente embriagado irá responder penalmente por ato criminoso que praticou, em tese, sem dolo nem culpa. Nessa mesma linha, Walter Vieira do Nascimento:

<sup>337</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 455.

<sup>338</sup> Pelo princípio do *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*, entende-se que “quem quer a causa, quer ou aceita o efeito”, é dizer, aquele que pratica um ato ilícito responde por todas as consequências deste ato, ainda que por ele não foram queridas, nem previstas nem previsíveis. Este princípio aparece primeiramente no Direito Canônico da Idade Média, inspirado em critério de responsabilidade penal objetiva. (Cf. CEREZO MIR, José. **Temas fundamentales del Derecho Penal**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002, v. I, p. 65).

<sup>339</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 500.

São os casos em que alguém, no estado de não-imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo-se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando podia ou devia prever<sup>340</sup>.

Há entendimentos no sentido de que, tanto a teoria da *actio libera in causa* quanto a teoria da cegueira deliberada, na verdade, puniriam o agente não pela conduta criminosa em si, mas sim pelo ato anterior, de se colocar em situação de embriaguez/ignorância. Nesse sentido Manoela Pereira Moser afirma que:

Destarte, é possível verificar semelhanças entre a teoria da cegueira deliberada e a teoria da acima discutida (*actio libera in causa*), pois ambas surgem para solucionar o problema daqueles que se colocam, intencionalmente ou imprudentemente, em situação que exclui a sua responsabilidade penal.

Portanto, pune-se pela vontade ou pela imprudência tida antes da prática do crime, ou seja, a vontade de se colocar em ignorância e de não querer conhecer a tipicidade da sua conduta, e não a conduta em si<sup>341</sup>.

Luiz Regis Prado assume postura igualmente crítica à teoria da *actio libera in causa*, afirmando que:

em razão do conceito amplíssimo acolhido ao abarcar, inclusive, o delito cometido em estado de embriaguez não acidental imprevisível para o agente quando imputável, acaba-se por prever hipótese de responsabilidade penal objetiva, com evidente afronta aos princípios da responsabilidade subjetiva (culpabilidade) e da legalidade<sup>342</sup>.

Eugenio Raúl Zaffaroni também filia-se aos críticos, reputando inadequada a solução dada pela aplicação da teoria da *actio libera in causa*, uma vez, segundo este autor, o ânimo pelo qual uma pessoa bebe, é só o de beber, e não há dolo algum nesse momento. Assim, o citado autor propõe que a questão da ingestão de álcool deve ser solucionada por intermédio dos aportes teóricos do delito culposos<sup>343</sup>.

Nesse contexto, não há como tratar como culposa a conduta da embriaguez preordenada. Nessa hipótese o agente ingere álcool ou outra substância de efeito análogo,

<sup>340</sup> NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A embriaguez e outras questões penais** (doutrina, legislação, jurisprudência). 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992, p. 21.

<sup>341</sup> MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico. *In: Revista de doutrina e jurisprudência*, n° 52, Brasília, 108 (2), jan./jun. 2017, págs. 166-182.

<sup>342</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 274.

<sup>343</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2ª edição. Buenos Aires: Editora Ediar, 2002, págs. 713-714.



para criar coragem e praticar o delito comissivo, anulando, assim, seus freios inibitórios. Dessa forma, não há que se falar em conduta culposa ou isenção de pena, existindo, ao contrário, uma previsão de maior reprovabilidade, conforme a circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “I”, do Código Penal.

Juarez Tavares, apesar de criticá-la, indica uma outra solução aventada pela doutrina, que seria o recurso ao instituto da autoria mediata. Sucintamente, seria como se o agente, ao se colocar, voluntariamente, em estado de inimputabilidade, embriagando-se, estivesse utilizando a si mesmo como instrumento para a prática do delito. Nesse sentido:

O direito brasileiro tem solucionado essa questão de outro modo, mediante o recurso ao instituto da autoria mediata: o sujeito, consciente, coloca-se em condição de incapacidade para se usar, ele mesmo, depois, como instrumento para a prática do crime, quando já em estado de inimputabilidade.

(...)

O que se pode extrair também do Código Penal é que o direito brasileiro acolhe a *actio libera in causa*, inicialmente, no caso de embriaguez preordenada, isto é, quando o agente embriaga-se com o propósito determinado de, nesse estado, cometer um delito. Esse é o caso típico que justifica adoção pela doutrina brasileira da teoria da autoria mediata para dizer que o agente fez dele mesmo um instrumento para a prática do delito. Nas hipóteses de embriaguez voluntária ou culposa, porém, em que não há esse propósito deliberado, a invocação da autoria mediata é imprópria. O agente não pode ser autor mediato de si mesmo, quando nem pensou que poderia usar seu corpo, posteriormente, para a prática de crime<sup>344</sup>.

Vale ressaltar que o álcool é uma droga lícita e de livre circulação e consumo, exceto para menores de 18 anos de idade (art. 243, da Lei nº 8.069/1990) e para quem vai dirigir veículo automotor (art. 306, da Lei nº 9.503/1997). Com isso, ante a complexa e difundida problemática do uso e abuso do álcool na sociedade, estando relacionadas, direta ou indiretamente, a prática de diversos delitos, optou-se político-criminalmente, por dispensar um tratamento inflexível aos ilícitos praticados sob o efeito do álcool ou de substância análoga. Assim, pela teoria da *actio libera in causa*, o fato é típico e reprovável porque o agente (embriagado), apesar de não ser livre no momento da conduta, o era no momento do início da ingestão de álcool<sup>345</sup>.

Nessa mesma linha, e no sentido da total compatibilidade da teoria da *actio* ao nosso Direito Penal, Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú, apoiados em Mezger, afirmam:

<sup>344</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, págs. 462-463.

<sup>345</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: volume único. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 219.

Objetivando superar a referida deficiência, alguns autores – como Mezger –, fundamentam o juízo de censura na chamada vontade residual. Segundo essa construção, as perturbações decorrentes do álcool ficariam, em maior ou menor medida, na superfície da mente do agente, não abolindo, por completo, a sua capacidade de entendimento ou autodeterminação. Dessa forma, a hipótese de delito praticado no estágio de embriaguez completa só existiria nos manuais de Direito Penal, vez que o organismo daquele que está completamente alienado por conta do álcool fica em estado letárgico ou mesmo de “coma alcoólico”, não lhe sendo possível, empiricamente, perpetrar ilícitos penais<sup>346</sup>.

Assim, vale destacar que, considerando a disseminação do uso e do abuso do álcool na sociedade, assim como os delitos daí decorrentes, o Direito Penal não pode deixar a descoberto situações nas quais há inequívoca violação de bens jurídico-penais. Se pensarmos na grande quantidade de delitos que não preveem a forma culposa, não cumprirá o direito penal o seu papel de tutela de bens jurídicos caso não adote a solução então acolhida pelo Código Penal, com a admissão da teoria da *actio libera in causa*.

Vale ressaltar, outrossim, que, diferentemente da teoria da cegueira deliberada, cujo âmbito de incidência se circunscreve ao tipo subjetivo (dolo e culpa), no caso da embriaguez involuntária prevista no art. 28, inciso II, §§ 1º e 2º, do Código Penal, quando de sua incidência, esta atinge a imputabilidade do agente, vale dizer, é uma causa de exclusão da culpabilidade. Ou seja, a teoria da cegueira deliberada atua no nível da tipicidade (tipo subjetivo), enquanto a questão da embriaguez incide no nível da culpabilidade, o que também afasta qualquer pretensão de tornar as situações similares e com idênticas soluções de tratamento.

Para a teoria da cegueira deliberada, nunca é demais lembrar que Ramon Ragués i Vallès entende que “ninguém pode beneficiar-se das causas de exclusão de responsabilidade penal que ele mesmo provocou”. E afirma que, nos casos em que há um grau de indiferença equivalente ao dolo, não existem casos de dolo antecedente, mas sim de autêntica presença de dolo no momento da realização do tipo, sem falar em afronta ao princípio da simultaneidade<sup>347</sup>.

#### 4.4. Cegueira deliberada como expressão da culpa consciente

<sup>346</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>347</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007, p. 160.

Como já exposto, a conduta humana só interessa ao Direito Penal se ocorrer de duas formas, vale dizer, dolosa ou culposamente. Dolosamente, quando agente quer ou assume o risco de produzir o resultado, ou, culposamente, quando o agente dá causa a este mesmo resultado, agindo com imprudência, negligência ou imperícia. A conduta dolosa foi tratado em capítulo precedente. Quanto à conduta culposa e a cegueira deliberado pode-se também traçar uma relação.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, crime culposo é “a conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado”<sup>348</sup>.

Assim, na conduta culposa, pode-se dizer que o agente possui um ato voluntário dirigido à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, imperícia ou negligência, ou seja, por não observar o dever de cuidado (a todos imposto), dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal.

Paulo José da Costa Júnior, no que toca à finalidade da conduta culposa, informa que:

a finalidade endereça-se a um resultado juridicamente irrelevante. A ação culposa caracteriza-se por uma deficiência na execução da direção final. E esta deficiência se deve ao fato de a orientação dos meios não corresponder àquela que deveria em realidade ser imprimida para evitar as lesões aos bens jurídicos<sup>349</sup>.

Importante destacar que há diferenças. Na conduta dolosa a finalidade é quase sempre ilícita. Na conduta culposa, como regra, a conduta é lícita, contudo, aqui, os meios escolhidos e empregados pelo agente para atingir a finalidade lícita é que foram inadequados ou mal utilizados.

Assim, é possível observar que a conduta culposa elenca vários elementos, é dizer: a) conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva; b) inobservância de um dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia); c) resultado lesivo não querido, tampouco assumido, pelo agente; d) nexo de causalidade entre a conduta que deixa de observar o dever de cuidado e o resultado lesivo; e) previsibilidade; f) tipicidade.

No que diz respeito à teoria da cegueira deliberada, os elementos mais importantes que se relacionam com a situação de culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado e a previsibilidade. Esses elementos se correlacionam de modo especial com a postura daquele que evita aprofundar o conhecimento em uma situação na qual se suspeita da ilicitude.

---

<sup>348</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte geral. 8ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1994, p. 138.

<sup>349</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Nexo causal**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 23-24.

No que toca à inobservância de um dever objetivo de cuidado, pode-se dizer que é notório que o homem não pode fazer tudo aquilo o que bem entende, pois, se assim for, poderá causar lesões a terceiros. É cediço que a vida em sociedade impõe-nos determinadas regras de conduta que devem ser obedecidas por todos, sob pena de gerar o caos social.

Essa imposição de observar o dever objetivo de cuidado se torna ainda mais evidente e concreto na sociedade de risco. Nesse contexto, a multiplicação de riscos advindos da aceleração da produção e do avanço da tecnologia gera complexos processos causais com perigo evidente de lesão a bens jurídicos transindividuais.

Sobre esse ponto, Ney Moura Teles leciona que:

nos dias de hoje – em que a vida incorpora, cada vez mais, novos e modernos instrumentos e mecanismos, destinados a facilitar a vida do homem, mas que, conforme sejam manipulados, podem causar sérios danos –, todos nós temos, cada vez maior, um dever geral objetivo de adotar toda cautela, toda preocupação e precaução, todo o cuidado possível, para não causarmos, com nossos comportamentos, lesões aos bens jurídicos<sup>350</sup>.

Na mesma linha de raciocínio segue Juarez Tavares:

a lesão ao dever de cuidado resulta da omissão da ação cuidadosa, imposta pela norma, no sentido de atender às funções protetivas a que se propõe. A prova ou comprovação da lesão ao dever de cuidado se faz negativamente: se a ação realizada pelo agente era adequado ao objetivamente exigido, era cuidadosa e, por isso, não haverá tipicidade. Em caso contrário, verifica-se a lesão ao dever de cuidado, porque, na condução da atividade, foram omitidas as exigências protetivas impostas pela norma<sup>351</sup>.

No que diz respeito ao elemento previsibilidade, pode-se dizer que, além da conduta, da inobservância do dever de cuidado, do nexo de causalidade e do resultado, para caracterizar um delito culposo é indispensável a previsibilidade do fato. Se o resultado escapar total e completamente à previsibilidade do autor, o fato então deve ser atribuído ao caso fortuito ou à força maior.

No que pertine ao crime culposo e a previsibilidade, Nelson Hungria dizia que:

existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter-se representado, como possíveis, as consequências do seu ato. Previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma

<sup>350</sup> TELES, Ney Moura. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 228.

<sup>351</sup> TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 138-139.

penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social<sup>352</sup>.

Vale destacar que alguns doutrinadores costumam dividir a previsibilidade em objetiva e subjetiva. Assim, a previsibilidade objetiva seria aquela em que o agente, no caso concreto, se substituído pelo “homem médio, de prudência normal” e, ainda assim, o resultado persistir, é sinal de que o fato havia escapado do âmbito de previsibilidade do agente, porque dele não se pode exigir nada além do discernimento normal dos homens.

Já na chamada previsibilidade subjetiva não existe essa substituição hipotética. Aqui, o que é levado em conta são as condições particulares, pessoais, do agente, vale dizer, considera-se as limitações e as experiências daquela pessoa cuja previsibilidade se está aferindo em um caso concreto.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus:

nos termos do critério subjetivo, deve ser aferido tendo em vista as condições pessoais do sujeito, i.e., a questão de o resultado ser ou não previsível é resolvida com base nas circunstâncias antecedentes à sua produção. Não se pergunta o que o homem prudente deveria fazer naquele momento, mas sim o que era exigível do sujeito nas circunstâncias em que se viu envolvido<sup>353</sup>.

Resta evidente que, um Direito Penal que se pretende democrático e que respeita o princípio da culpabilidade e o da individualização da pena, deve levar sempre em consideração o homem concreto, real, que pratica o fato objeto de análise, e não um homem abstrato e hipotético (chamado de médio).

Nesse sentido preleciona Eugenio Raúl Zaffaroni:

A previsibilidade deve estabelecer-se conforme a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isso possa socorrer-se a nenhum ‘homem médio’ ou critério de normalidade. Um técnico em eletricidade pode prever com maior precisão do que um leigo o risco que implica um cabo solto, e quem tem um dispositivo em seu automóvel que lhe permita prever acidentes que sem esse dispositivo seriam imprevisíveis, tem um maior dever de cuidado do que quem não possui este dispositivo, ainda que somente um em 999 mil o possua<sup>354</sup>.

<sup>352</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, Vol. I, T. II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 188.

<sup>353</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Comentários ao código penal**, Vol I. São Paulo: Editor Saraiva, 1985, p. 256.

<sup>354</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**: Parte general. Buenos Aires: Editora Ediar, 1996, p. 435.

Assentada a noção de previsibilidade, fundamental nos delitos culposos, é importante distinguir a culpa inconsciente (ou comum) da culpa consciente. Pode-se dizer que a culpa inconsciente ocorre quando o agente deixa de prever o resultado que lhe era previsível. A culpa consciente, de outro lado, verifica-se quando o agente prevê o resultado, mas ainda assim pratica a conduta, pois acredita sinceramente em sua não ocorrência.

No mesmo sentido é a lição de Rogério Greco, para quem:

a culpa inconsciente distingue-se da culpa consciente justamente no que diz respeito à previsão do resultado; naquela, o resultado, embora previsível, não foi previsto pelo agente; nesta, o resultado é previsto, mas o agente, confiando em si mesmo, nas suas habilidades pessoais, acredita sinceramente que este não venha a ocorrer. A culpa inconsciente é a culpa sem previsão, e a culpa consciente é a culpa com previsão<sup>355</sup>.

Como exposto anteriormente, não há unanimidade no conceito e nos requisitos para aplicação da teoria da cegueira deliberada, o que se verifica, em verdade, ainda é uma diversidade de opiniões quando se fala em *willful blindness*. Ragués i Vallès afirma, ainda, que a cegueira deliberada já levou a condenações tanto dolosas quanto imprudentes, sem esquecer que há também resolução em que a ignorância deliberada é qualificada como “doutrina conceitualmente errônea e desnecessária”<sup>356</sup>.

Por oportuno, importante destacar, conforma já mencionado anteriormente, que para David Luban, a cegueira deliberada pode ser dividida em dois momentos. O primeiro ocorre quando o agente realiza manobras para evitar conhecer aquelas circunstâncias que não deseja (*screening actions*); o segundo diz respeito às condutas nas quais o agente não seria penalmente responsável em caso de ter sido verdadeiramente ignorante (*unwitting misdeed*). Nessa linha de raciocínio, quando o autor se comporta como uma avestruz, a ignorância não equivaleria ao dolo. Mas nos casos em que o autor se comporta como uma raposa, seria ele o principal beneficiário da ignorância. Logo, não seria justo, então, recompensá-lo. Caso contrário, ele se beneficiaria duas vezes: primeiro pela maior facilidade com que atingiria seu objetivo, e segundo, para escapar do castigo por meio da ignorância deliberada<sup>357</sup>.

<sup>355</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 227.

<sup>356</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. **La ignorancia deliberada em derecho penal**. Barcelona: Editora Atelier, 2007, p. 58.

<sup>357</sup> LUBAN, David. “Contrived Ignorance”. **Georgetown Law Journal**, v. 87. Toronto, 1999, p. 969. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2765&context=facpub>. Acesso em: 05 jan. 2018.

Não é impossível que em alguns momentos a ignorância em relação ao fato, ou às circunstâncias do fato, advenham de culpa, seja consciente ou inconsciente, ao invés de uma vontade deliberada de contribuir com o ilícito. Inclusive, alguns autores entendem que a ignorância deliberada sempre resulta de culpa. No ponto, vale lembrar que Ramon Ragués i Vallès faz uma acertada distinção entre a mera ignorância e a ignorância deliberada em sentido estrito<sup>358</sup>. Assim, casos de verdadeira ignorância ou estupidez não encontram adequação às premissas da teoria da ignorância deliberada, em especial quando não se tem presente o critério da probabilidade do ilícito. Entretanto, em determinadas situações, de tão previsíveis e levando e conta as características pessoais do agente, não há como escapar da conclusão de que se trata de dolo propriamente dito (eventual), sendo, então plenamente adequadas à teoria da cegueira deliberada.

Esses casos de ignorância propriamente dita são enquadráveis como erro de tipo. No erro de tipo, o agente confunde-se e percebe a realidade de modo equivocado. O agente até conhece a proibição legal, mas não conhece a própria conduta como subsumida ao tipo legal.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “erro de tipo é aquele que recai sobre circunstância elementar da descrição típica. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento constitutivo do crime”<sup>359</sup>. E continua o autor: “é indiferente que o objeto do erro se localize no mundo dos fatos, dos conceitos ou das normas jurídicas. Importa, isto sim, que faça parte da estrutura do tipo penal”<sup>360</sup>.

Vale lembrar que, sobre o erro de tipo, o art. 20 do Código Penal brasileiro dispõe que: “O erro sobre elementos constitutivos do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Como se pode perceber, o erro aqui tratado incide sobre o elemento cognitivo ou intelectual do dolo. Quando incide em erro, o agente não sabe o que está fazendo. O agente não é sequer capaz de identificar os elementos mínimos constitutivos do tipo, seja por equivocada compreensão do direito, seja por desconhecer totalmente a realidade fática. Nesse sentido leciona Luiz Regis Prado:

O erro sobre o fato típico diz respeito ao elemento cognitivo ou intelectual do dolo, sendo sua contraface. É aquele que recai sobre os elementos essenciais ou constitutivos – fáticos ou normativos – do tipo de injusto, sem os quais deixa de

---

<sup>358</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona: Editora Atelier, 2007, pp. 109 e segs., 121 e segs.

<sup>359</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, vol. 1. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 360.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 503.

existir (coisa alheia, no delito furto – art. 155, CP). Nele, o agente não sabe o que está fazendo; falta-lhe a representação mental exigível para o dolo típico (lado inverso do dolo do tipo). Tanto pode ocorrer de uma equivocada apreciação de ordem fática, como de errônea compreensão do Direito.

O erro de tipo acaba por eliminar a congruência entre as partes objetiva e subjetiva do tipo legal, indispensável para a configuração do delito doloso<sup>361</sup>.

A doutrina distingue diferentes erros de tipo, que podem levar a consequências jurídicas diversas. Assim, o erro de tipo pode ser essencial ou acidental, invencível ou vencível. O erro de tipo essencial é aquele que incide nos elementos do crime e pode afetar a tipicidade (o dolo) ou a culpabilidade. O erro acidental ou residual diz respeito a pequenos desvios no processo de representação, recai sobre circunstâncias assessórias ou estranhas, sem as quais o crime não deixa de existir, apenas podem gerar uma punição diferenciada.

O erro de tipo invencível (ou inevitável) é aquele desculpável, na medida em que não pode ser superado por pessoa dotada de diligência normal. Cuida-se de equívoco que qualquer indivíduo, empregando o cuidado pressuposto, quando colocado no lugar do agente, também cometeria. Aqui não há que se falar em desatenção ou descuido no processo de representação<sup>362</sup>.

O erro de tipo vencível (ou evitável), por sua vez, é o indesculpável, ou seja, aquele que poderia ser contornado por uma pessoa diligente, trata-se de um engano relacionado à desatenção do agente, que poderia evitá-la<sup>363</sup>.

Nessa linha, no que toca às consequências jurídicas da verificação do erro de tipo, a doutrina pátria consagra que o erro de tipo, quando invencível, afasta o dolo e a culpa, excluindo a tipicidade do fato. Por outro lado, o erro de tipo quando vencível, exclui o dolo, mas admite a punição a título de culpa, caso haja previsão da modalidade culposa<sup>364</sup>.

No mesmo sentido é a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt, para quem:

O erro de tipo essencial sempre exclui o dolo, permitindo, quando for o caso, a punição pelo crime culposos, uma vez que a culpabilidade permanece intacta. O erro de tipo inevitável exclui a tipicidade não por falta do tipo objetivo, mas por carência do tipo subjetivo<sup>365</sup>.

<sup>361</sup> PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 284.

<sup>362</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: volume único. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 223.

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>364</sup> *Ibidem*, págs. 223-224.

<sup>365</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, vol. 1. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 360.



Importante destacar que a cegueira deliberado, muitas vezes, pode caracterizar-se como uma conduta omissiva. Não raras vezes o agente que poderia agir, omite-se, ao mesmo tempo em que cria uma barreira para distanciar-se do fato suspeito. Entretanto, é certo que a teoria do erro aplica-se igualmente aos crimes omissivos, inclusive aos omissivos impróprios. Neste tipo de crime, a posição de garantidor é um elemento essencial da figura típica, sendo certo que o erro quanto a esta condição é essencial e atinge o elemento cognitivo na formação da vontade.

Nesse mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt:

Nada impede que o erro de tipo ocorra nos crimes omissivos impróprios. Por exemplo, o agente desconhece sua condição de garantidor, ou tem dela errada compreensão. O erro incide sobre a estrutura do tipo penal omissivo impróprio. O agente não presta socorro, podendo fazê-lo, ignorando que se trata de seu filho, que morre afogado. Desconhece a sua posição de garante. Incorre em erro sobre elemento do tipo penal omissivo impróprio, qual seja, a sua posição de garantidor<sup>366</sup>.

Assim, já é possível afirmar que, a situação de ignorância, para configurar autêntica cegueira deliberada, deve ser, por óbvio, voluntária e deliberada. A mera ignorância da realidade fática, ou a percepção equivocada de uma situação, pode caracterizar, no máximo, erro de tipo vencível, a desafiar subsunção no tipo culposo, caso prevista essa modalidade.

Para Bernardo Feijoo Sánchez, a total falta de representação, se absoluta, nunca poderá fundamentar a imputação subjetiva a título de dolo. Ou seja, se a mera suspeita não pode moldar a representação dos elementos objetivos do tipo, menos ainda pode indicar a concordância intelectual do agente<sup>367</sup>.

Por oportuno, importante é a lição trazida por Luiz Regis Prado, quando trata da diferenciação entre erro, ignorância e simples dúvida:

torna-se necessário distinguir o erro da ignorância e esta da simples dúvida. O primeiro vem a ser uma falsa noção ou um falso conhecimento de um fato ou de uma regra jurídica. É um estado positivo: quem erra vê mal, pensa que existe, embora ignore o existente. Já a segunda, representa a ausência completa de conhecimento ou de representação, sendo um estado negativo da consciência (não ver). Por sua vez, a dúvida se traduz em uma pluralidade de imagens, uma das quais de acordo com a realidade<sup>368</sup>.

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 504.

<sup>367</sup> Bernardo, FEIJOO SÁNCHEZ. La teoría de la ignorancia deliberada em Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **InDret: Revista para el análisis del Derecho**, v. 3, Barcelona, 2015, p. 3. disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>368</sup> PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 280.

Dessarte, aquele que ignora completamente a situação suspeita, seja por sua condição ou conhecimento pessoal, seja porque a situação é absolutamente improvável, antinatural e distante do normal desenrolar dos fatos, não tem porque deliberadamente criar uma barreira para manter-se ignorante. Nesse caso, pode, no máximo responder por culpa, caso o erro seja evitável. Da mesma forma, aquele que possui uma falsa noção da realidade.

Contudo, essas hipóteses não afastam a possibilidade da existência de outras nas quais o indivíduo, após suspeitar da ilicitude da situação e da probabilidade de sua ocorrência, diante das circunstâncias, deliberadamente cria barreiras para manter-se ignorante para, ao final, beneficiar-se juridicamente dessa conduta.

#### **4.5. Cegueira deliberada e o dolo eventual no Direito Penal brasileiro**

Para além de simples erro, ignorância ou estupidez, é certo que hipóteses de cegueira ou ignorância propriamente deliberada podem ocorrer. Isto porque pode tratar-se de uma estratégia de comportamento que, com o fim de obter uma vantagem que sabe ser ilícita sem correr o risco de responder por ela, em última análise, o agente visa construir uma barreira que lhe impede o conhecimento aprofundado da realidade, e que lhe dá certa vantagem argumentativa no momento futuro de eventual descoberta do ilícito. Se acaso descoberto em sua atividade ilícita, este agente sempre poderá alegar que não sabia de nada e que, por isso, não detinha o dolo necessário para configurar o necessário elemento subjetivo do delito.

Assim, fala-se em “ignorância deliberada em sentido estrito” quando o agente, de forma voluntária e deliberada, logra êxito em evitar a obtenção daqueles conhecimentos mínimos e essenciais para apreciar uma atuação a título de dolo. Dessa forma, consegue-se, em que pese a realização do tipo objetivo, esquivar-se do tratamento próprio atribuído aos autores de crimes dolosos, beneficiando-se das penas mais moderadas, de delitos culposos, ou ainda, da impunidade, nos casos em que a modalidade culposa inexistente<sup>369</sup>.

Brandon L. Garrett aduz o quanto é comum, no âmbito dos delitos empresariais, a utilização desta estratégia de colocar-se em posição de ignorância, com o escopo de fugir da incidência da lei penal:

---

<sup>369</sup> CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gerson Faustino. Uma análise crítica da teoria da ignorância deliberada à luz do princípio da imputação subjetiva. In: **Revista Quaestio Iuris**, vol. 11, nº 3, Rio de Janeiro, 2018, págs. 1602-1603.

Unlike real ostriches, some criminals do put their heads in the sand to scape the largest predators in the legal kingdom: the prosecutor. Corporations may argue that managers did not know about the conduct of “rogue employees” or “bad apples”. Formally, an ostrich defense does not work. The corporation does not have to possess any knowledge of wrongdoing under the strict respondeat superior rule. Informally, however, corporations can earn leniency or escape prosecution altogether by convincing prosecutors that they should not be punished for conduct that did not reach the higher levels of management. In that way, denying awareness of wrongdoing can be very important for a company. Further, to demonstrate that the higher-ups do not tolerate wrongdoing, a company can threaten to fire employees who do not cooperate, and it can provide prosecutors with the documents, e-mails, and interview statements to make a criminal case against them. From the moment a criminal investigation begins, individuals are caught in a bind between their employer and prosecutors<sup>370</sup>.

Para Ramon Ragués i Vallès, nas hipóteses em que o sujeito decide permanecer cego, deixar a conduta impune é estranho e resulta insatisfatório afirmar que, aquele que evitou conhecer, agiu apenas de maneira negligente. Ragués i Vallès fornece exemplos para reforçar seu argumento, como o do diretor de uma empresa que emite uma ordem aos seus colaboradores para que não recebam nenhuma notificação oficial; ou ainda, o diretor que divulga a criação de um e-mail para receber comunicações referentes às irregularidades no funcionamento da empresa, e-mail este que, desde o início estava disposto a não abrir nunca<sup>371</sup> ou programado para direcionar as mensagens para uma caixa de *spam*.

Com o fim de delimitar a incidência da teoria da cegueira deliberada, Ragués i Vallès estabelece que para justificar uma punição, a conduta do agente deve cumprir os seguintes requisitos<sup>372</sup>:

1º) Ausência de representação suficiente dos elementos do tipo objetivo. O agente, no momento em que realizou a ação ou omissão, não pode ter agido com o pleno conhecimento dos elementos objetivos do tipo tal qual exigido no dolo. É pois, menos que o dolo. No dizer de Ragués i Vallès:

para que desde un punto de vista jurídico-penal pueda hablarse de ignorancia deliberada es necesario que, en el momento de realizar la acción u omisión objetivamente típica, el sujeto no cuente con aquellos conocimientos que permitirían afirmar que ha actuado con el grado de representación exigido por el dolo del tipo legal en cuestión. Tal circunstancia se da, sin duda alguna, cuando dicho sujeto no llega a albergar siquiera la más leve sospecha de la posible concurrencia de un determinado elemento típico, sin embargo, también pueden darse casos em los que exista una cierta sospecha pero ésta sea tan leve o imprecisa que resulte insuficiente para afirmar que alguien ha obrado con dolo eventual, como

<sup>370</sup> GARRETT, Brandon L. **Too Big to Jail**: how prosecutors compromise with corporations. New York: Harvard University Press, 2014, p. 81.

<sup>371</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007, págs. 18-19.

<sup>372</sup> *Ibidem*, págs. 156-158.

sucede em los supuestos em que alguien prevé que puede llegar a cometer algún ilícito, pero sin llegar a representarse los elementos del acto típico que efectivamente acaba cometiendo<sup>373</sup>.

2º) Capacidade de obter a informação ignorada. Só quem está em condições de conhecer é que pode decidir, deliberadamente, ignorar. Essa capacidade de conhecer deve estender-se por toda a realização da conduta típica. Segundo Ragués i Vallès, essa decisão por não conhecer revela a indiferença do agente com o bem jurídico tutelado<sup>374</sup> e aduz que:

sólo de quien está em condiciones de conocer puede afirmarse que ha decidido ignorar deliberadamente. La capacidad de obtener la información debe mantenerse durante toda la fase de realización de la acción u omisión objetivamente típicas, de tal suerte que si, cuando llega el momento de realizar el tipo, el sujeto trata de obtener dicha información y no logra, no debería hablarse de ignorancia deliberada<sup>375</sup>.

3º) Dever de obter a informação ignorada. De acordo com o princípio da culpabilidade, só é possível responsabilizar alguém se houver o dever de conhecer o conteúdo ignorado. Contudo, não é necessário um dever específico, basta a inobservância de um dever geral de atentar-se aos riscos advindos de sua conduta potencialmente lesivos a interesses alheios. Nas palavras de Ragués i Vallès:

se trata de una exigencia própria de cualquier modelo de imputación subjetiva em el que rija el principio de culpabilidad: la falta de conocimiento sólo puede ser motivo de responsabilidad si existe un deber de conocer aquello que se ha ignorado. Em todo caso, para hablar de ignorancia deliberada no es necesario que se incumpla un deber específico, sino que basta com la inobservancia del deber general de advertir los riesgos asociados a la realización de comportamientos potencialmente lesivos para intereses ajenos<sup>376</sup>.

4º) Decisão de não conhecer. O estado de ignorância deve partir de uma decisão deliberada do agente, a opção deve ser voluntária e consciente, podendo traduzir-se em ações concretas, que objetivam evitar a informação, ou também em emissões do dever de buscar a informação devida. No dizer de Ragués i Vallès:

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>374</sup> Bernardo Feijoo Sánchez aduz que “a conduta do agente-ignorante deve ser reveladora de uma grave indiferença em relação aos bens jurídicos penalmente tutelados, pois mesmo diante disso, o autor não desiste do plano concebido” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada em Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **InDret: Revista para el análisis del Derecho**, v. 3, Barcelona, 2015, p. 3. disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019).

<sup>375</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007, p. 157.

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 157.

los anteriores tres elementos permiten caracterizar una situación de ignorancia o, si se quiere, de ignorancia evitable. Sin embargo, para poder hablar de desconocimiento provocado es imprescindible que tal estado de falta de representación haya sido ocasionado por una decisión del sujeto. Esta decisión – que ha de ser voluntaria o, cuando menos, consciente – puede plasmarse tanto en acciones concretas realizadas para evitar una determinada información como en omisiones del deber de conocer.

Dessarte, conjugando-se esses requisitos, pode-se dizer que atua com cegueira ou ignorância deliberada aquele que, diante da ausência de representação suficiente dos elementos do tipo objetivo, ante o dever de evitar risco de dano a terceiros e da capacidade de obter a informação, ainda sim decide não conhecê-la.

Nas palavras de Ramon Ragués i Vallès:

Estos cuatro requisitos permiten definir cualquier situación de ignorancia deliberada: así, se encuentra em tal situación todo aquel que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse em la ignorancia com respecto a ellas<sup>377</sup>.

Assim, tendo por base este conceito de cegueira deliberada, já desde uma primeira aproximação é possível perceber o quanto a situação descrita não é distante do conceito de dolo eventual. Isso porque, na medida em que aquele que opta, conscientemente, em permanecer ignorante diante de uma situação suspeita, assume o risco de, com sua omissão, contribuir para um resultado lesivo ao bem jurídico.

No entanto, como visto acima, parcela dos doutrinadores nacionais<sup>378</sup> não aceita a aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil, alegando, em síntese: 1) a violação ao princípio da legalidade, mormente quando considerado que o dolo resta delimitado expressamente no art. 18, inciso I, do nosso Código Penal; 2) a violação do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, eis que na dúvida entre a conduta ser dolosa ou imprudente, deve prevalecer a mais favorável ao réu e, por fim, 3) a incompatibilidade do instituto – originário da *common law* – com os modelos da teoria geral do delito típicos da *civil law*.

No que toca ao princípio da legalidade, é cediço que se trata de um dos princípios mais importantes do Direito Penal, garantia do indivíduo contra o poder punitivo estatal.

<sup>377</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007, p. 158.

<sup>378</sup> Por todos, vide: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 459; e TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, págs. 270-271.

Assim, sendo o Direito Penal um instrumento de controle social coercitivo, os dispositivos penais incriminadores – que determinam o espaço do punível – só podem ser estabelecidos por lei formal expressa, por ato que emana diretamente do Poder Legislativo. Prevalece a máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, quer dizer, em síntese, que sem lei que haja declarado previamente uma conduta punível nenhum fato pode merecer uma pena do Direito Penal<sup>379</sup>.

Contudo, também é certo que nem todos os dispositivos do Código Penal são normas penais incriminadoras, vale dizer, que tipificam condutas e estabelecem penas. Há normas de outra natureza, como por exemplo, as normas penais permissivas – que estabelecem casos de justificação (vide artigos 24 e 25 do Código Penal<sup>380</sup>) – e as que estabelecem conceitos jurídico-penais relevantes, tais como o que se entende por território nacional por extensão (cf. artigo 5º, § 1º, do Código Penal<sup>381</sup>) ou o que define conduta dolosa e culposa (artigo 18, incisos I e II, respectivamente, do Código Penal<sup>382</sup>).

Considerando que a dogmática jurídico-penal está sempre em evolução, não é difícil perceber que a definição de conceitos dogmáticos pela lei não seria uma boa técnica legislativa. Cristalizar na lei conceitos dogmáticos poderia levar a uma dificuldade prática de aplicabilidade de novos padrões surgidos da realidade, assim como poderia distanciar a lei das demandas decorrentes das transformações exigidas pela política-criminal ao longo do tempo.

Assim, observa-se que a lei penal brasileira, por meio do art. 18, inciso I, do Código Penal, definiu apenas duas espécies de dolo: o dolo direto e o dolo eventual. Tais conceitos não são suficientes para abarcar as espécies de dolo hoje pacificamente admitidas na dogmática penal afeta ao finalismo (como, por exemplo, o dolo direto de segundo grau).

Nesse sentido, a precisa crítica de Juarez Cirino dos Santos dirigida à definição legal de categorias científicas:

<sup>379</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral, vol. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2017, págs. 31-33.

<sup>380</sup> 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.

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.

<sup>381</sup> Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

§ 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

<sup>382</sup> Art. 18 - Diz-se o crime:

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

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

A definição legal de categorias científicas é inconveniente, pelo risco de fixar conceitos em definições defeituosas ou superadas, como é o caso da lei penal brasileira: nem o dolo direto é definível pela expressão querer o resultado, porque existem resultados que o agente não quer, ou mesmo lamenta, atribuíveis como dolo direto; nem fórmula de assumir o risco de produzir o resultado parece adequada para definir o dolo eventual.

(...)

Pra começar, a moderna teoria penal distingue três espécies de dolo: a) o *dolus directus* de 1º grau; b) o *dolus directus* de 2º grau; c) o *dolus eventualis*. Em linhas gerais, o dolo direto de 1º grau tem por objeto o que o autor quer realizar; o dolo direto de 2º grau abrange as consequências típicas representadas como certas ou necessárias pelo autor; o dolo eventual compreende as consequências típicas representadas como possíveis por um autor que consente em sua produção<sup>383</sup>.

Assim, já é possível perceber que essa tríplice configuração do dolo constitui avanço da ciência do Direito Penal e que deixou a definição legal do Código Penal superada, em especial no que tange ao dolo direto de 2º grau, que, apesar de não constar da definição legal, nem por isso é recusado pelos doutrinadores<sup>384</sup>.

Dessarte, o argumento de que a teoria da cegueira deliberada viola o princípio da legalidade não se sustenta. A uma porque, de regra, não compete à ao legislador – não sendo de boa técnica legislativa – esculpir na lei definições de categorias dogmáticas; a duas porque, ainda que exista uma definição legal de dolo em nosso ordenamento, esta definição não impede a evolução dogmática da ciência do Direito Penal; a três, porque a prevalecer o entendimento de que a evolução científica dos conceitos não pode ultrapassar a lei posta, não se poderia aceitar a ideia de dolo direto de 2º grau no Brasil – o que não ocorre, sublinhe-se; a quatro, porque a definição legal de dolo eventual constante do Código Penal não impede e nem é incompatível com a ideia da teoria da cegueira deliberada, bem ao contrário, revela-se plenamente conciliável, como já demonstrou a prática jurisprudencial brasileira<sup>385</sup>.

Juarez Cirino dos Santos alerta que os conceitos científicos eventualmente descritos na lei devem ser lidos e aplicados de acordo com o estágio atual da ciência. Nesse sentido leciona:

Conceitos científicos incorporados na lei devem ser interpretados conforme o progresso da ciência: o dolo direto indicado na expressão querer o resultado compreende as categorias de dolo direto de 1º grau e de dolo direto de 2º grau, relevantes para aplicação da pena; o dolo eventual indicado na fórmula assumir o

<sup>383</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 143.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>385</sup> Vide os casos “Mensalão”, no STF (ação penal nº 470-MG), e “Lava-Jato”, no TRF da 4ª Região.

risco de produzir o resultado pode ser interpretado no sentido de consentir na (ou aceitar a) produção do resultado típico representado como possível<sup>386</sup>.

O argumento de que a teoria da cegueira deliberada violaria os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, igualmente não merecem prosperar. De início, vale ressaltar que a aplicação da teoria da cegueira ou ignorância deliberada possui uma face processual, é dizer, a teoria, para ser aplicada, demanda a produção de elementos de prova suficientes, é dizer, para além da dúvida razoável. Por outro lado, não há que se negar a natureza de prova aos indícios e conjunto de circunstâncias que, uma vez provados, levam a uma inferência válida. Nesse contexto, não se viola a presunção de inocência ao aplicar a teoria da cegueira delibera quando, durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, as provas são debatidas e contraditadas pelas partes. No que tange à eventual dúvida entre conduta dolosa ou culposa, ainda que lidando com o dolo como fenômeno descritivo, o livre convencimento do magistrado não o impede de absolver o acusado com base na insuficiência da prova ou na ausência de dolo.

No ponto, a título ilustrativo, cumpre destacar que, conforme mencionado por David Ormerod e Karl Laird<sup>387</sup>, a Suprema Corte do Canadá, em 2004, enfrentou a questão relativa a se a *willful blindness* seria compatível como a *recklessness* (imprudência), ou seja, se restaria configurada como uma espécie de culpa consciente, sendo certo que, ao final, a Corte assentou que:

Wilful blindness is distinct from recklessness because, while recklessness involves knowledge of a danger or risk and persistence in a course of conduct which crates a risk tha the prohibited result will occur, wilful blindness arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant<sup>388</sup>.

Por fim, a alegação de que o instituto da cegueira deliberada não é compatível com o Direito Penal da *civil law* e por isso inaplicável, tem-se que o transplante dessa teoria, se submetida a um criterioso filtro dogmático e atendidos certos requisitos, pode ser tropicalizada e introduzida no ordenamento jurídico-penal pátrio sem maiores problemas. A conduta humana não varia de continente para continente, e é historicamente a base ontológica da ciência do Direito Penal. Ressalte-se que esse fenômeno tem ocorrido com certa frequência

<sup>386</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 144.

<sup>387</sup> ORMEROD, David; LAIRD, Karl. **Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law**. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018, p. 117.

<sup>388</sup> R v. Williams [2004] 2 LRC 499, [27], quoting from Sansregret v. R [1985] 1 SCR 570 at 584 (McIntyre J).



nas últimas décadas, sendo uma tendência inevitável, ou seja, institutos surgidos na *common law* têm migrado e/ou influenciado o direito da *civil law*<sup>389</sup>, adaptando-se a novas realidades sem olvidar de filtros dogmáticos por vezes necessários. Como exemplos pode-se citar, além da própria *willful blindness*, o instituto do *compliance*, a própria colaboração premiada e, mais recentemente, a proposta do Ministro da Justiça e da Segurança Pública de importar o instituto norte-americano do *plea bargain*<sup>390</sup>.

Superada as críticas formuladas, resta avaliar o atual conceito de dolo (eventual) e sua compatibilidade com a teoria da cegueira deliberada. Vale ressaltar que, com a concepção funcionalista teleológica de Claus Roxin, conforme abordado em capítulo anterior, tendo em vista que o Direito Penal cumpre uma função político-criminal de evitar riscos intoleráveis para o indivíduo e para a coletividade, é compreensível que a incidência do Direito Penal passe a depender da realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma, o que acaba por retirar o protagonismo da ontologia da causalidade para reforçar um conjunto de regras orientadas a valorações jurídicas dentro da categoria do risco. É dizer, interessa ao Direito Penal “a criação de um risco juridicamente desaprovado e sua realização no resultado”<sup>391</sup>.

Essa forma de se reinterpretar as categorias jurídicas afetas ao delito – afastando-se do ontologismo e incluindo valorações normativistas - também influenciam a concepção de dolo. Nessa linha, segundo Jesús-María Silva Sánchez, a concepção cognitivo-volitiva de dolo estaria sendo, paulatinamente, substituída, na doutrina mais avançada, por uma concepção puramente cognitiva<sup>392</sup>.

Segundo o autor citado, a concepção cognitivo do dolo pode ser subdividida, vale dizer, uma vertente “cognitivo-psicológica” ou “descritiva”, por meio da qual o dolo seria um “dado psicológico”, um “estado mental”, a ser extraído das circunstâncias do caso concreto, e, de outro lado, uma vertente “cognitivo-normativa”, ou “adscritiva”, segundo a qual o dolo não possuiria existência real, sendo, tão somente, o “objeto de um juízo de imputação, cujo

---

<sup>389</sup> Pode-se dizer que, ainda que em menor intensidade, a recíproca é verdadeira, ou seja, institutos da *civil law* influenciam o direito da *common law*. Como exemplo, pode-se citar a adoção de um Código Penal escrito (o *Model Penal Code* norte-americano), ainda que com a função de servir de modelo para a unificação da legislação penal dos Estados.

<sup>390</sup> Vide notícia: “Moro quer adaptar no Brasil acordo usado nos EUA para diminuir processos”. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/01/05/moro-acordo-penal-plea-bargain-medida-eua.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em 13 jan. 2019.

<sup>391</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 60.

<sup>392</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). **La teoría del delito en la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013, p. 49.

fundamento proviria de dados da experiência humana, estes, sim, constatáveis empiricamente”<sup>393</sup>.

Assim, pode-se dizer que a ideia tradicional de dolo, vale dizer, como um dado psicológico, estaria em crise. Segundo Jesús-Maria Silva Sánchez, nos últimos tempos, tem-se sustentado a imputação de dolo em casos nos quais, anteriormente, o mesmo não era admitido, posto que não se conseguia constatar um estado mental de conhecimento. Segundo o citado autor, isso estaria se manifestando, de modo particular, nas doutrinas da cegueira ou ignorância deliberada (*willful blindness* ou *deliberate ignorance*), que tiveram especial destaque na cultura jurídico-penal anglo-saxônica, mas que estaria sendo trazida para a dogmática penal da *civil law*<sup>394</sup>.

Para Jesús-Maria Silva Sánchez, o estado de cegueira deliberada é compatível com uma imputação dolosa, na medida em que o agente que provoca o próprio desconhecimento da situação, por ação ou omissão, age dolosamente:

é cabível a imputação de conduta a título de dolo, ainda quando seja impossível constatar um estado mental de conhecimento da situação na qual o agente se encontrava, sempre e quando possa ser-lhe imputável que deveria conhecer e que, se não o fez, foi porque provocou o desconhecimento por ação ou omissão<sup>395</sup>.

Por sua vez, Ramon Ragués i Vallès afirma que pela teoria da ignorância deliberada (*willful blindness*), é legítimo promover “a equiparação, para efeitos de atribuir responsabilidade penal subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos subjetivos que configuram uma conduta delitiva àquelas hipóteses de desconhecimento intencional ou proposital acerca dos citados elementos”<sup>396</sup>. Esta equiparação é baseada na ideia de que o grau de responsabilidade que se manifesta em quem conhece não é inferior ao daquele que, podendo e devendo conhecer, preferiu manter-se na ignorância<sup>397</sup>.

Sergio Fernando Moro, ao tratar especificamente do crime de lavagem de dinheiro e analisar a figura conhecida popularmente como “doleiro”, entende plenamente adequado a incidência da teoria da cegueira deliberada como dolo eventual. Isso porque o profissional responsável pela lavagem de dinheiro “é usualmente indiferente à origem e natureza dos bens,

---

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>394</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>395</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>396</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testafiero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. **InDret**. p. 14-15. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/553.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

<sup>397</sup> *Ibidem*, p. 15.

direitos ou valores envolvidos”<sup>398</sup>, além do que, o conhecimento pleno da situação seria indesejável ao agente, pois, em primeiro lugar, “pode prejudicar a alegação de desconhecimento em futura e eventual persecução penal”, além de, em segundo lugar, o cliente, vale dizer, o autor da infração penal antecedente, “não tem interesse em compartilhar as informações acerca da origem e natureza específica do provento do crime”<sup>399</sup>.

Segundo este autor, nesses casos, o “doleiro”, mesmo após ser descoberto, não costuma admitir a prática da lavagem de dinheiro, pois é usual alegar desconhecer a origem criminosa dos recursos movimentados, alegando que não “cabia realizar indagações da espécie ao cliente ou agir como autoridade pública”<sup>400</sup>. Portanto, na opinião do autor por último citado, a identificação da postura de cegueira deliberada é necessária para considerar a atitude de querer não saber a proveniência dos recursos utilizados nas operações clandestinas revela indiferença por parte do profissional:

Atitude da espécie caracteriza indiferença quanto ao resultado do próprio agir. Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da “ignorância deliberada”, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosa dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta<sup>401</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú fornecem um exemplo elucidativo de cegueira deliberada que leva a consubstanciar o dolo eventual:

Exemplo: “A”, um “doleiro” – ou seja, uma pessoa que habitualmente remete dinheiro para contas bancárias no exterior, por intermédio de canais financeiros “alternativos” àqueles fiscalizados pelas autoridades públicas –, remete, a pedido do cliente “B”, grande quantidade de dólares para uma conta secreta em um “paraíso fiscal”, ignorando ou sequer desejando saber a origem da citada quantia em dinheiro. Por meio da teoria da cegueira ou ignorância deliberada, poder-se-ia imputar a “A”, a conduta de lavagem de dinheiro, a título de dolo eventual<sup>402</sup>.

<sup>398</sup> MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. *In*: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>400</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>401</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>402</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: volume único. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 168.

Ademais, vale destacar que, conjuntamente as ideias funcionalistas do Direito Penal centrado na categoria do risco, ganha prestígio na doutrina a concepção denominada dolo normativo. O dolo normativo seria uma espécie de dolo no qual o elemento cognitivo é analisado com mais cuidado e de uma perspectiva diferenciada.

Isso porque, tendo a criação do risco não permitido como elemento central, o desvalor da ação recai exatamente nas condutas que criam riscos não tolerados, fato que ocorre tanto no dolo quanto na culpa, quando da violação de um dever de cuidado. Assim, dolo e culpa não são vistos mais como um *aliud*, mas sim como um *plus*. O dolo, então, passa a ser uma violação do dever de cuidado acrescido do elemento volitivo e a culpa em sentido estrito, a violação do dever de cuidado simplesmente, sem a intenção de obter um resultado, afastando-se os conceitos de querido e não querido<sup>403</sup>.

Para Ingeborg Puppe, no contexto do funcionalismo, a distinção entre dolo e culpa pode ser superado com a introdução do conceito de perigo, que, por sua vez, pode ser dividido em perigo doloso e perigo culposo, assim:

não interessa se o autor levou a sério um perigo conhecido, o que interessa é se ele conhece um perigo que deveria ser levado a sério. E os critérios com base nos quais se deve valorar se o perigo é ou não levado à sério não são entregues à disposição do autor, mas sim são determinados normativamente, como critérios objetivos<sup>404</sup>.

A autora citada defende que o predicado “querido” deve ser adotado em seu sentido atributivo-normativo e que a busca pela vontade ou consciência são ilusórios, por serem fatores internos ao agente. Nessa linha, segundo Puppe, o comportamento de um autor poderia ser imputado acaso o perigo criado por ele represente um método idôneo para a provocação do resultado juridicamente desaprovado. Assim, importa analisar a potencialidade lesiva do método, instrumento utilizado, estratégia adotada como presunção de perigo doloso. Com isso, aponta que quanto mais fatores integrantes do risco de realização do tipo criado for conhecido por seu autor, mais se pode caracterizá-lo como um risco doloso. Critérios de conhecimento da existência de perigo poderiam ser atribuídos a partir de comportamentos<sup>405</sup>.

Não é difícil perceber que essa concepção de dolo eventual (normativo) sugere um retorno à teoria da probabilidade já citada. Ao se falar em probabilidade, refere-se ao *quantum* de chance de um meio ou forma utilizada pelo autor que seja capaz de resultar num dano ao

---

<sup>403</sup> PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. São Paulo: Editora Manole, 2004, págs. 9-10.

<sup>404</sup> *Ibidem*, págs. 79-80.

<sup>405</sup> *Ibidem*, p. 56.

bem jurídico protegido. De outro vértice, é de se analisar no autor o tanto de conhecimento do curso causal típico para a consecução de um dano a partir de critério objetivo.

Para melhor compreender o foi dito, tratando da cegueira diante dos fatos e do dolo normativo, Spencer Toth Sydow elabora exemplo elucidativo:

Na prática, assim, um cidadão que oferecesse a proposta de transporte de um veículo a dinheiro e não verificasse os compartimentos do automóvel, teria conhecimento do curso causal possível a um perigo de tráfico. Mas a um sujeito que na mesma situação tivesse verificado todos os compartimentos e nada tivesse encontrado – mas que após fosse pego transportando drogas a pedido de terceiro dentro do assoalho de automóvel – não se poderia imputar um perigo doloso<sup>406</sup>.

Para Gabriel Perez Barberá, o dolo objetivamente é uma “possibilidade privilegiada de prever o afastamento de sua conduta a respeito da norma”, e a culpa “uma possibilidade atenuada de previsão”. O mesmo autor também indica que “para afirmar que existe dolo deve-se poder sustentar que o sujeito tenha a capacidade de prever – e, portanto, evitar – facilmente o fato, ou seja, uma questão distintamente objetiva<sup>407</sup>.”

E segue o mesmo autor, afirmando que:

um desconhecimento ou uma falta de representação irracional para desafiar regularidades empíricas óbvias e/ou normas de conduta elementares desse âmbito específico de atuação (seja que isso esteja motivado em um manifesto desinteresse pelo resguardo dos bens alheios ou em qualquer outro motivo), grava intensamente ao seu autor e lhe corresponde, portanto, a forma de castigo mais grave (a dolosa) mesmo acompanhada de ameaça ou possibilidade de *poena naturalis*<sup>408</sup>.

Assim, percebe-se que a ideia de dolo normativo no contexto do funcionalismo baseado na evitação do risco, guarda proximidade com o conceito de *knowledge* da *mens rea* do direito penal da *common law*. Reforça esse entendimento a importância do princípio da probabilidade. Com isso, a teoria da cegueira deliberada como expressão do dolo eventual, revela-se ainda mais compatível quando se leva em conta o desenvolvimento dogmático do dolo normativo, na perspectiva do domínio do curso causal, do incremento do risco não permitido e do perigo gerado ao bem jurídico.

Quanto ao dolo eventual e sua distinção, vale rememorar que Juarez Cirino dos Santos, informar que a teoria do levar a sério a possível produção do resultado típico (*Ernstnahme-theorie*) seria dominante na jurisprudência e doutrina alemã contemporâneas.

<sup>406</sup> SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 143.

<sup>407</sup> BARBERÁ, Gabriel Perez. **El dolo eventual** – hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, págs. 139-140.

<sup>408</sup> *Ibidem*, p. 140.

Demais disso, trabalharia com os seguintes conceitos-pares para definir dolo eventual e culpa consciente: o dolo eventual caracteriza-se, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado; já a culpa consciente caracteriza-se, no nível intelectual, pela representação da possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por confiar na ausência ou evitação desse resultado, pela habilidade, atenção ou cuidado na realização concreta da ação<sup>409</sup>.

Contudo, em que pese a teoria do levar a sério a possível produção do resultado típico, a formulação do dolo em sua vertente cognitiva-normativa, de caráter adscritivo, ao se afastar do dolo como estado mental, revela, em verdade, uma qualidade a ser atribuída ao comportamento humano e relaciona-se de modo próximo com a ideia de criação do risco/perigo não tolerado para o bem jurídico e a sua probabilidade de produzir o resultado danoso.

Em outras palavras, o dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos, o que faz com que se impute a responsabilidade penal. O dolo seria, então, um atribuir ou imputar a alguém o conhecimento e a decisão de realizar o fato delitivo, sendo, portanto, fruto de uma valoração, com base em critérios normativos<sup>410</sup>.

Winfried Hassemer aponta que no dolo normativo, por não ser descritivo, para constatá-lo e atribuí-lo ao agente, é preciso observar os indicadores externos. Trata-se de uma análise objetiva de todas as circunstâncias que estão próximas do atuar. Com isso, seria necessário demonstrar (e valorar): o perigo da situação concreta para o bem jurídico; a representação do agente a respeito desse perigo e sua decisão a respeito da realização do mesmo<sup>411</sup>.

Há, por outro lado, uma identificação entre o dolo normativo e o que diz a jurisprudência norte-americana no sentido de exigir a alta probabilidade (ínsito ao elemento *knowledge*), para caracterizar a *willful blindness*. Ademais, não são de somenos importância as construções da teoria da probabilidade que busca definir o dolo eventual como representação de um perigo concreto ao bem jurídico – na medida em que toma consciência

---

<sup>409</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018, p. 148.

<sup>410</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**, vol. 1. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 383.

<sup>411</sup> HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Trad. María del Mar Pita. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justiça, 1990, págs. 926-927.

do *quantum* de fatores causais são produtores de sério risco do resultado típico –, e o disposto na seção 2.02.7, do *Model Penal Code* norte-americano, que estabelece que o requisito do conhecimento deve ser considerado preenchido pela circunstância de conhecimento da alta probabilidade<sup>412</sup>.

Assim, por conta dos influxos do funcionalismo penal, que posicionou o risco ao bem jurídico como um elemento central de sua construção, e tendo em vista a evolução dogmática no que diz respeito ao dolo cognitivo-normativo, é possível afirmar a plena adequação do comportamento de cegueira deliberada com o conceito de dolo eventual. É o que ocorre com aquele que, ao se autocolocar em situação de ignorância, conscientemente, revela indiferença ao bem jurídico ao mesmo tempo em que assume o risco da alta probabilidade de produzir o resultado do qual sabe que se beneficiará.

Tal constatação não infirma a necessidade de se ter cautela com a aplicação do instituto. Para Ramon Ragués i Vallès, apesar de a referida teoria permitir colmatar lacunas de impunidade, em certos casos, geralmente envolvendo delitos econômicos, sua plena adoção pela dogmática penal pressupõe certas cautelas. Isso porque a equiparação automática, entre conhecimento efetivo e desconhecimento proposital, necessita ser analisada caso a caso<sup>413</sup>.

Sobre a necessidade de cautela na administração do poder punitivo e a necessidade de demarcar limites, Urs Kindhäuser alerta:

De conformidad con las reflexiones anteriores, el derecho penal es una institución necesaria, legítima y que debe conservarse, aunque esto último dentro de estrictos límites. El derecho penal es poder, como todo poder es un arma de dos filos y, por esta razón, es también un enemigo potencial de la libertad que debe garantizar. Ahora, demarcar sus límites es algo que solo tendrá éxito si el derecho penal es comprendido como parte de una estrategia de justicia política fundada éticamente<sup>414</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, exigindo prova para além da dúvida razoável, asseveram Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú:

Em síntese, ainda que se adote, em certos casos que acarretem lesões a bens jurídicos penalmente relevantes, a teoria da ignorância ou da cegueira deliberada, ante a impossibilidade de constatação do estado mental do agente, é preciso

<sup>412</sup> Dispõe a seção 2.02.7 do *Model Penal Code* norte-americano: “Requirement of knowledge satisfied by knowledge of high probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist”.

<sup>413</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testafiero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *In: InDret - Revista para el análisis del Derecho*, nº 3/2008. Barcelona: Jul. 2008, págs.. 14-15.

<sup>414</sup> KINDHÄUSER, Urs. Vigencia de la norma y protección de bienes jurídicos. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Vol 45, nº 2. Uberlândia: jul./dez. 2017, p. 1-12.

aprofundar a análise, nas circunstâncias fáticas, da incidência de tal teoria, com o objetivo de se verificar se efetivamente, sob perspectiva subjetiva, o agente atuou com dolo (direto ou eventual) ou com culpa (consciente ou inconsciente)<sup>415</sup>.

Com isso, tem-se que a teoria da cegueira deliberada não é incompatível com o Direito Penal brasileiro, nem com o conceito de dolo, em especial quando se leva em conta os influxos do modelo funcionalista baseado no incremento do risco, no qual o dolo, em sua versão normativa, exsurge como instituto adequado em face da conformação das sociedades pós-industriais de risco.

Para tanto, e com o fim de estabelecer parâmetros claros e que prestigiam o equilíbrio que sempre deve existir entre garantismo e eficiência, pertinente a observância de alguns requisitos. Assim, para equiparar-se a situação de cegueira deliberada ao dolo eventual, é necessário que o agente: a) atue com parcial ou incompleta representação dos elementos objetivos do tipo objetivo; b) tenha conhecimento da alta probabilidade da violação do bem jurídico tutelado, tendo em conta as circunstâncias já conhecidas pelo agente; c) tenha o dever e a capacidade de agir para evitar ou diminuir o risco intolerado; d) tenha deliberadamente evitado conhecer melhor a situação suspeita, revelando indiferença pelo eventual resultado danoso.

Dessarte, considerando os apontamentos doutrinários expostos ao longo da pesquisa, bem como os aportes jurisprudenciais, acredita-se na possibilidade da legítima e segura aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil, equiparando-a ao dolo eventual, e promovendo a justa atribuição de pena ao comportamento daquele que, querendo aproveitar-se de situações suspeitas, simula uma cegueira diante dos fatos para beneficiar-se da violação da lei penal.

---

<sup>415</sup> SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: volume único. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 169. Asseveram os autores: “não se pode deixar de observar a existência de numerosos casos nos quais um agente quis se manter em um estado de desconhecimento e que, apesar de tal circunstância, configuraria excessivo considerar essa decisão dolosa. Isso ocorre em algumas situações nas quais o indivíduo, ante a suspeita da existência de um determinado risco, prefira não investigar, como ocorre, por exemplo, com um encarregado do sistema de segurança de um trem que, ao ouvir um ruído estranho na locomotiva, prefira não conferir o sistema de frenagem para evitar os transtornos que ocorreria ao ter que interromper a circulação ferroviária. No caso, é evidente que existe, por parte do agente, uma renúncia a obter um conhecimento mais preciso sobre a existência de um determinado risco, porém, ao produzir-se um acidente mortal, pareceria excessivo ser-lhe imputado um homicídio doloso”.



## CONCLUSÃO

A teoria da cegueira deliberada vive um momento de intenso debate doutrinário e jurisprudencial no Brasil, principalmente depois de sua aplicação como fundamento para condenações criminais tanto da ação penal n. 470-MG, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (caso “Mensalão”), quanto nos processos oriundos da denominada “Operação Lava Jato”.

A presente dissertação buscou empreender um estudo acerca da construção da teoria da cegueira deliberada no Direito Penal brasileiro. Para isso, partiu-se de sua origem no Direito Penal anglo-saxão, passando pela evolução do conceito de dolo nas sociedades pós-industriais de risco até se chegar em como a aplicação desta teoria pode auxiliar para decisões judiciais mais justas, sob o ponto de vista da responsabilidade penal individual.

A finalidade da utilização da teoria da cegueira deliberada é resolver uma específica situação de lacuna quanto ao elemento subjetivo do tipo, criada a partir da premissa de que o indivíduo, em determinadas ocasiões, poderia escolher o grau de conhecimento que desejaria ter quanto aos elementos objetivos do tipo e, a partir daí, ao fazer-se de cego, poderia beneficiar-se de violações da lei sem ser responsabilizado por tal conduta.

Vale ressaltar que a cegueira deliberada é instituto que corresponde a um cenário e um modelo econômico influenciado fortemente pela *common law*, sistema mais afeto à solução de problemas criminais de modo prático e utilitarista. De outro vértice, por conta da internacionalização da criminalidade organizada e pelo interesse das grandes potências em combatê-la, é notório que o Direito estadunidense exerce influência sobre o Direito brasileiro, seja por intermédio de tratados ou por meio de organismos internacionais multilaterais, no sentido de estimular certa uniformização de legislações penais.

Ao longo da pesquisa, buscou-se apresentar a dogmática jurídica construída sobre o tema, estruturando ideias e propostas que, partindo de premissas e axiomas, pudesse fornecer uma ordenação e tornar visível a correlação interna entre as diversas categorias estudadas. Assim, considerando que foi a jurisprudência a protagonista pela introdução e desenvolvimento do uso da cegueira deliberada no Brasil, buscou-se, na pesquisa, um constante diálogo com a mesma, sendo certo que é na crítica da jurisprudência que a doutrina demonstra votar-lhe verdadeiro respeito.

Assim, levando em conta as hipóteses formuladas inicialmente, pode-se concluir que a teoria da cegueira deliberada, apesar de sua origem na *common law*, não se revela

incompatível com o Direito Penal de tradição romano-germânica. Sendo certo que, em que pese o elemento cognitivo do dolo não corresponder ao *knowledge* do Direito Penal estadunidense, a cegueira deliberada é equiparável ao dolo eventual, especialmente quando analisado na versão de dolo normativo, no contexto do modelo funcionalista.

Nessa mesma linha de raciocínio, conclui-se que é amplamente aceita pela jurisprudência pátria, sendo certo que há diversos precedentes em Tribunais de segunda instância, tanto na esfera federal, quanto na estadual, assim como no Supremo Tribunal Federal, adotando a teoria como um equivalente do dolo eventual.

Conclui-se que o dolo, no contexto brasileiro, pressupõe a presença de um elemento cognitivo que permite estabelecer quando o autor cria um risco por ele próprio dominado. Tal conhecimento, contudo, no modelo funcionalista, não necessita ser demonstrado como elemento psicológico-descritivo, sendo suficiente a demonstração de condições que permitam inferir o dolo normativamente, desde que possa ser verificado o domínio do autor sobre sua conduta e sobre o risco criado.

Dessarte, não há que se falar que a aplicação da teoria da cegueira deliberada acarreta a violação do princípio da legalidade, no que pertine ao artigo 18, inciso I, do Código Penal brasileiro, que define o que é dolo. A uma, porque tal conceito não se revela completo, deixando de abarcar até mesmo hipóteses de dolo direto de 2º grau. A duas, porque não é de boa técnica legislativa cristalizar conceitos dogmáticos em leis, sendo certo que tal fato por si só não impede a evolução científica do conceito de dolo, nem pode impedir a sua utilização na prática.

Por outro lado, como é certo que cegueira deliberada implica em expandir a compreensão do que pode vir a ser o dolo eventual, imperioso estabelecer parâmetros que prestigiem o equilíbrio que sempre deve existir entre garantismo e eficiência, sendo, portanto, pertinente a observância de alguns requisitos.

Assim, para equiparar-se a situação de cegueira deliberada ao dolo eventual, é necessário que o agente: a) atue com parcial ou incompleta representação dos elementos objetivos do tipo objetivo; b) tenha conhecimento da alta probabilidade da violação do bem jurídico tutelado, tendo em conta as circunstâncias já conhecidas; c) tenha o dever e a capacidade de agir para evitar ou diminuir o risco intolerado; d) tenha deliberadamente evitado conhecer melhor a situação suspeita, revelando indiferença pelo eventual resultado danoso.

Diante do exposto, tem-se que as hipóteses formuladas no início da pesquisa foram respondidas satisfatoriamente, concluindo-se que a solução trazida pela teoria da cegueira deliberada é possível de ser aplicada no Direito Penal brasileiro, sendo legítima quando equiparada ao dolo eventual após filtragem dogmática no contexto do funcionalismo e do dolo normativo. Em especial no delito de lavagem de capitais, a teoria da ignorância deliberada decerto exerce função útil no sistema de justiça, colmatando lacunas de punibilidade e promovendo decisões mais justas e adequadas, ao atribuir pena ao comportamento daquele que, querendo aproveitar-se de situações suspeitas, simula uma cegueira diante dos fatos para beneficiar-se da violação da lei penal.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOWITZ, Elkan; BOHRER, Barry A. Conscious Avoidance: a substitute for actual knowledge? **New York Law Journal**, Vol. 237, nº 83, 2007. Disponível em: <<https://www.maglaw.com/publications/articles/2007-05-01-conscious-avoidance-a-substitute-for-actual-knowledge>>. Acesso em: 02 dez. 2018.
- ALEXANDER, Larry. Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability. *In: California Law Review*, 931, Vol. 88, 2000, p. 939. Disponível em:<<https://doi.org/10.15779/Z384T5K>>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- BACIGALUPO, Enrique. **Princípios de derecho penal. Parte general**. Madrid: Akal, 1997.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editos Revista dos Tribunais, 2012.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. 2ª edição. Madrid: Ramón Areces, 2010.
- BALTHAZAR, Ricardo. Teoria da cegueira deliberada ampara condenações na Lava Jato. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1946478-teoria-da-cegueira-deliberada-ampara-condenacoes-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2018.
- BARBERÁ, Gabriel Perez. **El dolo eventual** – hacia el abandona de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.
- BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. São Paulo: Editora Cultrix, 1974.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral, vol. 1. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Navarra: Arazandi, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. *In*: KUHLEN, Lotar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. A cegueira deliberada no julgamento da ação penal 470. **Revista Consultor Jurídico**, 30 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em 28 dez. 2018.

BRASIL. 13ª Vara Federal da Comarca de Curitiba. AP n. 5023135-31.2015.4.04.7000. 2015. Disponível em: <[http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato1/SENTENCA\\_Pedro%20Correa.pdf](http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal Sérgio Fernando Mouro. Data do Julgamento: 02 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/sentencasantana.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau da 5ª Região. 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0. Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Data de Julgamento: 28 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AP 470-MG, Relator Min. Joaquim Barbosa. DJe 22 abr. 2013. Noticiado no Informativo nº 677, de 27 a 31 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AP 470-MG, Relator Min. Joaquim Barbosa. DJe 22 abr. 2013. Noticiado no Informativo nº 684, de 15 a 19 de outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470-MG. Relator Min. Joaquim Barbosa. DJe 22 abr. 2013, pág. 1.273 do Acórdão.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. 65 RO, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 13/12/2007, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 003, Data 7/1/2008, Página 37. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DA+CEGUEIRA+DELIBERADA+%28WILLFUL+BLINDNESS%29&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. 88 RO, Relator: ÉLCIO ARRUDA, Data de Julgamento: 17/04/2008, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 76, Data 25/4/2008, Página 30. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DA+CEGUEIRA+DELIBERADA+%28WILLFUL+BLINDNESS%29&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2ª Turma. Apelação Criminal nº 5520. Número do Processo: 200581000145860. Data do Julgamento: 09/09/2008. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Revisor: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria. PUBLICAÇÕES DJ – Data: 22/10/2008 – Página: 207. Decisão Unânime.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. ACR 5520-CE. 0014586-40.2005.4.05.8100. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. 09/09/2008. Fonte: Diário da Justiça - Data: 22/10/2008 - Página: 207 - Nº 205 - Ano: 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8249976/apelacao-criminal-acr-5520-ce-0014586-4020054058100-trf5>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

\_\_\_\_\_. **Direito penal**. Parte geral, vol. 1, tomo 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral, vol. 1. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

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

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel; CALLEGARI, André Luis. Aproximação à teoria da imputação objetiva. In: **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARVALHO, Felipe Fernandes de. Quais cuidados devem ser tomados para aplicar a teoria da cegueira deliberada? In: **Revista Consultor Jurídico**, de 19/04/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-19/felipe-carvalho-cuidados-aplicacao-teoria-cegueira-deliberada>>. Acessado em: 01 dez. 2018.

CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gerson Faustino. Uma análise crítica da teoria da ignorância deliberada à luz do princípio da imputação subjetiva. **Revista Quaestio Iuris**, vol 11, nº 3, Rio de Janeiro, 2018.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**, vol. II. Madrid: Tecnos, 1998.

\_\_\_\_\_. **Temas fundamentales del Derecho Penal**. V. I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002.

CHARLOW, Robin. Willful ignorance and criminal culpability. **Tex. L. Rev.**, V. 70, 1992.

CHESNEY, Eugene J. The concept os Mens Rea in the criminal law. *In: 29 Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951)*, V. 29, nº 05, p. 631, 1939. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2828&context=jclc>>. Acessado em: 18 de março de 2018.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Nexo causal**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2007.

\_\_\_\_\_. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 33, jan./mar. 2001. São Paulo: 2001.

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

DONNA, Edgardo Alberto. El concepto objetivado de dolo. *In: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al prof. Dr. Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2003.

ESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

EZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, vol. II. 3ª edição. Tradução de Rodrigues Muñoz, 1957.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada em Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **InDret: Revista para el análisis del Derecho**, v. 3, Barcelona, 2015, p. 3. disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

FERZAN, Kimberly Kessler. Opaque Recklessness. *In: Journal of Criminal Law and Criminology* 597, vol. 91, n. 3. Northwestern University, School of Law, 2001. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7081&context=jclc>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

- FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.
- FRANCO, Alberto Silva *et alii*. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GALVÃO, Robson; LAUFER, Christian. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, novembro de 2009.
- GARRETT, Brandon L. **Too Big to Jail**: how prosecutors compromise with corporations. Harvard University Press, 2014.
- GARNER; Bryan A. (Editor in Chief). **Black's Law Dictionary**. 10ª Edição. Thomson Reuters Claitor's Pub Division: 2014.
- GIORGI, Raffaele di. **Direito, democracia e risco: vínculo com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à distinção entre dolo e culpa de Ingeborg Poppe. *In: Dolo e Culpa*. (Ingeborg Poppe). Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Trad. de Francisco Muños Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosh, 1984.
- HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Trad. María del Mar Pita. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justiça, 1990.
- HEFFERNAN, Margaret. **Wilful blindness**. Sidney: Simon & Schuster, 2011.
- HEFFERNAN, Margaret. **Willful Blindness: Why we ignore the obvious at our peril**. London: Simon & Schuster UK, 2011.
- HUERGO, María Victoria. Reflexiones en torno de la doctrina de la willful blindness y su posible recptación en Argentina. CIIDPE - Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico. Córdoba: 2010, págs. 15-16. Disponível



em:<<http://www.ciidpe.com.ar/area1/willful%20blindness%20Huergo.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. **Willful ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality**. *Wincosin Law Review*, Madison, 1994.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal**: parte general. Tradução Joaquim Cuello Contreras et alii. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Comentários ao código penal**, Vol I. São Paulo: Editor Saraiva, 1985.

KAENEL; Frans J. von. Willful Blindness: a permissible substitute for actual knowledge under the money laundering control act? *In: Washington University Law Review*, vol. 71, nº 4, 1999.

KINDHÄUSER, Urs. Vigencia de la norma y protección de bienes jurídicos. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Vol 45, nº 2. Uberlândia: jul./dez. 2017.

KLEIN, Ana Luiza. A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no Direito Penal brasileiro. *In: Revista Ciências Criminais*. Porto Alegre: Editora Universitária PUCRS, 2012, p. 2-3. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. *In: El Derecho penal económico em la era compliance*. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, nº 204, nov. 2009.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária,

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

LOVELESS, Janet. **Criminal Law: Text, Cases, and Materials**. 4ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LUBAN, David. “Contrived Ignorance”. **Georgetown Law Journal**, v. 87. Toronto, 1999, p. 968. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2765&context=facpub>. Acesso em: 04 jan. 2018.

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

LUIZI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *In*: **Revista CEJ** 4/105, Brasília, 1998.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. Parte general. 2ª edição. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 7ª edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 8ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

*Model Penal Code Annotated*. Disponível em: <http://www.lawlib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/mpc/mpc.html>. Acessado em 18 de março de 2018.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. *In*: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. *In*: **Lavagem de dinheiro**: comentários a lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. BALTAZAR JÚNIOR, José; MORO, Sérgio Fernando (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico. *In: Revista de doutrina e jurisprudência*, nº 52, Brasília, 108 (2), jan./jun. 2017.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal. Parte General**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**. 3ª edição. Bogotá: Editorial Temis, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A embriaguez e outras questões penais** (doutrina, legislação, jurisprudência). 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.
- NEISSER, Fernando; SYDOW, Spencer Toth. Cegueira deliberada só pode ser aplicada se preencher oito requisitos. *In: Revista Consultor Jurídico*, de 14/06/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/opiniao-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-oito-requisitos>>. Acessado em: 18 mar. 2018.
- NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. *In: Revista de Direito Público*, vol. 5, nº 2, ago. 2010. Londrina: 2010.
- NIETO MARTÍN, Adán. El programa político-criminal del 'corporate government'. *In: Revista de Derecho y Proceso Penal*. Nº 11, Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.
- \_\_\_\_\_. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el Derecho Penal. *In: Compliance y teoria del Derecho Penal*. Kuhlen, Lothar; Pablo Montiel, Juan; Urbina Jimeno, Íñigo Ortiz (Org.). Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ORMEROD, David; LAIRD, Karl. **Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law**. 15ª edição. New York: Oxford University Press, 2018.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Econômico**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

PRADO, Rodrigo Leite. **Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. São Paulo: Editora Manole, 2004.

QUEIROZ, Narcélio de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1963.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba em el proceso penal**. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

\_\_\_\_\_. **La ignorancia deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007.

\_\_\_\_\_. La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *In: InDret - Revista para el análisis del Derecho*, nº 3/2008. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, Jul. 2008. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/553.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada em Derecho Penal. *In: Discusiones XIII*, n. 2, 2013.

RIPOLLÉS, Jose Luis Díez. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, nº 4. Coimbra, 2007.

ROBBINS, Ira P. The ostrich instructions: deliberate ignorance as a criminal mens rea. **The journal of criminal law and criminology** (1973-), v. 81, nº 2, 1990-1991.

ROBINSON, Paul H.; DUBBER, Markus Dirk. The American Model Penal Code: A Brief Overview. *In: New Criminal Law Review*, Vol. 10, n. 3, Pennsylvania, 2007. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://encore.law.upenn.edu/iii/encore/record/C\\_Rx1001392\\_San%20introduction%20to%20the%20model%20penal%20code\\_P0%2C22\\_Orightresult\\_U\\_X1?lang=eng&suite=cobalt&httpsredir=1&article=1130&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://encore.law.upenn.edu/iii/encore/record/C_Rx1001392_San%20introduction%20to%20the%20model%20penal%20code_P0%2C22_Orightresult_U_X1?lang=eng&suite=cobalt&httpsredir=1&article=1130&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 03 dez. 2018.

ROCHA, Fernando Galvão da. **Imputação objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

- \_\_\_\_\_. **Noções elementares sobre a teoria do crime.** Viçosa: Imprensa Universitária, 1993.
- RODRIGES, Eduardo Silveira Melo. **A embriaguez e o crime.** Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal. *In: Direito Penal Económico e Europeu.* Vol. 2. Coimbra: 1999.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general:** Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Trad. e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal.** Lisboa: Editora Vega, 1986.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** 8ª edição. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018.
- SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 308.
- SARCH, Alexander F. Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law. **St. John's Law Review**, v. 88, nº 4, Article 4, 2015.
- SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o Criminal Compliance no Brasil. *In: GUARANI, Fábio André; BUSATO, Paulo César, coordenadores; DAVID, Décio Franco, organizador. Compliance e Direito Penal.* São Paulo: Atlas, 2015.
- SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo em la dogmática jurídico-penal. *In: Obras.* Tradução de Mariana Sacher. Santa Fé: Rubinzal, 2009.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão e ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o Direito Penal. Compliance e o Direito Penal. *In: Boletim do IBCCRIM*, v. 222.
- SIEBER, Ulrich. Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, trad. Manuel A. Abanto Vásquez.

*In: El Derecho Penal Económico en la era Compliance.* Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín (Org.). Valência: Tirant lo Banch, 2013.

\_\_\_\_\_. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. *In: Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann.* São Paulo: Editora Liber Ars, 2013.

SILVA DIAS, Augusto. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra, 2008.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: Bosh, 1992.

\_\_\_\_\_. Teoria del delito y derecho penal econômico-empresarial. *In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). La teoría del delito em la práctica penal económica.* Madrid: La Ley, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *In: Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais.* Ano 15, Vol. 56 abr-jun/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, nº 246, maio 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito penal econômico como direito penal de perigo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G. R. **Criminal Law: theory and doctrine.** 3ª edição, Oxford: Hart, 2007.

SOUZA Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal:** volume único. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do compliance. *In: Revista Quaestio Iuris.* Vol. 10, nº 2, Rio de Janeiro: 2017.

SUTHERLAND, Edwin H. Is 'White Collar Crime' Crime? *In: American Sociological Review*, Washington, v. 10, n. 2, 1945.

\_\_\_\_\_. White-Collar Criminality. *In: American Sociological Review*, Washington, v. 5, n. 1, 1940.

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

TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *In: Cuadernos de política criminal*, nº 28. Madrid: Edersa, 1986.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. *In: Cardozo Law Review*. Vol. 27, Issue 1, New York, p. 497. Disponível em: <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-1/wellner.final.version.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 11ª edição. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

\_\_\_\_\_. **O novo sistema penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Prólogo à 4ª edição. Tradução da versão espanhola anotada por José Cerezo Mir, por Luis Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

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

WILLIAMS, Glanville. **Criminal Law: the general part**. 2ª edição. Londres: Stevens & Sons Ltd., 1961.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal – parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2000.

\_\_\_\_\_; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro** – vol. II, I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de derecho penal**: Parte general. Buenos Aires: Editora Ediar, 1996.