



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A
EQUIPARAÇÃO AO DOLO EVENTUAL

Pedro Antonio Adorno Bandeira Assumpção

Rio de Janeiro
2017

PEDRO ANTONIO ADORNO BANDEIRA ASSUMPÇÃO

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A
EQUIPARAÇÃO AO DOLO EVENTUAL

Artigo Científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação Lato Sensu da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A EQUIPARAÇÃO AO DOLO EVENTUAL

Pedro Antonio Adorno Bandeira Assumpção

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, com ênfase em Direito Contencioso. Pós-Graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: a Teoria da Cegueira Deliberada é uma construção jurisprudencial originada no direito anglo-saxônico que preconiza a possibilidade de punição do indivíduo que deliberadamente se mantém em estado de ignorância em relação à natureza ilícita de seus atos. No direito brasileiro, tal teoria vem sendo cada vez mais utilizada sob a justificativa de que tal atitude do indivíduo poderia ser equiparada ao dolo eventual. O presente trabalho busca justamente analisar a estrutura do dolo eventual brasileiro, bem como os requisitos de aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, tal como preconizado pela jurisprudência americana, para então ao final se constatar como deverá ser a sua correta aplicação.

Palavras-chave: Direito Penal. Teoria do Dolo. Dolo Eventual. Teoria da Cegueira Deliberada.

Sumário: Introdução. 1. Teoria do Dolo e a Adequação do Dolo Eventual aos Desafios da Nova Criminalidade. 2. Teoria da Cegueira Deliberada aplicada no Direito Estadunidense. 3. A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de equiparação da Teoria da Cegueira Deliberada, *Willful Blindness Doctrine* ou *Conscious Avoidance Doctrine*, conforme preconizada pelo direito e jurisprudência americana, e o Dolo Eventual, conforme preconizado pelo Código Penal, doutrina e jurisprudência brasileira.

Cabe ressaltar que a temática abordada se reputa bastante atual. A aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada ganhou destaque com o julgamento, pelo STF, da Ação Penal 470 (“Mensalão”). Outrossim, a temática vem se renovando com a aplicação da

teoria na denominada Operação Lava-Jato, que em determinados julgados expressamente justifica a aplicação da referida teoria pela sua equiparação ao Dolo Eventual.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a teoria do dolo, conforme preconizado pela doutrina brasileira. Com isso, serão constatados os elementos que compõe o dolo, bem como a diferenciação entre o dolo direito e dolo eventual, de suma importância para o presente trabalho. Ademais, será analisada a atual aplicação do dolo eventual na jurisprudência brasileira, em especial em crimes de colarinho branco.

Após, no segundo capítulo, passa-se a analisar a denominada Teoria da Cegueira Deliberada, de origem anglo-saxônica e aplicada principalmente na jurisprudência americana. Serão analisadas as controvérsias sobre sua existência e aplicação no caso concreto, e sua relação com a teoria do dolo preconizada pela legislação americana (*Model Penal Code*).

O terceiro capítulo buscará confrontar a Teoria da Cegueira Deliberada, conforme preconizada pelo direito americano, e o Dolo Eventual, conforme preconizado pela doutrina e jurisprudência brasileira. Busca-se ponderar se a equiparação entre os dois institutos realmente é a mais correta.

O resultado da pesquisa é sistematizado na conclusão. Para tanto, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, analisando premissas hipotéticas que serão comprovadas ou rejeitadas de forma argumentativa. Ademais, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, uma vez que será feita com a análise da bibliografia relacionada ao tema em abordagem, notadamente jurisprudência, legislação e doutrina.

1. A TEORIA DO DOLO E A ADEQUAÇÃO DO DOLO EVENTUAL AOS DESAFIOS DA NOVA CRIMINALIDADE

A evolução da Teoria do Dolo e da Conduta é, sem dúvida, uma das principais inovações da ciência penal do século XX. A migração de um sistema puramente causalista para um modelo finalista, como foi feito no Brasil a partir da reforma penal de 1984¹

¹BRASIL. Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso 9 out. 2016

trouxe um inegável avanço na dogmática penal, e, por consequência, na própria justiça da persecução penal brasileira.

A Teoria Finalista é atribuída precipuamente a Hans Welzel, que manteve muitos dos traços das teorias causalistas que o precederam, mas cuja principal inovação foi defender que a análise do elemento subjetivo de dolo ou culpa deveria ser feito juntamente com a conduta, não mais na culpabilidade². Partindo de uma perspectiva aristotélica de que toda ação humana tem uma finalidade, Welzel defendia que não faria sentido considerar penalmente relevantes condutas que não fossem dotadas de consciência e vontade, excluindo-se da aplicação da norma penal, por consequência, meros atos de reflexos ou oriundos de coação física irresistível.

Tal teoria abriu margem para se analisar não apenas o desvalor do resultado do crime, mas também o desvalor na conduta do agente, uma vez que a pessoa que atua com consciência e vontade para atingir um resultado atua com desvalor diferente daquela que jamais quis o resultado, que apenas ocorreu em decorrência da violação do dever objetivo de cuidado (diferenciação entre dolo e culpa). Também a pessoa que quis diretamente o resultado atua com desvalor distinto daquela que não quis o resultado, mas apenas assumiu o risco de que o mesmo ocorra (diferenciação entre dolo direto e dolo eventual)³.

Nessa linha de intelecção, o Código Penal⁴, com as alterações promovidas pela Lei n. 7.209/84, definiu o crime doloso em seu art. 18 inciso I, ao estabelecer que o mesmo ocorre “[...] quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Embora haja uma aparente equiparação feita pela lei, é evidente que haverá uma diferenciação durante a aplicação da pena, quando serão analisadas diversas circunstâncias judiciais, dentre elas a culpabilidade⁵ (art. 59 do Código Penal⁶).

² MASSON, Cleber. Código penal comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 105.

³ “Matar alguém, do ponto de vista objetivo, configura sempre a mesma ação, mas matar um sujeito para vingar o estupro da filha é subjetivamente diferente do que matar por dinheiro. A diferença está no desvalor da ação, já que o resultado em ambos os casos foi o mesmo: morte” CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124.

⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso 9 out. 2016

⁵ BITERN COURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 399.

⁶ BRASIL. “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Vide nota 4.

A caracterização do dolo em si é muito complexa e por vezes tarefa árdua ao órgão acusador. Mas afinal, como comprovar o elemento subjetivo do agente no momento da prática do crime?

Nesse ponto, cabe diferenciar o dolo, como conceito jurídico, e a intenção, como fato naturalístico. Segundo Galvão⁷, a diferenciação entre dolo e intenção pode ser entendida da seguinte forma:

Assim, o dolo pode ser entendido como o conceito jurídico que define a intenção que é necessária à adequação típica. O dolo não é um elemento descritivo de objetos apreensíveis da realidade naturalística. O dolo não existe na realidade natural: é criação abstrata do gênio humano, que só existe no mundo jurídico e visa a instrumentalizar a interpretação da realidade natural. Dolo é conceito técnico-jurídico que se refere a um dado da realidade natural que é a intenção, e somente pode ser compreendido no contexto normativo do juízo da tipicidade. (...) Em uma expressão vulgar, pode-se dizer que o dolo (como conceito) está na cabeça do juiz, enquanto que a intenção (como dado da realidade natural) está na cabeça do réu.

Dessa forma, ao incluir o dolo eventual na estrutura do tipo doloso, pode-se afirmar que o legislador promoveu um importante avanço na possibilidade de persecução penal. Isso porque a comprovação de que o agente quis o resultado é, na maioria das vezes, mais difícil do que a comprovação de que o agente assumiu o risco para o mesmo ocorresse. A assunção do risco para a ocorrência do resultado pode ser constatada de maneira objetiva ao analisar a conduta do agente, sem necessidade de se perquirir sobre sua real motivação.

Tal fato se mostra cada vez mais relevante na medida em que vão surgindo novos tipos de crimes. Com efeito, pode-se afirmar que as teorias causalistas e até mesmo o finalismo adotado pelo Código Penal tinham como ponto de referência os crimes clássicos contra a vida, patrimônio, a honra, etc. A maioria destes exigiam um resultado naturalístico para a sua caracterização, ou seja, eram crimes em que se constatava uma modificação no mundo real, causando uma lesão real ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Ocorre que a evolução da sociedade trouxe uma inegável expansão do direito penal, que precisou se adequar às novas modalidades de criminalidade inerentes a um mundo cada vez mais complexo. Assim, foram surgindo os denominados crimes de colarinho branco, crimes contra a ordem tributária e crimes contra a ordem econômica.

⁷ GALVAO, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 196-197.

Como exemplo, podemos listar a Lei n. 9.613/96⁸, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” de dinheiro, ou ocultação de bens, direitos e valores. No que se refere a tal crime, é imprescindível que se faça uma análise do tipo penal do art. 1º, § 2º inciso I, antes e depois das alterações promovidas pela Lei n. 12.683/12⁹.

Isso porque, a redação original do dispositivo estabelecia que incorre nas penas do crime quem “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo. Já a redação atual suprimiu a expressão “que sabe serem”, ou seja, não mais exige que o agente tenha consciência direta de que os valores eram provenientes de crimes anteriores.

Essa sutil alteração promoveu em realidade uma revolução na persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. A doutrina majoritária afirmava que a redação original apenas permitiria a ocorrência do crime a título de dolo direto, uma vez que seria necessária a consciência do agente de que tais valores eram provenientes de crimes anteriores. Porém, a supressão do termo “que sabe serem” permitiu a caracterização do delito mesmo nos casos de dolo eventual¹⁰.

Assim tem-se que pelo menos desde as alterações efetuadas pela lei 12.683/2012, é possível a caracterização do delito de lavagem de dinheiro a partir do dolo eventual. Tal conduta restaria caracterizada quando o agente não sabe, mas assume o risco de que os bens seriam provenientes de crimes anteriores.

Estabelecidas tais premissas, passa a ser necessário avaliar quando se pode dizer que um agente assume o risco de utilizar, na atividade econômica ou financeira, de valores provenientes de crimes anteriores. Para tanto, tem-se observado cada vez mais a utilização de uma teoria oriunda do direito anglo-saxônico, a denominara Teoria da Cegueira Deliberada, cuja teoria, origem e aplicabilidade serão objeto de análise dos próximos capítulos.

2. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA APLICADA NO DIREITO ESTADUNIDENSE

⁸BRASIL. Lei n. 9.613 de 3 de março de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso 9 out. 2016

⁹BRASIL. Lei n. 12.683 de 9 de julho de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso 9 out. 2016

¹⁰ RODAS, Sérgio. “Sérgio Moro condena por dolo eventual em lavagem; especialistas divergem sobre tese”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-05/tese-polemica-moro-condena-dolo-eventual-lavagem>>. Acesso em 9 out. 2016

A Teoria da Cegueira Deliberada ou *Willful Blindness Doctrine*, também conhecida como Evitação Consciente ou *Conscious Avoidence*, Ignorância Inventada ou *Contrived Ignorance*, Instruções de Avestruz ou *Ostrich Instrctions*, esta última em referência ao costume do avestruz esconder sua cabeça no chão, é uma teoria criada originalmente pela jurisprudência britânica, mas que ganhou grande relevância pela sua aplicação nos tribunais americanos. Sua origem remonta ao caso *Regina v. Sleep* de 1861, em que um tribunal inglês se recusou a condenar o réu acusado de se apropriar indevidamente de bens de propriedade da marinha, uma vez que não restou provado que o réu tinha conhecimento da propriedade dos bens ou que tivesse atuado deliberadamente para impedir o conhecimento da propriedade¹¹.

Desde então, a teoria vem sendo paulatinamente aplicada, ganhando força principalmente nos tribunais estadunidenses a partir do século XX, em litígios civis e criminais. Sua aplicação vem sendo cada vez mais debatida e questionada, justamente pela ausência de tratamento legal sobre a teoria, eis que surgiu exclusivamente por intermédio da evolução da jurisprudência.

Em breve síntese, pode se afirmar que a Teoria da Cegueira Deliberada busca criminalizar a conduta do indivíduo que se mantém deliberadamente em estado de ignorância sobre a natureza ilícita dos seus atos, em situações em que era possível se atestar tal natureza ilícita¹². Busca-se, portanto, impedir que o réu simplesmente alegue que não sabia exatamente o que estava fazendo, buscando com isso afastar o dolo de sua conduta.

Na seara civil, a Teoria costuma ser aplicada em litígios societários e falimentares, como no caso *In Re Gravitz*, em que uma corte federal americana condenou um réu por fraude falimentar por se recusar a “encarar os fatos” e efetuar o inventário de seus bens¹³.

Na seara criminal, os exemplos mais citados são no tráfico de drogas, em que o indivíduo aceita viajar com uma mala recebida por um notório traficante, mas em momento algum olha na mala ou pergunta o que haveria dentro. Ao ser barrado na

¹¹ ROBBINS, Ira. P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991), p. 196. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>. Acesso 19 jan. 2017

¹² Ibid., p. 193-194

¹³ Ibid., p. 198

alfandega, o agente não poderia alegar que não tinha ciência do que estava carregando, desde que fosse razoável supor que seria possível ter alcançado tal ciência¹⁴.

Porém, mesmo nos Estados Unidos, onde os tribunais vêm cada vez mais de utilizando da Teoria desde o século XX, sua aplicação é controversa, principalmente em razão da falta de clara previsão legal que possa justificá-la.

Como é sabido, os Estados Unidos são uma federação, no qual os estados são responsáveis pela maioria da competência legislativa, incluindo a criminal. Porém, como forma de unificar as legislações dos cinquenta estados, a *American Law Institute* publica o *Model Penal Code* – MPC, que serve como modelo de elaboração aos estados e é frequentemente citado por acadêmicos e utilizado pela jurisprudência¹⁵.

Uma das mais importantes disposições do MPC é justamente o tratamento objetivo dado ao conceito de dolo, frequentemente denominado de “*Mens Rea*” pela jurisprudência e doutrina americana, do latim “mente culpada”, que no código é denominado simplesmente de culpabilidade. O MPC traz na sua Seção 2.02 quatro graus de culpabilidade, sendo que os dois primeiros se assemelham ao conceito de dolo direto e eventual, respectivamente, a saber¹⁶:

- (a) Propositadamente: A pessoa age propositadamente com relação a um elemento material de uma infração quando: (i) Se o elemento envolve a natureza da conduta ou o resultado dela, é seu objeto consciente engajar-se nessa conduta ou causar o resultado; (ii) Se o elemento envolve circunstâncias acessórias, ele está ciente das circunstâncias ou acredita ou espera que elas existam
- (b) Conscientemente: A pessoa age conscientemente com relação a um elemento material de uma infração quando: (i) Se o elemento envolver a natureza da conduta ou as circunstâncias que acessórias, ele está ciente de que sua conduta é dessa natureza ou que as circunstâncias existem; (ii) Se o elemento envolve um resultado de sua conduta, ele está praticamente certo de que o resultado ocorrerá. (Além disso, se o elemento envolve o conhecimento da existência de um fato particular, ele está satisfeito se ele está ciente de uma alta probabilidade da existência desse fato, a menos que ele realmente acredite que não existe)

Assim, tem-se que não há nenhuma previsão específica na legislação americana que adote a Teoria da Cegueira Deliberada, e é justamente tal vácuo que justifica a maioria das críticas direcionadas a ela. Como considerar que o agente agiu dolosamente

¹⁴ Ibid., p. 199-200

¹⁵ ROBINSON, Paul H. e DUBBER, Markus Dirk. *An introduction to the model penal code*. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf>> Acesso em 20 jan 2017 (tradução nossa)

¹⁶ Os outros dois estados mentais seriam a Imprudência e a Negligência, que são graus de culpabilidade que se assemelham ao conceito de culpa brasileiro. Disponível em <<http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/criminalHtml/bottomScreens/Briefs/Model%20Penal%20Code%20Section%202.02.htm>> Acesso em 28 fev 2017

se os conceitos de dolo do direito americano não comportam a hipótese de uma evitação consciente deste dolo?

Um dos principais casos que solidificou a aplicação da Teoria e sedimentou seus parâmetros foi o caso *Jewell v. United States*, em 1976. A *Ninth Circuit Court* (corte equiparado a um Tribunal Regional Federal), por maioria, afirmou que aquele que age com ignorância deliberada poderia ser considerado como se estivesse agindo conscientemente, na forma da Seção 2.02, item (b), desde que comprovado que o agente agiu de maneira deliberada para se escusar de saber de todos os elementos de sua ação, quando, no caso concreto, seria possível que ele tivesse tal ciência¹⁷.

Assim, seria constitucional a presunção de dolo da pessoa quando esta age de maneira consciente e propositada para se escusar da ciência plena dos fatos, já que no mínimo a pessoa estaria ciente de uma alta probabilidade da existência do fato, o que justificaria presumir sua consciência sobre a conduta.

Apenas o então juiz Antony Kennedy dissentiu, afirmando que não poderia o judiciário criar novos estados mentais não previstos na legislação, e que a ignorância deliberada não poderia ser substituída da consciência exigida por lei, já que a ignorância deliberada não seria equivalente a uma ciência de alta probabilidade de um fato¹⁸.

Em 2011 a Suprema Corte dos Estados Unidos finalmente proferiu sua primeira decisão aplicando a Teoria, referendando a sua aplicação em casos criminais pelos tribunais americanos e instituindo balizas para a sua correta utilização, mesmo em casos cíveis. No caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, a corte entendeu constitucional a adoção da Teoria, desde que restasse comprovado que: (i) o réu subjetivamente acredita que há uma alta probabilidade de o fato existir; e (ii) o réu deve deliberadamente atuar para evitar o conhecimento do fato. Havendo prova desses fatos, poder-se-ia afirmar que

¹⁷ ROBBINS, op. cit., p. 203-205. No caso, ficou provado que o réu estava num bar no México quando um terceiro, após lhe oferecer maconha, ofereceu US\$ 100 para que dirigisse um carro pela fronteira e o deixasse num endereço predeterminado. Também ficou provado que o réu sabia de um compartimento secreto no carro, mas não averiguou sobre o que havia dentro. O réu acabou sendo parado na fronteira e foram descobertos 110 quilos de maconha no compartimento, que acabou acarretando sua condenação. Ao apelar da sentença para a *Ninth Circuit Court*, o réu se insurgiu contra as instruções dadas pelo juiz ao júri, que determinava que mesmo que o réu não soubesse das drogas no carro, a ignorância dele de seu exclusivamente por sua vontade para evitar saber o que tinha no veículo. Para o réu, tal instrução foi equivocada e permitiu a condenação sem que o réu agisse propositadamente ou conscientemente sobre os elementos que compunham o tipo penal, como determina a lei. A condenação foi mantida

¹⁸ Ibid, p. 206

o réu teria um estado mental que ultrapassaria a mera culpa, permitindo se afirmar que o mesmo atuou com dolo, mesmo que eventual, ou seja, conscientemente¹⁹.

O único a dissentir da opinião da Suprema Corte foi o mesmo Antony Kennedy, hoje ministro deste tribunal. O ministro continua a entender que a Teoria não poderia ser equiparada à consciência determinada por lei, não cabendo ao julgador aplicar analogia em desfavor do réu.

Assim, tem-se que a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada não é unânime nos tribunais americanos, principalmente em razão da ausência de previsão normativa. Apesar disso, majoritariamente tem se entendido que sua aplicação pode ser utilizada, desde que respeitados parâmetros mínimos estabelecidos pela jurisprudência, em especial a prova de que o réu teria agido para se escusar de ter ciência dos fatos de sua conduta. Assim agindo, seria possível considerar que agiu com culpabilidade tão reprovável quanto se tivesse agido com prova de plena consciência.

3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL

Conforme exposto, a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos Estados Unidos passou por um longo processo de confrontos e questionamentos, somente ganhando respaldo pela mais alta corte daquele país em 2011. Dessa forma, cabe analisar como tal Teoria tem sido aplicada na jurisprudência brasileira, e se tal aplicação segue os parâmetros delineados pelo direito americano, principal expoente da Teoria.

¹⁹ PODGOR, Ellen. Supreme court seaks about willful blindness. Disponível em: <http://lawprofessors.typepad.com/whitecollarcrime_blog/2011/06/supreme-court-speaks-about-willful-blindness-.html> Acesso em 28 fev 2017. No caso, a empresa SEB S.A desenhou um modelo inovador de fritadeiras e patenteou seu modelo nos EUA. Após, a empresa *Pentalpha Enterprises*, sediada em Hong Kong e subsidiária da *Global Tech Inc.*, copiou o design da SEB e contratou um parecer de um advogado americano para saber se seu design infringia alguma patente, mas sem informar ao advogado que havia copiado o produto. Após o advogado elaborar o parecer afirmando que não havia violação a nenhuma patente, a *Pentalpha* começou a vender o modelo, e foi processada pela SEB. Ao final, foi considerada culpada, pois embora não tenha ficado provado que ela sabia da patente da SEB e até encomendou um parecer de advogado que afirmava não haver violação, ela não informou ao advogado que tinha copiado o modelo. Assim, ao omitir essa informação, teria criado uma situação em que conscientemente se colocou em estado de ignorância, o que seria suficiente, nos termos da Teoria da Cegueira Deliberada, para considerar que havia consciência na sua conduta de violação de patente.

Talvez o primeiro caso emblemático de aplicação da Cegueira Deliberada no Brasil se deu na Ação Penal 2005.81.00.014586-0²⁰, perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5). Logo após o assalto ao Banco Central de Fortaleza, que resultou na subtração de mais de cento e sessenta milhões de reais em cédulas de R\$ 50, um dos suspeitos adquiriu 11 carros de luxo no valor de quase um milhão de reais, tudo em notas de cinquenta reais envoltos em sacos plásticos. Na ocasião, tanto o suspeito quanto os sócios da revendedora de automóveis foram denunciados por lavagem de dinheiro. O suspeito foi preso e condenado por ter sido provado que ele sabia da origem ilícita dos valores. Já os sócios da revendedora de automóveis foram condenados com base na Teoria da Cegueira Deliberada, já que o magistrado entendeu que ambos agiram, no mínimo, com dolo eventual com relação à origem ilícita dos valores.

Ao apelar da condenação, o TRF5 reverteu a condenação dos sócios, pois, embora tenha reconhecido que em tese seria possível a aplicação da Cegueira Deliberada e a equiparação ao dolo eventual, à época dos fatos o tipo penal da lavagem previa tão somente o dolo direto da conduta. Portanto, no caso concreto não foi possível manter a condenação.

Na Ação Penal 470²¹, caso Mensalão, o Supremo Tribunal Federal (STF) se utilizou pela primeira vez da Cegueira Deliberada, mesmo que de modo incidental. O Ministro Celso de Mello, ao votar favoravelmente à condenação dos ex-deputados do PT Paulo Rocha e João Magno por lavagem de dinheiro, admitiu “[...] a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como ‘teoria da cegueira deliberada’, que deve ser usado com muita cautela”.

Mais recentemente, a Cegueira Deliberada tem sido reiteradamente aplicada no âmbito da denominada Operação Lava Jato. O juiz federal Sergio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, frequentemente cita a referida Teoria como embasamento para a condenação dos acusados por lavagem de dinheiro, equiparando-a ao dolo eventual brasileiro.

²⁰ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (5 região). Apelação Criminal 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Relator Rogério Moreira. 09 nov. 2008. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2017

²¹ Informativo 684 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm> Acesso em: 13 mar. 2017

Na ação penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR²², o magistrado considera que embora a Teoria tenha origens anglo-saxônicas, sua aplicação já há muito foi referendada pelo Supremo Tribunal Espanhol, corte de tradição jurídica similar à nossa. Na opinião daquele magistrado:

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

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

Pelo exposto, tem-se que não é difícil a utilização de tal Teoria no âmbito brasileiro, em especial nos delitos de lavagem de capitais. A dificuldade em se aferir sobre o real e efetivo conhecimento sobre a ilicitude da origem dos valores “lavados” fazem da Teoria um importante instrumento para a imputação de tais condutas aos suspeitos de lavagem.

Nessa linha de intelecção, outros delitos que expressamente admitem a condenação por dolo eventual podem ser objeto da Teoria. A título de exemplo, no Código Penal (CP) os delitos de receptação qualificada²³, contágio de moléstia venérea²⁴ e de entrega de filho a pessoa inidônea²⁵ expressamente preveem a possibilidade de condenação por dolo eventual, ao se utilizarem da locução “deva saber”.

Para além disso, em tese a grande maioria dos delitos admitem a figura do dolo eventual. Conforme já exposto, o CP considera a figura dolosa tanto o dolo direto quanto o dolo eventual, equiparando-os²⁶. Assim, a não ser que o tipo penal exija expressamente o dolo direto, geralmente mediante o termo “sabe” ou outras similares, os delitos em geral admitiriam a condenação por dolo eventual.

²² BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Juiz Sergio Moro. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/Evento-1388-SENT1-abreu-e-lima.pdf>> Acesso 13 mar. 2017

²³BRASIL. “Art. 180 § 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime”. BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 31 de dezembro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 13 de mar. de 2017

²⁴ BRASIL. “Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado”. Vide nota 4.

²⁵ BRASIL. “Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo”. Vide nota 4.

²⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral, 1. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.50 de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 398-399.

É nessa possibilidade de alargamento da aplicação da Teoria que se deve utilizar uma cautela, garantindo que não haja uma ampliação demasiada sobre o conceito de dolo. Afinal, a garantia do devido processo legal impõe ao órgão acusador comprovar a ocorrência do crime, o que impõe a comprovação da conduta típica, ilícita e culpável. Assim, a Teoria não pode ser utilizada como mera alternativa quando não se consegue comprovar com definitividade a consciência do agente quanto aos elementos de sua conduta.

Conforme as balizas traçadas pela Suprema Corte americana, não bastaria a assunção do risco do agente, consistente na atuação consciente de uma alta probabilidade de ocorrência do resultado delituoso. É imprescindível que se comprove um atuar anterior do agente, consistente de conduta para blindar o mesmo sobre a ilicitude de sua conduta.

Esse último requisito é de primordial importância, pois embora o órgão acusador não consiga provar sobre a consciência do indivíduo sobre a ilicitude de sua conduta, não pode se olvidar de comprovar que o mesmo atuou com consciência no momento anterior à conduta, no sentido de impedir que tal consciência existisse de forma plena. Portanto, a atividade probatória deverá recair sobre o momento anterior, quando o indivíduo atuou, de forma comissiva ou omissiva, para impedir que tivesse a consciência pela de sua conduta, nas hipóteses em que seria possível atingir tal consciência.

Importante ressaltar que a possibilidade de responsabilização do agente por atitudes anteriores ao fato delituoso não é estranha ao CP. Na responsabilização do agente por condutas praticadas em estado de total embriaguez, que excluiria a culpabilidade da conduta, o CP diferencia os casos em que a embriaguez é proveniente de conduta voluntária ou culposa para os casos em que a embriaguez é proveniente de caso fortuito ou força maior. Na primeira hipótese, não há exclusão da culpabilidade; já na segunda é possível excluir ou reduzir a pena, a depender do nível de embriaguez do agente.

Essa diferenciação se justifica pela adoção da Teoria da *Actio Libera in Causa*, ou Ação Livre na Causa. Como o estado de embriaguez excluiria a culpabilidade da conduta criminosa, para evitar impunidades o CP estabelece que se deve analisar a conduta do agente no momento imediatamente anterior o estado de embriaguez: caso esse estado seja proveniente de ato voluntário ou culposos, haverá responsabilização penal mesmo tendo praticado a conduta em estado completo de embriaguez. Ao revés, caso não

haja dolo ou culpa no estado de embriaguez, poderá sim haver exclusão da culpabilidade do agente²⁷.

Assim, a correta aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada deve traçar um paralelo com a Teoria da *Actio Libera in Causa*. Embora não seja possível comprovar com definitividade que o agente tenha atuado com plena consciência de sua conduta e a respectiva ilicitude, caberia ao órgão acusador comprovar que a ausência de tal consciência tenha se dado por atitude prévia do agente, comissiva ou omissiva. Tal exigência estaria de acordo com as balizas traçadas pela jurisprudência norte americana sobre a aplicação da Teoria, e respeitaria o postulado da presunção de inocência e devido processo legal garantidos pela Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a evolução da Teoria do Crime culminou com a necessidade de se aferir o elemento volitivo do agente em conjunto com sua conduta. Afinal, só haveria necessidade de uma resposta do direito penal nos casos de condutas praticadas com consciência e vontade, afastando, portanto, a responsabilização penal por meros atos reflexos ou imprevistos. Tal restrição ao alcance do direito penal é consectário dos ideais iluministas do século XIX, buscando tutelar a liberdade do indivíduo frente a pretensão punitiva estatal.

Em que pese tais considerações, a responsabilização penal do indivíduo por condutas de dolo direto não se mostrou suficiente, devendo abranger também as condutas em que o indivíduo conscientemente assume um risco de o resultado ocorrer. Essa é a essência do dolo eventual, em que o agente está ciente da sua conduta e, embora não queira o resultado, conscientemente assume o risco de sua ocorrência.

Em que pese a existência do dolo direto e eventual como possibilidades distintas e autônomas de imputação da conduta ao indivíduo, a comprovação do estado de consciência do indivíduo, que ateste que ele ao menos assumiu o risco da ocorrência do resultado delitivo, é tarefa difícil para a parte acusadora. Tal comprovação se torna ainda mais tormentosa em razão de eventuais condutas deliberadas do indivíduo para se blindar

²⁷ Ibid., p. 551.

da plena consciência da ilicitude de sua atitude. Tais condutas podem ser comissivas ou omissivas, mas são tomadas com o claro intuito de se proteger de eventual responsabilização criminal.

O surgimento da Teoria da Cegueira Deliberada se deu justamente para evitar que essas condutas anteriores do indivíduo pudessem gerar um vácuo de responsabilização penal, impedindo, portanto, que o indivíduo pudesse se beneficiar da sua própria torpeza. Conforme visto, a Cegueira Deliberada considera que o agente agiu com plena consciência caso ele tenha atuado anteriormente à sua conduta, de maneira comissiva ou omissiva, para se furtar de saber sobre a ilicitude de seus atos, com o inequívoco propósito de evitar uma futura responsabilização penal.

A Cegueira Deliberada tem sido aceita pela jurisprudência brasileira, que comumente a equipara ao conceito de Dolo Eventual, permitindo, portanto, a responsabilização do agente a título doloso. Ocorre que é preciso uma maior reflexão sobre o tema no que tange à comprovação dos requisitos da adoção da Teoria, em especial sobre o momento de incidência da atividade probatória da parte acusadora.

Isso porque na Cegueira Deliberada a atividade probatória deve ser direcionada ao momento anterior à conduta criminosa, na qual o agente atua, de maneira comissiva ou omissiva, para evitar de saber sobre a ilicitude de seus atos posteriores. Assim, em que pese não se consiga comprovar a consciência de ilicitude no momento do atuar criminoso do agente, é imprescindível que se comprove que esta ausência de consciência se deu por uma atuação anterior do mesmo. Haverá, portanto, necessariamente uma substituição do momento de incidência da atividade probatória.

Assim, não basta apenas alegar que o agente agiu com mera assunção de risco de ocorrência do ato, sob pena de uma indevida inversão do ônus probatório no processo penal, forçando o agente a ter de provar que tomou todas as cautelas necessárias para ter a plena consciência de seus atos.

Caberá ao órgão acusador, necessariamente, comprovar que o agente atuou, mesmo que de maneira omissiva, mas de qualquer forma conscientemente, para evitar a plena ciência da ilicitude de seus atos, a fim de impedir uma responsabilização penal no futuro. Tal inversão do momento da comprovação já é admitido no Código Penal ao se adotar a teoria da *actio libera in causa* para os casos de embriaguez completa, e deve ser aplicada analogicamente na responsabilização do indivíduo com base na Teoria da Cegueira Deliberada.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.50 de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Juiz Sergio Moro. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/Evento-1388-SENT1-abreu-e-lima-.pdf>> Acesso 13 mar. 2017

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 31 de dezembro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 13 de mar. de 2017

_____. Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso 9 out. 2016

_____. Lei n. 9.613 de 3 de março de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso 9 out. 2016

_____. Lei n. 12.683 de 9 de julho de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso 9 out. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo 684. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm> Acesso em: 13 mar. 2017

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª região. Apelação Criminal 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Relator Rogério Moreira. 09 nov. 2008. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2017

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, V. 1.: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008

GALVAO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013

MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PODGOR, Ellen. *Supreme court speaks about willful blindness*. Disponível em: <http://lawprofessors.typepad.com/whitecollarcrime_blog/2011/06/supreme-court-speaks-about-willful-blindness-.html> Acesso em 28 fev 2017

ROBBINS, Ira. P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991), p. 196. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>. Acesso 19 jan. 2017

ROBINSON, Paul H. e DUBBER, Markus Dirk. *An introduction to the model penal code*. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf>> Acesso em 20 jan 2017 (tradução nossa)

RODAS, Sérgio. “*Sérgio Moro condena por dolo eventual em lavagem; especialistas divergem sobre tese*”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-05/tese-polemica-moro-condena-dolo-eventual-lavagem>>. Acesso em 9 out. 2016