



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

EMILY CAMPOS ALVES BATISTA

**TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA: DOLO, TIPICIDADE E
RESPONSABILIZAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

SOUSA-PB

2019

EMILY CAMPOS ALVES BATISTA

TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA: DOLO, TIPICIDADE E
RESPONSABILIZAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas.
Orientador: Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade.

SOUSA – PB
2019

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

B333t Batista, Emily Campos Alves.
Teoria da cegueira deliberada: dolo, tipicidade e responsabilização penal no ordenamento jurídico brasileiro / Emily Campos Alves Batista. - Sousa: [s.n], 2019.

57 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade.

1. Teoria da Cegueira Deliberada. 2. Direito Penal. 3. Ordenamento Jurídico. I. Título.

EMILY CAMPOS ALVES BATISTA

TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA: DOLO, TIPICIDADE E
RESPONSABILIZAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Data de aprovação: 28 de novembro de 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade
Orientador

Leonardo Figueiredo de Oliveira
Membro da Banca

Carlos José Seabra de Melo
Membro da Banca

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem ele eu não teria forças para suportar essa longa jornada, ao meu pai, que sendo exemplo de dedicação, sabedoria e perseverança, sempre mostrou apoio às minhas escolhas e me ajudou a levantar diante das dificuldades que surgiram pelo caminho. À minha mãe, Socorro Batista, que sempre torceu pelo meu sucesso e acreditou, mesmo que eu não acreditasse. E, aos meus irmãos, Gabriel e Erick, que contribuíram de modo afetuoso, aconselhando e impulsionando a minha fé no sucesso deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me agraciado com o dom da vida e me presenteado com a inteligência e a força de vontade necessária para lutar pelos meus objetivos, sem que ficasse por algum momento distante de mim, me trazendo sempre a certeza de que nunca me abandonará.

Aos meus pais, que me deram as melhores oportunidades de estudo e contribuíram para minha educação, mesmo que houvesse dificuldades, e que desde o início me incentivaram e apoiaram no seguimento do meu próprio caminho, me ajudando a cada passo que eu desse, não medindo esforços para a concretização dos meus sonhos.

Ao meu irmão Gabriel, que por diversas vezes me aconselhou e consolou de modo fraterno, demonstrando toda sua preocupação, carinho e cuidado para comigo; e Erick, que contribuiu com seu jeito alegre de amenizar as situações difíceis da vida.

À minha avó, Terezinha Campos, que sempre teve orgulho dos seus netos, e que incentivando e acreditando no sucesso de cada um deles, assiste com carinho a nossa vitória.

Às minhas primas, Gabby, Bell e Mari, que mesmo distante buscavam me mostrar o quanto as dificuldades podem nos fazer crescer e evoluir, e compartilhavam as particularidades da vida que nos possibilitaram amadurecer e prosperar em família.

Agradeço também, ao Grupo Verde, que teve fundamental importância no meu desenvolvimento pessoal e me permitiu ver com olhos de esperança a possibilidade de manter acesa a chama do significado de Movimento Estudantil no CCJS. Onde pessoas, como Manu Antunes, Lanna, Luana e Itinho, contribuíram para que eu fizesse parte e partilhasse da fiel ideologia do grupo.

Agradeço aos meus amigos do grupo “Cidade Acorde”, Ana Livia, Natália, Paulo, Pedro, Orlando, por compartilharem comigo os momentos e oferecerem o apoio necessário, estando sempre unidos. Em especial, a Ingrid “Batchu” e Larice, que, além disso, se tornaram ao longo da graduação as minhas principais confidentes e amigas, me ajudando sempre nos momentos turbulentos da caminhada. Aos amigos que concluem comigo a graduação, Carol, João Vitor, Larissa, Hyrla e Natália Pae (companheiras do Bomba

Bomba), os quais tenho enorme apreço, respeito e consideração, por terem sido importantes, cada um da sua maneira, proporcionando momentos leves e memoráveis.

Aos amigos mais novos, Dante e Rayana, por me presentear com novos laços fraternos; e os que ganhei durante o curso, Dani e Hannah, por sua companhia, amizade e suporte, mesmo com a minha ausência física devido as diferentes rotinas. Aos meu velhos amigos, Lucas Almeida e Matheus Xiva, que me mostraram o real sentido da palavra amizade, sempre me apoiando com gentileza, parceria e carinho. E, agradeço em especial, à Débora Staudinger, minha grande amiga e companheira de caminhada nesses últimos anos de curso, que se fez tão necessária em minha vida, e com grande carinho e atenção contribuiu para que eu não fraquejasse diante das situações que me jogaram pra baixo, possuindo a paciência e a sabedoria para lidar com meu lado difícil em momentos de ansiedade, e que, inclusive, não se importou em abdicar de suas horas de lazer diversas vezes quando necessitei. Por tudo e por tanto posso afirmar ser uma das pessoas mais especiais da minha jornada.

Ao meu orientador, professor Guerrison, que muito sabiamente permitiu que eu adquirisse intimidade e apreço pelo Direito Penal e Processual Penal.

Por fim, a todos aqueles que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, deixo a minha gratidão.

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

Margaret Heffernan

RESUMO

Entende-se que diante da polêmica e de vários debates acerca da teoria da cegueira deliberada é natural a relutância na aplicação e adaptação de tal instituto para a juridicidade do Brasil. Tais processos preconizam inclusive distinções entre cegueira deliberada em sentido estrito e a ignorância deliberada, para que seja possível identificar a divergência da aplicação do dever de cuidado como justificativa dogmática do instituto. Dessa maneira, buscou-se, como objetivo do presente trabalho monográfico, investigar a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, tomou-se como orientação metodológica a abordagem de base dedutiva e, na terceira parte, indutiva, bem como os procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, destacando-se nesse caso o percurso técnico de organização de fundamentos quantitativos para a investigação proposta. O que se pode ter como resultado aponta para uma consideração dos desdobramentos, quando da aplicação da teoria em estudo, assimilando-se a figura do dolo eventual e aos riscos de configuração de uma responsabilidade penal objetiva. Além disso, no âmbito jurisprudencial, mais evidente ainda se apresenta a legitimação do uso da teoria da cegueira deliberada pela jurisprudência pátria, chegando a ser possível se falar em sua utilização com a finalidade de permitir a punição de condutas em que o autor teria sua atribuição impossibilitada, se projetando como óbice ao reconhecimento do dolo. Conclui-se que o vasto debate sobre a doutrina tem levado a amadurecimento e formulação de requisitos para um impulsionamento adequado da compreensão de cegueira deliberada nas situações de seu possível enquadramento.

Palavras: Chave: Direito Penal. Fundamentos Teóricos. Controvérsias Jurídicas.

ABSTRACT

We understand that, facing controversy and various debates about the theory of deliberate blindness, it is natural the scenario is of being reluctant to apply and adapt such an institute to the law in Brazil. This processes even place distinctions between deliberate blindness in a strict sense and deliberate ignorance, so that it is possible to identify divergences in applications related to dogmatic justification of the institute. Thus, the objective of this academic research was to investigate the applicability of the theory of deliberate blindness within Brazilian legal system. For this purpose, the methodological orientation was based on the deductive, and, in the third part, inductive approach and the bibliographic and documentary research procedures, whereas a technical path of organizing quantitative foundations for the proposed research maybe an important achievement. As results, one can point out an to some consideration of the developments, when applying the theory under study, assimilating the figure of eventual fraud and the risks of setting an objective criminal liability. Moreover, in the jurisprudential context, it is even more evident the legitimation of the use of the theory of blindness deliberated by the country jurisprudence. We can conclude that the vast debate about the doctrine has led to the maturation and formulation of requirements for an adequate impetus of the understanding of deliberate blindness in the situations of its possible framing by Brazilian law.

Keywords: Criminal Law. Theoretical foundations. Legal disputes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 TEORIA DO CRIME NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	12
1.1 CONCEITO DE CRIME	12
1.2 FATO TÍPICO E SEUS ELEMENTOS.....	16
1.3 ILICITUDE OU ANTIJURIDICIDADE	25
1.4 CULPABILIDADE	27
2 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	30
2.1 CONCEITO E REQUISITOS.....	32
2.2 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA ESFERA INTERNACIONAL	36
3 ESTUDO DA (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	40
3.1 ABORDAGEM NO BRASIL	41
3.1.1 Perspectiva Doutrinária.....	41
3.1.2 Perspectiva jurisprudencial	43
3.2 APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES.....	47
3.2.1 Análise de como é abordada a Teoria da Cegueira Deliberada segundo casos concretos de crimes de lavagem de dinheiro e afins levados a julgamento perante o TRF4.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

Uma discussão doutrinária e jurisprudencial dividida, seja em suas possibilidades de pré-compreensão da pesquisa, seja em qualquer dos seus momentos de assimilação, do que venha a ser um trabalho monográfico, aqui se está direcionando o olhar para dolo, tipicidade e responsabilização penal, a partir da compreensão de um corpo teórico denominado usualmente de: teoria da cegueira deliberada.

O assunto, nas maneiras em que comumente se encontra em diferentes correntes do Direito, não se mostra como água clara em direção certa, possuindo assim pelo menos dois elementos conformadores de sua caracterização: a estrita cegueira deliberada e a compreensão denominada de ignorância deliberada. Tais meandros se conformam em parcelas de interpretação no debate característico do campo jurídico, assim possibilitando um questionamento que pode ser aqui formulado a maneira de uma pergunta de pesquisa, qual seja: como se mostram as possibilidades de compatibilidade da teoria da cegueira deliberada nos meandros do ordenamento jurídico brasileiro?

Dessa maneira, a pesquisa que resulta neste trabalho monográfico se orienta para o objetivo de investigar a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico pátrio. Sendo que para tal se procura traçar um caminho em pelo menos três objetivos específicos. Num primeiro momento, o que corresponde ao capítulo I do presente trabalho, se busca: a) caracterizar a teoria do crime no direito penal brasileiro. Num segundo momento, correspondente ao capítulo II desta monografia, procura-se: b) destacar aspectos introdutórios da teoria da cegueira deliberada. E em complementação da proposta neste trabalho lançada, em um terceiro capítulo, parte-se para: discutir a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico pátrio.

Justifica-se a presente pesquisa em função de três eixos que parecem poder sumarizar as possibilidades de olhar aos quais se vinculam interesses específicos de condução do trabalho científico. Primeiro, no âmbito pessoal, cumpre-se com as delimitações necessárias a esta fase de conclusão do bacharelado em Direito no Centro de Ciências e Jurídicas e Sociais – CCJS, da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, no Campus II da cidade de Sousa, Paraíba. Segundo, no aspecto social, coloca-se mais uma investigação científica a suprir parte de anseios

coletivos no que tange aos aspectos aqui abordados. Por fim, no processo estrito do âmbito acadêmico, se percorre o caminho traçado para que o título e o grau alcançados correspondam também ao esforço fundamental de realização de um trabalho de conclusão de curso, nos moldes de uma monografia.

Metodologicamente valeu-se dos, já estabelecidos na tradição do CCJS, procedimentos de pesquisa bibliográfico e documental. Porém, a abordagem adotada é multifacetada. Uma base dos procedimentos, mais tecnicista, em busca de um olhar quantitativo, dito objetivo, orientada para organizar fundamentos para discussão proposta no terceiro objetivo específico, conduz ao que poderia ser assimilado com algo próximo ao método indutivo, porém, a própria base procedimental também pode ser vista como organização dedutiva do respeito às tradições e saberes já estabelecidos no contexto acadêmico ao qual pertence, conformando assim aquilo que se apresenta nos elementos textuais a seguir, dos capítulos já sumarizados aqui em parágrafo anterior aos quais se seguirão as considerações finais da investigação almejada.

1 TEORIA DO CRIME NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Este capítulo se destina à compreensão da teoria do crime (ou do delito) vigente no direito penal brasileiro, o que se faz a partir da análise de seus elementos constituintes, os quais são debatidos e embasados na literatura científica especializada, com fundamento ainda no atual ordenamento jurídico penal, que se representa essencialmente pelo Código Penal de 1940. A sua estrutura, pois, traz conceitos e definições a partir das quais emergem divergências, que questionam desde os elementos integrantes do crime até a aplicação de sua teoria.

De antemão, é salutar o entendimento da função instrumental da teoria do crime. Esta, conforme Busato (2018, p.189), nada mais é em sua estruturação “do que a composição de um veículo normativo que pretende servir de interface entre o fenômeno criminal e as instituições estatais”. Ou seja, a forma a partir da qual se concebe a teoria do crime deve sempre ser percebida considerando conceitos que guiem a atuação do Estado perante um fenômeno criminal.

Assim, para compreender a teoria do crime hoje em vigor no Brasil, é imprescindível que se perpassa por sua lógica de formatação, pelos conceitos que a mesma suscita e que a compõem. Mas por que inaugurar este estudo com a análise da teoria do crime? Na esteira do pensamento de Busato (2018) ilustrado acima, explica-se: ocorre que é justamente um dos elementos mais controvertidos da teoria do crime, o elemento subjetivo da conduta criminosa, que representa a fonte das agruras para aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, questão central deste estudo que se deslinda proeminentemente na sua última parte.

1.1 Conceito de Crime

De início, é importante saber que o Direito Brasileiro sofreu grande influência do Direito Romano e do direito de países europeus contemporâneos. Logo, para que se identifique a origem da palavra "crime", é interessante observar no antigo direito dos países nos quais o direito do Brasil se espelha, para que assim se torne possível identificar sua origem (JESUS, 2011).

Conforme as lições de Jesus (2011), que se fundamenta no historiador Mommsen, no antigo Direito Romano, o termo *nox* era utilizado para designar a

conduta delitiva, sendo, após um tempo, substituído por *noxia*, que significa dano, - termo esse se referia mais a natureza dos efeitos do ato delitivo, do que a própria conduta delitiva. Neste passo, tornaram-se necessários outros termos que remetessem de fato à conduta delitiva, sendo eles: *scelus*, *maleficium*, *flagittum*, *fraus*, *facinus*, *peccatum*, *probrum*, *delictum* e *crimen*, sendo os dois últimos mais utilizados - *crimen* vem do grego cerno, indicativo dos mais graves delitos, já *delictum* significava o abandono de uma lei (JESUS, 2011).

Quanto aos países europeus contemporâneos, segundo Jesus (2011), aqueles que possuíam o espanhol como língua dominante, utilizavam o termo "infração" para designar, de forma geral, as três condutas delituosas: "delitos", "crimes" e "contravenções"; já na Itália a expressão adotada foi "reato". Na Alemanha, assim como nos países de língua castelhana, os três termos supracitados são utilizados, porém "crime" detêm o mesmo significado que "infração", para o Direito Brasileiro (JESUS, 2011).

Na Inglaterra, "offense" é expressão genérica, abrangendo os *indictable crimes* (crime grave), as *summarry offenses* (crimes menos graves) e as *hybrid offences* (ofensas híbridas), aquelas sujeitas à acusação, que se dividem em *felony* e *misdemeanor*, segundo a maior ou menor gravidade; já as *hybrid offences* são aquelas que a coroa pode optar por proceder como *indictable crimes* ou *summarry offenses*, o que difere dos Estados Unidos, onde os crimes se dividem em: *treasons*, *felonies* e *misdemeanors* (JESUS, 2011).

Após a análise da etimologia, compreendendo os termos utilizados nos ordenamentos jurídicos nos quais o Brasil espelhou-se para constituir o seu próprio, é necessário mencionar, que no âmbito doutrinário brasileiro, o termo "infração" é genérico, abrangendo os "crimes" ou "delitos" e as "contravenções", sendo possível utilizar o termo "crime" ou "delito" para referir-se a mesma situação. Cabe ressaltar a semelhança com os países europeus contemporâneos de língua castelhana.

O Código Penal utiliza as expressões "infração", "crime" e "contravenção", a primeira abrangendo as últimas (BRASIL, 1940). O Código de Processo Penal emprega o termo "infração", em sentido genérico, abrangendo os crimes ou delitos e outras vezes, usa a expressão "delitos" como sinônimo de "infração" (BRASIL, 1941a).

Quanto ao Código Penal, este não oferece o conceito de crime, sendo que a Lei de Introdução ao Código Penal dispõe, em seu art.1^o, apenas que ao crime é reservada uma pena de reclusão ou de detenção, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (BRASIL, 1941b). Com o referido artigo, apenas é possível identificar que existe uma diferença entre crime e contravenção, e que por isso as penas são aplicadas de forma diferenciada.

Esta pouca assertividade na conceituação de crime não é nova. Fato que facilmente se comprova mediante breve observação de como o tema fora tratado na história da legislação penal brasileira. O Código Criminal do Império, por exemplo, conceituou crime em seu artigo art. 2^o, dispondo que “julgar-se-ha crime, ou delicto: §1^a Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes” (BRASIL, 1830).

O Primeiro Código Penal Republicano, por sua vez, assim como o Criminal do Império, também conceituou o crime em seu art. 2^o, segundo o qual “a violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção” (BRASIL, 1890).

O que se percebe é que o conceito de crime tem se aprimorado e se adaptado de acordo com o tempo e a evolução da sociedade e, portanto, também sua teoria. Como traz Busato (2018, p.190), “teoria do delito é uma rede de conceitos instrumentalizada em torno de identificar o crime como fenômeno, influenciada pela tendência histórico-social de cada momento e local”.

Neste contexto é que vários doutrinadores buscaram (e buscam) encontrar o conceito de crime, pois que restou aos estudiosos das ciências criminais a procura por uma conceituação consoante seu cenário e a serviço da pacificação social (função instrumental).

Nesse sentido, aduz Bettiol (1976 apud FRANÇA, 2008, p. 31) que:

[...] duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime sub especie iuris, no sentido de considerar o crime 'todo o fato humano, proibido pela lei penal'. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime 'todo o fato humano lesivo de um interesse

¹ Art 1^o. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (Lei de introdução do Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941).

capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade'.

Em relação ao aspecto formal, é considerado crime tudo aquilo que o legislador descrever como tal, sem que vise seu conteúdo. Então, haverá crime se existir uma lei penal editada pelo Estado, proibindo certa conduta violada pelo agente, em que não incida causa de excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Já o aspecto material se preocupa com o motivo apresentado pelo Estado para tutelar determinado bem, devendo proteger apenas bens necessários e importantes para manutenção e subsistência social. Esse último aspecto se alinha ao Princípio da Intervenção Mínima, que consiste na utilização da lei penal como último recurso (*ultima ratio*) pelo Estado de Direito.

Ato contínuo, importantes as lições de Toledo (1994, p.80 apud FRANÇA, 2008, p.32):

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

O aspecto analítico de crime tratado, a partir do qual emergem duas concepções, - a tripartida e a bipartida-, dedica-se a estabelecer, sob a ótica jurídica, os elementos estruturais do que se considera crime. O estabelecimento desses elementos não é também matéria pacífica.

Nesse sentido, perpassando por compreensões, a Teoria Naturalista ou Causal, mais conhecida como Teoria Clássica, criada por Franz Von Liszt, defendia o fato típico como resultante de uma comparação entre a descrição legal do crime e a conduta realizada, sem a análise de aspectos subjetivos (BRAGA, 2018). Essa Teoria afastava o dolo e a culpa da tipicidade e a inseria no âmbito da culpabilidade, ou seja, para os seus seguidores, a culpabilidade era indispensável para a caracterização de crime.

A Teoria Clássica, dominante no século XIX, enseja a concepção supracitada, sugerindo que o crime deve conter três pressupostos, sendo eles: a ilicitude ou

antijuridicidade, a tipicidade e a culpabilidade. Cabe ressaltar que alguns dos doutrinadores optam pelo termo ilicitude, como Cleber Masson (2017), com a justificativa de que o crime, embora contrário à lei penal, não deixa de ser um fato jurídico e produzir inúmeros efeitos nessa seara.

Já na Teoria Finalista da Ação, adotada pelo Código Penal vigente, o fato típico será definido caso o agente atue com dolo ou culpa em sua conduta. Entretanto, na ausência destes elementos, o fato será considerado apenas como atípico. Então, de acordo os seus defensores, como Capez (2016), para essa teoria o crime abrange fato típico e ilícito, adentrando a culpabilidade apenas no âmbito da aplicação da pena, por não se tratar de um pressuposto necessário para que se configure crime, contrapondo a Teoria Clássica.

A doutrina de Capez (2016), para facilitar o entendimento da Teoria Finalista de Welzel, traz a aplicação da mesma na medida de segurança. Ocorre que na aplicação de medida de segurança devem ser considerados dois pressupostos, quais sejam, culpabilidade (pois o agente deverá ser inimputável) e prática de crime, o que denotaria a inexigibilidade de culpabilidade para que se configure um crime.

O Finalismo de Welzel enseja a concepção bipartida, excluindo a culpabilidade como fator integrante do conceito de crime, ou seja, para essa teoria, apenas o fato típico e a ilicitude são suficientes para a caracterização de uma conduta criminosa. O Código Penal deixa clara a adoção desta teoria, visto que em seu artigo 1º, dispõe não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal- princípio da reserva legal-, bem como estabelece no seu art.23 que não haverá em crime quando praticado em estado de necessidade, legítima defesa ou em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito (BRASIL, 1940).

1.2 Fato Típico e seus elementos

Como exposto anteriormente, pelo princípio da reserva legal, apenas a lei pode descrever crimes e cominar penas. Com isso, o Estado deve se utilizar do seu único instrumento, a lei, para tornar determinada conduta punível. Então, o princípio da *nullum crimen sine lege* obriga o legislador a utilizar-se de uma lei quando deseja impor ou proibir condutas sob a ameaça de sanção.

A palavra “tipo” vem do Latim *typus*, “imagem, figura, forma, tipo” (ARRAES, 2019). Logo, “tipo penal” seria uma imagem penal, figura penal, que converteria o “penal” em algo detentor de uma forma, que seria a própria lei. Então, tipo penal é a descrição, em uma lei, de um fato ilícito.

O Estado, ao perceber que um bem jurídico é realmente importante, embasado no princípio da intervenção mínima, deve descrever o modelo que deseja proibir, criando um instrumento legal capaz de punir quem realizou a conduta prevista nesse instrumento.

O tipo penal traz em sua composição quatro elementos: conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. O primeiro elemento, a conduta, é a ação ou omissão humana voluntária que detém uma finalidade, como assevera Jesus (2011). Na mesma linha de pensamento, Capez (2016) acrescenta que o Direito Penal apenas leva em consideração os comportamentos humanos que tenham a vontade como pressuposto de ação. Isto se baseia no Princípio da Evitabilidade, já que, como preleciona esse princípio, apenas condutas que poderiam ser evitadas devem ser inspecionadas. Logo, não havendo vontade, inexistirá conduta repreendida pelo ordenamento jurídico.

Os resultados decorrentes do caso fortuito ou força maior e condutas praticadas mediante coação física ou por puro reflexo, não têm a atenção do direito criminal, justamente por nenhum deles possuírem a capacidade volitiva da conduta. Segundo Capez (2016), a vontade e a consciência são geradoras da conduta, mas não desprovidas de finalidade, pois toda ação e omissão dominadas por essas objetivam atingir um fim. Então, ainda de acordo com o autor, existe conduta devido à consciência, vontade e finalidade, e o resultado produzido por ser condizente com as geradoras da conduta, quais sejam, a vontade e a consciência. Jesus (2011, p. 268,) reduz os elementos da conduta em dois: “a) um ato de vontade dirigido a uma finalidade; b) a atuação positiva ou negativa dessa vontade no mundo exterior (manifestação da vontade por meio de um fazer ou não fazer)”.

A principal diferença entre as doutrinas de Capez (2016) e Jesus (2011) é o enquadramento do resultado no conceito da conduta. O resultado, para aquele, é mera consequência da conduta, e por isso não deve se fazer presente no conceito. O segundo autor traz que “a conduta é a simples manifestação da vontade [ao passo que o] resultado corresponde à alteração do mundo exterior causada pela conduta” (JESUS, 2011, p. 268)

Em relação às teorias da conduta, já explicadas anteriormente, é trazida a Teoria Finalista da Ação de Hans Welzel, adotada pelo Código Penal com a proposta da desconsideração da vontade humana no conceito da conduta, inserida no fato típico, que foi o motivo introdutório para a elaboração desta teoria. Por meio dela, foi compreendido que a forma que o delito foi praticado interfere na gravidade da prática criminosa.

Em sua doutrina, Capez (2016) cita o exemplo de um homicídio na forma dolosa e culposa, a fim de explicar que o resultado morte ocorre em ambas as formas, porém, o que as diferencia reside na análise dos elementos subjetivos: a vontade e a finalidade. Por isso, não se pode desqualificar o dolo, a culpa e a finalidade como conceitos presentes na própria conduta. Em suma, para a teoria adotada pelo Código Penal, não existe conduta típica sem vontade e finalidade. O autor, ainda, traz a causalidade como a relação da causa e efeito que se enxerga no meio externo, e a finalidade, em contraponto, é o resultado intentado pelo agente, através da sua conduta, calculado apenas em sua mente.

O segundo elemento da conduta é a finalidade, qual seja, a visão do agente quando se pratica determinada ação, o que se passa em sua mente antes ou durante a prática do fato. Na teoria de Welzel, a finalidade é baseada no conhecimento de causa do homem, prevista antes do cometimento da conduta, e traz que a causalidade é a relação entre a causa e o efeito de determinada conduta praticada por um agente, ou seja, o que de fato acontece através de uma ação ou omissão. Essa causalidade se dá como não esperada pelo agente, mas que, de toda forma, acontecerá mesmo que o resultado não seja previsto. Ou seja, nas palavras de Toledo (1994 apud CAPEZ, 2006) a finalidade é vidente, já a causalidade cega.

Na sequência, o terceiro elemento da conduta se trata da exteriorização, conceituada como o meio pelo qual a ideia pensada passa a ser executada, ou seja, a verdadeira prática do que se foi pensado. Vale ressaltar que a exteriorização é o que permite a sanção da conduta, visto que a prática de um delito comporta quatro fases: cogitação, preparação, execução e consumação, não tornando possível punir apenas a primeira delas, por não se tratar de um ilícito penal.

O quarto e último elemento da conduta, de acordo com Capez (2016), é a consciência. É extremamente necessário que o agente tenha plena consciência do que pratica. Quando um agente não detém essa consciência, ele é inimputável, ou seja, a sanção penal para esse indivíduo é diferenciada, tendo em vista que, por

algum dos motivos enquadradores à inimizabilidade, esse indivíduo não detinha a plena consciência dos seus atos. Com isso, percebe-se que o quarto elemento da conduta é essencial para a imputabilidade, e por isso é inserido no conceito de conduta. A consciência também está intrínseca no dolo e na culpa, visto que, o imputável, ao agir de forma dolosa ou culposa, detém plena consciência dos seus atos. O que diferencia esses dois tipos de conduta, na verdade, não é a falta desse quarto elemento, mas sim a finalidade que o indivíduo tem ao proceder de tal maneira.

Encerrando a exposição dos quatro elementos conceituais da conduta, para concluir o estudo deste primeiro elemento do tipo, é necessário pontuar as divisões nas quais a conduta se insere. Quanto às formas, a conduta apresenta duas divisões: ação e omissão. A ação é um comportamento positivo, enquanto a omissão é um comportamento negativo.

A conduta comissiva é uma conduta positiva, sendo realizada por movimentos. Um exemplo desse tipo comissivo é esfaquear alguém. Para alguns autores, a inércia também é uma forma de conduta comissiva, porém para a maior parte da doutrina, a comissão é tratada como uma ação mediante movimentos corpóreos, mesmo existindo crimes comissivos mediante omissão, como uma mãe que mata o filho mediante privação de alimentos, como exemplificado em Jesus (2011).

Para explicar a conduta omissiva é necessário estudar sua natureza, e para esse estudo existem duas teorias: a teoria naturalística e a teoria normativa. A teoria naturalística propõe que a omissão é apenas uma atitude de não fazer, ou seja, conduta negativa, sem que seja necessário recorrer a uma norma penal. A teoria normativa expõe que o ponto primordial de uma omissão é uma ação esperada, logo, a omissão surge para o direito quando um indivíduo deixa de praticar uma atitude exigida por lei, ou seja, deixa de observar o dever jurídico de agir. Vale ressaltar que a omissão apenas se caracteriza quando há a possibilidade de ação (GRECO, 2015). A teoria adotada pelo Código Penal é a teoria normativa, prevista no parágrafo segundo do art. 13, segundo o qual “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 1940).

Jesus (2011) defende que existem duas formas de conduta omissiva: crimes omissivos próprios ou puros e crimes omissivos impróprios ou comissivos por

omissão. O primeiro destes é caracterizado quando a norma determina um comportamento positivo, ou seja, na figura típica é descrita uma conduta que deve ser realizada pelo agente, e este não atende ao dever jurídico de agir. Um exemplo claro desse tipo de omissão é disposto no art. 356 do Código Penal, que assim dispõe “inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador” (BRASIL, 1940). Já o segundo é caracterizado por um tipo penal que não descreve a conduta que deveria ter sido adotada, deixando ao judiciário o dever de percepção sobre a omissão e a comissão, naquele tipo penal, deverem ser punidas da mesma forma. A punibilidade nesse tipo de omissão advém da possibilidade de se poder evitar o resultado, porém a escolha é de continuar inerte.

É importante destacar que para que um agente seja punido por um crime omissivo impróprio, é necessário que detenha o dever jurídico de impedir o resultado, ou seja, quando resulta de um mandamento legal específico, quando o sujeito, de outra maneira, tornou-se garantidor da não ocorrência do resultado ou quando um ato anterior determina essa obrigação. Se um indivíduo, enquadrado em algum desses três exemplos que o torna detentor do dever jurídico de agir, não age a fim de impedir o resultado, poderá responder por um crime comissivo por omissão. Um exemplo claro de omissão imprópria é, o já citado anteriormente, caso em que a mãe deixa de amamentar o próprio filho, fazendo com que ele venha a óbito.

Além dessas duas principais formas de condutas comissivas, Capez (2016) traz em sua doutrina outras duas formas, quais são: crimes omissivos por comissão e a participação por omissão. Na primeira, ainda pouco recepcionada pela doutrina, afirma-se que há uma ação prévia à omissão, ou seja, por exemplo, um patrão impede que sua secretária, que passa mal, tenha acompanhamento médico no momento do fato. Caso venha a ocorrer o falecimento da secretária, o patrão terá que responder por crime omissivo por omissão, pois sua prévia ação foi de impedi-la de ter o atendimento necessário e praticou a omissão de socorro, não deixando que esta passasse por primeiros socorros básicos. Já na segunda forma de conduta omissiva, qual seja, a participação por omissão, acontece quando o agente tem o dever de agir para impedir que determinado resultado se concretize, mas, ao invés disso, concorre para que isto aconteça se pondo inerte ao fato. Nesta forma de conduta, é necessário o dever de agir para que assim seja definida. O Código Penal traz o exemplo do art. 135, aduzindo que a ausência de assistência “quando

possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública” (BRASIL, 1940).

É necessário lembrar que para que seja caracterizada a conduta omissiva, importante se torna analisar se o omitente teria poder, no momento e contexto do fato, para executar a ação que se exige. Alguns requisitos são trazidos por Capez (2016, p. 287), como:

- a) Conhecimento da situação típica;
- b) Consciência, por parte do omitente, de seu poder de ação para a execução da ação omitida (é o chamado dolo da omissão, em analogia ao dolo da ação);
- c) Possibilidade real, física, de levar a efeito a ação exigida. Se o obrigado não estiver em condições de na situação levar a efeito essa tarefa, poderá servir-se de um terceiro, também obrigado, ou não, a cumpri-la.

Então, havendo os requisitos citados acima, sabe-se que o omitente poderia ter reais chances de agir para impedir o resultado da conduta, mas não o fez, caracterizando, assim, a conduta omissiva.

O resultado, segundo elemento do tipo penal, é a mudança realizada no mundo exterior pela conduta. A palavra evento também é utilizada nas doutrinas contendo o mesmo significado de resultado, porém ambos os termos oferecem definições distintas, de acordo com Capez (2016, p. 302) “evento é qualquer acontecimento; resultado é a consequência da conduta”.

Vê-se que a conduta produz uma modificação no mundo exterior. Porém, a transformação desta conduta é o resultado produzido. Jesus (2011) traz em sua doutrina o exemplo do homicídio, no qual se tem o comportamento, qual seja a ação de desferir facadas, por exemplo, e a modificação no mundo exterior, a morte da vítima, é o resultado.

De acordo com a doutrina do autor aludido, existem duas teorias acerca da natureza do resultado, que se trata do segundo elemento do tipo penal. A teoria Naturalística, afirma que o resultado se trata da modificação do mundo exterior derivado de um comportamento humano. Todavia, Capez (2016) defende que nem todo crime possui resultado naturalístico, isso porque, existem infrações penais que não alteram o mundo natural. Em congruência com esse resultado, as infrações penais são divididas em crime material, o qual a consumação só acontece com o

resultado naturalístico; o crime formal, cuja consumação ocorre antes que o resultado possa existir, tornando-o irrelevante; e o crime de mera conduta, cuja admissão do resultado naturalístico não acontece de maneira alguma. Logo, esta teoria defende que o resultado no mundo exterior, depende meramente da conduta do agente.

Já a teoria Jurídica ou Normativa, define o resultado como toda lesão ou ameaça de lesão a uma disposição penalmente relevante. A importância que se afirma nesta teoria para o Direito Penal é de que haja lesão a um bem jurídico, e não alguma consequência natural da ação, para que seja considerado delito. Ou seja, inexistente crime, caso o fato não esteja tipificado no ordenamento jurídico como ilícito penal (JESUS, 2011).

Desta forma, o resultado, sendo a modificação do mundo exterior causada pela conduta, pode se apresentar de forma física, como na depredação de um patrimônio público no crime de dano, encontrado no Art. 163, do Código Penal; fisiológicos, como na morte de uma vítima de homicídio, disposto no Art. 121, de mesmo Código; ou psicológicos, como nos crimes que ferem ou ofendem uma pessoa, a exemplo da injúria ou difamação, vista nos arts. 140 e 139, do Código, respectivamente. Tratando-se em todos os casos de uma consequência distinta da conduta humana natural, porém, relevante para a tipicidade (JESUS, 2011).

O nexo causal é o terceiro elemento do tipo penal, sendo que o Código Penal adota-o como “relação de causalidade”, prevista no art.13² (BRASIL, 1940). Então, nexo causal é o que liga a conduta ao resultado, e é por meio dele que se arremata se o resultado foi ou não advindo da conduta praticada. A relação de causalidade deve ser analisada apenas nos crimes materiais, visto que nesse tipo de crime é descrita uma conduta e um resultado naturalístico, pelo tipo penal, sendo necessária a produção de um desse resultado para que o crime seja classificado como material.

² Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

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

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O nexo causal é de extrema relevância nesse tipo de crime por ser através dele que a conduta do agente é ligada ou não ao resultado material.

De acordo com Greco (2015), existem três teorias sobre a relação de causalidade, sendo elas: a teoria da causalidade adequada, a teoria da relevância jurídica e a teoria da equivalência dos antecedentes causais. Para a primeira delas, teoria elaborada por Von Kries, causa é a condição apta à produção do resultado, ou seja, não existiria relação causal entre acender uma lareira no inverno e o incêndio produzido pelas fagulhas carregadas pelo vento. Para a segunda delas, causa é a condição relevante para o resultado, ou seja, apenas o objetivamente previsível é causa relevante.

Greco (2015, p. 307) traz um interessante exemplo:

Assim, no conhecido exemplo daquele que joga um balde d'água em uma represa completamente cheia, fazendo com que se rompa o dique, não pode ser responsabilizado pela inundação, pois sua conduta não pode ser considerada relevante a ponto de ser-lhe imputada a infração penal tipificada no art. 254 do Código Penal.

Pela terceira e última dessas teorias, proposta por Von Buri, toda conduta, mesmo que minimamente, contribua para o resultado deverá ser tratada como causa. Todos os fatos que antecedem o resultado se equivalem, quando todos eles podem ser considerados causas para a produção do resultado. Para analisar se o fato deve ou não ser tratado como causa, é necessário que ele, hipoteticamente, seja retirado do acontecimento, devendo ser considerado causa apenas aquele fato que, ao não ser enquadrado como conduta, repercute na não ocorrência do resultado (GRECO, 2015). Essa teoria é a adotada pelo Código Penal. Sobre a mesma, Jesus (2011, p. 287) em sua doutrina pontua:

Suponhamos que A tenha causado a morte de B. A conduta típica do homicídio possui uma série de fatos, alguns antecedentes, dentre os quais poderíamos sugerir os seguintes: 1º) produção do revólver pela indústria; 2º) aquisição da arma pelo comerciante; 3º) compra do revólver pelo agente; 4º) refeição tomada pelo homicida; 5º) emboscada; 6º) disparos dos projéteis na vítima; 7º) resultado morte. Dentro dessa cadeia, excluindo-se os fatos sob os números 1º a 3º, 5º e 6º, o resultado não teria o corrido. Logo, dele são considerados causa. Excluindo-se o fato sob o número 4 (refeição), ainda assim o evento teria acontecido. Portanto, a refeição tomada pelo sujeito não é considerada como sendo causa do resultado.

De acordo com Masson (2017), causa é qualquer conduta que venha a interferir na produção do resultado, sendo a concausa aquela que não é a conduta principal, ou seja, aquela que contribui para o resultado final, mas que não se trata da conduta principal. As concausas podem ser anteriores, concomitantes ou posteriores à ação. Existem três principais espécies de causas, sendo elas: dependente, independente e relativamente independentes.

A causa dependente é aquela esperada para que se possa realizar o resultado, já que contém dois fatores determinantes: tem a sua origem na conduta e é a mera consequência dela. Essa espécie de causa não exclui o nexo causal, já que, nesse caso, a conduta estará ligada ao resultado naturalístico.

A causa independente é aquela que sozinha seria capaz de produzir o resultado, é algo que não faz parte do tramite legal da conduta, fenômeno imprevisível. Essa causa se subdivide em duas subespécies: absoluta e relativa. A causa absolutamente independente não possui relação com a conduta a, consegue por si só produzir o resultado. Essa causa se subdivide em: preexistentes, concomitantes e supervenientes. A preexistente é ação antes de a conduta ser realizada, ou seja, mesmo que não acontecesse, a produção do resultado continuaria a existir. A concomitante também não possui relação com a conduta, produzindo o resultado independente dessa, porém, por coincidência acaba sendo realizada ao mesmo tempo da conduta. A superveniente é a ação realizada depois da conduta. Vale ressaltar que todos os tipos de causa absolutamente independente rompem o nexo causal, e faz com que o agente responda apenas pelos atos até então praticados.

Já a causa relativamente independente, ainda de acordo com Masson (2017), possui relação com a conduta, já que sua origem se deu por ela, porém não é uma decorrência esperada e produzem por si só o resultado. Assim como a causa independente, a relativamente independente se subdivide em: preexistentes, concomitantes e supervenientes. A preexistente é aquela que atua antes da conduta, apenas ela não seria capaz de gerar o resultado. A concomitante se origina da conduta, porém é capaz de produzir o resultado por si só. A superveniente também se origina da conduta, porém é praticada após ela, já que atua de modo independente. Na causa relativamente independente, preexistente e concomitante, o nexo causal não é rompido, então o agente deverá responder pelo crime. Porém, na

causa relativamente independente superveniente, o agente não irá responder pelo resultado, já que o Código Penal, no Art. 13, §1º, excepcionou a regra geral.

1.3 Ilicitude ou Antijuridicidade

Outro elemento do fato típico é a ilicitude ou antijuridicidade, que é definida por Masson (2017), como uma oposição entre a conduta e o ordenamento jurídico, em que toda e qualquer ação ou omissão típicas tornam-se ilícitas. Primeiramente, para que o fato seja considerado ilícito, é necessário verificar se este é típico. No caso de assim não se classificar, trata-se de um irrelevante penal, pois como aduz o Princípio da Reserva Legal, nenhum fato pode ser considerado crime, se não existe lei que delimite o adjetivo criminal. Ainda, não presente alguma causa de exclusão da ilicitude, legítima defesa ou qualquer excludente, o fato será considerado um ilícito penal, conseqüentemente, típico. Assim, define-se que “[...] a ilicitude de um fato típico é constatada pela mera confirmação de um prognóstico decorrente da tipicidade, o qual somente é quebrado pela verificação da inexistência de causas discriminantes” (CAPEZ, 2016, p. 488).

Também, explica-se a distinção entre o que se entende por ilícito, qual seja, a contrariedade entre o fato e a lei, de modo que o agente ou contraria ou se ajusta a esta; e o injusto, definida pela contrariedade do fato em relação ao sentimento coletivo de justiça.

Ademais, Masson (2017), ainda traz o juízo de ilicitude como posterior e dependente do juízo de tipicidade, onde se vê a ilicitude formal tratando da incoerência entre o fato praticado pelo agente e o ordenamento jurídico vigente, enquanto a ilicitude material rege o conteúdo do injusto penal cometido pelo agente, o qual está diretamente ligado à substância do delito.

Além disso, tem-se a ilicitude subjetiva e objetiva, a primeira afirma que o fato somente é lícito se o agente tiver a capacidade de saber que determinado fato seja criminoso, não sendo suficiente que a conduta sozinha venha desacompanhada de uma justificativa.

Já a ilicitude objetiva, não depende da capacidade do agente de avaliar se a conduta é ou não reprovável pelo ordenamento jurídico, isso, se o fato não estiver encaixado em alguma das causas de excludente de ilicitude (CAPEZ, 2016).

As causas de excludente de ilicitude são encontradas nos Arts. 23 a 25, do Código Penal vigente, classificando-as quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, incluindo em seu parágrafo único que o agente será responsabilizado caso haja com excesso no dolo ou na culpa.

O estado de necessidade, de acordo com o Código Penal (BRASIL, 1940), é definido quando o agente pratica o fato para salvar alguém de perigo atual, que não provocou por sua vontade, e também que não poderia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, devido a situação, não era razoável exigir-se. Porém não é possível que se alegue esse estado caso o agente tenha o dever legal de enfrentar o perigo. Quando o agente for obrigado a sacrificar-se, pelo direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

A legítima defesa é definida quando o agente usa moderadamente os meios necessários para responder injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro.

Segundo Masson (2017), a primeira excludente de ilicitude, necessita de uma situação em que haja perigo sobre bens jurídicos, ambos amparados pelo ordenamento jurídico e pertencentes à pessoas diversas, no qual a partir de um conflito, somente um deles irá prevalecer sobre o outro.

Por outro lado, a legítima defesa, se classifica quando o agente está em uma situação em que se vê impossibilitado de recorrer ao Estado, em termos de segurança público, e sozinho, age diretamente em sua defesa ou em defesa de terceiros, sem que a resposta direta à situação seja aquém do necessário, no momento do fato.

Já na terceira excludente de ilicitude, Masson (2017) afirma que este instituto pode ser definido com a causa da exclusão de ilicitude, consistente na prática de um fato típico, quando seu agente cumpre o dever legal, que se trata de uma obrigação direta ou indireta respaldada pela lei, seja ela de natureza penal ou não. Ademais, complementa o autor aludido, sobre o exercício regular do direito, definido como lícita a autorização da prática de um ato que conste na ordem jurídica como exercício de um direito. Então, a título de exemplo, um policial que efetue uma prisão em flagrante, ao testemunhar um fato criminoso, não lhe poderá ser imputado o crime de constrangimento ilegal, visto que, a lei respalda sua conduta, nos termos do Art. 301, do Código de Processo Penal: “qualquer do povo poderá e as

autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.” (BRASIL, 1940)

Portanto, há um certo equilíbrio entre o enquadramento da ilicitude no fato típico, através dos crimes definidos no ordenamento jurídico e o devido cuidado para que se possa estabelecer um respeito às situações defendidas nas causas de excludente de ilicitude.

1.4 Culpabilidade

A culpabilidade, segundo Greco (2015, p.433), se trata de um juízo de reprovação pessoal, realizado sobre uma conduta típica ou ilícita praticada por um agente. Na definição de Welzel, “culpabilidade é a ‘reprovabilidade’ da configuração da vontade (GRECO, 2015). Toda culpabilidade é, segundo isso, ‘culpabilidade de vontade’. Somente aquilo a respeito do qual o homem pode algo voluntariamente lhe pode ser reprovado como culpabilidade”.

É a culpabilidade que diferencia a conduta humana normal de um indivíduo qualificado a estar no convívio social, de modo que saiba do caráter ilícito de determinado fato típico cometido, de comportamentos decorrentes de indivíduos portadores de doença mental, ou daqueles que não possuem um desenvolvimento mental completo, acabando por não ter a possibilidade de respeitar o ordenamento jurídico para evitar que resultados ilícitos ocorram (MASSON, 2017).

Há, dentro deste instituto, o grau de culpabilidade, no qual Capez (2016) afirma ser o responsável por determinar a dosagem da pena em relação à reprovabilidade da conduta praticada pelo agente. Essa reprovabilidade é medida pelo grau de culpa, intensidade do dolo, a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos do crime e todos os aspectos subjetivos, relativos ao autor e os aspectos objetivos do fato, dados pelas consequências do crime e o comportamento da vítima.

Ainda, o autor define a teoria da culpabilidade adotada pelo Código Penal, qual seja a teoria limitada, como “as discriminantes putativas fáticas são tratadas como erro de tipo (art. 20, §1º), enquanto as discriminantes putativas por erro de proibição, ou erro de proibição indireto, são consideradas erro de proibição (art. 21)” (BRASIL, 1940). Além disso, traz três elementos da culpabilidade, sendo eles: a

imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta diversa.

Ao tratar da imputabilidade, que é o primeiro elemento da culpabilidade, se busca o fator da integridade mental do sujeito, que permite o entendimento e caráter lícito ou ilícito do fato e o domínio da vontade, que permite ao agente o controle de seus impulsos em relação à compreensão do fato e seu discernimento sobre ele. Então, presentes estes elementos, pode-se dizer que o agente tem capacidade plena de compreender e responder sobre seus atos perante o sistema jurídico. No Brasil, foi adotado um critério baseado na idade do indivíduo, pelo qual a partir do primeiro dia em que se completa 18 anos de idade, este é considerado imputável.

Nos casos em que os requisitos da imputabilidade não se apresentem, tem-se que o indivíduo se trata de alguém inimputável, ou seja, não tem a capacidade de diferenciar o lícito do ilícito, ou do permitido para o proibido. Para que haja a caracterização da inimputabilidade, é necessário que o agente se encaixe no critério biopsicológico adotado pelo Código Penal, em seu Art. 26, caput, onde dispõe sobre a isenção de no caso em de o agente devido doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado fosse “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” (BRASIL, 1940).

Masson (2017) se refere ao critério biopsicológico da inimputabilidade como o resultado da fusão de quem, ao tempo da prática do fato, possuir um problema mental, e por isso, não detém a capacidade de entender a ilicitude do fato, junto as atuações do magistrado e do perito, na busca de comprovar que ao tempo do fato, estava presente a condição de deficiência mental e que por isso não houve a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

São causas de inimputabilidade a menoridade (art. 27), doença mental (art. 26, caput), desenvolvimento mental incompleto (arts. 26, caput, e 27), desenvolvimento mental retardado (art.26, caput) e embriaguez completa de caso fortuito ou força maior (art. 28, §1º) (BRASIL, 1940).

O segundo elemento da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude, na qual ninguém poderá deixar de ser punido com a justificativa de que desconhece o teor ilícito da conduta praticada, pois as leis se tornam obrigatórias desde a sua publicação. Esclarece o artigo 21 que o desconhecimento da lei é inescusável,

juntamente ao artigo 3º, da Lei de às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), que dispõe “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (BRASIL, 2010).

A exigibilidade de conduta diversa é o terceiro elemento da culpabilidade, na qual se afirma que o comportamento diferente do escolhido pelo agente, em determinada situação, poderia ter sido diversa, no momento do fato, embora esse pudesse ter agido conforme a expectativa da coletividade. Esse elemento baseia-se no princípio de que só se punem condutas que poderiam ter sido evitadas.

De acordo com Capez (2016) existem duas causas que levam a exclusão da exigibilidade de conduta diversa, previstas em lei, quais sejam: coação moral irresistível, na qual se exige o emprego de força física ou de grave ameaça para que alguém faça ou deixe de fazer algo, e a obediência hierárquica. Sendo uma exigência, por parte de um superior hierárquico, capaz de viciar a vontade de seu subordinado, dentro de uma relação de direito público, através da administração pública.

2 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Apesar de divergências quanto ao período de seu surgimento, a Teoria da Cegueira Deliberada tem origem na *common law*, tendo “ampla aplicação no ordenamento jurídico norte-americano, em casos de tráfico de drogas e crimes do colarinho branco, sendo posteriormente ampliada e utilizada em diversos casos” (CORREIA e PÁDUA, 2018, p. 430). Destacou-se também no ordenamento jurídico inglês como *Willful Blindness Doctrine*, por meio de decisões jurisprudenciais, mais especificamente no caso *Regina vs Sleep*, como será explicado mais a frente neste trabalho.

A partir do uso em sentenças de alguns casos da Inglaterra, a Teoria da Cegueira Deliberada foi mais discutida e utilizada nos ordenamentos jurídicos de outros países de modo a preencher lacunas em diversos casos, embora não houvesse uma uniformidade de pressupostos, teses e decisões jurisprudenciais.

A teoria em questão foi criada para casos em que o agente, possuindo o conhecimento da tipicidade de sua conduta, se coloca intencionalmente em situação de ignorância, com o intuito de não ser responsabilizado pela sua prática (CORREIA e PÁDUA, 2018). Ou seja, ao longo do exercício da conduta, o agente ignora ser conhecedor de informações que estavam ao seu alcance, relevantes penalmente, com o intento de justificar posteriormente que era desconhecedor do ilícito praticado.

A doutrina teve maior repercussão no Direito Penal logo após passar a ser utilizada nos Estados Unidos como suporte para a responsabilização penal de indivíduos ligados ao narcotráfico e à lavagem de bens e ativos. Desta feita, segundo Laufer e Silva (2009 apud SARAIVA, 2016) a jurisprudência norte-americana acata a cegueira deliberada quando o agente preenche o elemento típico do delito ao atuar com o dolo de ignorar elementos concretos da situação em que está integrado, se colocando propositadamente em alienação diante de suas suspeitas, não se aprofundando no conhecimento de fato relevante atribuído a sua conduta.

O objetivo desta teoria, apontada por Sydow (2019), é o de solucionar uma situação lacunosa cuja origem advém da constatação de que o indivíduo é capaz de escolher o grau de conhecimento que deseja ter e, que por isso, deveria responder por tal decisão. Essa situação existiria pelo fato da tipicidade ser um conceito positivo, ou seja, serve somente situações deletadas no ordenamento

jurídico próprio, não incluindo as que são advindas da opção pela ignorância nos elementos do tipo.

Dentro da Teoria da cegueira deliberada, podem-se identificar dois elementos, a “cegueira deliberada e sentido estrito” e a “ignorância deliberada”. A primeira se define quando o agente, no momento anterior à prática da conduta, se coloca em situação de desconhecimento voluntário a um ou mais elementos do tipo, e quando a conduta ocorre posteriormente, afirma não ter conhecimento sobre o fato, pois escolheu fechar os olhos. A ignorância deliberada é definida quando o agente não se coloca em situação de ignorância em relação aos elementos do tipo, mas mesmo que suspeite da sua existência, deixa de se certificar de modo a afastar sua dúvida ou corrigir sua conduta, evitando ter o conhecimento do ilícito praticado e conseqüentemente, eventual responsabilidade.

Pela diferenciação das duas distintas formas de execução dessa doutrina, vê-se que se torna mais fácil o enquadramento de mais casos que possuam os requisitos necessários para o instituto da cegueira deliberada. A diferenciação entre ignorância deliberada e cegueira deliberada em sentido estrito, permite não serem abarcados apenas aqueles que não conhecem os elementos do tipo, mas também aqueles que, mesmo possuindo a facilidade sobre o conhecimento da conduta, escolhem não averiguar sua licitude.

A doutrina, como elucida Sydow (2019), em relação às formas de execução da cegueira deliberada, traz exemplos que esclarecem o entendimento, por associação, de situações em que se possa utilizar dela. No caso em que o agente suspeita, mas não investiga, agindo assim, com ignorância deliberada. Por exemplo, uma pessoa que compra mercadoria pornográfica sem inquirir se o material obtém pornografia infantil, um comerciante de bebidas alcoólicas que não questiona a idade de seu comprador, um gerente de banco que não verifica a existência de fundos e emite cheques administrativos, uma pessoa que aceita ser paga para dirigir um carro e passar por uma fronteira, o empresário que assina documentos ideologicamente falsos depositados em sua mesa, e assim se segue.

Já no caso da cegueira deliberada em sentido estrito, o agente suspeita que seu envolvimento possa resultar em uma situação ilícita e cria meios de evitar o conhecimento sobre elementos relativos à conduta. Como por exemplo, a empresa que instrui o porteiro a não receber correspondência, o delegado que ordena seu subordinado a dizer que estão fora do sistema na delegacia, o governante que

produz ferramentas para que não receba denúncias de corrupção, e outros. Importa destacar que todas as situações aqui narradas tem em comum o agente não possuir consciência ou conhecimento certo de algum elemento de sua conduta, que pudesse ser componente de um tipo penal.

Destarte, o amadurecimento das ideias e conceitos da teoria em estudo permitiu que, no decorrer dos anos, a sua utilização persistisse em casos de crimes financeiros ou transporte de materiais ilícitos, e, mais tarde, amadureceu de modo a começar a ser utilizada no narcotráfico. Recentemente, pela influência da aplicação nos tribunais americanos, essa teoria tornou-se mais discutida, inclusive, no Direito Penal Brasileiro, de forma que viesse a preencher lacunas da lei, principalmente nos crimes de lavagem de bens e ativos e corrupção.

Logo, sabe-se que a teoria da cegueira deliberada não tem como escopo a definição de uma lei para servir um caso específico, mas, busca o elemento subjetivo do tipo penal, ou seja, estuda o dolo e a existência do dolo eventual, para que se possa ver a possibilidade de sua aplicação no caso concreto.

2.1 Conceito e Requisitos

A teoria da cegueira deliberada, também conhecida como *The Ostrich Instruction Doctrine* (Doutrina das Instruções da Avestruz), que se refere à atitude do animal que enfia sua cabeça na terra para evitar que veja ou escute más notícias, assim sendo um meio de não tomar conhecimento de fatos desagradáveis, *Conscious Avoidance Doctrine* (Doutrina da Evitação da Consciência) ou mesmo *Willful Blindness Doctrine* (Teoria da Cegueira Deliberada) (SOUZA e SANTOS, 2019), de acordo com Correia e Pádua (2018), trata de situações em que o agente, sabendo ou desconfiando que esteja participando de negócios ilícitos, age de modo a permanecer em falta com o pleno conhecimento, ou até mesmo, saber da natureza dos negócios que já desconfia serem ilícitos.

Trata-se da ignorância voluntária, em que ao ir de encontro a algo que seja juridicamente reprovável, é tida como opção não tomar conhecimento sobre o fato, já que para que haja punição, necessário se torna saber se o agente, em tal posição, estava ciente do fato ilícito, e a fim de não ser responsabilizado de alguma maneira, se escusa de tomar conhecimento da prática ocorrida, com o intuito de beneficiar-se da aludida situação.

É interessante saber, que o sujeito que pratica conduta, ignorando o conhecimento de fator tipicamente penal, já com o pretexto de não saber que havia cometido o ilícito, imbuído com a ideia de que isso o faria não ser responsabilizado penalmente por sua conduta, é motivo para que este agente se encaixe na ignorância deliberada.

Desta forma, é possível afirmar que ao ignorar um fato relevante penal, que seja de fácil conhecimento, na prática da conduta, leva-se a conclusão de que há o instituto da cegueira deliberada.

Acerca da inserção dessa teoria em determinadas situações em que existem brechas da lei, alguns autores trabalham com a problemática de duas possíveis situações para a cegueira deliberada, como aponta Sydow (2019, p. 22):

- (a) a primeira, em que um agente se coloca em situação de cegueira em relação a um ou mais elementos do tipo, em momento anterior à prática da conduta e, quando a conduta ocorre no futuro, encontra-se (ou assim afirma) desprovido de conhecimento acerca de tal (tais) elementos – denominada “cegueira deliberada em sentido estrito”; e
- (b) a segunda, em que o agente não se coloca em situação de ignorância em relação a um ou mais elementos do tipo mas, suspeitando da existência de tal elemento, deixa de diligenciar no sentido de afastar sua dúvida ou corrigir seu desvio evitando, assim, conhecimento e eventualmente responsabilidade – denominada “ignorância deliberada”.

Destarte, vê-se que é necessário saber a distinção entre “cegueira deliberada em sentido estrito” e a “ignorância deliberada”, para que seja possível identificar a divergência da aplicação do dever de cuidado como justificativa dogmática do instituto. Dito isto, Sydow (2019) traz, em sua obra, a existência de divergências de entendimento sobre o elemento subjetivo que deve ser utilizado na Cegueira Deliberada, pontuando que há quem compreenda ser a culpa grave/imprudência grave (*recklessness*) ou que lhe caiba à negligência, há ainda quem entenda que se trata do dolo eventual, porém, a positivação é no sentido de que se trata de dolo comum. (SYDOW, 2019).

Importante se torna destacar que a possibilidade da inserção do instituto da cegueira deliberada em sentido estrito não segue o mesmo viés da ignorância deliberada. Nos Estados Unidos da América do Norte, segundo Sydow (2019), não é possível encontrar uma uniformidade na base de argumentação das condenações dos réus que se encontram em situação de ignorância deliberada. Ainda, afirma que, em parte significativa dos casos norte-americanos ocorridos, alega-se a

possibilidade de imputação subjetiva de culpa em decorrência da violação do dever de cuidado.

Já na Espanha é possível perceber, pelos julgados da Suprema Corte, os quais serão mais bem debatidos posteriormente, que há a utilização do dever de cuidado como argumento fundamental nas situações de ignorância deliberada, sendo esta utilização mais clara e notória do que na cegueira deliberada em sentido estrito. De modo que, neste, não se pode exigir que o agente tivesse o dever de cuidado, por se tratar de situação futura. Já na ignorância deliberada, a violação do dever de cuidado pode ser utilizada como justificativa, pois a escolha em não diligenciar sobre a suspeita do ilícito é feita no momento exato da sua execução, e a necessidade desse dever de cuidado é explícito, visto que a análise da execução da conduta e a grande possibilidade do fato se constatar ilícito ocorrem concomitantemente.

Outra forma, além do dever de cuidado como justificativa para a aplicação do instituto da cegueira deliberada, surgiu com a criação do Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), criado pelos Estados Unidos, em 1962, o qual foi adotado como norma padrão. A utilização desse Código possibilitou que as propostas da Teoria da Cegueira Deliberada, ou *Willfull Blindness*, fossem mais amplamente discutidas e ocorresse uma averiguação para que se verifique a alta probabilidade da existência de um elemento do tipo na conduta de um agente, em um caso concreto. Assim, surgiu a tese do Princípio da Alta Probabilidade como justificativa dogmática, de acordo com esse instituto, não seria mais necessário que a atitude do agente estivesse contida na omissão de um dever jurídico de cuidado, mas apenas que se fosse constatado a alta probabilidade da conduta executada se tratar de algo reprovável no tipo penal.

Necessário se torna frisar que o Código Penal Modelo (XAVIER UNIVERSITY, 2007) não prevê diretamente o instituto da cegueira deliberada, mas permite que se possa desenvolver uma lógica advinda dessa doutrina. Isto se prova através dos Requisitos Gerais da Culpabilidade, na Seção 2.02 (7), do *Model Penal Code*, determina que quando o conhecimento de um fato particular é um elemento de uma ofensa, este conhecimento se perfaz quando uma pessoa está ciente da alta probabilidade da existência desse elemento de ofensa, a menos que ela acredite que esse realmente não exista; e, ainda, na Seção 2.02 (8) aduz que se pode

considerar que alguém age deliberadamente quando tem conhecimento dos elementos de uma ofensa³ (XAVIER UNIVERSITY, 2007).

Para Sydow (2019), a segunda justificativa se torna mais radical por permitir que o juiz do caso determine se cabe ou não a aplicação do instituto estudado, pois não há um parâmetro positivado sobre o grau da probabilidade suficiente para o enquadramento do indivíduo em cegueira deliberada. Então essa radicalidade reside no fato de que quem irá decidir sobre esse parâmetro a ser adotado será o magistrado, podendo assim agir mediante arbitrariedade. Porém, mesmo tendo conhecimento da possível ocorrência dessa arbitrariedade, é apenas por meio desse viés que se é possível punir a cegueira deliberada em sentido estrito, já que de acordo com a primeira justificativa, seria necessário julgar a inevitabilidade de um dever jurídico de cuidado futuro, e a punição pautada em um fato futuro deve ser repudiada.

Sendo assim, Marcus (apud Sydow, p.132), trata a alta probabilidade de maneira subsidiária, ou seja, para ele, primeiramente deve se analisar a ocorrência ou não do dever jurídico de cuidado, para apenas com a falta deste se averiguar a ocorrência da alta probabilidade da existência de um elemento de ofensa. Ainda, tendo em vista que o legislador não se importou com a positivação do conceito de ignorância provocada, para o aludido autor, o conceito procurado deve se pautar na previsibilidade de uma pessoa com capacidades e preocupações médias, já que o instituto em estudo utiliza o homem médio/prudente, como sujeito ativo da conduta praticada.

Além de tudo, o debate acerca da cegueira deliberada ao longo dos tempos foi se aprimorando. O surgimento da doutrina proporcionou uma maturação de preceitos, definições e pressupostos, necessitando assim, de que houvesse requisitos para a configuração desse instituto com o objetivo de respeitar e zelar pela integridade e liberdade dos indivíduos, mesmo que suspeitos da prática de crime. É assim necessário que haja concordância entre três requisitos fundamentais, de acordo com Ragués i Vallès (apud SARAIVA, 2016), o primeiro deles é sobre a

³“Section 2.02. General Requirements of Culpability [...] (7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.

(8)Requirement of Wilfulness Satisfied by Acting Knowingly. A requirement that an offense be committed wilfully is satisfied if a person acts knowingly with respect to the material elements of the offense, unless a purpose to impose further requirements appears” (XAVIER UNIVERSITY, 2007).

necessidade de suspeita justificada do agente que tenha contribuído para a atividade ilícita. Isto é, o próprio agente que se escusa voluntariamente de ter conhecimento acerca da conduta praticada, se mantendo assim em ignorância.

O segundo requisito, trata da decisão do sujeito de permanecer na ignorância, mesmo podendo dispor, direta ou indiretamente, da informação que se pretende evitar. Melhor dizendo, devem ser de fácil acesso ao agente os documentos, provas e indícios que lhe possibilite chegar ao entendimento de que exista um ilícito na sua conduta, e mesmo assim, deseja esse agente seguir pela ignorância.

E o último requisito, dispõe sobre o componente motivacional, inspirado no objetivo de se beneficiar do estado de ignorância incentivado pelo interessado, evitando assim a assunção dos riscos inerentes a uma eventual exigência de responsabilidade criminal.

Deste modo, o autor define uma linha de critérios a serem seguidos, para que haja a possibilidade de estabelecer limites ao instituto da cegueira deliberada e, também, para que este seja aplicado sem que ocorra qualquer tipo de uso demasiado de poder nas decisões judiciais.

2.2 A Evolução da Teoria da Cegueira Deliberada na Esfera Internacional

A discussão acerca da Teoria da Cegueira Deliberada caminha por várias décadas, nas quais passaram por uma evolução mediante o aprimoramento dos seus preceitos e particularidades. Estes amadureceram com o passar do tempo e foram moldando sua adequação na sociedade a partir de eventos que necessitassem do enquadramento desse instituto.

Apesar de controvertido, de acordo com Robbins (apud RÉGIS, 2016) a Teoria da Cegueira Deliberada surgiu na Inglaterra, onde no ano de 1861, e foi usada juridicamente, pela primeira vez, no caso *Regina vs Sleep*, no qual um ferreiro, após ter embarcado em um navio com um barril repleto de parafusos de cobre contendo o símbolo real de propriedade do Estado, foi acusado de intentar contra a lei sobre desfalques em depósitos públicos, uma ofensa que requer conhecimento de que os bens eram de propriedade do governo. Ao anular a condenação, o juiz *Willes* afirmou que "o júri não descobriu, ou que o homem sabia que os parafusos eram marcados (como propriedade do governo) ou que ele se absteve voluntariamente de adquirir esse conhecimento". Sugerindo assim, que,

com provas suficientes, o tribunal teria sustentado a condenação por ignorância deliberada ao invés de conhecimento real (ROBBINS, apud RÉGIS, 2016).

Após esse caso, o instituto da cegueira deliberada, decorridos quatorze anos, aparece novamente nos tribunais ingleses, desta vez no caso *Bosley vs Davies*, no ano de 1875, em que o acusado era proprietário de um estabelecimento de pensão onde, segundo a acusação, permitia jogos ilegais em suas instalações. O acusado afirmava em sua defesa, que não sabia da prática ilegal que acontecia no estabelecimento e que o conhecimento sobre esse fato era de grande relevância para prosseguimento da ação.

Em discordância à afirmação do acusado, o Tribunal asseverou que o conhecimento real sobre o fato não era obrigatório, embora devessem existir circunstâncias concretas e irrefutáveis de que o proprietário do estabelecimento, juntamente aos seus funcionários, teria o conhecimento de que ali se praticava atividades ilícitas e de alguma forma, havia o benefício em cima do fato. Desde então, o Tribunal recebeu o instituto da cegueira deliberada, diante de fato ilícito, é satisfatório para que se enquadre o acusado no tipo penal do caso concreto.

Desta forma, no final do século XIX, tornou-se pacífico o entendimento que, o instituto da *Willfull Blindness* (Cegueira Deliberada), era semelhante ao conhecimento da ilicitude do ato, podendo condenar na mesma proporção do fato.

Mais adiante, no ano de 1899, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, trouxe a aplicação da teoria, de forma completa, no caso *Spurr vs United States*, em que o acusado era gerente de um banco e no exercício de sua função teria emitido cheques de um cliente, pessoa jurídica, sem que a existência de fundos fosse verificada anteriormente. Ao tempo do juramento, a corte exigia o conhecimento e a intenção do agente, porém, o propósito deste poderia ser exatamente a situação em que o acusado se colocou intencionalmente em ignorância do fato (SYDOW, 2019, p. 78).

No decorrer do julgamento, foi levado a conhecimento do júri, o fato de que, poderia o acusado ser condenado se restasse indícios de que o mesmo haveria, propositadamente, ignorado o fato criminalmente relevante ou evitado ter o conhecimento da conta e do saldo do cliente, assim evitando não ser responsabilizado pelo fato (SYDOW, 2019, p. 79).

Indubitavelmente, vê-se que houve grande impasse sobre como estabelecer um parâmetro dessa teoria. Com isso, a sociedade americana passou a associar

mais o raciocínio da ignorância deliberada, em específico nos casos que tratassem de falências fraudulentas e questões econômicas e tributárias. Nesse seguimento, através de precedentes jurídicos semelhantes, foi em 1970 que a teoria começou a ser aplicada contra o narcotráfico, através da promulgação do *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* (CDAPCA), de 27 de Outubro. Tal ato traz o crime definindo-os em duas condutas, configuradas pela importação de substâncias que se sabiam serem controladas pelo governo e a posse dolosa destas, com o intuito de distribuição.

Ainda, apesar de tudo o que já foi narrado, o instituto da teoria da cegueira deliberada continua a ser comparado com um material de pesquisa, sem que esta influa diretamente em decisões importantes, ou possa ensejar em precedentes formados para atender aos casos em que se possa sugerir a ignorância deliberada.

Apesar disso, no decorrer da história, surgiram ferramentas que pudessem trazer o instituto da cegueira deliberada, mesmo que de modo indireto. Como ocorreu em 1962, através do surgimento do Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), nos Estados Unidos da América do Norte, onde a maioria dos estados passou a debater mais sobre a proposta da cegueira deliberada, como já foi discutido no tópico anterior. Adiante, elucida Sydow (2019), que o Código Penal Modelo adotado pela Suprema Corte como referência geral da aplicação do Direito Penal, foi utilizado de modo a destacar o instituto da cegueira deliberada. Inclusive, no caso *United States vs Jewell*, em 1976, que passou a ser o marco referencial do tema, no qual Charles Jewell, que se encontrava em um bar na companhia de um amigo, quando chegou uma terceira pessoa que após de oferecer-lhe maconha, o convidou a dirigir um carro através da fronteira por cem dólares. Aceitando o convite e na passagem pela alfândega, o carro foi parado e inspecionado pelas autoridades, sendo encontrada substância identificada como maconha em um compartimento secreto no interior do veículo. Ao ser questionado sobre a maconha encontrada, Jewell afirmou não ter conhecimento sobre o compartimento secreto, porém, a Corte de Apelações Federais compreendeu que a justificativa de não saber exatamente o que estava transportando no seu carro não excluiria a sua responsabilidade diante do crime praticado, pois o mesmo teria agido com o intuito consciente de evitar ter conhecimento da natureza do produto que transportava.

Outro marco norte americano que deu destaque a *willful blindness*, foi o caso civil *Global - Tech Appliances Inc vs SEB SA*. O caso se iniciou quando a SEB,

empresa com sede na França, patenteou uma fritadeira com invólucro plástico externo de baixo custo. Outra empresa chamada Pentalpha Enterprises, subsidiária da Global – Tech Appliances, adquiriu o produto melhorado da SEB e produziu um similar a este, logo solicitando um “estudo de direito de uso” a um advogado dos EUA, que não sabendo da existência de cópia produzida pela Pentalpha, alegando este que não havia violação de patente. Assim, o produto passou a ser vendido para a Sunbeam Products Inc., que revendia esses produtos para seus clientes. A SEB tomou conhecimento e alegou violação de patente pela Sunbeam, esta notificou a Pentalpha, que agiu indiferentemente perante a ação e continuou a vender para outras empresas: a Fingerhut Corporation e a Montgomery Ward & Co., que revendiam suas fritadeiras nos EUA. A SEB, ao tomar conhecimento da continuidade das vendas, processou a *Pentalpha, Global – Tech Appliances e Montgomery*. O Tribunal Distrital dos Estados Unidos, no Distrito Sul de Nova York, decidiu contra a Pentalpha (OYEZ, 2010).

Em fevereiro de 2010, o Tribunal de Apelações do Circuito Federal dos EUA, confirmou a decisão do tribunal distrital e sustentou que a “indiferença deliberada” a possíveis direitos de patente satisfaz os requisitos de conhecimento para violação reduzida (OYEZ, 2010).

É possível notar que não há um parâmetro único de enquadramento dentro dos casos narrados para a Teoria da Cegueira Deliberada. Esta, desde seu início, abrange as situações em que não se torna possível a responsabilização de agentes que tenham se escusado de obter conhecimento de elementos de uma infração, assim, não respondendo pela conduta praticada.

3 ESTUDO DA (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em razão de seu caráter de “importação”, consequenciais relativos a esta característica, como o fato de a Teoria da Cegueira Deliberada não ter sua aplicação pacífica perante os tribunais brasileiros, que vêm junto à doutrina aplicando a referida doutrina de forma ainda tímida (GEHR, 2012), faz-se necessário um estudo sobre seus principais delineamentos de modo averiguar a sua compatibilidade com o direito pátrio.

Nesta senda, destina-se este último capítulo à abordagem do surgimento nacional da teoria em estudo sob ótica doutrinária e jurisprudencial, de modo que, junto à análise realizada quanto aos elementos componentes da teoria do crime no direito pátrio, se permita avaliar o juízo de admissibilidade de sua aplicação no Brasil.

De antemão, conforme averiguado no capítulo imediatamente antecedente, sabe-se que os preceitos principais de aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada, no momento, norteiam-se com base na importação de critérios extraídos do direito estrangeiro, em especial, o direito inglês, de tradição *common law*.

É nesta esteira de compreensão que Arouck (2017) ressalta, frente à possibilidade de amadurecimento desta teoria nos tribunais brasileiros, a necessidade de alterações legais que sirvam de sustentáculo normativo para que se venha a implementar a aplicação da mesma no ordenamento jurídico pátrio. Ato contínuo, o referido autor, sem desprezar a existência de uma ampla problemática extralegal identificada na Teoria da Cegueira Deliberada, destaca a importância de seu estudo sério e dedicado, de modo que se permita sua melhor delimitação e consequências, à luz da Constituição Federal de 1988, e, conseqüentemente, que a mesma funcione como apoio no combate à impunidade.

Apoio este que pode ser visualizado, por exemplo, na possibilidade de colaboração da teoria sob análise na maior efetividade da persecução penal no Brasil. Mas que deve ser, conforme destacado, bem avaliado diante das vedações de nosso ordenamento, como a vedação à responsabilidade objetiva, aceita no âmbito cível, mas inviável na seara penal, onde a conduta do agente delinquente deve ser permeada por elemento subjetivo, seja dolo ou culpa – o que fora amplamente abordado no capítulo inaugural deste estudo.

Diante desta necessidade de adaptação da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico pátrio e os riscos de uma recepção turva da mesma, o que é característico, *data vênia*, no direito brasileiro, é que sua aplicação suscita uma série de críticas, temeridades e mesmo incompreensões em *terrae brasilis* ⁴.

3.1 Abordagem no Brasil

(a) Perspectiva Doutrinária

Conforme observado no capítulo anterior, o surgimento da Teoria da Cegueira Deliberada se deu no âmbito do sistema do *commom law*. No entanto, outros países, incluindo países de tradição civil law, veem utilizando tal doutrina para fundamentar alguns casos levados a julgamento, é a situação que se verifica no Brasil.

Neste contexto, se demonstram dificuldades na abordagem e a aplicação da referida teoria. Assim considerando, perpassa-se pela visão doutrinária, nesta subseção, para nas próximas, dar-se foco à análise da Teoria da Cegueira Deliberada consoante a jurisprudência pátria.

Conforme Galvão e Laufer (2009 apud SILVA, 2017)⁵, o ponto central, gerador de críticas, temeridades e (in)compreensões, para aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil seria a questão em torno de dolo eventual. Nesta esteira de entendimento, Arouk (2017) confirma os delineamentos das discussões sobre a teoria em estudo, mencionando que as supremas cortes, incluindo-se a Suprema Corte brasileira (STF), vem aplicando a mesma nos moldes de uma espécie de extensão do elemento dolo eventual, manifestando entendimento segundo o qual assume o risco do resultado aquele agente que de modo intencional se coloca em situação de ignorância a respeito dos fatos.

Conforme o que se pode ter acesso, outro representante da doutrina nacional, Renato Brasileiro, aborda a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada sob a perspectiva do reconhecimento do dolo eventual num posicionamento aparentemente favorável (diferente de, por exemplo, LUCCHESI (2018), trabalhado

⁴ Referência ao termo cunhado pelo Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, doutor e pós-doutor em Direito.

⁵ Embora se tenha tentado acessar o artigo original dos autores, Galvão e Laufer, o mesmo encontra-se apenas numa plataforma (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM) de acesso restrito (mediante pagamento), o que inviabilizara o contato direto.

mais a frente, no que concerne às discussões quanto à aplicação da Teoria no julgamento, pelo STF, da AP nº470). Assim, Brasileiro (2016, p. 326 apud RODRIGUES, 2018, p.4) menciona que a teoria em estudo

[...] pode ser aplica 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 impedem de aperfeiçoar sua representação acerca dos fatos e por força desta teoria, aquele que renuncia adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa do crime responde por ele como se tivesse tal conhecimento, não adiantando para tanto fechar os olhos.

Correia e Pádua (2018, p.428) abordam a Teoria da Cegueira Deliberada também sob a perspectiva do dolo no direito penal nacional e as “controvérsias existentes sobre a Teoria no âmbito da inexistência do dolo”, chegando à conclusão de que, com a devida adequação, a mesma pode e deve ser aplicada no Brasil, funcionando como importante ferramenta à disposição do Poder Judiciário, frente às lacunas na lei e necessidade punição de agentes delinquentes.

Resta claro que a teoria em pauta suscita questionamentos quanto a sua compatibilidade e adequação ao ordenamento jurídico pátrio em virtude dos elementos subjetivos do tipo penal tradicionalmente considerados no direito penal nacional e riscos de imputação objetiva. Consoante fora apresentado no capítulo inaugural deste estudo, o sistema jurídico brasileiro optou pela imputação penal subjetiva, em lugar da objetiva, e seria este o principal dilema, junto à questão do dolo, a ser enfrentado pela Teoria da Cegueira Deliberada.

Além da questão da responsabilização penal objetiva, é interessante que se cite, menciona ainda Arouk (2017), as relações entre a Teoria da Cegueira Deliberada, o princípio da legalidade e proibição da analogia e interpretação extensiva *in malam partem* no direito penal pátrio. Arouk (2017), quanto a um juízo sobre a aplicação da Teoria no Brasil, denota temeridade, visto que para o autor a equiparação de dolo eventual e cegueira deliberada é equivocada.

De mais a mais, seria possível estender esta parte da pesquisa por muitas páginas apenas demonstrando os posicionamentos contrários e favoráveis à aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no âmbito da doutrina, a qual fora aqui considerada como englobante da literatura científica (com artigos publicados em periódicos), acadêmica (com trabalhos de conclusão de curso) e técnica (com livro específico da área de direito penal). Conforme bem aponta Klein (2012, p.18), “há

partidários para todas as causas, não havendo nenhuma unanimidade quanto à possibilidade de aplicação da Doutrina da Cegueira Deliberada [...] no Direito Penal Brasileiro”.

No entanto, o principal aspecto controvertido, e seus desdobramentos, quando da aplicação da teoria sob estudo já fora destacado: a sua equiparação à figura do dolo eventual e os riscos de configuração de uma responsabilidade penal objetiva. Assim, segue-se o desenvolvimento deste estudo com a observação do tema no âmbito dos tribunais brasileiros – o que fora, mesmo que sutilmente, já pincelado, vez que, parte da matéria tratada como doutrina usa como objeto de análise justamente algumas decisões judiciais, destacadamente a Ação Penal nº 470.

(b) Perspectiva jurisprudencial

3.1.2.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF

Numa pesquisa primária, ao se pesquisar sobre Teoria da Cegueira Deliberada no âmbito jurisprudencial, os resultados em sua maioria levarão o pesquisador para casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a fartamente referenciada Ação Penal - AP nº 470, mais conhecida como “Caso Mensalão” (numa pesquisa simples, no *google scholar*, concentrando-se no intervalo de tempo 2012-2019 e em resultados em português (Brasil) , 213 resultados são encontrados para o comando “ação penal nº 470; cegueira deliberada”).

Ocorre que no âmbito da mencionada AP, discutiu-se a viabilidade de aplicação da teoria aqui estudada, definindo o STF que, em síntese, a cegueira deliberada se refere à situação em que determinado agente finge não perceber, ou seja, dissimula fingimento sobre uma certa situação de ilicitude para que seja possível, então, alcançar vantagens (BRASIL, 2012).

Naquela Ação Penal, mais especificamente o voto da Ministra Rosa Weber teve como fundamento a cegueira deliberada para condenação pelo cometimento do delito de lavagem de dinheiro. Neste sentido, ressalta Lucchesi (2018, p.95) que “chama atenção como a alegação dos acusados de conhecimento da origem dos pagamentos foi utilizada para construir a fundamentação referente ao dolo no voto da ministra Rosa Weber”, o qual, “de todo o julgamento feito em instância originária

pelo Supremo, o seu voto foi o único a fornecer parâmetros objetivos para a aplicação da cegueira deliberada no Direito brasileiro”.

Conforme o voto da Ministra (BRASIL, 2012, p.238), havia a possibilidade de identificação na conduta dos acusados no caso, “a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada”, bem como se manifestara ainda no sentido de que a Teoria da Cegueira Deliberada, aplicável ao crime de lavagem de dinheiro, “estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta”.

Ato contínuo, a Ministra do STF, Rosa Weber (BRASIL, 2012) faz alusão ao art.18, inciso I, do Código Penal brasileiro para demonstrar que pratica crime doloso não apenas quem age segundo os critérios de consciência e vontade da realização da conduta delituosa, mas também aquele que assume o risco de produzir resultado delitivo, no que se configura como dolo eventual. Acentuando que tal elemento subjetivo é aplicável ao crime de lavagem de dinheiro, segundo a tipologia da Lei nº 9.613/1998, e que o direito brasileiro não exige para que se admita o dolo eventual, “a previsão legal específica junto a cada tipo penal. [destacando que] Com efeito, a doutrina e a jurisprudência sempre se satisfizeram com a previsão de tal modalidade do dolo na parte geral do Código Penal” (BRASIL, 2012, p.239).

É interessante ainda que se ressalte um dos principais argumentos de política criminal apresentado pela Ministra, segundo a qual, caso se dependa a configuração do crime de lavagem de dinheiro segundo o estabelecimento do tipo subjetivo dolo direto, tornar-se-ia a dogmática cenário prolífico para a impunidade:

[...] a exclusão do dolo eventual levaria, na prática, à impunidade das formas mais graves da prática de lavagem de dinheiro, especialmente dos crimes praticados por profissionais da lavagem, de ordinário distantes dos crimes antecedentes e sem motivos para aprofundar o seu conhecimento a respeito. Admitindo-se o dolo eventual, viabiliza-se uma resposta penal apropriada a esse fenômeno sem ir ao extremo de prescindir da ciência pelo agente da lavagem da elevada probabilidade da procedência criminosa do objeto da transação (trecho do voto da Ministra Rosa Weber no julgamento da AP nº 470, “Caso Mensalção”) (BRASIL, 2012, p.241).

Conforme se observa, e conforme prenunciado no âmbito das discussões doutrinárias, a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada permeia a questão do

dolo eventual, sendo tratada nos seus termos. Nas palavras de Lucchesi (2018, p.106), contrário à equiparação, o que se observa é a legitimação do uso da teoria aqui em estudo pela jurisprudência pátria, de modo que se autorizou a sua utilização com a finalidade de que seja permitida a punição de “condutas em que seria impossível a atribuição de conhecimento ao autor, de modo a obstar o reconhecimento de dolo”.

Um posicionamento que gera temeridades, sob a perspectiva da dogmática penal, frente aos direitos fundamentais individuais, uma vez que apresenta-se de modo “a superar a ausência efetiva de prova desfavorável ao autor, presumindo – e não atribuindo – conhecimento” (LUCCHESI, 2018, p. 106), mas que apresenta soluções em sede de política criminal. Mas e os demais tribunais pátrios, como recepcionam a matéria da cegueira deliberada? É o que se aborda sequencialmente.

3.1.2.2 Parâmetros para a pesquisa: como se chegou à delimitação dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (crimes econômicos) no âmbito dos Tribunais Federais

Conforme parâmetros objetivos de pesquisa, além do STF, é crescente a abordagem da Teoria da Cegueira Deliberada nos tribunais brasileiros. Neste sentido, para a coleta de dados e, posterior, averiguação do trato jurisprudencial do tema, foram estabelecidos alguns critérios.

Primeiro, optou-se pela pesquisa *online*, devido a sua viabilidade frente ao tempo disponível para desenvolvimento, conclusão e apresentação deste estudo, adotando-se como banco de dados, a plataforma JusBrasil, por indexar toda a jurisprudência nacional, de todos os tribunais. Em consequência da utilização desta plataforma e suas exigências, fora necessário estabelecer o marco temporal da pesquisa pontuando dia, mês e ano para os marcos inicial e final (conforme se demonstra a frente), quanto ao tipo de conteúdo, por a plataforma oferecer também outros conteúdos jurídicos, como artigos de opinião, restringiu-se o conteúdo ao filtro “jurisprudência”.

Segundo, definiu-se como “palavra-chave” de pesquisa a expressão “Teoria da Cegueira Deliberada”, em lugar de suas variantes (Teoria/Doutrina da cegueira intencional, Teoria/Doutrina do ato de ignorância consciente, Teoria das Instruções da Avestruz ou somente Instruções da Avestruz, entre outras), por ser esta a

adotada neste estudo, desde o seu título, sua delimitação conceitual e demais deslindes.

Terceiro, na esteira das exigências do banco de dados utilizado, estabeleceu-se o marco temporal para a pesquisa de 01.08.2005 a 01.10.2019. Justifica-se o marco inicial em Gehr (2012), Klein (2012)⁶ que mencionam a Ação Penal nº 200581000145860, julgada em 2005 e proveniente da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, como o caso que mais gerou repercussão até meados de 2012. Trata-se, nas palavras da autora, de “ação penal em que se buscou imputar a prática de lavagem de dinheiro a dois sujeitos que venderam diversos veículos a partícipes do célebre furto à caixa-forte do Banco Central de Fortaleza, em agosto de 2005” (GEHZ, 2012, p.39). Quanto ao marco final, 01.10.2019, este se justifica diante das limitações de prazos para conclusão e apresentação deste estudo.

Inicialmente, aplicando-se os critérios mencionados, fora realizada uma primeira consulta, utilizando-se no grau de jurisdição o filtro “todos” (1º e 2º grau) e no quesito tribunal a opção “marcar todos” (STF, STJ, TSE, TST, STM, TNU, TRFs, TREs, TRTs, TJs, TCEs, CNJ e TCU), alcançando um resultado de 1.175 menções da expressão “Teoria da Cegueira Deliberada”. Deste total, contabilizam-se 9 (nove) para o STF, 60 (sessenta) para o STJ, 8 (oito) para o TSE, 29 (vinte e nove) para o TST, 6 (seis) para o STM, nenhuma para o TNU, 450 (quatrocentos e cinquenta) para os TRFs, 38 (trinta e oito) para os TREs, 151 (cento e cinquenta e um) para os TRTs, 418 (quatrocentos e dezoito) para os TJs, nenhum para TCEs e CNJ, e 2 (dois) para o TCU.

Na análise dos dados obtidos nesta primeira consulta, percebe-se que são os TRFs os principais tribunais a citarem a “Teoria da Cegueira Deliberada”, o que redefiniu os critérios para a pesquisa em seu segundo passo: aplicou-se, junto aos demais critérios, no quesito tribunal apenas a opção “TRFs”. Analisando os dados obtidos nesta segunda etapa, observou-se o seguinte: as menções à “Teoria da Cegueira Deliberada” são em sua maioria em Apelações Criminais julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4.

⁶ “[...] o leading case brasileiro da Doutrina deu-se na sentença que julgou o furto ocorrido no Banco Central do Brasil, em Fortaleza-CE, na madrugada de 05 para 06 de agosto de 2005, em que uma quadrilha escavou um túnel de 89 metros, e furtou a quantia de R\$ 164.755.150,00, em notas de R\$ 50,00, monta que consagrou o assalto como o maior da história do país e o segundo maior roubo a banco do mundo” (KLEIN, 2012, p.9).

Aparece ainda nos resultados além do TRF4, o Tribunal Regional da 3ª Região – TRF3 (com menções à teoria em Apelações Criminais e Apelações Cíveis), Tribunal Regional da 2ª Região – TRF2 (com menções à teoria em Apelação Criminal) e Tribunal Regional da 1ª Região – TRF1 (com menções à teoria em Apelação Criminal), e, quanto à natureza processual, além de Apelações Criminais, foram encontrados Embargos Infringentes de Nulidade (TRF4), Apelação Cível (TRF4 e TRF3), Habeas Corpus – HC (TRF4), Agravo de Instrumento (TRF4), Revisão Criminal (TRF4), Remessa Necessária (TRF4), Recurso Criminal em Sentido Estrio (TRF4).

Em decorrência dos encaminhamentos demonstrados, afunilaram-se os critérios de pesquisa. Assim, no quesito tribunais fora selecionado o filtro TRFs – TRF4, tendo em vista que este tribunal é o que mais menciona a Teoria da Cegueira Deliberada de 2005 a 2019; no quesito grau de jurisdição, por sua vez, utilizou-se o filtro “2º grau”, por serem as menções a teoria majoritariamente feitas em sede de julgamento de Apelações Criminais. Neste ponto, com um resultado de 430 menções, fora possível identificar os principais crimes nos quais incide análise sob a perspectiva da Teoria da Cegueira Deliberada, são eles: sonegações e apropriações indébitas, contrabando e descaminho, tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas, falsificação e alterações de documentos públicos, lavagem de capitais, lavagem de ativos, lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, dentre outros, os quais, em síntese, tratam-se de crimes contra a ordem econômica e financeira.

Em função da delimitação possibilitada pelo percurso de pesquisa, somada às recentes alterações legislativas na área e constantes denúncias, principalmente envolvendo a administração pública, elegeu-se para análise da aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores

3.2 Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores

Fora demonstrado por meio de dados jurisprudenciais que a Teoria da Cegueira Deliberada, apesar de recentemente recepcionada em termos de aplicação e discussão no Brasil, vem sendo mencionada, mesmo que não fartamente, pelos tribunais brasileiros, destacando-se os tribunais federais, e, em especial, o TRF4, no

tocante aos crimes contra a ordem econômica e financeira. No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal.

Neste cenário, delimitou-se a análise da aplicação da teoria em estudo e sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, quanto aos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, utilizando-se, - dentro dos parâmetros de pesquisa anteriormente abordados e esclarecidos-, de três casos concretos levados a julgamento.

Tal direcionamento ainda se fundamenta em virtude dos apelos atuais do tema entorno dos crimes dessa natureza, na perspectiva de alterações legislativas, a denominada “Lei de Lavagens de Dinheiro”, Lei nº 9.613/1998, fora alterada pela Lei nº 12.683/2012, para maior eficiência da persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, bem como na perspectiva das denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal - MPF. Para se ter noção do quão crescente são os casos de lavagem de dinheiro, o Conselho Superior do MPF criou, em 2016, o Grupo de Apoio sobre Lavagem de Dinheiro - GALD, com objetivo principal de realizar análise quanto a pertinência, em casos de investigação ou persecução de crimes dessa natureza, de requisições de apoio operacional submetidos por membro, assim como providenciar o apoio requerido por meio de indicação de membros do grupo com a expertise requerida no caso em espécie (art. 2º da Instrução de Serviço 2CCR/MPF nº1/2016) (MPF, 2016).

3.2.1 Análise de como é abordada a Teoria da Cegueira Deliberada segundo casos concretos de crimes de lavagem de dinheiro e afins levados a julgamento perante o TRF4

Seguindo os parâmetros de pesquisa estabelecidos, segue-se com a análise da abordagem da Teoria da Cegueira Deliberada, desta feita, segundo casos que se enquadram como lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, levados a julgamento perante o TRF4.

O primeiro é o Agravo de Instrumento nº 5038431-39.2018.4.04.0000/PR interposto pela Hochtief do Brasil SA, nos Autos de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa nº 5017254-05.2017.4.04.7000/PR, por participar de esquema criminoso de lavagem de dinheiro no âmbito da Operação Lava Jato.

Em sede do referido Agravo, a recorrente alegou que foi incluída no polo passivo da lide *sob judice* apenas por ter integrado um consórcio com a finalidade de construção de uma sede administrativa da Petrobrás, o qual fora palco de uma série de irregularidade e fraudes financeiras, como cartel e fraude licitatória, no intuito de lavagem de dinheiro. Conforme a mesma, a petição inicial e decisão proferida na já mencionada Ação Civil Pública não qualifica e tampouco individualiza condutas, bem como não relaciona elementos probatórios capazes de culpá-la criminalmente, requerendo, assim, “a reforma da decisão agravada, ante à inépcia da inicial pela a ausência de individualização da conduta e sua inquestionável ilegitimidade passiva de parte” (PARANÁ, 2018).

A relatora do Agravo, a desembargadora Vânia Hack de Almeida, em decisão monocrática, julgou pela improcedência do mesmo, com amparo na Teoria da Cegueira Deliberada. Vejam-se trechos da decisão:

A situação concreta remete a uma circunstância de “cegueira deliberada”, ou, segundo expressão cunhada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, “*Willful Blindness Doctrine*” ou “*conscious avoidance*” que se define pela indiferença consciente em relação a elementos indicativos de eventual ilicitude de uma conduta em razão da expectativa de percepção de benefícios que dela podem derivar.

No presente caso, é crível admitir que as empresas que atuaram em consórcio no mínimo se omitiram no dever de zelo que deveriam ter na relação jurídica que estavam estabelecendo entre si e com a Estatal.

[...]

Pelo demonstrado, sobre a necessidade de demonstração do elemento subjetivo também não devem pesar maiores dúvidas. Àquelas empresas que atuavam no cartel e, portanto, concorreram para os atos de improbidade, assim procediam com **óbvia consciência e dolo. No que se refere às empresas que apenas se beneficiaram, não é crível entender que não sabiam dos conluios.** O consórcio oferece a proposta nas licitações, elabora projetos de grande porte QUE custam milhões para a empresa, não é aceitável supor que empresas consorciadas participaram de licitações encenadas, nas quais sequer havia sentido gastar com projetos, sem perceber. E, caso isso acontecesse, a empresa possui responsabilidade por culpa, tratando-se de caso de **cegueira deliberada.** (PARANÁ, 2018a, grifo nosso).

O segundo caso selecionado é a Apelação Criminal nº 5030883-80.2016.4.04.7000/PR, também no âmbito da Operação Lava Jato. Na esteira do caso anteriormente citado e do exemplo levado a julgamento no STF, interessa saber como fora recepcionada a Teoria da Cegueira Deliberada. Pois bem, neste

juízo o TRF4 (PARANÁ, 2016) manifestou entendimento segundo o qual “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)”, destacando a absoluta pertinência “das construções do Direito anglo-saxão a respeito da doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*)” e que “tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira”.

Em tópico destinado tão somente à análise da pertinência da aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, assim se destacou:

No caso destes autos, o Relator, em seu voto, ressalta que a aplicação da doutrina da “cegueira deliberada” pressupõe: "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 escolheu permanecer ignorante a respeito de todos os fatos envolvidos."

[...]

Percebe-se, portanto, que os dois elementos acima indicados (ciência da elevada probabilidade de participação em atividade ilícita e agir indiferentemente), enquanto pressupostos exigíveis para a caracterização da referida doutrina estrangeira, ainda que retratados, conceitualmente, com cores ou matizes sutilmente diferentes, na realidade em muito se assemelham àqueles que caracterizam o dolo eventual do Código Penal brasileiro.

E isso porque no que diz respeito a ambos, o agente sabe ou tem condições de compreender o caráter ilícito do que está acontecendo, preferindo, deliberadamente, distanciar-se dos fatos, não evitá-los quando a isso obrigado, ou deles manter-se indiferente para que não digam (descubram) que deles tomou parte ou aderiu à sua ocorrência, ou seja, o que para a indigitada construção teórica alienígena seria a cegueira deliberada, é dizer, o comportamento de quem, ciente da ilicitude, em relação a essa permanece alheio ou pretensamente ignorante. (PARANÁ, 2018b, grifos do autor).

O terceiro e último caso a se apresentar é o da Apelação Criminal nº 5032857-56.2010.4.04.7100/RS, no âmbito da qual, onde foram julgados delitos contra o sistema financeiro nacional, também se adotou a Teoria da Cegueira Deliberada.

Em expressa remissão à Ação Penal nº 470 julgada pelo STF, fora equiparada a mencionada teoria ao dolo eventual, segue:

[...] esta caracterizado o dolo, ainda que eventual, quando o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que estava envolvido em

negócios escusos ou ilícitos, e, portanto, prevendo o resultado lesivo de sua conduta, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso, não se importando com o resultado. Tal como descrito no voto do Caso Mensalão, é a aplicação da doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*) - por vezes também denominada de "doutrina do ato de ignorância consciente" ou "teoria das instruções de avestruz" - segundo a qual o agente finge não enxergar a possibilidade de ilicitude da procedência de bens, com o intuito de permanecer desempenhando suas atividades (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Em síntese, o que se observa a partir da análise dos casos apresentados é que a Teoria da Cegueira Deliberada é recepcionada, assim como no âmbito do STF, com equiparação à figura do dolo eventual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história mostrou que desde a criação da Teoria da Cegueira Deliberada, sua evolução aconteceu de forma que viesse a suprir as necessidades advindas das lacunas existentes no estudo do elemento subjetivo do tipo em casos concretos, os quais entrariam no vãio da impunidade se o instituto em tela não fosse adequadamente utilizado.

Entende-se que diante da polêmica e de vários debates acerca da adoção, ou não, desse instituto, é natural que haja relutância na aplicação e adaptação no ordenamento jurídico brasileiro. Visto que, o desenvolvimento e inicial aplicação dessa teoria também se deram em alguns países com o sistema jurídico diferente do adotado no Brasil, trazendo apenas a semelhança na pluralidade de situações em que se enquadre a cegueira deliberada.

Como foi visto nos principais casos jurídicos brasileiros, nos quais foi possível a aplicação da cegueira deliberada, embora que nenhum deles teve respaldo no direito positivo, de forma que pudesse encontrar um elemento do tipo. A teoria da Cegueira Deliberada é de origem anglo-saxã e tem intensa influência do sistema *Common Law*. Nos países que adotam este modelo, a admissão da teoria é de fácil aplicabilidade, pois não há a necessidade de um tipo penal que defina a conduta, para que se possa responsabilizar um agente nos casos em que não dispuser de um elemento do tipo na conduta praticada. Diferentemente do que ocorre no Brasil, já que este não possui uma forte jurisprudência, ou seja, não adota a cegueira deliberada de forma única e equiparada a uma norma, impossibilitando a aplicação desta pela imputação objetiva, visto que o ordenamento jurídico penal pátrio não dispõe, nem mesmo indiretamente, acerca das situações em que é possível identificar a ignorância voluntária, uma vez que esse ordenamento não permite a responsabilização sem prévia cominação legal. Não que esse trabalho tenha a intenção de tratar a teoria em estudo como imputação objetiva, porém, que na falta desta, seja possível a punição do indivíduo que escolhe permanecer indiferente as suspeitas da ilicitude da sua conduta.

O estudo acerca do elemento subjetivo da conduta em relação ao instituto da cegueira deliberada é repleto de dúvidas quanto ao que melhor se enquadra na sua forma de execução, isto porque, a discussão doutrinária e jurisprudencial é dividida, uma vez que em parte não recebe o dolo eventual como adequado. Apesar disso,

esse trabalho sugere a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada como indicador do dolo eventual como elemento subjetivo, pois acredita-se que sua definição, qual seja, “quando o agente não busca o resultado, mas age de modo a não se importar com este, o mesmo assume o risco de produzi-lo”, se encaixa nos moldes do agir com indiferença voluntária na prática de determinada conduta que resulte futuramente em um ilícito penal.

Portando, o intuito deste trabalho é mostrar que o vasto debate sobre a doutrina possibilitou o amadurecimento e a conseqüente formulação de requisitos capazes de dar um maior impulsionamento à adequação da cegueira deliberada nas situações em que possibilitavam o enquadramento desta, inclusive, nas decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Pois na visão deste trabalho, a teoria em estudo é o verdadeiro preenchimento de quando se assume o risco a partir da escolha, deliberada, por não haver uma busca por informações em relação à conduta penalmente relevante, que objetivamente pode ser imputada ao acusado.

REFERÊNCIAS

AROUCK, Vinícius. **A Teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio**. 2017. Disponível em:

<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRAGA, Leonora Priscilla Mollás. **Teorias do Crime: Análise e reflexões**. 2018.

Disponível: <https://leonorapmb.jusbrasil.com.br/artigos/587665863/teorias-do-crime>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. [Código criminal do Império do Brasil (1930)]. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941a)]. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso: em: 14 ago. 2019.

BRASIL. [Código Penal (1940)]. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. [Código Penal Republicano (1890)]. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. [Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro]. **Lei nº 12.376, de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL. [Lei de introdução do Código Penal (1941b)]. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Penal nº470/ Minas Gerais**. Ação Penal Originária. Relator: Ministro Joaquim Borba. Revisor: Ministro Ricardo Lewandowski. 17/12/2012. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

CORREIA, Aline Guelli; PÁDUA, Gabriel Senra e. A (im) possibilidade de aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Penal Brasileiro. **Revista Vianna**

Sapiens, v. 9, n. 1, p. 23-23, 2018. Disponível em: <http://viannasapiens.com.br/revista/article/view/353/269>. Acesso em: 20 out. 2019.

FRANÇA, Andressa Martins. **Porte Ilegal de Arma de Fogo desmuniada: Crime ou Indiferente Penal?**. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, 2008. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29501/1/2008_tcc_amfran%C3%A7a.pdf. Acesso em: 17 ago. 2019.

GEHR, Amanda. **A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Penal Brasileiro**. 2012. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31107/AMANDA%20GEHR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 out. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015 .

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1. Parte geral. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

KLEIN, Ana Luiza. **A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCSRS, 2012. Disponível em: <http://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>. Acesso em: 07 out. 2019.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Acertando por acaso: uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da Ministra Rosa Weber na Apn 470. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, v. 1, n. 1, p. 93-106, jul.- dez. 2018. Disponível em: <http://www.jcc.org.br/ojs2/index.php/JCC/article/view/11/pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático**: Parte Geral. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MENDES, Silmara Yurksaityte. **Tipicidade e Tipo Penal**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/tipicidade-tipo-penal.htm>. Publicado por: Silmara Yurksaityte Mendez. Acesso em 16 out. 2019.

MPF. Ministério Público Federal. **Instrução de Serviço 2CCR/MPF nº1/2016**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/lavagem-de-dinheiro-e-crimes-fiscais/grupo-de-apoio-sobre-lavagem-de-dinheiro/is-gald-13-10-16.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

OYEZ. **Cases**. 2010. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/2010/10-6>. Acesso em: 10 nov. 2019.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3ª Turma). **Agravo de Instrumento nº 5038431-39.2018.4.04.0000/PR**. Recorrente: Hochtief do Brasil AS. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás e União - Advocacia Geral da União. Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Data de julgamento: 17/10/2018. 2018a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000725917&versao_gproc=30&crc_gproc=70fe5aec&termosPesquisados=bGF2YWdlbSBkZSBkaW5oZWlybyBjZWd1ZWlyYSBkZWxpYmVyYWRh. Acesso em: 20 out. 2019.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 5030883-80.2016.4.04.7000/PR**. Recorrentes: Jose Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Data de julgamento: 26/09/2018. 2018b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9096725&termosPesquisados=bGF2YWdlbSBkZSBkaW5oZWlybyBjZWd1ZWlyYSBkZWxpYmVyYWRh. Acesso: 20 out. 2019.

RÉGIS, Gian Carlos. A teoria da cegueira deliberada: o tipo penal subjetivo e a possibilidade de aplicação no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4863, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51934>. Acesso em: 12 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional da 4ª Região (Sétima Turma). **Apelação Criminal nº 5032857-56.2010.4.04.7100/RS**. Requerente: Jose Geraldo de Oliveira Bitar. Relatora: Desembargadora Federal Claudia Cristina Cristofani. Data de julgamento: 28/08/2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8891183&termosPesquisados=bGF2YWdlbSBkZSBkaW5oZWlybyBjZWd1ZWlyYSBkZWxpYmVyYWRh. Acesso em: 10 ago. 2019.

RODRIGUES, DeJane Silva Gomes. **Cegueira deliberada**: alguns aspectos objetivos. 2018. Trabalho de conclusão de curso – artigo (Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2018. Disponível: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/DeJaneSilvaGomesRodrigues.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

SARAIVA, Ingrid Belian. **A Cegueira Deliberada e a Responsabilização Penal no Crime de Lavagem de Bens**. 2016. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2159/Artigo_Ingrid%20Belian%20Saraiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 out. 2019.

SOUZA, Gabriela Silles de; SANTOS, Jurandir José dos. Teoria da Cegueira Deliberada. In: Encontro de Iniciação Científica do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - ETIC, 2019, Presidente Prudente, São Paulo. **Anais** [...].v. 15, n. 15. São Paulo: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC>. Acesso em: 20 out. 2019.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. 4. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

XAVIER UNIVERSITY. **Model Penal Code Section 2.02.htm**. 2017. Disponível em: <http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/criminalHtml/bottomScreens/Briefs/>. Acesso em: 20 out. 2019.