



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

PEDRO STADTLER ROCHA DOS SANTOS

**CEGUEIRA DELIBERADA E DOLO EVENTUAL: (In)compatibilidades, legitimidade
e possibilidade probatória**

Recife

2023

PEDRO STADTLER ROCHA DOS SANTOS

CEGUEIRA DELIBERADA E DOLO EVENTUAL: (In)compatibilidades, legitimidade e possibilidade probatória

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof^o. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Recife

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Santos, Pedro Stadtler Rocha dos.

Cegueira deliberada e dolo eventual: (in)compatibilidades, legitimidade e possibilidade probatória / Pedro Stadtler Rocha dos Santos. - Recife, 2023.

62

Orientador(a): Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

Inclui referências, apêndices.

1. Direito penal. 2. Cegueira deliberada. 3. Dolo eventual. 4. Imputação subjetiva. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

PEDRO STADTLER ROCHA DOS SANTOS

CEGUEIRA DELIBERADA E DOLO EVENTUAL: (In)compatibilidades, legitimidade e possibilidade probatória

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em 18/04/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof.^o. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof.^a. Dr.^a Eleonora de Souza Luna (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof.^o. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Aviso que meus agradecimentos serão extensos, pois, para chegar onde cheguei, foram muitos os que me ajudaram.

De início, agradeço à minha mãe, Renata Stadtler, que me carregou desde que eu era uma gravidez de risco. Pariu-me, criou-me, ensinou-me. Eu nasci nu, hoje já estou vestido. Devo isso a ela.

Também preciso agradecer a vários membros de minha família: minha tia Hulda, uma inspiração acadêmica; minha prima Carol, sempre perene em minha vida; e meu primo Gabriel.

Agradeço, ainda, ao meu pai, Charles, não apenas pela grande ajuda na reta final do trabalho, mas por tudo mais que fez em minha vida. Oportunamente, agradeço também a minha prima Bia, a minha tia Dani; e a minha avó Eveline, pelo acolhimento sempre proporcionado, ainda mais no último mês.

Além disso, não posso deixar de expressar meu mais profundo agradecimento ao meu orientador, o professor Cláudio Brandão. Sem ele, eu não teria conseguido sequer começar o trabalho. Agradeço, assim, por ter encontrado um professor experiente, mas com disponibilidade de orientar alguém ainda tão inexperiente na pesquisa acadêmica.

Contudo, esse trabalho não teria jamais saído também sem meus companheiros de graduação. Portanto, agradeço a Caio Rocha, um grande (se não, o maior) amigo que a graduação poderia ter me proporcionado. Agradeço por toda a nossa parceria acadêmica que me permitiu trilhar a graduação, inclusive nos momentos mais difíceis.

Em igual sentido, agradeço a todos os meus amigos que, sempre de joelhos em oração, trilharam o caminho junto comigo, especialmente Rhaiana Valois, Sarah Evelyn, Letícia Lôbo, Moab Gouveia e Gabriella de Araújo. Eu tenho certeza que os caminhos deles serão brilhantes. Na universidade, ainda, não posso deixar de mencionar meu amigo Eduardo, presente da Defensoria Pública, alguém que compartilho não só as alegrias, mas também os anseios e os medos.

Agradeço também à Universidade Federal de Pernambuco, pois, sem o ambiente de universidade pública, eu jamais seria quem eu sou hoje. Vida longa às universidades públicas! Menção honrosa, aqui, a colegas do Grupo Além das Grades e amigos que fiz na equipe pernambucana (o Estado mais bairrista do país) da III Competição Brasileira de Direito e Processo Penal.

Ademais, agradeço aos amigos da vida. Eles muitas vezes sequer sabem o que eu faço, o que eu escrevo ou o que eu pesquiso. Mas estão sempre lá para me assegurar que sou capaz. Portanto, obrigado Clara, Guilherme, Shelley, Maria Júlia, Belle e Letícia. Sem vocês, desde a escola, restar-me-ia muito pouco. Além disso, queria agradecer a demais amigos que fiz durante a vida. Primeiro, a Matheus Rocha. Depois, a André Ramos pelo eterno companheirismo e disponibilidade; um grande amigo para mim. E, por fim, a Samuel, meu amigo, que, mesmo distante, tem uma paciência diária para lidar comigo – e eu com ele.

Por fim, desejo expressar minha gratidão às pessoas que me prestaram auxílio nesse início da minha trajetória profissional. Em especial, agradeço a Tyago Vázquez e a Caio Hiroshi, meus chefes, embora não gostem de serem chamados assim. Agradeço por me abrir as portas para a profissão que eu quero exercer, pelo companheirismo diário, pelos *feedbacks* construtivos e pela compreensão e acolhimento nos momentos mais tumultuados. Também agradeço aos meus companheiros da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, especialmente Walmor, Luauria, Jéssica e dra. Roberta Pitanga, meus primeiros contatos com o mundo profissional.

Portanto, eu tenho esperança. Nas paredes dessa universidade eu pude sonhar com um futuro de emancipação, seja em nível pessoal, seja em nível social. Por isso, agradeço também a todas as pessoas LGBTQIA+ que vieram antes de mim, na universidade e fora dela, e me ensinaram que o amar era possível.

Assim, embora eu reconheça que o poço sempre pode ser mais fundo, tenho esperança que dias melhores virão. É por isso que, apesar dos pesares, eu ainda acredito no Direito. E, portanto, agradeço a você, possível leitor, por se disponibilizar a dedicar uma fração do seu tempo à minha mínima (verdadeiramente diminuta) contribuição à construção de um Direito Penal mais humano e democrático.

Obrigado.

“Por que foi que cegámos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão, Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegámos, penso que estamos cegos, Cegos que veem, Cegos que, vendo, não veem”
(José Saramago)

“Se queres ser cego, sê-lo-ás”
(José Saramago)

“People make mistakes. That’s why they put rubbers at the end of pencils”
(Phoebe Waller-Bridge)

“Knowledge would be fatal. It is the uncertainty that charms one. A mist makes things wonderful”
(Oscar Wilde)

RESUMO

O presente trabalho investiga a utilidade da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro. Como hipótese inicial, estabeleceu-se a possibilidade de criar *standards* probatórios para aplicação da teoria no Brasil. Nesse sentido, explorou a sua introdução nos Estados Unidos, seu histórico no Brasil e sua possível compatibilidade com o sistema de imputação subjetiva brasileiro. Com efeito, a partir de pesquisa bibliográfica, estudou-se o estado da arte da cegueira deliberada nos Estados Unidos, aplicada quando o indivíduo tem: a) ciência da alta probabilidade de que um elemento objetivo do delito exista; b) envida esforços para evitar tomar conhecimento pleno; e c) não possui crença subjetiva na inexistência do fato. Nesse sentido, a partir da comparação do estado da arte da cegueira deliberada norte-americano e as teorias do dolo de matriz romãno-gêrmanica, identificou-se que ela pode ser utilizada, se limitada a elemento probatório para aferir existência do elemento cognitivo do dolo. Contudo, a partir de pesquisa jurisprudencial qualitativa nas decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no último ano, identificou-se a dos Julgadores em aplicar a teoria, com decisões carentes de fundamentação, em sua formulação possível, confirmando pesquisas empíricas anteriores que apontaram as graves distorções. Assim, por meio de pesquisa bibliográfica, identificou-se a existência da cegueira deliberada como elemento capaz de comprovar o conhecimento efetivo de um agente, por um modelo de silogismo fático inferencial, desde que respeitados certos parâmetros e em decisões devidamente fundamentadas. Portanto, conclui-se que, respeitados esses parâmetros, existe a utilidade probatória da cegueira deliberada no Brasil.

Palavras-chave: cegueira deliberada; imputação subjetiva; prova do dolo eventual; *standards* probatórios.

ABSTRACT

The research investigates the usefulness of the willful blindness doctrine in the Brazilian legal system. As an initial hypothesis, it was established the possibility of creating evidentiary standards for the application of the doctrine in Brazil. In this sense, it explores its introduction in the United States, its history in Brazil, and its possible compatibility with the Brazilian subjective imputation system. Through bibliographical research, it studied the state of the art of the willful blindness doctrine in the United States, applied when the individual has: a) knowledge of the high probability that an objective element of the crime exists; b) makes efforts to avoid full knowledge; and c) does not have a subjective belief in the non-existence of the fact. By comparing the state of the art of willful blindness in the United States and the theories of “dolo” of the civil law system, it was identified that it can be used if limited to an evidentiary element to ascertain the existence of a cognitive element. However, through qualitative jurisprudential research on the decisions of the Regional Federal Court of the 4th Region in the last year, it was identified that judges apply the theory with decisions lacking in reasoning, confirming previous empirical research that pointed out these serious distortions. Thus, through bibliographical research, it was identified that the existence of willful blindness as an element capable of proving an agent's effective knowledge, by a model of inferential factual syllogism, provided that certain parameters are respected and decisions are properly grounded. Therefore, it is concluded that, with these parameters respected, there is a probative usefulness of the willful blindness doctrine in Brazil.

Keywords: willful blindness; subjective imputation; proof of “dolo eventual”; evidentiary standards.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACR	Apelação Criminal
AP	Ação Penal
SCOTUS	Suprema Corte dos Estados Unidos
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF-4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	AS ORIGENS DA CEGUEIRA DELIBERADA, SEU ESTADO DA ARTE NOS ESTADOS UNIDOS E A SUA IMPORTAÇÃO PARA O BRASIL	14
2.1	<i>As origens da cegueira deliberada</i>	14
2.2	<i>Imputação subjetiva nos Estados Unidos</i>	16
2.3	<i>Estado da arte da cegueira deliberada nos Estados Unidos</i>	20
2.4	<i>A importação da cegueira deliberada e a sua (in)compatibilidade com o direito brasileiro</i>	24
3	O SISTEMA DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NO BRASIL: O DOLO E A COMPATIBILIDADE DA CEGUEIRA DELIBERADA.	27
3.1	<i>Pressupostos teóricos da imputação subjetiva nos sistemas romano-germânicos</i>	27
3.2	<i>Teorias da disposição de ânimo</i>	32
3.3	<i>Teorias da representação</i>	35
3.4	<i>Teorias do risco</i>	38
3.5	<i>A compatibilidade da cegueira deliberada no direito brasileiro</i>	43
4	CEGUEIRA DELIBERADA, SILOGISMO INFERENCIAL E PROVA DO DOLO	51
5	CONCLUSÃO.....	57
	REFERÊNCIAS.....	59
	APÊNDICE A	62

1 INTRODUÇÃO

A importação de teorias jurídicas parece ter se aprofundado nos últimos anos, sobretudo em face da criminalidade econômica. Uma dessas teorias é a da "cegueira deliberada", originária do sistema jurídico inglês, mas desenvolvida pela jurisprudência nos Estados Unidos. Essa teoria tem como objetivo suprir o elemento subjetivo necessário para a prática de um crime. Em outras palavras, mesmo que o agente não tenha conhecimento pleno da existência de um elemento objetivo do tipo, sua conduta ainda pode ser considerada criminosa caso ele tenha consciência da alta probabilidade da existência desse elemento e tenha se esforçado para evitar adquirir conhecimento pleno sobre ele.

No entanto, o sistema de imputação subjetiva brasileira se baseia na existência do dolo ou da culpa. Salvo existência de determinação legal, pune-se apenas pelo crime doloso. A partir da análise do Código Penal brasileiro de 1940, é possível concluir que o dolo consiste em querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, desde que haja uma representação correta dos elementos objetivos do tipo. Assim, a doutrina majoritária entende que o dolo possui dois elementos: o cognitivo (a representação fiel da realidade) e o volitivo (o querer o resultado). O termo "assumir o risco de produzir" é frequentemente utilizado para descrever o que é conhecido como "dolo eventual", isto é, a situação em que o agente, representando os elementos objetivos, consente com a produção de um resultado lesivo decorrente de sua conduta.

No entanto, o conceito de dolo apresenta diversas questões e teorias próprias para explicá-lo. Embora algumas teorias sejam mais convincentes do que outras, é inegável que o dolo é um problema complexo que ainda é objeto de muitos debates e discussões no campo da dogmática penal. A introdução da teoria da cegueira deliberada no Brasil tem acirrado os debates já existentes em torno desse conceito. Em essência, essa teoria é aplicada no Brasil como equivalente ao dolo eventual, embora com requisitos próprios que buscam compatibilizá-los. Por um lado, há aqueles que apoiam a teoria; por outro, há aqueles que a veem como completamente incompatível ou até mesmo inútil no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, com base em análises jurisprudenciais, diversos pesquisadores apontam inconsistências no uso da teoria pelos tribunais que, se mal aplicada, poderia alargar o conceito de dolo eventual para incluir situações que, na verdade, configurariam culpa.

Portanto, o presente trabalho se iniciou com o escopo de estabelecer *standards* probatórios para aplicação da cegueira deliberada. Mas, diante de tamanhas discussões teóricas, não se poderia propor diretamente *standards* probatórios sem analisar primeiro a sua

legitimidade e compatibilidade. Nesse sentido, a pesquisa deu uma guinada, conduzindo-se pelo seguinte questionamento: qual a utilidade da teoria da cegueira deliberada no Brasil?

Com efeito, embora não seja uma pergunta nova, sempre se pode agregar mais para uma questão de difícil deslinde. Diante disso, e inexistindo balizas claras, os tribunais continuam a ancorar inúmeras condenações com base em uma teoria cuja própria legitimidade é questionada. Em um crime de lavagem de capitais, por exemplo, a aferição do dolo implica, em primeira análise, um juízo de tipicidade. Não havendo dolo, o fato é atípico. Portanto, é inegável a relevância do tema em questão.

Para orientar a investigação, foi realizada uma extensa pesquisa bibliográfica na doutrina nacional sobre o sistema de imputação subjetiva norte-americano, a posição da teoria da cegueira deliberada nos Estados Unidos, sua introdução e histórico no Brasil, bem como o funcionamento do sistema de imputação subjetiva brasileiro. A doutrina estrangeira também foi explorada para investigar as teorias do dolo, de matriz romano-germânica, a fim de identificar possíveis zonas de compatibilidade e incompatibilidade. Além disso, foi realizada uma pequena pesquisa empírica para explorar como o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem aplicado a teoria da cegueira deliberada em seu âmbito a fim de identificar se as críticas doutrinárias estudadas ressoam na prática forense. Por fim, empreendeu-se esforços, a partir de pesquisa bibliográfica e método dedutivo, para estabelecer balizas sobre como posicionar a cegueira deliberada em um sistema de prova do dolo.

Dito isso, em seu primeiro capítulo, o trabalho discorre sobre as origens históricas da cegueira deliberada, sobre o sistema de imputação subjetiva norte-americano e sobre o estado da arte da cegueira deliberada naquele país. Além disso, inicia-se uma exploração preliminar sobre sua introjeção no direito brasileiro e uma análise preliminar sobre a sua compatibilidade.

Para aferir a compatibilidade, estudou-se no capítulo 2 as diversas teorias do dolo, estabelecendo alguns pressupostos. Embora não se tenha expressamente adotado uma delas no trabalho, parte-se de alguns pressupostos como a necessidade de uma normatização do dolo que, em seu sentido psicológico-descritivo, apresenta problemas intransponíveis. A importância das teorias não é meramente histórica, mas sim interpretar a posituação do dolo no Brasil e as suas possibilidades interpretativas.

Finalmente, no capítulo 3, investiga-se as possibilidades da utilização da cegueira deliberada como indicador do possível conhecimento fático do agente, hipótese em que, a princípio, apresenta-se apropriada. Nesse sentido, busca propor um espaço para a teoria no sistema de prova do elemento cognitivo do dolo a partir de um modelo de raciocínio judicial.

Portanto, conclui-se que existe utilidade na cegueira deliberada no Brasil, desde que a decisão seja bem motivada, com critérios claros e que a teoria se limite a ser apenas um dos possíveis indicadores do conhecimento efetivo do agente.

2 AS ORIGENS DA CEGUEIRA DELIBERADA, SEU ESTADO DA ARTE NOS ESTADOS UNIDOS E A SUA IMPORTAÇÃO PARA O BRASIL

2.1 As origens da cegueira deliberada

A compreensão do elemento subjetivo indispensável à configuração de um delito é um desafio complexo para os estudiosos do direito penal. O tipo penal não é composto apenas por seus elementos objetivos, mas principalmente por seu elemento subjetivo, o que orienta um processo de imputação. Nesse processo, a realização dos elementos objetivos do crime é atribuída a um estado mental específico do agente. Igualmente, a necessidade de um elemento subjetivo para classificar uma conduta como crime não é restrita ao sistema de *civil law*, mas também vigora no sistema de *common law*. Nesse sistema, não há crime sem *mens rea*, ou seja, "mente culpada", de modo que um ato não torna uma pessoa culpada, exceto se sua mente também o for. (LUCCHESI, 2017).

Nesse sentido, de início, considera-se deliberadamente cego, o agente “[...] que deliberadamente desenvolve ações para evitar a confirmação de uma alta probabilidade de existência de uma conduta criminosa, sobre quem poder-se-á afirmar que possuía o conhecimento atual dos fatos críticos” (CALLEGARI, 2008, p. 131). A definição de Callegari, porém, é apenas um ponto de vista inicial, pois incorre em erro quem imagina que exista, no Brasil ou nos Estados Unidos, uma unidade doutrinária ou jurisprudencial sobre a cegueira deliberada. Portanto, para chegar a um conceito de cegueira deliberada é importante estabelecer brevemente seus precedentes históricos antes que se possa investigar o seu estado da arte nos Estados Unidos.

Dito isso, ainda que tenha se originado no Reino Unido¹, o maior desenvolvimento da cegueira deliberada ocorreu nos Estados Unidos (CARVALHO, 2021; LUCCHESI, 2017). O primeiro caso identificado é *People v. Brown* (1894). O caso, na Califórnia, envolvia o delito de obtenção de provas falsas, que demandava o efetivo conhecimento da falsidade daquelas provas. Na oportunidade, a Suprema Corte do Estado da Califórnia asseverou que: ainda que a mera negligência não possa conduzir alguém à julgamento, a cegueira deliberada pode indicar o conhecimento factual do acusado. Nas palavras da Corte, “Qualquer um tem conhecimento do fato antes de fechar os olhos para aquilo que deve saber” (*Ibidem*, p. 27).

No entanto, o mais importante precedente histórico a respeito da cegueira deliberada é *Spurr v. United States* (1899), pois foi a primeira vez que a *willful blindness*

¹ A doutrina aponta os casos ingleses *Regina v. Sleep* (1861) e *Bosley v. Davies* (1875) como o início da cegueira deliberada.

doctrine chegou à SCOTUS. No precedente, o réu, Marcus Antonius Spurr, presidente do Commercial National Bank of Nashville, foi acusado de certificar cheques sem provisão de fundos (LUCCHESI, 2017). Embora os funcionários do banco tivessem conhecimento de que os cheques não possuíam fundos, os diretores do banco, dentre eles Spurr, não sabiam. Ao instruir os jurados, o magistrado omitiu que o delito deveria ser realizado de forma deliberada para que fosse crime e, em suas instruções aos jurados, aduziu que a condenação seria legítima caso entendessem que o acusado, deliberadamente, manteve-se ignorante (CARVALHO, 2021).

Por outras palavras, “O juiz omitiu em sua instrução a leitura integral da norma incriminadora, que exigia que a violação da norma administrativa deveria ser deliberada para que houvesse relevância penal” (LUCCHESI, 2017, p. 127). Com efeito, os advogados de Spurr recorreram para o Tribunal Federal de Recursos do Sexto Circuito e, quando o recurso foi julgado improcedente, à Suprema Corte dos Estados Unidos. Foi, portanto, a primeira vez que a Suprema Corte dos Estados Unidos teve a oportunidade de se debruçar sobre um caso que envolvia cegueira deliberada (*Ibidem*).

Lucchesi (2017) adverte que a Suprema Corte dos Estados Unidos não emitiu qualquer juízo de valor a respeito das instruções ou da cegueira deliberada. Esse posicionamento é compartilhado por Ferraz (2018), que afirma que, embora a Corte tenha mantido a decisão, ela não afirmou que a linguagem utilizada no primeiro grau para se referir à cegueira deliberada estava correta. Todavia, para Carvalho (2021), diante da falta de críticas às instruções formuladas pelo Magistrado, uma boa parcela da doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos entendeu o precedente como uma aceitação, ainda que tácita, da cegueira deliberada. Nesse sentido, ela foi se desenvolvendo a passos largos nos Estados Unidos, consolidando-se especialmente nos anos 70 por uma consideração político-criminal: a necessidade de punição dos delitos de tráfico de entorpecentes (*Ibidem*).

Portanto, a construção da cegueira deliberada nos Estados Unidos pode ser dividida, didaticamente, em um período pré-1970, onde se situam os precedentes históricos, e em um período pós-1970, a partir do caso *United States v. Jewell*, de 1976. Com o julgamento desse caso, a cegueira deliberada foi adquirindo os contornos que delimitam sua aplicação nos Estados Unidos.

Para contextualiza-lo, é importante saber que nos casos de tráfico drogas nos Estados Unidos, uma das teses defensivas mais utilizadas era a de que o indivíduo não detinha conhecimento sobre a natureza da substância (CARVALHO, 2021). Por outras palavras, que não sabia que transportava entorpecente. Em *United States v. Jewell*, o acusado, Charles

Demore Jewell, foi processado por aquele delito por ter ingressado nos Estados Unidos com maconha no porta-malas do carro que dirigia. Quando interrogado, alegou que recebeu, em Tijuana, no México, o valor de US\$100,00 de um desconhecido para conduzir um veículo aos Estados Unidos. Embora desconfiado, o acusado disse que revistou o veículo e não encontrou nada, tendo concluído que, se ele não tinha encontrado, nenhuma autoridade também encontraria (LUCCHESI, 2017).

Nas instruções fornecidas aos jurados, o magistrado lhes instruiu quanto ao alcance da expressão “*knowingly*” que o tipo penal exigia. Assim, aduziu que a acusação cumpriria com seu ônus probatório se, para além de uma dúvida razoável, demonstrasse que, embora o acusado não estivesse realmente consciente que havia maconha no veículo, “a sua ignorância foi somente e integralmente um resultado do seu propósito consciente de desprezar a natureza daquilo que estava dentro veículo, com um propósito consciente de evitar conhecer a verdade” (*Ibidem*, p. 136). Condenado, o acusado interpôs recurso, questionando as instruções aos jurados.

A condenação, porém, foi mantida pelo Tribunal Federal de Recursos do Nono Circuito, pelas razões que serão vistas com maior profundidade adiante. O essencial, por hora, é entender que por uma construção jurisprudencial paulatina, a cegueira deliberada se insere como uma categoria no sistema de imputação subjetiva nos Estados Unidos, permitindo aferir o elemento subjetivo indispensável à configuração do crime. Diante disso, é importante investigar o sistema de imputação subjetiva norte-americano.

2.2 Imputação subjetiva nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, não existe um direito uniformizado e harmônico, tendo em vista a própria natureza do seu federalismo. Há uma pluralidade de sistemas, por vezes sobrepostos, em que cada Estado e o Governo Federal podem estabelecer suas próprias regras de direito material e processual (LUCCHESI, 2017). Discutir uma teoria aplicada no direito norte-americano, portanto, tem várias limitações. Apesar delas, contudo, é possível afirmar que o sistema de imputação nos Estados Unidos se baseia no dualismo entre os conceitos de *mens rea* e *actus reus* (SMITH, 1978)².

De forma sintética, *actus reus* é o evento, a sua manifestação no mundo exterior; *mens rea* é o estado mental do agente. Para Smith (1978, p. 96), o *actus reus* "inclui um ato, um movimento muscular voluntário em circunstâncias e com consequências que a definição do

² Devido à diversidade jurídica norte-americana, o presente trabalho está centrado em casos federais que são considerados chave para entender a cegueira deliberada nos Estados Unidos pela maioria dos pesquisadores.

crime exige". Já *mens rea*, "é definida para incluir *intention, recklessness e negligence*"³. Com efeito, constituem ferramentas úteis para análise se um determinado evento é crime ou não. Ademais, é um postulado normativo, segundo o qual um determinado fato, para que seja crime, deve-se basear em uma conduta danosa e em um estado mental correspondente (*Ibidem*).

No contexto acima exposto, a cegueira deliberada é uma categoria de imputação subjetiva na qual é atribuído a um indivíduo o estado mental necessário para a configuração do delito quando ele se mantém deliberadamente cego aos elementos constitutivos do crime. Portanto, a verificação da existência de uma hipótese de cegueira deliberada atribui um estado mental de conhecimento ao agente caso os seus requisitos sejam cumpridos. Havendo cegueira deliberada, pois, há *mens rea*.

Diante das dificuldades decorrentes da diversidade legislativa, jurisprudencial e doutrinária, o *American Law Institute* optou por abandonar o termo *mens rea* e adotar o termo *culpability* (LUCCHESI, 2017). Como resultado, o instituto criou o Model Penal Code, ou Código Penal Modelo, que funciona como um guia para as legislações penais estaduais e federais (CARVALHO, 2021). Embora o Código Penal Modelo não seja vinculante, alguns Estados o adotaram em sua legislação. No entanto, sua adoção não é unânime e sequer foi adotado no direito federal americano, ainda que, sobretudo no campo da imputação subjetiva, exerça enorme influência (FERRAZ, 2018).

Portanto, seus conceitos são frequentemente utilizados em precedentes, como em *United States v. Jewell*, fornecendo importantes elementos para fundamentar e compreender as decisões dos tribunais federais dos Estados Unidos. À vista disso, o estudo das categorias de imputação subjetiva do Código Penal Modelo é crucial para entender a aplicação cegueira deliberada nos Estados Unidos, pois "a cegueira deliberada, da forma como tem sido concebida, parte de uma definição específica disposta no que foi denominado como *Model Penal Code*" (CARVALHO, 2021, p. 26). Nesse sentido, os precedentes pós-*Jewell* têm, sistematicamente, adotado as categorias do Código em suas decisões, como será visto adiante.

Os elementos objetivos do crime no Código Penal Modelo são: conduta, circunstâncias concomitantes e o resultado (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1962). Os elementos subjetivos (*culpabilities*), por sua vez, são quatro: a) *purpose*; b) *knowledge*; c) *recklessness*; e d) *negligence* (*Ibidem*). Nesse sentido, são "o *purposely* – com intenção –,

³ A não tradução de algumas palavras é deliberada para garantir maior precisão terminológica, uma vez que os conceitos jurídicos dos termos em inglês serão melhor tratados adiante. Contudo, é válido apontar que, ainda assim, precisão terminológica desses conceitos é difícil de atingir, diante das variações legais e jurisprudenciais nos Estados Unidos.

knowingly – com conhecimento –, *recklessly* – com irresponsabilidade – e *negligently* – com negligência” (CARVALHO, 2021, p. 38). Muitos doutrinadores, inclusive tradicionais, como Luís Jiménez de Asúa, cometem o equívoco de comparar, como se houvesse uma perfeita simetria, os estados anímicos do Código Penal Modelo com os da tradição romano-germânica (LUCCHESI, 2017). Esse posicionamento, por sua vez, é rechaçado por doutrinadores contemporâneos, como Lucchesi (2017) e Carvalho (2021) por representar uma falsa relação de equivalência.

Cada um desses estados anímicos, por sua vez, precisa ser esmiuçado.

O *purpose* é o estado anímico de quem, ao realizar a ação, tem como objetivo consciente realizar aquela conduta específica ou causar aquele resultado desejado. Além disso, também é considerado "purpose" o agente que age ciente das circunstâncias ou que acredita ou tem esperança de que aquelas circunstâncias existam (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1962). Em outras palavras, trata-se daquele que busca conscientemente realizar a conduta ou causar o resultado almejado, desde que esteja ciente das circunstâncias envolvidas.

O conceito de *knowledge* se aplica quando o indivíduo age ciente da natureza da sua conduta ou da existência das circunstâncias. No que se refere ao resultado da conduta, ele está ciente de que é “*practically certain*” (ou praticamente certo, em tradução livre) de que sua conduta causará esse resultado. Demanda, pois, ciência das circunstâncias concomitantes e da natureza da conduta, mas, no que tange ao resultado, basta estar praticamente certo de sua ocorrência. Não se fala, assim, de um desejo subjetivo do agente em praticar a conduta ou causar o resultado lesivo (*Ibidem*).

A *recklessness*, por sua vez, se refere ao estado anímico do agente que age conscientemente desconsiderando um risco substancial e injustificável de que um elemento objetivo do delito exista ou seja resultado da sua conduta. Nesse sentido, é necessário que o risco seja considerado levando em conta a natureza e a intenção na conduta do agente, bem como as circunstâncias do seu conhecimento, de modo que a desconsideração do risco seja um desvio grosseiro do padrão de conduta que uma pessoa que se comporta “conforme a lei” adotaria (*Ibidem*). Em outras palavras, trata-se de uma conduta que envolve uma desconsideração consciente do risco envolvido, que se afasta do que seria considerado um comportamento adequado e razoável diante da situação.

Finalmente, o Código Penal Modelo prevê a *negligence*: trata-se da situação em que o agente deveria estar ciente de um risco substancial e injustificável de que o elemento objetivo do delito existe ou irá resultar de sua conduta. O risco deve ser tão grave e elevado que a falha do agente em percebê-lo, considerando a natureza e intenção de sua conduta e as circunstâncias

que tinha ciência, implica um desvio grosseiro do padrão de comportamento que “alguém razoável” observaria nas circunstâncias do agente (*Ibidem*). Nesses casos, a punição é excepcional e, no Código Penal Modelo, só se aplica a três crimes: homicídio, agressão física com arma letal e crime de dano empregando fogo, explosivo ou outro elemento perigoso (LUCCHESI, 2017).

Como uma categoria de imputação subjetiva, “a cegueira deliberada é proposta como substituto da exigência de conhecimento [*knowledge*] como critério de imputação”⁴ (*Ibidem*, p. 55). Portanto, aplica-se para os delitos cujo elemento subjetivo correspondente é *knowledge*. Nos Estados Unidos, o problema da cegueira deliberada envolve a fronteira entre *knowledge* e *recklessness* e não há consenso na doutrina daquele país ao definir as duas categorias. Diante disso, quando o indivíduo desconhece a existência de um elemento constitutivo do delito, mas possuía condições de conhecer, age *knowingly* ou *recklessly*?

Para Robin Charlow (*apud* CARVALHO, 2021), há três critérios fundamentais de distinção: a) o *knowledge* exige certeza ou quase certeza da existência de um fato, enquanto a *recklessness* exige apenas alta probabilidade de um fato; b) o *knowledge* envolve a análise plenamente no campo subjetivo do agente, mas a *recklessness* envolve um elemento subjetivo e outro objetivo (como “alguém responsável” se comportaria); e c) o *knowledge* diz respeito apenas a fatos presentes e passados, mas a *recklessness* pode abranger também situações futuras (não se pode conhecer o futuro)⁵. Uma análise crítica, contudo, pode ser feita, bastando observar que, no primeiro requisito oferecido por Charlow, existe largo espaço para arbítrio judicial na diferenciação entre quase certeza e alta probabilidade.

Para abranger a cegueira deliberada, o Código Penal Modelo inclui uma disposição específica conhecida como "*Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability*", a qual estabelece que o requisito de conhecimento pode ser considerado satisfeito se for demonstrado que a pessoa estava ciente da alta probabilidade da existência de um fato particular – circunstâncias concomitantes – que seja elemento objetivo de um delito, salvo se realmente acreditar que esse elemento não existe (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1962). Por estar ancorada em uma visão psicológica da aferição de estados mentais, como descreve Santos (2018), não é claro por quais razões a cegueira deliberada é mais próxima do *knowledge* do que

⁴ Essa interpretação de Lucchesi não é imune a críticas, tendo em vista que, como será visto adiante, existem outras possibilidades de interpretar a cegueira deliberada nos casos concretos que não como um estado anímico próprio.

⁵ Para Ira Robbins (*apud* CARVALHO, 2021), a conceituação é semelhante, sendo a única diferença a desnecessidade de que haja a análise do dado objetivo na irresponsabilidade (*recklessness*).

da *recklessness*. Em alguns precedentes, essa questão é explicada por razões político-criminais, como a teoria da igual reprovabilidade, que será abordada posteriormente.

No entanto, não havendo consenso, pode-se afirmar que a diferença entre *recklessness* e *knowledge* é uma questão de grau, em que o último exige um nível adicional de vinculação subjetiva em relação ao primeiro. Isso ocorre, pois “*purpose* se mostra mais culpável que *knowledge*, que, por sua vez, mostra-se um estado mental mais culpável que *recklessness*, que, por fim, seria determinado estado mental mais culpável que *negligence*” (SANTOS, 2018, p. 33). Sendo assim, não é suficiente que a conduta seja uma desconsideração consciente de um risco para se configurar o *knowledge*:

Recklessness, por um lado, significa a criação consciente de riscos. Já para *knowledge* não há uma definição mais rígida, exceto no que diz respeito ao conhecimento que é exigido pelo autor a respeito da situação de fato em que atua, e a previsibilidade do resultado de sua ação ou de sua omissão como algo praticamente certo. Pode-se argumentar o seguinte em relação ao sistema do Código Penal Modelo: as normas incriminadoras que exigem *knowledge* exigem mais que a criação consciente de um risco, desconsiderando-se um dever de conduta imposto às pessoas que se digam “cumpridoras da lei”; ao mesmo tempo, não se exige demonstração efetiva de que aquele resultado ocorrido ou em risco de ocorrer tenha sido tentado pelo autor, embora possa até ter sido o seu propósito. *Knowledge* – assim como *willfulness*, de acordo com o § 2.02(8) – situa-se em algum lugar em meio às demais categorias, com um conteúdo indefinido, podendo englobar um vasto universo de situações de fato, mas atua como uma limitação à incidência da responsabilidade criminal: para que algo seja praticado com *knowledge*, não basta que tenha sido praticado com *recklessness*, exigindo-se algo a mais – embora não se precise exatamente quê. (LUCCHESI, 2017, p. 112)

Diante disso, a compreensão da cegueira deliberada nos Estados Unidos envolve a distinção entre *knowledge* e *recklessness*. Nem sempre, contudo, isso é essencial, pois, como adverte Carvalho (2021), às vezes a cegueira deliberada é utilizada com caráter eminentemente probatório. Esse é o caso de *People v. Brown, Spurr v. United States* e alguns casos na Justiça Federal do Brasil (*Ibidem*). De qualquer forma, na jurisprudência e doutrina norte-americanas, ascenderam várias correntes questionando os fundamentos e os requisitos para que o indivíduo seja considerado deliberadamente cego. Desse modo, é imprescindível compreender o estado da arte da teoria hoje em dia nos tribunais americanos.

2.3 Estado da arte da cegueira deliberada nos Estados Unidos

A jurisprudência americana aborda a cegueira deliberada de três formas diferentes. A primeira delas tem um aspecto mais probatório, pois, ao invés de ser um estado anímico próprio, a cegueira deliberada funciona como um elemento indiciário para aferir o conhecimento fático do agente. Na segunda delas, pouco aceita, seria um estado anímico autônomo, decorrente da simbiose entre *recklessness* e *negligence*. Na terceira abordagem, trata-se de um instrumento para suprir a exigência de *knowledge* (CARVALHO, 2021).

Portanto, as afirmações de Lucchesi (2017) de que a cegueira deliberada é uma alternativa ao conhecimento não são unânimes, pois em casos diferentes podem ser adotadas abordagens distintas dentro dessas possibilidades⁶. Em casos como *People v. Brown*, por exemplo, foi utilizado um caráter probatório nas considerações sobre a cegueira deliberada, em que, se há prova de que alguém se manteve deliberadamente ignorante, há indícios de que sabia da existência do fato. Em outros casos, como *United States v. Jewell*, a cegueira deliberada foi um verdadeiro substituto para o elemento *knowledge*.

No entanto, é evidente que a alta probabilidade da existência de um fato não é o mesmo que conhecer a sua existência. Quando se diz que duas coisas são equivalentes, é porque elas não são iguais. Com efeito, a hipótese veiculada em *United States v. Jewell*, que equipara os dois estados anímicos, baseou-se em uma tese de igual reprovabilidade, em que os dois estados são moralmente equivalentes (CARVALHO, 2021). Em outras palavras, ela “se justifica em termos teleológicos no sistema norte-americano, pois há um juízo de reprovação equivalente àquele feito em relação a quem se encontra em *knowledge*” (SANTOS, 2018, p. 37).

Diante disso, para compreender o estado da arte da cegueira deliberada nos Estados Unidos, é importante se aprofundar em três casos paradigmáticos nos Estados Unidos: a) *United States v. Jewell* (1976); b) *United States v. Heredia* (2007); e c) *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A* (2011).

Como visto, em *United States v. Jewell*, controlou-se, em síntese, as instruções dadas aos jurados pelo juiz do caso quanto ao alcance da palavra "*knowingly*", elemento indispensável para a configuração do delito em questão. Naquele caso, equiparou-se a ciência da alta probabilidade ao efetivo conhecimento. Contudo, o fundamento disso, embora baseado no Código Penal Modelo, estava intimamente ligado à ideia de equivalência moral. Os magistrados do Nono Circuito não consideraram que a cegueira deliberada era o conhecimento dos fatos, mas sim criaram uma relação de equivalência. Como a alta probabilidade e a efetiva ciência são diferentes, considerou-se que eram de igual gravidade, pois: "a conduta do agente que executa uma conduta típica em um estado de cegueira deliberada merece a mesma reprovação do que aquele que pratica a ação com pleno conhecimento factual" (CARVALHO, 2021, p. 49).

⁶ “Sem prejuízo disso, no âmbito dessas Cortes de Apelação, é amplo objeto de discussão a respeito dos requisitos para aplicação da cegueira deliberada, bem como a qual figura ela corresponde: a uma culpability autônoma, equiparada ao *knowledge*, ao próprio *knowledge* ou a um elemento de aferição da existência do *knowledge*” (CARVALHO, 2017, p. 34)

Diante disso, convencionou-se interpretar a aplicação da cegueira deliberada com base em três requisitos: a) conhecimento da alta probabilidade de que um fato existe; b) ausência de medidas para evitar tomar conhecimento acerca do fato; e c) motivação do agente. Portanto, sendo a tese da igual reprovabilidade o ponto central de *United States v. Jewell*, a análise da motivação do agente seria essencial para a aplicação desse precedente. Para outros autores, contudo, especialmente com base no Código Penal Modelo, o último requisito seria dispensável (*Ibidem*).

A confusão jurisprudencial americana levou o Nono Circuito a retomar as discussões sobre a cegueira deliberada muitos anos depois no caso *United States v. Heredia*. Naquele caso, a ré, Carmen Heredia, foi processada por transportar substância entorpecente no carro que conduzia, emprestado por sua tia. Ela afirmou que não tinha conhecimento da substância, embora tenha começado a suspeitar durante a viagem e antes de ser parada pela polícia. Algumas coisas chamavam sua atenção, como o cheiro no veículo (que a sua tia explicara se tratar de amaciante, algo que a ré não acreditou) e a quantidade de dinheiro em espécie com a sua mãe (que também estava no carro). Portanto, a sua estratégia de defesa era a que a cegueira deliberada não se aplicava, uma vez que sua motivação não era a exigida. Apesar disso, o juiz de primeira instância não incluiu a motivação da acusada como requisito ao elaborar as instruções aos jurados (*Ibidem*).

Interposto o recurso, o Nono Circuito teve que se pronunciar e adotou a corrente mais leniente à aplicação da cegueira deliberada, entendendo que não era necessário investigar as motivações do agente. Para configurar a cegueira deliberada, bastava dois requisitos: a) a ciência da alta probabilidade; e b) a intencionalidade do acusado em evitar o conhecimento da situação de fato⁷ (*Ibidem*). Portanto, “não se precisa especificar o que ensejou a voluntariedade do sujeito – a parte deliberada – desde que, claro, tenha ele, voluntariamente, praticado determinado ato” (SANTOS, 2018, p. 47).

Alguns anos depois, a Suprema Corte dos Estados Unidos teve a chance de tratar o tema da cegueira deliberada, mas curiosamente em um caso cível: o precedente *Global-Tech v. SEB*. Naqueles autos, uma das empresas implicadas alegou não ter conhecimento da existência de patente nos Estados Unidos sobre produto que comercializava, originalmente adquirido no exterior. A maioria dos *Justices*, porém, considerou que a cegueira deliberada, aplicada no

⁷ O julgamento, porém, não foi unânime e expôs as tensões sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada mesmo que diante de um mesmo órgão julgador. Em igual sentido, trouxe grandes críticas da doutrina norte-americana que entende que deve haver uma inquirição quanto aos motivos da ignorância deliberada. Carvalho (2021) sintetiza aduzindo que não há igual reprovabilidade, por exemplo, quando o agente não investiga os motivos apenas por preguiça e, portanto, faltam razões para igualar os dois estados anímicos.

direito criminal norte-americano, poderia ser utilizada também naquele caso, com base em dois requisitos: a) a alta probabilidade da existência de um fato e b) a adoção deliberada de medidas para não tomar conhecimento dele (CARVALHO, 2021).

Além dos problemas relativos à dispensa da investigação dos motivos do agente, uma crítica pertinente é que a Suprema Corte não foi clara sobre o fundamento da punição, ora utilizando a tese da igual reprovabilidade, ora afirmando que quem sabe o suficiente para se cegar tem o conhecimento efetivo. Com isso, a SCOTUS usou precedentes de forma às vezes divergente, incluindo o caso *United States v. Jewell*, mas sem considerar a motivação do agente, e o caso *Spurr v. United States*, que utilizava a cegueira deliberada apenas como elemento probatório (*Ibidem*).

Para compreender o estado da arte da cegueira deliberada nos Estados Unidos, Lucchesi (2017) fez um trabalho baseado nas chamadas instruções de avestruz. O nome diz respeito ao comportamento de uma avestruz que, em determinadas situações, esconde a sua cabeça na areia. Uma metáfora curiosa sobre alguém, em tese, deliberadamente cego.

Diferente do Brasil, o júri nos Estados Unidos é muito mais abrangente e, como visto, o controle judicial da cegueira deliberada se volta eminentemente às instruções dadas aos jurados antes que possam decidir. O juiz explica o direito, de modo que os jurados, sabendo dos fatos, decidam. As instruções, assim, determinam os conceitos jurídicos utilizados pelas partes e muitas vezes definem o conteúdo do conhecimento necessário para a configuração de um determinado tipo penal (*Ibidem*). Cada tribunal norte-americano padroniza seus próprios modelos de instrução sobre a cegueira deliberada.

Ao estudá-los, Lucchesi (2017) conclui que se aplica a cegueira deliberada nos Estados Unidos quando: a) o autor tem ciência da elevada probabilidade de um elemento do crime existir; b) o autor tomou medidas, deliberadamente, para evitar a comprovação da existência do fato; e c) não há uma crença subjetiva na inexistência do fato⁸. Portanto, discorda-se aqui das conclusões de Ferraz (2018) de que nos Estados Unidos a perquirição dos motivos do agente ainda se faz necessária para a configuração da cegueira deliberada na práxis forense, pois “*a willful blindness é bipartida, pois deve o acusado acreditar que há a alta probabilidade da ocorrência de determinado fato e deve agir, deliberadamente, para evitar ulteriores conhecimentos a respeito do fato*” (SANTOS, 2018, p. 48).

⁸ Para Carvalho (2021), ao afirmar que não deve haver uma crença subjetiva na existência do fato, devolve-se o ônus probatório ao autor quando é alegado erro.

Conclui-se, assim, que é uma categoria de imputação subjetiva presente no direito penal dos Estados Unidos, que conjuga três requisitos: a) a ciência da alta probabilidade de que um fato existe; b) medidas deliberadas para evitar tomar conhecimento acerca do fato; e c) não haver uma crença subjetiva na inexistência do fato. Com efeito, eis o estado da arte da aplicação da teoria nos Estados Unidos, bem como seu funcionamento em linhas gerais. Diante disso, pode-se começar a aferir a sua possível (in)compatibilidade e, sendo compatível, qual a sua utilidade na teoria do delito brasileira.

2.4 A importação da cegueira deliberada e a sua (in)compatibilidade com o direito brasileiro

A importação do instituto da cegueira deliberada para o Brasil ocorreu com o assalto ao Banco Central em Fortaleza. Se, por um lado, o assalto foi muito bem planejado, por outro, o aproveitamento do produto do crime não teve igual sucesso (LUCCHESI, 2017). Nesse sentido, alguns dos acusados optaram por lavar os valores objeto do furto utilizando uma concessionária de veículos. Assim, compraram vários carros com dinheiro em espécie e deixaram uma parte dos valores como crédito para comprar outros durante a semana.

Nesse contexto, a primeira sentença que aplicou a cegueira deliberada no Brasil condenou os donos da concessionária pela prática do crime de lavagem de dinheiro. O juízo entendeu que os acusados sabiam a origem ilícita dos valores, embora não soubessem que os valores eram provenientes do assalto ao Banco Central. Portanto, assumiu que os acusados teriam estado deliberadamente cegos, o que, segundo a decisão, implicaria dolo eventual. Para Lucchesi (2017), as razões fático-jurídicas da decisão não são claras, mas indicam a problemática da aplicação da cegueira deliberada no Brasil, ancorada principalmente em trechos de um livro de Sérgio Fernando Moro. Nesse livro, defende-se a possibilidade de se imputar o crime de lavagem de dinheiro a título de dolo eventual a partir da teoria da cegueira deliberada (ou *willful blindness doctrine*). A partir daí, a cegueira deliberada está intimamente ligada a uma relação de suposta equivalência com dolo eventual.

Contudo, as abordagens que igualam o dolo eventual à cegueira deliberada desconsideram a profunda diferença entre os sistemas jurídicos dos Estados Unidos e do Brasil. Embora se reconheça que possa haver eventualmente uma compatibilidade, não se pode usar a cegueira deliberada, indistintamente, como se dolo eventual fosse. Ela possui seus próprios requisitos e está inserida em um específico sistema de imputação subjetiva. Recai-se, portanto, em um erro de "*praesumptio similitudinis*", em que: "Presume-se a semelhança a partir da crença de que determinadas questões são postas para todo e qualquer ordenamento e, diante

delas, deduz-se regulamentações comuns que busquem solucioná-las de modo equivalente” (BRENER; COLOMBI; RAMOS, 2021).

Como esclarece Cláudio Brandão (2008, p. 7), “a aplicação da dogmática penal comparada não pode ser feita de forma acrítica, através do simples encaixe de um conceito estrangeiro em um determinado ordenamento”. Assim, não existe uma equivalência entre as categorias de imputação subjetiva norte-americana e os conceitos de dolo e de culpa (CARVALHO, 2021). Nesse sentido, “cabe destacar que a teoria da cegueira deliberada historicamente possui um alcance mais amplo, na medida em que não existe no direito federal dos Estados Unidos algo parecido com o dolo eventual [...]” (RAGUÉS I VALLÈS, 2022, p. 276-277). Portanto, preliminarmente, pode-se concluir que nem todas as hipóteses de cegueira deliberada são automaticamente aplicáveis ao dolo eventual, uma vez que não existe uma relação de perfeita simetria.

Com efeito, os requisitos delineados pela jurisprudência brasileira são distintos dos requisitos estabelecidos na jurisprudência norte-americana.

Nesse contexto, destaca-se o voto da Ministra Rosa Weber na AP 470, um dos precedentes mais citados pelos Tribunais ao aplicar a categoria (LUCCHESI, 2017). Ele é o principal precedente brasileiro a fornecer parâmetros para a aplicação da teoria da cegueira deliberada no crime de lavagem de dinheiro. Os parâmetros elencados na decisão são: a) o conhecimento por parte do agente sobre a alta probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos sejam provenientes de atividades criminosas; b) o comportamento indiferente do agente a esse conhecimento; e c) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante em relação a todos os fatos, quando possível (BRASIL, 2013). No julgado, reproduz-se o entendimento de que a imputação do crime de lavagem de dinheiro ocorre por dolo eventual, ainda que no voto chegue a afirmar haver evidências de conhecimento fático da ilicitude dos valores pelos réus (CARVALHO, 2021).

As decisões que aplicam a cegueira deliberada no Brasil, portanto, utilizam parâmetros distintos dos estabelecidos pela jurisprudência norte-americana. Nos Estados Unidos, os principais vetores são: a) ciência da alta probabilidade; b) existência de medidas voltadas a se manter deliberadamente ignorante e c) inexistência de crença subjetiva na inexistência do fato. Portanto, a categoria da cegueira deliberada se transformou em um “leito de Procusto”, diante da sua desfiguração, acréscimos e aplicação forçada (LUCCHESI, 2017).

Ademais, as decisões brasileiras que aplicam a teoria da cegueira deliberada a) não a conceituam no contexto norte-americano; b) aplicam-na desnecessariamente, pois a própria decisão afirma que, pelas circunstâncias fáticas, pode-se concluir que o indivíduo possuía

conhecimento sobre determinado elemento objetivo do delito; e c) mencionam a teoria sem nenhuma razão aparente (CARVALHO, 2021). Isso implica em um certo fetiche da jurisprudência brasileira em aplicar o conceito por vezes sem qualquer necessidade (LUCCHESI, 2017)

Em igual sentido, a legitimidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada como se dolo eventual fosse também é questionável. Nos Estados Unidos, a tese da igual reprovabilidade é central para um dos mais importantes *leading cases*: *United States v. Jewell*. No Brasil, porém, esse tipo de fundamentação perde o sentido ante a existência de conceituação legal do próprio conceito de dolo. Logo, não se pode instituir uma forma de imputação subjetiva que, conquanto possa ser aferida como legítima do ponto de vista político-criminal, não encontra respaldo na lei. É nesse ponto que a ponderação do juiz Kennedy faz sentido quando em *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.* aduz que: “a cegueira deliberada não é conhecimento; e juízes não deveriam alargar uma prescrição legislativa por analogia” (apud CARVALHO, 2021).

Desse modo, o cerne da investigação sobre a utilidade do conceito está na medida de sua compatibilidade com os conceitos possíveis de dolo. As razões pelas quais o conceito de dolo é tão central não refletem um mero preciosismo epistemológico. Decorrem, em verdade, do princípio da legalidade, imperativo legal e constitucional. Nesse sentido, adota-se o dolo e apenas se pode visualizar alguma utilidade para a teoria da cegueira deliberada no Brasil na medida em que for compatível com esse conceito. Contudo, é importante separar os enunciados normativos da norma jurídica propriamente dita (SANTOS, 2018). Isso implica reconhecer que, embora exista um conceito legal de dolo no Brasil, ele não é exauriente, pois depende sempre de um intérprete. Portanto, embora não se possa, em uma perspectiva empírica, igualar a ciência da alta probabilidade de existência do fato com seu conhecimento efetivo, a interpretação dos elementos do dolo pode prescindir de sua análise ontológica (LUCCHESI, 2017). Portanto, para compreender o objeto do trabalho, é essencial compreender o conceito de dolo em todas as suas acepções e possibilidades.

3 O SISTEMA DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NO BRASIL: O DOLO E A COMPATIBILIDADE DA CEGUEIRA DELIBERADA.

3.1 Pressupostos teóricos da imputação subjetiva nos sistemas romano-germânicos

No presente trabalho, é importante situar o dolo como componente de um sistema de imputação subjetiva. Na dogmática penal, o dolo é elemento subjetivo do crime. Todo tipo penal possui elementos subjetivos, relacionados à consciência e a vontade (BRANDÃO, 2015). A sua existência decorre do princípio da responsabilidade penal subjetiva, segundo o qual, para aplicação de uma pena, deve haver um elemento subjetivo correspondente. Nesse sentido, o direito põe limites para a intervenção penal, dentre eles a imputação subjetiva que reflete “intensidade subjetiva do agente de ingressar na zona do ilícito e, assim, lesar ou por em perigo o bem jurídico” (TAVARES, 2020, p. 272). Portanto, para que haja crime, deve haver no mínimo culpa, sendo a punição a seu título permitida excepcionalmente pela legislação penal brasileira.

Com efeito, por sacralizar o princípio da responsabilidade penal subjetiva o dolo é, antes de tudo, uma limitação ao poder de punir. Essa característica é muito importante, eis que o direito penal está intimamente ligado à noção de violência: não apenas a violência do crime, mas sobretudo a da pena (BRANDÃO, 2008). A limitação do *jus puniendi*, portanto, é uma concretização do significado político do direito penal, que não pode ser diferenciado da técnica da dogmática, sob pena de produzir uma alienação política dos técnicos (ZAFFARONI *apud* BRANDÃO, 2008). Com efeito, a aplicação dos conceitos jurídico-penais pelos operadores do direito pressupõe o comprometimento com o significado político correspondente.

A existência de um elemento subjetivo do delito é, pois, um postulado político. No entanto, os conceitos jurídicos não se mantêm estáticos, desde que respeitados certos princípios indispensáveis ao direito penal em um Estado Democrático de Direito. Dentre eles, está o princípio da legalidade⁹. O papel do princípio da legalidade é, em essência, proteger os direitos individuais em face do *jus puniendi*, impedindo uma aplicação arbitrária dos preceitos penais (BRANDÃO, 2002). Desse modo, promove-se um equilíbrio entre Estado e indivíduo quando, por um lado, legitima a emissão de normas penais feitas pelo Estado e, por outro, atribui ao indivíduo uma série de garantias limitadoras do direito de punir (BRANDÃO, 2008)¹⁰.

⁹ Para Brandão (2002), a formulação do princípio da legalidade foi elaborada por Feuerbach com base em uma teoria da coação psicológica da pena. Em seu aspecto legislativo, o princípio da legalidade é positivado no artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. O alcance da expressão, por sua vez, é complementado pela doutrina brasileira e estrangeira.

¹⁰ Essas garantias podem ser divididas em quatro, quais sejam: a) a vedação da analogia in malam partem; b) a exigência de lei certa; c) a exigência de lei escrita; e d) a exigência de lei prévia (BRANDÃO, 2007).

O princípio da legalidade é importante, pois uma crítica recorrente à teoria da cegueira deliberada é o seu uso para classificar uma conduta como dolosa em casos em que, quando muito, haveria apenas culpa. E não havendo expressa previsão de delito culposo, não se pode considerar dolosos os casos de imperícia, imprudência ou negligência. Portanto, inexistindo previsão legal para aplicação da teoria da cegueira deliberada, a conduta do agente, para a enorme maioria dos delitos, precisa se subsumir a uma hipótese de dolo para que a possa ser classificada como crime. Dessarte,

Por isso, a necessidade também de se colocar qualquer teoria à prova de sua compatibilidade com a lei penal, quando o desapego à sua descrição, em proveito de uma argumentação retórica ou subsidiada por outros purismos dogmáticos, implicar grave restrição de direito, como é o caso da afirmação do dolo. A não se seguir tal orientação, toda a construção de proteção de direitos fundamentais não terá qualquer sentido, porque para fins de política criminal, então, os tribunais poderiam ignorar o enunciado legal e, simplesmente, legitimar o poder punitivo. (TAVARES, 2020, p. 290).

Com isso, a análise da imputação subjetiva no direito brasileiro não prescinde da análise legal do conceito de dolo: querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo (BRASIL, 1940). Com isso, a definição mais amplamente aceita é a interpretação do dolo pela ótica do finalismo: a consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo (TAVARES, 2020). Mas isso não o torna um conceito pacificado. Na maior parte dos países de tradição jurídica germânica, ainda que o dolo seja uma categoria existente, ele sequer está conceituado na legislação. Alguns estudiosos questionam, inclusive, a necessidade de positivação do dolo, entendendo que é uma categoria de desenvolvimento doutrinário. Outros, por sua vez, pontuam os benefícios de se ter uma positivação do dolo, ainda que a sua positivação não venha acompanhada de uma maior segurança jurídica (LUCCHESI, 2017; COSTA, 2015). Assim, por ser um conceito doutrinário, o dolo não possui uma única compreensão e possui múltiplas acepções.

À vista disso, por mais que a existência de previsão legal para o dolo pareça imunizá-lo de eventuais indeterminações que ampliem ou restrinjam arbitrariamente a punibilidade, essa segurança jurídica é, em grande medida, aparente (COSTA, 2015). Nesse sentido, o Código Penal não indica elementos necessários "para que se possa dizer que o agente conheceu algo, quis o resultado ou assumiu o risco de sua produção" (*Ibidem*, p. 3). Isso comprova que, mesmo que o legislador positive uma determinada posição sobre o dolo, isso não paralisa a doutrina. Os conceitos legais são, pois, um ponto de partida de análise do intérprete. Afinal, cabe se questionar o que é querer o resultado (tradicionalmente interpretado

como dolo direto) e, sobretudo, o que é assumir o risco de produzi-lo (a hipótese clássica de dolo eventual).

Por sua dicção legal, o dolo pressupõe a existência de dois elementos: o elemento cognitivo e o elemento volitivo. Portanto, o querer não é o único elemento legal do dolo no Brasil, mas também é o conhecer. O elemento volitivo, por sua vez, é interpretado como dependente do correspondente elemento cognitivo, tendo em vista que “a vontade pressupõe uma consciência acerca do fato” (TAVARES, 2020, p. 290)

Nesse ponto, preliminarmente, já se pode tecer considerações a respeito da incompatibilidade da teoria da cegueira deliberada enquanto um elemento subjetivo *tertium genus*. Ou se conhece, ou não se conhece. Se a cegueira deliberada equipara uma situação em que o agente não conhece, esbarra no necessário elemento cognitivo do dolo. Nesse sentido, enquanto estado anímico próprio, a teoria da cegueira deliberada parece não encontrar respaldo no Brasil, uma vez que a ciência da alta probabilidade da existência de um fato é diferente do conhecimento efetivo de sua existência. Essa conclusão preliminar, todavia, não é unânime, pois as teorias do dolo contemporâneas podem interpretar os elementos do dolo em seu sentido psicológico-descritivo ou em um sentido normativo-atributivo. E não conhecer em sentido psicológico é diferente de não conhecer em um sentido normativo.

Portanto, na contemporaneidade, surgiu na dogmática penal uma tendência a se normativizar os elementos do dolo, encarando-os não mais por um viés ontológico, mas por um viés normativo-atributivo. Em outras palavras, a partir de determinadas circunstâncias concretas, atribui-se um ou outro dos elementos ao sujeito. Pode-se dividir, portanto, essas teorias entre teorias ontologistas e teorias normativistas (COSTA, 2015). A primeira delas (em essência, teorias volitivas) é um grupo que se enquadra em teorias que definem o dolo a partir de uma sentido psicológico-descritivo¹¹ de tal modo que perquirir sobre a vontade do agente é efetivamente importante, uma vez que entende o dolo como um objeto pré-jurídico. A segunda delas (em essência, teorias cognitivas), partem de um ponto de vista normativo-atributivo. Não se imiscui mais em um conceito psicológico-descritivo do elemento volitivo, mas sim em determinados requisitos que, supridos, determinam a sua existência. Contudo, elas podem, ainda, normativizar o elemento cognitivo do dolo, rompendo com uma unanimidade sobre a necessidade de identificação de um elemento cognitivo (RAGUÉS I VALLÈS, 2022).

A distinção entre teorias ontologistas e normativistas leva em consideração também a distinção epistemológica entre finalismo e funcionalismo. O finalismo é inaugurado por

¹¹ Para Carvalho (2021), algumas teorias da vontade (naquele caso, teorias da disposição de ânimo) normativizam o dolo.

Welzel e defende uma concepção ontológica de ação (GUARAGNI, 2005). Nesse sentido, a ação humana para o direito penal não se diferencia da ação humana em qualquer outro sentido, sendo a sua relevância penal aferida pela análise posterior dos demais estratos da teoria do crime. Assim, “toda ação é uma atividade dirigida finalisticamente pelo homem, isto é, toda ação é dirigida a um fim” (BRANDÃO, 2015, p. 27). Portanto, é mérito da teoria finalista a inclusão do dolo na ação. Nas palavras de Brandão (2015, p. 29), “reconhece-se que a vontade dirigida a um fim rege a causalidade, logo, o conteúdo da vontade, isto é, o dolo, é integrante da ação”. Em outras palavras, o elemento volitivo parece ser fundamental para o dolo no finalismo clássico.

Já o funcionalismo possui inúmeras subdivisões internas, mas, como ponto de partida, pode ser definido como uma teoria normativa (*Ibidem.*). Portanto, abandonam-se as noções ontológicas de ação a partir de um significado normativo, orientado para finalidades político-criminais. Ademais, algo comum em noções normativistas é a grande divergência doutrinária, bem como inúmeros conceitos jurídicos indeterminados, o que, por vezes, pode explicar pouco sobre o que é conduta. Para Guaragni (2005), isso vulnera algumas funções importantes de um conceito pré-jurídico de conduta. Fato importante, porém, é que, independente da filiação epistemológica, a doutrina majoritária pós-finalista mantém o dolo na ação, ainda que possa estabelecer balizas normativas para o dolo. Em igual sentido, isso corresponde também ao contexto histórico-social do funcionalismo, em que houve a ascensão do que se convencionou a chamar de sociedade de risco (CARVALHO, 2021). Nesse sentido, embora o risco tenha sempre existido, na sociedade moderna a análise dos riscos produzidos pela sociedade produtiva não acompanha os processos de inovação, de modo que todos são expostos a tudo (BECK, 1999).

Um pressuposto do trabalho, por sua vez, é a rejeição de uma dicotomia corporeamente extremamente utilizada na conceituação finalista de dolo. O dolo, portanto, embora seja um elemento subjetivo do crime, não é um elemento psíquico, acessível apenas internamente ao indivíduo. Assim, deve-se abandonar busca pelo “fantasma na máquina”. Não é a mente do sujeito que determina a produção de um resultado, mas o indivíduo. Com efeito, alguns comportamentos, sendo meios para a consecução de um determinado objetivo, exteriorizam a vontade do agente. Quando um agente atira na cabeça de outro, extrai-se da própria natureza da conduta a sua vontade. Não se imagina que quem atire na cabeça de alguém não queira lhe matar, reconhecendo-se, contudo, a possibilidade de casos concretos limítrofes. “O querer se manifesta nas ações” (COSTA, 2015, p. 25). Mesmo autores declaradamente garantistas, como

Juarez Tavares (2021), defendem que se deve afastar do conteúdo ontológico e puramente psicológico do dolo.

Em igual sentido, ao lado da normativização do elemento volitivo, também se pode normativizar seu elemento cognitivo, embora com maiores problemas. Isso é importante, pois a compatibilidade da cegueira deliberada não pressupõe exclusivamente uma normativização da vontade, pois o agente não pode querer (elemento volitivo) sem conhecer. Assim, adota-se a uma dimensão normativa de dolo. Defende-se isso, pois o conceito de dolo não é pré-jurídico e, portanto, não pode ser deduzido da realidade. Ademais, não se extrai do íntimo do indivíduo, uma vez que se exterioriza no mundo através da ação. Por derradeiro, no campo da legitimidade, “não se conseguem necessariamente essas soluções justas para o direito a partir da derivação de estruturas ônticas pré-jurídicas” (COSTA, 2015, p. 32).

Para Puppe (2019), a capacidade de atribuir o querer a um determinado indivíduo é expressa em vários campos da vida. Por exemplo, se um aluno não estuda, não se pode dizer que não quis estudar e, ao mesmo tempo, que não quis continuar burro. Em igual sentido, se esse aluno ao reprovar, pode-se dizer que o estudante não quis outra coisa que não reprovar. Isso não é psicológico; ora, ninguém quer reprovar, em sentido psíquico. O “querer”, portanto, pode ser atribuído, pois não há qualquer razão em entender que o estudante merece um tratamento menos rigoroso do que alguém que teve uma suposta atitude psíquica de “consentir” com o resultado.

Em que pese a possibilidade de normativização dos elementos do dolo, “não há, porém, uma teoria que tenha conseguido captar com efetividade os critérios adequados para a atribuição de *conhecimento* ou de *vontade* a partir de critérios puramente normativos” (LUCCHESI, 2017, p. 201). Portanto, o processo de normativização do elemento cognitivo do dolo, embora possa ser aceitável, pressupõe o estabelecimento de critérios claros e exteriores para a aferição desse conhecimento. Não pode implicar, portanto, em critérios probabilísticos ou objetivos que desconsiderem as circunstâncias pessoais do agente. Nesse sentido, o processo de aferição do conhecimento é atribuído ao agente a partir de critérios exteriores que lhe sejam acessíveis diante das particularidades do caso concreto.

Para as finalidades de nossa investigação, contudo, é irrelevante a adoção de um conceito único de dolo. O importante, porém, é compreender que não existe dolo apenas em sentido psicológico-descritivo. Por conseguinte, as teorias para explicar o elemento subjetivo do injusto doloso podem se dividir em três categorias propostas por Viana (2017): a) as teorias da disposição de ânimo, em que o essencial é o elemento volitivo (aproximam-se, portanto, das teorias volitivas); b) as teorias da representação, em que a distinção entre dolo e culpa está na

representação do agente, isto é, no elemento cognitivo do dolo; e c) as teorias do risco que, também, ancoram-se no elemento cognitivo mas no que tange a representação de um risco de lesão ao bem jurídico (CARVALHO, 2021). Com base nelas, desenvolve-se o trabalho para aferir a compatibilidade entre dolo e cegueira deliberada no Brasil.

Por fim, antes de analisar as teorias do dolo, é importante analisar a subdivisão entre o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual. O dolo direto de primeiro grau é caracterizado por uma ação intencional por parte do agente. O de segundo grau inclui todas as consequências que, mesmo que não sejam perseguidas pelo agente, são previsíveis e inevitáveis. Finalmente, o dolo eventual, em sua mais conhecida acepção, refere-se ao agente que representa o resultado lesivo e age assumindo essa possibilidade (CARVALHO, 2021). Delineados os respectivos postulados teóricos, pode-se estudar as teorias do dolo contemporâneas.

3.2 Teorias da disposição de ânimo

As teorias da disposição de ânimo são duas: a do consentimento e a da indiferença.

A teoria do consentimento pode ser concebida em aspecto psicológico ou normativo, mas, em ambos os casos, envolve um agente que representa a possibilidade do resultado e consente para sua produção. Logo, pressupõe um elemento cognitivo: a representação do resultado como possível, excluindo do campo do dolo se o agente acredita que o resultado não se realizará. Em seu elemento volitivo, no sentido psicológico-descritivo, pressupõe o agente que está de acordo com a exteriorização do resultado no mundo dos fatos. Portanto, para a teoria do consentimento, o agente quer o resultado quando o deseja, independente do grau de probabilidade de sua ocorrência. Assim, não é suficiente ter apenas a representação intelectual do resultado, mas é necessário também a atitude do sujeito em relação a essa representação. Segundo o próprio nome indica, ele deve consentir para a realização do resultado, exigindo “uma atitude interna do autor, que é o assentimento com a sua possível produção” (BRANDÃO, 2015, p. 68).

Contudo, por ter caráter psicológico-descritivo, a doutrina aponta dois principais problemas da teoria do consentimento: a) a punição não depende do grau de representação da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, mas se o agente consente com o resultado; b) a evidente dificuldade probatória em comprovar o desejo do agente, de modo que é ele, e não o ordenamento jurídico, o responsável por definir se sua conduta foi dolosa ou culposa (CARVALHO, 2021).

Esses problemas da teoria consentimento são apontados pela doutrina em hipóteses concretas. O primeiro deles vem, inicialmente, de uma crítica à primeira fórmula de Frank, que buscava traduzir o consentimento do agente em um cenário hipotético. Para Frank, “haverá dolo eventual quando for possível afirmar que o autor teria atuado mesmo se o que lhe parece provável fosse certo”¹² (FRANK apud VIANA, 2017, p. 95). Nesse sentido, quando o sujeito representa o resultado lesivo provável e não deixa de atuar, há dolo (CARVALHO, 2021).

No entanto, quando confrontada com alguns casos concretos, a fórmula parece inadequada. O principal desses casos é o de Löffeler. Nesse caso, um grupo de pessoas mutila crianças para que, devido às suas condições físicas, transeuntes se compadeçam e doem dinheiro. Todavia, como resultado das mutilações, algumas crianças morrem. Considerando o contexto da narrativa, é evidente que os mendigos não queriam o resultado morte, afinal, viam utilidade nas crianças. A aplicação da fórmula de Frank, portanto, mostra-se inadequada, pois, os mendigos não teriam atuado se soubessem do resultado de sua conduta. Nesse sentido, pela sua aplicação, a conduta dos mutiladores de criança seria culposa e não dolosa (*Ibidem*).

Diante disso, Frank elabora a sua segunda fórmula: “se o agente diz: seja como for, dê no que der, em qualquer caso, não deixo de agir, é responsável a título de dolo”¹³ (FRANK apud BRANDÃO, 2015, p. 70). Para Carvalho (2021), a alteração da fórmula resolve o problema do exemplo de Löffeler, mas nem sempre com resultados muito favoráveis, como, por exemplo, no caso da barraca de tiros de Lacmann. Esse caso é descrito por Ingeborg Puppe (2019) sobre dois rapazes em uma barraca de tiros. Um primeiro rapaz oferece ao segundo o valor de 300 euros caso o segundo acerte o tiro em uma bola de vidro na mão de uma menina. Ao atirar, contudo, o segundo rapaz acaba errando e atingindo a mão dela. Nesse caso, é evidente que não queria o resultado; queria, na verdade, os 300 euros que havia lhe sido prometido. Para Puppe (*Ibidem*), não querer o resultado em um sentido psicológico, nesse caso, não justifica um rigor menor no tratamento desse rapaz do que caso efetivamente tivesse se resignado com aquela lesão.

Os problemas enfrentados ao aplicar as fórmulas de Frank em casos concretos decorrem da dificuldade de realizar uma análise psicológica do agente no momento da conduta (CARVALHO, 2021). O conteúdo psicológico do agente é, geralmente, inacessível e pode, inclusive, não existir. Para Puppe (2019), a dificuldade do julgador em definir se uma conduta é culposa ou dolosa não se deve à impossibilidade de acessar a mente do indivíduo que cometeu

¹² Tavares (2021) afirma que essa fórmula é denominada de teoria hipotética do consentimento. A segunda, de teoria positiva do consentimento.

¹³ Tavares (2021) afirma que essa fórmula é denominada teoria positiva do consentimento.

o crime, mas sim porque o agente muitas vezes não reflete sobre a possibilidade de causar riscos ou até a morte da vítima, ou seja, não há uma atitude psíquica interna de consentimento. Isso explica a dificuldade em encontrá-la.

À vista disso, o próprio Tribunal alemão deu um aceno ao processo de normatização do dolo no “caso do cinto de couro”: nele, duas pessoas resolvem usar um cinto de couro para, apertando o pescoço de um comerciante com fins de deixá-lo apenas momentaneamente incapacitado, subtraírem seus pertences. Contudo, acreditando que esse método poderia levar à morte do comerciante, optaram por usar um saco de areia para golpear a vítima, que se rompeu. Diante do rompimento durante a execução do crime, tiveram de usar o cinto e, de fato, a vítima acabou falecendo (CARVALHO, 2021).

No caso acima, nenhum dos criminosos desejava a morte do comerciante ou consentia com aquele resultado, pelo menos não em sentido psicológico-descritivo. Portanto, ao aplicar a teoria do consentimento com esse viés, o crime não seria considerado doloso, mas culposo. Conforme mencionado por Carvalho (2021), a aprovação necessária para a caracterização do dolo eventual pode não ser analisada sob o prisma do desejo interno e psicológico do agente, mas sim sob o aspecto jurídico e normativo. Dessa forma, a vontade passa a ser uma atribuição, uma interpretação do comportamento independente da situação psíquica do autor, como apontado por Greco (apud CARVALHO, 2021). Para caracterizar o dolo eventual, basta que haja consentimento, sob um viés jurídico, com o resultado.

Um problema que se mantém, porém, é o mesmo afirmado por Lucchesi (2017) sobre as teorias normativas do dolo: não existe uma unidade ou um consenso sequer sobre o significado dos seus termos. Desse modo, por exemplo, não está claro, na doutrina ou no Tribunal alemão, o que seria uma aprovação do resultado em um sentido jurídico. Diante disso, a teoria acaba sendo imprecisa e a jurisprudência, oscilante.

Dentro das teorias da disposição de ânimo, está também a teoria da indiferença, elaborada por Karl Engisch. A teoria da indiferença é uma teoria que se baseia na probabilidade de um resultado típico decorrer da conduta do agente. Para as hipóteses de dolo direto, isso é presumido: se as consequências jurídicas são certas ou muito prováveis, o agente demonstra indiferença em relação a elas (CARVALHO, 2021). Por conseguinte, existe um viés normativo-atributivo para o elemento volitivo do dolo: a consciência do agente de que sua conduta tem alta probabilidade de resultar em algo vedado pelo ordenamento jurídico.

Contudo, para essa teoria, esse caráter normativo-atributivo não se aplica às situações de dolo eventual. No dolo eventual, o agente representa a média probabilidade de ocorrência do resultado típico e, ainda assim, age de forma indiferente. O aspecto psicológico

interno do agente, portanto, continua sendo relevante para diferenciar o dolo eventual da culpa consciente. Por esse motivo, a teoria da indiferença é alvo de muitas críticas, assim como a teoria do consentimento em sua primeira acepção, pelo seu caráter psicológico-descritivo do dolo eventual. Além disso, como a maioria dos problemas está na diferenciação entre dolo e culpa, a utilidade da teoria da indiferença é reduzida, pois reside precisamente em um elemento interno de difícil aferição: a indiferença.

Portanto, as teorias volitivas, ou teorias da disposição de ânimo, enfrentam dois problemas principais: em seu sentido psicológico-descritivo, a aplicação em casos concretos é difícil, já que nem sempre o agente deseja, em sentido psicológico, um resultado específico; e em relação ao seu elemento probatório, há dificuldades em obter uma comprovação que permita adentrar a mente do agente enquanto ele comete o crime. Além disso, em seu aspecto normativo-atributivo, embora o desejo seja atribuído ao agente a partir de critérios normativos, esses critérios ainda são vagos e imprecisos, segundo parte da doutrina (LUCCHESI, 2017).

3.3 Teorias da representação

As teorias da representação “fixam-se em que os limites do dolo devem ser determinados com base no conhecimento do agente acerca dos elementos do tipo objetivo” (TAVARES, 2021, p. 347). Por consequência, o objeto das teorias da representação é a análise do grau de representação do agente sobre o resultado lesivo. Havendo representação, em linhas gerais, afere-se a existência de dolo. Dentre algumas, as mais representativas são: a) a teoria da possibilidade e b) a teoria da probabilidade.

A teoria da possibilidade, criada por Schröder e Schmidhäuser, afirma que a imputação dolosa depende da verificação da representação do indivíduo de que seu comportamento tornaria possível a produção do resultado (CARVALHO, 2021). Por essa ótica, nessa teoria, inexistente o conceito de culpa consciente, pois, se o agente admite a possibilidade de ocorrer o resultado, há dolo (TAVARES, 2021).

O critério central para determinar a existência de dolo reside na relação entre a conduta do agente e a sua representação acerca da adequação dessa conduta à norma jurídica (SCHRÖDER apud CARVALHO, 2021). Portanto, quando o agente tem consciência de que sua conduta viola a norma e, mesmo assim, a pratica, caracteriza-se o dolo. Schröder acredita que o fundamento do dolo é a punição do agente que age conscientemente em desacordo com o direito. Entretanto, ao explicar o dolo eventual, ele faz uma distinção: o dolo direto corresponde à representação indubitosa, enquanto o dolo eventual corresponde à representação duvidosa sobre a possibilidade de violação da norma jurídica. Nesse sentido, havendo dúvida

por parte do agente, há dolo (CARVALHO, 2021). Diferencia-se, portanto, a culpa do dolo, pois, na primeira, o agente confia que não há possibilidade de violação da norma jurídica; na segunda, o sujeito ativo representa a violação como possível.

Acompanhando Schröder, Schmidhäuser elabora a sua própria teoria da possibilidade, ou teoria da possibilidade de dolo. Segundo essa teoria, “Se a partir da averiguação do grau de seu conhecimento for possível identificar que o indivíduo decidiu conscientemente pela realização de conduta contrária ao direito, terá ele agido com dolo” (CARVALHO, 2021, p. 101).

Como nos traduz Viana (2017, p. 212), “conhecer significa previsão de circunstâncias vindouras. Isso indica, escreveu SCHMIDHÄUSER, que ação dolosa e ação culposa se diferenciam entre si por meio do conhecimento e do não conhecimento”. Portanto, importa se o sujeito consciente decidiu pela realização da conduta contrária ao direito. Contudo, em algumas situações o conhecimento não é seguro. Por exemplo, o indivíduo sabe que dirige acima do limite de velocidade, mas não pode ter certeza se, ao fazer isso em uma determinada curva, irá bater o carro. Dessarte, para Schmidhäuser (*Ibidem*, p. 213), não qualquer conhecimento, mas o “conhecimento da possibilidade concreta de um perigo”. Ocorre culpa quando há ação sem o conhecimento do perigo concreto.

A maior reprovação da conduta dolosa é que, mesmo que o autor não tenha certeza da lesão ao bem jurídico, ele visualiza a possibilidade concreta e age mesmo assim.

Consequentemente, a teoria da possibilidade é alvo de diversas críticas, sobretudo pela incompatibilidade na resolução de vários casos hipotéticos levantados (CARVALHO, 2021). No caso do cinto de couro, por exemplo, ele acredita que a punição deve ser a título de dolo. No entanto, por mais que possivelmente se concorde com o resultado de Schmidhäuser, o método apresenta falhas. Ora, ele aduz que representaram o resultado morte e, inclusive por isso mudaram os planos e, portanto, há dolo. Porém, aplicando a sua teoria, pode-se argumentar que, ao mudar de plano, já não representavam mais a possibilidade de causar o resultado morte. Faltam, portanto, para Viana (2017, p. 220), “critérios adicionais destinados a precisar o nível da imputação subjetiva”. Em adição a isso, o elemento cognitivo é interpretado por um viés psicológico, o que apresenta distorções (*Ibidem*). Por exemplo, essa interpretação pode premiar os inconsequentes, que apenas representam o perigo abstratamente, enquanto se pune os cautelosos, capazes de representar o perigo com maior segurança.

No campo das teorias da representação, também existe a teoria da probabilidade, desenvolvida por Hellmuth Mayer. Para ele, “o dolo é a vontade consciente de realizar o tipo penal; esse significa o completo domínio da vontade sobre o fato” (*Ibidem*, p. 222). Portanto,

nela, é o grau de domínio da vontade sobre o fato que diferencia o dolo da culpa (CARVALHO, 2021). Desse modo, a diferença não é qualitativa, mas quantitativa.

Para Mayer, a consciência e a vontade não integram planos distintos. Assim, ao falar de vontade, ele se aproxima de um uso normativizado do conceito (VIANA, 2017). Ainda, a vontade, segundo Carvalho (2021), é aferida por um método de dedução a partir de elementos exteriores verificáveis, não pertencendo ao plano psicológico do sujeito. Há, portanto, uma vontade em sentido jurídico (BARBERÁ apud CARVALHO, 2021).

Para aferir o dolo, assim, usa-se um método quantitativo que leva em consideração a valoração do agente da probabilidade de realização do tipo (VIANA, 2017). Assim, é questionado o grau de representação do autor em relação à realização do tipo penal, de modo que “o autor que representa um acontecimento como provável o quer externando suficiente domínio de sua vontade” (CARVALHO, 2021, p. 104). O provável, por sua vez, “é mais que meramente possível e menos que preponderantemente provável” (MAYER apud VIANA, 2017). Carvalho (2021) destaca que, para avaliar a probabilidade de realização do crime, é necessário considerar o que o autor considerava provável, e não o que seria matematicamente provável. Dessa forma, a avaliação do dolo depende das circunstâncias específicas do caso, e não apenas da probabilidade matemática. O juiz deve levar em conta a probabilidade subjetiva, que é determinada pela percepção do agente diante das circunstâncias concretas. Mas essas circunstâncias parecem ser externas.

A maior crítica a teoria é que a conceituação de provável é de difícil aplicação prática. Por mais que Mayer tenha elaborado uma fórmula, ela possui um alto nível de subjetivismo. Afinal, qual a zona do que é mais que meramente possível e menos que preponderantemente provável? Consequentemente, a teoria é de difícil instrumentalização na vida prática.

Outro expoente da teoria da probabilidade é Sauer, que considera que o conhecimento certo do resultado de uma conduta dificilmente se configura (*Ibidem*). Com efeito, a probabilidade é o grau inferior de conhecimento que atesta a presença do dolo no caso concreto. Para ele (VIANA, p. 230), há dolo de probabilidade “se o autor representou o resultado típico como provável ou, no mínimo, como uma fronteira possibilidade; a culpa, por sua vez, está na zona da possibilidade remota”.

Uma diferença importante em relação à teoria de Mayer é que Sauer inclui um aspecto objetivo na análise do dolo. Isso significa que a probabilidade de realização do resultado deve ser considerada não apenas subjetivamente, mas também objetivamente. Não há dolo, portanto, se a probabilidade de realização do resultado é remota.

No entanto, a teoria da probabilidade de Sauer também tem sido criticada da mesma forma que a teoria de Mayer, decorrente de sua análise quantitativa para aferição do dolo. Além disso, o conceito de probabilidade é difícil de aplicar na prática. Assim, apesar de ter tentado fornecer mais precisão à teoria da probabilidade, não consegue estabelecer uma graduação precisa para classificar uma conduta como dolosa ou culposa (CARVALHO, 2021).

3.4 Teorias do risco

As teorias do risco estão dentro de um contexto do último quarto do século XX. Diante disso, inserem-se o paradigma do funcionalismo penal, pautam-se na resolução de casuísticas e trabalham com a ideia de crimes de perigo. Contudo, elas não compõem uma uniformidade, dividindo-se entre teoria do perigo subjetivo, teoria do perigo objetivo e teoria do perigo doloso. Todavia, dentre elas, existe uma unidade: o critério de distinção entre dolo e culpa reside na “valoração da natureza do perigo criado e representado pelo autor” (*Ibidem*, p. 107).

O contexto envolvido é importante, especialmente devido à rápida mudança no próprio mundo. A teoria tradicional do delito se baseia fortemente em crimes tradicionais, normalmente materiais, representados fortemente pelo delito de homicídio. O campo de existência das teorias do risco (ou do perigo) se volta a um mundo muito diferente no qual o perigo assume papel central na dogmática alemã. Representam, portanto, grupos de casos ligados à transmissão de IST's, condução de veículos automotores sob influência de álcool, dentre outros (VIANA, 2017).

A primeira das teorias, a do perigo subjetivo, foi elaborada por Frisch no início da década de 80. O início do pensamento de Frisch se volta, contudo, para o fundamento da punição por um crime como doloso por um método teleológico-funcional. Para ele, a resposta sobre o tratamento do crime doloso deriva do questionamento sobre a finalidade da imposição da pena pelo Estado. Do ponto de vista da prevenção geral, o comportamento doloso viola mais intensamente a norma jurídica de tal modo que mina a confiança no ordenamento jurídico. Nesse escopo, a finalidade da pena é representar uma ameaça para impedir a violação às normas, criando segurança e confiança na sociedade. Do ponto de vista da prevenção especial, o comportamento doloso enseja uma maior pena, pois, em regra, o agente que comete um crime doloso merece uma maior resposta punitiva. Isso porque há uma relação psíquica maior entre o agente e o delito (*Ibidem*).

Nos termos de Eduardo Viana (2017, p. 236),

a maior punição para o autor doloso reside, no descompasso entre o autor e as máximas do direito (i); isso perturba mais intensamente a confiança na validade do direito, daí que o ato doloso tem especial grau de contaminação social (ii); tal desviação também sinaliza especial periculosidade do autor doloso (iii); e, finalmente, no ato doloso há especial conexão psíquica entre o autor e o fato que expressa maior desvalor pessoal (iv).

Com efeito, a punição dolosa é mais grave, pois representa a decisão do indivíduo contrária à proteção do bem jurídico. Deve haver, portanto, um intenso contato psicológico de contrariedade entre ação e norma.

O postulado inicial sobre o conceito de dolo para Frisch é que o elemento cognitivo não tem como objeto os elementos objetivos do tipo, pois, nos crimes materiais, o resultado do crime não pode ser de conhecimento do autor por se tratar de um fato futuro. O conceito de dolo, portanto, não leva em consideração, em seu elemento cognitivo, os fatos futuros, pois eles não estão disponíveis antes da ação (CARVALHO, 2021). Se o dolo funciona, como prevenção especial, para contramotivar o autor com um vínculo psíquico especial para a realização do delito, os elementos que não são conhecidos pelo autor (o resultado) não podem ensejar a punição por dolo (VIANA, 2017). O objeto do conhecimento deve estar disponível para o autor no momento da realização da conduta.

Portanto, o elemento que está disponível para o autor é o risco proibido, que norteia a conduta dolosa (CARVALHO, 2021). Nas palavras de Carvalho (*Ibidem*, p. 110), “o elemento cognitivo do dolo [...] consiste na ciência do risco proibido, o qual, diferentemente do resultado em si, estará disponível para o autor antes da execução da sua conduta”. O risco concreto, por sua vez, existe quando há possibilidade da ocorrência de um fato vedado pela norma, considerando um contexto fático global (*Ibidem*).

O fundamento do dolo reside, portanto, no agente que, representando o risco ao ordenamento jurídico e com poder de evitar o resultado, não o evita. No conflito entre bem jurídico e a possibilidade de atuar como quer, o agente elege o segundo, decidindo contra o ordenamento jurídico. Nesse sentido, não há dolo se o agente não acredita que a sua conduta cria um risco juridicamente relevante ou quando minimiza o risco.

Portanto, a postura psíquica do agente diante do risco é relevante para a determinação do dolo. Segundo Viana (*Ibidem*), o conhecimento de um risco relevante não satisfaz o critério de uma imputação subjetiva. Além de uma análise objetiva do risco, deve haver uma análise do vínculo psíquico do agente diante do risco representado. Assim, um “barema objetivo - o perigo concreto ou abstrato - decide se há, ou não, conduta típica; ao passo

que um barema subjetivo - tomada de postura do autor - se decide a questão sobre se a imputação será dolosa ou culposa” (*Ibidem*, p. 239).

Desse modo, existindo um risco relevante, mas que o agente confia que não se realizará, a punição será culposa. Em igual sentido, se o agente considera que não mais existe o risco relevante, será punido a título de culpa. Essa construção parece aproximar, em verdade, a teoria do perigo subjetivo à teoria do consentimento, uma vez que há um elemento volitivo, embora mascarado. Por mais que negue, ao exigir uma postura psíquica do indivíduo, Frisch acaba recorrendo às teorias da disposição do ânimo. Portanto, tem razão Viana (*Ibidem*, p. 240) quando afirma que “a forma clássica de interpretar o querer (= o agente quis o resultado) converte-se, com FRISCH, no querer o risco”. Nesse sentido, todas as críticas elaboradas às teorias da disposição do ânimo se aplicam à teoria de Frisch.

À luz das críticas esboçadas, Herzberg surge com a teoria do perigo objetivo. Embora a sua elaboração teórica tenha adesão à ideia de risco como diferenciador entre culpa e dolo, ele se opõe à análise de um vínculo psicológico do agente à violação à norma (CARVALHO, 2021). Segundo Viana (2017), até então, as teorias recorriam a um critério subjetivo no agente, que Herzberg tenta eliminar em sua concepção de dolo. A fronteira entre dolo e culpa, portanto, está na tipicidade objetiva e, por meio dela, diferenciar-se-á a natureza do risco. Nesse sentido, Herzberg agrega o adjetivo pequeno ou grande para alterar o risco em questão, de modo que não é o suficiente que o sujeito represente o risco, pois, será “necessário que o risco mesmo tenha determinada qualidade e essa deve ser suficiente para converter a não ocorrência do resultado em feliz casualidade” (*Ibidem*, p. 242).

Nesse sentido, Herzberg cria duas espécies do gênero perigo: o perigo inevitável e o perigo evitável. O primeiro deles ocorre quando nem a vítima pode tomar contramedidas para se proteger do perigo, nem o agente pode mais tomar medidas para evitá-lo, de tal forma que, caso a realização do tipo não ocorra, será por feliz causalidade. O segundo, quando existem circunstâncias, no caso concreto, que podem impedir a realização do tipo, isto é, uma reserva de proteção que opõe à realização do perigo (VIANA, 2017). Desse modo, “o conhecimento (ou, inclusive, a representação equivocada) do perigo inevitável fundamenta o dolo; ao passo que o conhecimento do perigo evitável fundamenta a culpa” (*Ibidem*, p. 243).

Portanto, havendo perigo inevitável, há dolo; caso contrário, há culpa. No caso de um acidente de trânsito em que alguém cruza o sinal vermelho, por exemplo, há culpa, pois, para Herzberg, a eventual vítima poderia ser mais cautelosa, impedindo a realização típica. Na hipótese de transmissão de infecção sexualmente transmissível, quando o agente, conhecendo o seu diagnóstico, tem relação sexual sem preservativo, há dolo de lesão corporal. Isso ocorre,

pois o perigo é inevitável (nem o autor, nem a vítima podem ativar medidas de contrafatores) e o autor conhece o perigo (*Ibidem*). Há uma verdadeira objetivização do dolo.

Uma das críticas mais pertinentes diz respeito à posição da vítima na sistemática proposta por Herzberg (CARVALHO, 2021). De fato, parece um contrassenso imputar a vítima a responsabilidade em atribuir o elemento do dolo ao agente. Além de ser a vítima de um delito, ainda se atribui um suposto dever de cautela ou de evitação do resultado que parece ser desmedido. Em certa medida, parece culpabilizar a vítima que, não obstante tenha sofrido um delito, passa a ter uma análise judicial de seu comportamento a fim de determinar até que grau poderia evitar o resultado. A objetivização disso também tem algumas dificuldades em alguns casos hipotéticos: A quer matar B e espera que B atravesse a rua distraído como forma de realizar seu intento. Nesse caso, parece haver apenas culpa, pois o perigo era evitável: B podia ter sido atencioso ao atravessar a rua (VIANA, 2017).

Outro caso hipotético é o da bomba na delegacia, explicado por Carvalho (2017). Isso explica a hipótese de circunstâncias paralelas em que o contrafator não está na consciência do indivíduo, mas existe no plano objetivo. No caso da bomba na delegacia, o sujeito coloca um explosivo em uma delegacia, um perigo inevitável de morte para as vítimas. Contudo, os policiais, vendo o objeto suspeito, desativam a bomba: o perigo não é mais inevitável, é evitável. Muda-se, pois, a categoria de imputação subjetiva do acusado. Ademais, em algumas hipóteses, amplia-se o dolo para situações em que há perigo inevitável, mas que expressam hipóteses de erro. O agente que tem relações sexuais com menor de 14 anos, acreditando se tratar de pessoa de maior idade. Nesse caso, o perigo é inevitável, pois nem o agente pode evitá-lo, nem pode a vítima alterar sua idade. Portanto, para Viana (2017), a solução de Herzberg ignora as circunstâncias paralelas ou inalteráveis.

Como consequência, para o dolo, não importa se o agente levou a sério um perigo representado, mas se ele conheceu um perigo que deveria ter levado a sério (*Ibidem*). Contudo, a sua elevada objetivização, para parcela da doutrina, traz soluções pouco intuitivas para a resolução dos casos. Ademais, ignora o caráter político do dolo como limitação do poder de punir do Estado. Ao ampliar a punição dolosa, portanto, aproxima-se da ideia de dolo presumido.

Nesse sentido, a teoria do perigo doloso, elaborada por Ingeborg Puppe, apresenta uma abordagem diferente, visando superar os problemas das teorias da probabilidade e considerando a diferença entre dolo e culpa como qualitativa e não quantitativa (CARVALHO, 2021). Portanto, embora tenha alguma adesão à ideia das teorias de probabilidade de que o dolo é mais do que a possibilidade do resultado, ela abandona a ideia quantitativa. Dessarte, cria um

modelo de imputação subjetiva em que interpreta o comportamento do agente por parâmetros normativos (VIANA, 2017).

Ao desenvolver a teoria do perigo doloso, Puppe (2019) se opõe às teorias volitivas, alegando que o agente que pratica uma determinada conduta dificilmente reflete se resigna-se ou põe-se a favor da criação de um resultado. Portanto, o dolo só faz sentido se atribuído a um agente mediante condições do próprio sistema jurídico. Condições essas, que devem ser definidas de forma rígida para afastar uma jurisprudência arbitrária. Ao revés, nas teorias volitivas, segundo Puppe, constroem uma série de indicadores ou contraindicadores do dolo de forma arbitrária e contraditória, que “não conduz a uma interpretação do comportamento do agente como a expressão de uma aprovação do resultado [...], mas sim a um amplo julgamento sobre a personalidade e o caráter do agente” (*Ibidem*, p. 71).

Por conseguinte, indicadores como remorso após o acontecimento do fato, embriaguez, comportamentos anteriores do agente, dentre outros, são utilizados como fundamento para determinar um vínculo psíquico entre o agente e a realização do tipo. Para ela, as teorias cognitivas são marcadas, em contrapartida, por um esforço pela calculabilidade e previsibilidade. Com efeito, as teorias cognitivas buscam um entendimento normativo da vontade.

Nesses termos, em Puppe (*Ibidem*), o critério para a atribuição do dolo é a grandeza e evidência do perigo que um agente expõe, conscientemente, a vítima. Embora esse seja, como dito, um pressuposto das teorias da probabilidade, Puppe rompe com a diferenciação quantitativa, e inaugura uma proposição qualitativa em que o perigo deve ser grande de tal maneira que uma pessoa racional não teria prosseguido sem pôr-se de acordo, sem se resignar com o perigo. A normatização do conceito de vontade reside em um parâmetro objetivo em que um indivíduo racional é utilizado para efeito de comparação. É desnecessário, nesse caso, uma avaliação da real situação psíquica do agente.

Em suas palavras,

Se o risco que o agente conscientemente cria é tão elevado e aparente que um homem racional, no seu lugar, não o teria criado no caso de não aceitar o resultado, então, pelo contrário, configura mesmo um sinal de crassa indiferença em face do resultado que o agente coloque de lado a representação do risco, com o pensamento que ficará tudo bem (*Ibidem*, p. 77)

Contudo, Puppe normativiza o conceito de vontade e não a representação (CARVALHO, 2021). Apenas o elemento volitivo é normativizado à medida que é considerado inútil para o conceito de dolo. Portanto, quando o agente não representa o perigo ou incorre em erro, como em hipótese de erro de tipo, não existe atribuição de dolo ao agente. Em igual

sentido, se levando em consideração as condições objetivas o agente não representa que a sua conduta acarreta em risco à norma, a ele não se imputa dolo.

As maiores críticas, contudo, referem-se à ampliação do conceito de dolo, pois vários autores, como Roxin, criticam ainda a imprecisão conceitual da teoria (VIANA, 2017). Ademais, há críticas relativas à imprecisão terminológica do termo “homem racional”. Para Tavares (2021, p. 349), “O uso de um terceiro na relação de lesão de bem jurídico complica a identificação do dolo, porque a vontade já não mais será aferida pelo autor, mas por alguém que se encontra fora dessa relação”. Com efeito, é uma teoria que também apresenta ressalvas.

3.5 A compatibilidade da cegueira deliberada no direito brasileiro

O maior problema da aplicação da cegueira deliberada no Brasil é político. Sendo o princípio da legalidade o principal responsável pela limitação do *jus puniendi* (função política do direito penal), a sua eventual violação aproxima-nos a um direito penal totalitário. Nesse sentido, a punição pelos delitos no Brasil decorre do conceito romano-germânico de dolo e, portanto, a importação do instituto norte-americano se lastreou em falsa relação de equivalência entre cegueira deliberada e dolo eventual com vistas a superar a inexistência de previsão legal.

Portanto, o primeiro problema da aplicação da cegueira deliberada no Brasil se refere ao seu papel na estrutura da imputação subjetiva norte-americana. Quando interpretada como um estado anímico próprio, a cegueira deliberada supre a exigência de *knowledge* demandada por um delito específico. Nesse ordenamento, se o agente está ciente da alta probabilidade de um fato existir, toma medidas para não tomar conhecimento da existência daquele fato e não possui uma crença subjetiva em sua existência, ele possui o estado mental necessário para que a conduta objetiva seja criminosa. Assim, *knowledge* é uma categoria de imputação subjetiva própria e autônoma e não o componente de uma outra categoria (LUCCHESI, 2017). No caso brasileiro, quando muito, o conhecimento corresponde ao elemento cognitivo do dolo. Nesse sentido, mesmo se a aplicação da cegueira deliberada se mostrasse cabível, ela apenas supriria esse elemento.

Sobre isso, existe outra incompatibilidade: não se pode igualar, ao menos em um sentido psicológico-descritivo, o conhecimento ao não conhecimento. Portanto, a questão da compatibilidade da cegueira deliberada implica na atribuição de conhecimento efetivo àqueles que não o possuem, ainda que por estarem deliberadamente cegos.

Ou o agente conhece, ou o agente desconhece. Como dito, a legislação brasileira limita a possibilidade de interpretação sobre o dolo, pois exige a existência de um elemento cognitivo. Caso contrário, há erro de tipo. Nesse sentido, nas palavras de Renato Jorge Mello

da Silveira (apud CARVALHO, 2021, p. 206), “As noções de ‘saber’ (vontade) e de ‘dever saber’ (risco), nem sempre se amoldam ao que seria fechar os olhos, muito menos a uma alta probabilidade”.

Consequentemente, nos Estados Unidos, a *willful blindness doctrine* se desenvolveu a partir de um argumento de ordem político-criminal: a tese da igual reprovabilidade. Embora seja possível criar uma dogmática penal próxima à política criminal, a Constituição sacraliza o princípio da legalidade. Nesse sentido, não pode o julgador, exclusivamente com base em considerações sobre equivalência moral, ampliar a punibilidade indevidamente. Essa situação pode ser superada, porém, tendo em vista que o conhecimento pode estar em sentido normativo-atributivo¹⁴. Logo, seria possível, a depender da concepção de dolo adotada, que hipóteses de cegueira deliberada eventualmente se enquadrassem nessa concepção, pois, nesses casos, “o dolo se atribui a um sujeito, utilizando-se, para tanto, de verificação empírica de indicadores dos quais se conclui por determinado estado mental” (SANTOS, 2018, p. 57).

Portanto, para Lucchesi (2017, p. 222)

Esse conhecimento, porém, não precisa ser completo ou empiricamente verificado, podendo ser atribuído ao autor a partir das circunstâncias do caso. Tomando-se a definição americana de *cegueira deliberada*, se o autor sabe haver uma elevada probabilidade de que a sua conduta constitui crime e decide não aprofundar seu conhecimento para evitar confirmar a sua suspeita, talvez possa ser dito que o autor de alguma forma saiba o que espera encontrar. Isso evidentemente não é conhecimento a partir de uma perspectiva psicológico-descritiva. [...] a depender do critério atributivo-normativo utilizado – não necessariamente a “exteriorização de um sentido” identificada pelo direito penal da filosofia da linguagem –, pode-se imputar algum grau de conhecimento ao autor, permitindo sua responsabilização a título de dolo. Veja-se que a identificação do dolo nas situações de cegueira deliberada depende menos da definição de um conceito de *cegueira deliberada* que do conceito de *dolo* adotado.

Nesse sentido, parte da doutrina dos países de *civil law* cria requisitos próprios da aplicação da cegueira deliberada. Embora possa parecer um excelente esforço, ele parece não ter sentido. Carvalho (2021), por exemplo, elenca os requisitos de Ragués i Vallès e Spencer Sydow. No entanto, se as situações de cegueira deliberada são explicadas como situações de dolo eventual, não faz sentido pensar em requisitos próprios. Por exemplo, se for adotada a teoria do consentimento, o agente deve representar o resultado e consentir com a sua ocorrência. Verifica-se, pois, dois requisitos para aferir a presença de dolo na conduta. A teoria de Sydow

¹⁴ Apesar disso, para Lucchesi (2017), o sistema de imputação subjetiva norte-americano, ainda que aplicada a teoria da cegueira deliberada, refere-se a conhecimento em sentido psicológico-descritivo e não em sentido normativo-atributivo. Portanto, a forma de entender o elemento do conhecimento também é distinta.

(apud CARVALHO, 2021), porém, possui oito requisitos distintos. Portanto, na tentativa de racionalizar a aplicação da teoria, a doutrina parece mais dificultar do que auxiliar. Talvez eles fossem relevantes em uma possível criação de uma nova categoria de imputação no direito brasileiro, ao invés de na adequação de uma categoria estrangeira. Isso dependeria, contudo, de previsão legal.

Portanto, assiste razão a Carvalho (2021, p. 180) quando afirma que: “pode-se compreendê-la como uma terceira via de imputação subjetiva, tal como proposto por Ragués i Vallès e Sydow, ou como uma forma de identificar o dolo no caso concreto [...]”. Nesse ponto, distanciamos-nos das conclusões elaboradas por Lucchesi (2017) que defende a completa desnecessidade de desenvolver uma teoria brasileira da cegueira deliberada. Nesse sentido, Carvalho (2021) aponta a existência de um número de casos na Justiça Federal brasileira em que a cegueira deliberada é utilizada como indicador da presença de dolo, sendo “elementos aptos a revelar a existência do dolo eventual ou da culpa por parte do agente” (*Ibidem*, p. 178).

Como categoria de imputação subjetiva própria, contudo, a cegueira deliberada não interage bem com o conceito de dolo.

Quando confrontada com as teorias da disposição de ânimo, o uso da cegueira deliberada como categoria autônoma não faz sentido. A exigência do conhecimento na principal acepção daquelas teorias ocorre em sentido psicológico-descritivo e, como visto, a ciência da alta probabilidade da existência de um fato e o seu conhecimento efetivo não se igualam. Assim, mesmo que haja a representação do agente, se ele não consentir com o resultado, o dolo eventual não pode ser configurado, mesmo que se trate de uma hipótese tradicional de cegueira deliberada. Mesmo quando normativizadas, as teorias da disposição do ânimo normativizam o elemento volitivo, de modo que o elemento cognitivo não é, a princípio, atribuído ao sujeito.

A interação dos requisitos da cegueira deliberada com as teorias da representação também não permite a adoção da cegueira deliberada enquanto estado anímico autônomo. Se aceita a teoria da possibilidade, há uma distinção considerável com os requisitos da cegueira deliberada. A teoria da possibilidade dispõe um conhecimento sobre o futuro à medida que exige uma representação sobre a possibilidade de produzir um resultado lesivo. A cegueira deliberada, ao revés, fala sobre um conhecimento presente: a alta probabilidade de existência de um fato (elemento objetivo do delito). Portanto, o desconhecimento sobre uma circunstância fática essencial não autoriza a imputação a título de dolo no âmbito das teorias da possibilidade.

Além disso, não há sentido na cegueira deliberada, mesmo se for compreendido que o conhecimento da alta probabilidade a respeito da existência das circunstâncias¹⁵ pode ser valorado como uma decisão consciente de violar à ordem jurídica. Nesse caso, a decisão do agente não aprofundar o conhecimento seria inútil para a aferição do dolo nos moldes dessa teoria. Nesse sentido, se o agente tem ciência da alta probabilidade de um cenário fático já permite deduzir o caráter consciente de violar à norma jurídica (CARVALHO, 2021). Portanto, a teoria da possibilidade ampliaria tanto o conceito de dolo que sequer é necessário recorrer à cegueira deliberada.

As teorias da probabilidade não são compatíveis também com a cegueira deliberada por razões semelhantes. As teorias dependem da probabilidade de um sujeito representar a realização de um resultado lesivo. Não se trata, pois, de uma ciência que envolve a alta probabilidade de existência de um fato, nem se pressupõe a análise das medidas que o agente tomou para não aprofundar seu conhecimento sobre aquele determinado fato. É importante ressaltar que, se o agente não tem conhecimento de uma circunstância fática que não represente uma alta probabilidade, não se pode argumentar que há dolo. Portanto, a cegueira deliberada apresenta pouca utilidade.

Em igual sentido, a cegueira deliberada não se amolda às teorias do risco. A teoria do perigo subjetivo pressupõe que o agente represente o risco de violação à uma determinada norma jurídica. Contudo, contém um barema subjetivo em que o julgador deve analisar o vínculo psíquico do agente com o resultado, aproximando-se, assim, das teorias da disposição de ânimo. Para a teoria do perigo objetivo, sequer importam os requisitos, tendo em vista que basta a análise da evitabilidade do risco. Havendo risco inevitável, isto é, aquele que nem o agente nem a vítima podem realizar contrafatos para impedi-lo, há dolo. Portanto, falta uma interação entre os requisitos da cegueira deliberada e a teoria do perigo objetivo, uma vez que não importa, para a última, a representação subjetiva do agente quanto ao perigo criado.

No que se refere à teoria do perigo doloso, o conhecimento sobre a criação de um perigo de lesão ao bem jurídico não é pressuposto, de modo que, embora o elemento volitivo seja atribuído, o elemento cognitivo depende da representação concreta do agente. Quando o

¹⁵ Para Santos (2018), embora a possibilidade do conhecimento não possa ser, por si só, equiparada, o conhecimento não precisa ser atual, no momento da consumação, mas atualizável. Como exemplo, afirma que o leitor de um livro sabe qual o autor e quantas páginas o livro possui, ainda que não seja um conhecimento atual, pois está acessível a ele. Portanto, “se cegueira deliberada é conhecer determinado elemento e evitar, deliberadamente, maior conhecimento posterior, pode-se afirmar, sim, a existência de conhecimento quando se constatar que o sujeito tinha a capacidade, especificamente, de inferir, dada a situação posta perante ele, a apreensão global de sua conduta” (*Ibidem*, p. 66). Outra ponderação é Carvalho (2017) que aduz que o conhecimento sempre possui algum grau de probabilidade.

agente não representa o perigo ou incorre em erro, como no caso de erro de tipo, não se atribui dolo ao agente.

Dessarte, a teoria da cegueira deliberada não se apresenta como equivalente ao dolo eventual em nenhum das acepções da dogmática penal brasileira. Poder-se-ia, por sua vez, pensar sobre a criação de uma própria teoria do dolo, que abarcasse o conceito. Contudo, além de ser problemático alterar todo o sistema de imputação subjetiva para se adequar a uma teoria estrangeira, recair-se-ia nas alegações de desnecessidade da medida e no fato de que, nos Estados Unidos, não se comporta como apenas um elemento de uma categoria, mas como a categoria em si. Portanto, a cegueira deliberada parece ter uma utilidade limitada no Brasil, mas possivelmente não irrelevante. Elas ressoam com as indicações de Carvalho (2021) de que, em muitos casos, a cegueira deliberada pode ter um potencial probatório. Isso ocorre, pois é certo que o conhecimento pode ser atribuído, sendo inclusive um fenômeno crescente (RAGUÉS I VALLÈS, 2022). Portanto, diante de características exteriores – não existe dolo apartado da ação –, é possível concluir que, ao se manter deliberadamente cego, o indivíduo, em verdade, mascara o conhecimento efetivo.

Como elemento aferidor do conhecimento efetivo do agente, a cegueira deliberada não viola à legalidade ou fomenta incompatibilidades entre os sistemas jurídicos em questão. Nas palavras de Carvalho (2021, p. 182), “a aferição da ciência do agente acerca da elevada probabilidade da ocorrência de um fato e a sua decisão em se manter em estado de cegueira são fatores que devem ser levados em consideração”. Contudo, os tribunais a utilizam de forma equivocada.

Os requisitos jurisprudenciais, nesse sentido, são de pouca utilidade para elucidar o uso correto da cegueira deliberada no Brasil. Como visto anteriormente, a aplicação da cegueira deliberada se iniciou na jurisprudência e segue um processo de retroalimentação (LUCCHESI, 2017). Nesse sentido, um dos precedentes mais importantes é o voto da Ministra Rosa Weber na AP 470. Embora tenha oferecido parâmetros de aplicação da teoria da cegueira deliberada, eles são distintos dos requisitos trabalhados pela jurisprudência norte-americana. Com efeito, a cegueira deliberada no Brasil é diferente da cegueira deliberada nos Estados Unidos, compartilhando apenas o nome e a ideia geral. Para sustentar uma pretensa relação de equivalência, a jurisprudência brasileira tenta se resguardar dessas críticas, adicionando, em essência, o requisito da indiferença do agente¹⁶.

¹⁶ Parece apontar, em certa medida, a adoção da teoria da indiferença de Engisch, contudo, como afirma Lucchesi (2017), por vezes as decisões sobre a cegueira deliberada não explicitam sequer o conceito de dolo adotado e muitas vezes apresentam contradições no próprio texto.

Assim, na cegueira deliberada à brasileira, o agente precisa estar ciente da alta probabilidade da proveniência ilícita de um bem ou valor¹⁷ e se manter indiferente a ele. A questão é: aplica-se requisitos inexistentes no sistema de origem para enquadrar a cegueira deliberada na figura do dolo eventual. No entanto, se para aplicar a teoria, precisa-se modificá-la, elas não são a mesma coisa. Afinal, se há dolo eventual, não é necessário aplicar requisitos alienígenas; argumenta-se com base no dolo eventual.

Na jurisprudência brasileira, portanto, a cegueira deliberada tem sido aplicada de forma acrítica. Carvalho (2017) identifica que, nos Tribunais brasileiros, os casos de cegueira deliberada envolvem três grupos: a) casos em que há elementos que permitem afirmar que houve conhecimento direto do acusado e, portanto, o uso da cegueira deliberada é desnecessário; b) casos em que os requisitos da cegueira deliberada são usados como indicadores da existência de dolo; e c) casos em que se menciona a teoria sem qualquer finalidade aparente.

O voto da Ministra Rosa Weber na Ação Penal 470, por exemplo, enquadra-se no primeiro caso, uma vez que se reconhece explicitamente que os elementos nos autos permitem concluir pela existência de dolo direto dos acusados (*Ibidem*). Nesse grupo de casos, parece seguir uma tendência de princípio da eventualidade em que se alega que há conhecimento fático e, posteriormente, cria-se um outro fundamento para a condenação (LUCCHESI, 2017).

Para Lucchesi (2017), existem, em essência, quatro grupos: a) casos em que houve condenação por dolo eventual com base na cegueira deliberada (12 decisões); b) casos em que a teoria é adorno retórico da decisão (18 decisões); c) casos em que a teoria foi afastada (5 decisões); e d) casos em que houve condenação com base na cegueira deliberada sem que houvesse os requisitos do dolo eventual (16 decisões). No primeiro dos casos, Lucchesi chega à conclusão que a cegueira deliberada seria desnecessária, pois o dolo eventual por si só supriria (ou então quando aplica de forma equivocada, amplia indevidamente a culpa). No segundo, também desnecessária, pois havia indícios do conhecimento fático do agente. Nos demais, a teoria, usada de forma equivocada, amplia indevidamente a punibilidade para situações em que, quando muito, haveria apenas culpa do agente.

No trabalho, essa análise também foi realizada, mas, devido à exiguidade, apenas nas decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, limitando-se a julgamentos de recursos de apelação entre 01/01/2022 e 01/03/2023. A escolha por esse Tribunal envolve ser, reconhecidamente, um dos que mais produzem decisões aplicando a teoria

¹⁷ Como observado, a cegueira deliberada está fortemente ligada ao delito de lavagem de dinheiro no Brasil desde a sua primeira aplicação no direito nacional.

da cegueira deliberada, sendo, inclusive, assimétrico comparando com os demais (CARVALHO, 2021). Nesse sentido, foram 16 decisões encontradas a partir da pesquisa com os vocábulos “CEGUEIRA” e “DELIBERADA”. Por pretender visualizar a utilidade da teoria da cegueira delibera em seu aspecto probatório, utilizar-se-á a classificação de Felipe Fernandes Carvalho (2021), adicionada de um Grupo D, que será melhor explicado adiante.

Nesse sentido, das decisões disponíveis, cerca de 11 decisões se enquadram no Grupo A. Nelas, os julgadores consideraram que havia comprovação de dolo direto, mas, para resguardar a decisão, utilizavam-se de um duplo fundamento. Portanto, arguíam haver “no mínimo” dolo eventual devido à aplicação da teoria da cegueira deliberada. A maior parte dos julgados sequer explicitou os requisitos do dolo eventual, limitando-se a afirmar que o agente em questão, no mínimo, teria assumido o risco de produzir um resultado. Normalmente os casos se vinculavam ao crime de descaminho em hipóteses semelhantes ao caso *Jewell v. United States*. Nesse sentido, aduziam que o agente havia, no mínimo, assumido o risco de produzir o resultado, aplicando, portanto, a teoria da cegueira deliberada, com os vetores utilizados por Rosa Weber na AP 470.

Em outros dois casos, os julgados concluem que houve dolo, mas mencionam, fora de contexto, a teoria da cegueira deliberada, enquadrando-se no Grupo C. Contudo, dois casos chamaram atenção, pois a classificação de Carvalho (2021), mostrou-se insuficiente, necessitando de um Grupo D. O Grupo D se refere a casos em que os julgadores sequer discorreram sobre a presença ou não de dolo, limitando-se a dizer, apenas, que se aplicaria a cegueira deliberada, quase como se fosse um estado anímico próprio e autônomo ainda que se fundamento na legislação.

Por exemplo, na ACR n.º 5005809-76.2020.4.04.7002, do TRF-4, o voto vencedor apenas aduz que:

Trata-se, neste caso, como bem salientado no parecer ministerial, da aplicação da Teoria da **Cegueira Deliberada**, *‘haja vista que o acusado, tendo ciência da situação suspeita, no mínimo colocou-se propositadamente em estado de desconhecimento, agindo com dolo eventual (BRASIL, 2022)*

Em seguida, limita-se a reproduzir precedentes que aplicam a teoria sem sequer discorrer as razões pelas quais ela seria aplicável e em que medida interage com os requisitos do dolo eventual. Há, sem sombra de dúvidas, um grave vício de motivação. Fenômeno idêntico ocorre na ACR n.º 5004211-15.2019.4.04.7005 e, cabe ressaltar, são de duas relatorias distintas, o que indica, de plano, ser uma prática corrente no TRF-4.

No recorte estudado, ainda, não se verificou nenhum caso pertencente ao Grupo B, isto é, casos em que a cegueira deliberada foi utilizada como indicador da presença de dolo.

Com efeito, percebe-se que a qualidade das decisões do TRF-4 que aplicam a teoria da cegueira deliberada é extremamente baixa, não se enquadrando em nenhuma hipótese legítima ou justificável de aplicação da teoria.

Portanto, assiste razão à Lucchesi (2017) quando afirma que a utilidade da cegueira deliberada depende, em verdade, da concepção de dolo adotada por quem julga. De plano, verifica-se compatibilidade para seu uso como elemento probatório nas teorias da disposição de ânimo, na teoria do perigo subjetivo e na teoria do perigo doloso. Sobre eventuais lacunas de punibilidade, a doutrina argumenta que sequer existiriam, tendo em vista que algumas concepções de dolo são inclusive mais abrangentes (CARVALHO, 2021).

Nesse sentido, vislumbra-se uma utilidade na teoria da cegueira deliberada, desde que seja limitada à aferição de conhecimento efetivo do agente. Essa utilidade, porém, não encontra respaldo na jurisprudência, que tem aplicado a cegueira deliberada de forma acrítica e em decisões com evidentes vícios de fundamentação. Há, contudo, esperanças. Embora não tenham sido encontrados exemplos no TRF-4, o STF possui exemplo de decisão que usa a cegueira deliberada como indicador da presença de dolo: o voto do Ministro Gilmar Mendes na própria AP 470. Nele, argumenta-se pela necessidade de cautela na introjeção da teoria, compreendendo, porém, que o contexto factual permite a conclusão pela existência de dolo (BRASIL, 2013). Em igual sentido, Carvalho (2021) aponta o processo n.º 5013405-59.2016.4.04.700 como um exemplo de uso da cegueira deliberada como indicativo do dolo na conduta dos agentes. Naquele processo, aduziu o magistrado (apud CARVALHO, 2021), “esse elemento serve apenas como prova da representação da probabilidade da origem criminosa dos valores”.

Assim, encerra-se o capítulo entendendo que, como categoria autônoma de imputação subjetiva, a teoria da cegueira deliberada não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, pois, por si só, viola a legalidade e não se compatibiliza com os elementos do dolo em nenhum das teorias de tradição romano-germânica. Contudo, isso não implica em sua absoluta inutilidade, sendo legítima a sua possibilidade como indicador da existência do conhecimento fático de um agente. Nesse sentido, é possível que o conceito de dolo, a depender da teoria adotada pelo intérprete, acolha hipóteses de cegueira deliberada; mas nem toda hipótese de cegueira deliberada estará abarcada pelo dolo. Ademais, por não haver *a priori* uma lacuna de punibilidade sequer precisa haver uma compatibilização dos requisitos que, por vezes, mais atrapalha que ajuda. Diante disso, no capítulo final, busca-se situar o papel da cegueira deliberada como indicador para aferir a existência de dolo, propondo um modelo de raciocínio judicial com base na teoria.

4 CEGUEIRA DELIBERADA, SILOGISMO INFERENCIAL E PROVA DO DOLO

O raciocínio inferencial é a capacidade pela qual um indivíduo traça um plano de ação a partir de uma correlação entre o prévio conhecimento do mundo e fragmentos de novas informações. Um exemplo cotidiano é do sujeito que, após lavar a casa, escuta um barulho e um grito vindo de dentro; pode-se inferir que, no chão molhado, alguém levou uma queda. O raciocínio jurídico pode ser estruturado de uma forma semelhante a partir de silogismos fáticos que posteriormente podem ser valorados pelo juízo. Portanto, o raciocínio judicial pode ser dividido entre uma verificação fática e uma verificação jurídica, em que o primeiro é baseado em inferências (LAGE, 2022).

Quando confrontados com um caso concreto, identifica-se alguns elementos importantes: i) uma hipótese acusatória; ii) uma descrição de fatos pela acusação; iii) uma hipótese defensiva; iv) uma descrição de fatos pela defesa; e v) a prova coletada.

Vejam, por exemplo, um caso de lavagem de capitais. Pode-se usar um caso inspirado nos funcionários da HStern que, supostamente, vendiam joias reiteradamente para Sérgio Cabral Filho (KNAPP; STEFFENS, 2020). Naquele caso, conquanto o Ministério Público, em denúncia, tenha dito se tratar de aplicação da cegueira deliberada, ela só pode ajudar a inferir o conhecimento efetivo do sujeito. Com efeito, no nosso caso hipotético, a hipótese acusatória pode ser a de que os funcionários de uma Joalheria X, livres e conscientemente, dissimularam a origem de valores provenientes de infração penal antecedente, a saber: de corrupção passiva e peculato. Na descrição dos fatos pela acusação, pode-se atestar que: a) os indivíduos eram funcionários daquela joalheria; b) recebiam as mesmas pessoas, que compravam joias caríssimas na Joalheria X com frequência; c) não emitiam as notas fiscais ou comunicavam a aquisição ao COAF; e d) não colocavam a identificação dos adquirentes no certificado nominal das joias.

Como uma possível defesa, pode-se ter a hipótese defensiva em que: os sujeitos, conquanto tenham dissimulado a natureza de valores provenientes de infração penal, não tinham conhecimento disso. Como descrição dos fatos pela defesa, pode-se ter que os agentes: a) são trabalhadores comuns e, portanto, estavam subordinados aos seus superiores; b) não conheciam as pessoas que compravam as joias, pois, em verdade, não eram as mesmas pessoas; c) não possuíam o costume de emitir notas fiscais sempre ou informar a aquisição ao COAF, pois o dono da Joalheria X havia determinado que, em algumas hipóteses, elas não fossem emitidas; e d) deixaram de colocar a identificação dos adquirentes, pois eles pediam e, diante disso, não viam razão para se opor.

A prova coletada, por sua vez, é de que: a) uma ex-funcionária da Joalheria X, demitida no ano anterior, ouvida em juízo, afirmou que a Joalheria X costumava emitir as notas fiscais; b) os registros no COAF indicam que a Joalheria X costumava declinar a aquisição de várias joias ao COAF; c) câmeras de vídeo do estabelecimento informam que pessoas distintas compraram as joias produto do crime; d) existe Auto de Infração na Secretária da Fazenda de que a Joalheria X não estava emitindo todas as notas fiscais de saída.

O raciocínio judicial, ao se desenvolver por silogismo, pressupõe a relação entre premissa maior e premissa menor. A premissa menor são os fatos probatórios aventados; a maior, as regras da experiência (LAGE, 2022). Com isso, o juiz acaba por chegar em determinadas conclusões. Por exemplo: era de se esperar que os funcionários soubessem que as joias eram compradas indiretamente por uma mesma pessoa se, em verdade, pessoas diferentes a adquiriam? É certo que não. Se existe registro do COAF de inúmeras aquisições de joias na Joalheria X, é de se esperar que os funcionários não achassem suspeito que apenas determinadas pessoas não tivessem a venda comunicada? É certo que não também. Aliás, pelo que se narra, embora haja comprovação de uma possível prática de ilícito (sonegação fiscal) pela Joalheria X, é difícil concluir que os funcionários soubessem que os valores usados na aquisição das joias tivessem proveniência ilícita.

Nesse caso, portanto, estávamos diante de uma confluência de fatos que poderiam caracterizar em tese a cegueira deliberada: a) a ciência da alta probabilidade de existência de um fato; e b) a ausência de medidas para tomar conhecimento positivo da existência daquele fato. Contudo, quando comparadas os fragmentos de realidade, ou fatos probatórios, com a hipótese acusatória ela não produz certeza sobre a sua veracidade. A hipótese, por sua vez, foi elaborada para criar um caso limítrofe em que, por inferência, não se sustenta inteiramente a versão da defesa, nem se sustenta inteiramente a versão acusatória.

Portanto, a discussão sobre cegueira deliberada não é sobre quais *standards* probatórios se utiliza para aplica-la, uma vez que, por si só, ela não permite a valoração automática como estado anímico. Ao revés, a cegueira deliberada, enquanto situação de fato, passa a ser um *standard* probatório para provar hipóteses que, se valoradas juridicamente, podem indicar dolo eventual. Para Peixoto (2021, p. 589), “O estândar probatório deve ser compreendido como o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada”. O objeto da prova, oportunamente, “é a hipótese acusatória descrita na denúncia (o acontecimento naturalístico) ou ‘as alegações dos fatos’ formuladas por uma das partes” (TAVARES; CASARA, 2020, p. 23). Por isso, no raciocínio judicial silogístico, a cegueira deliberada ocupa um lugar de premissa maior, em que expressa

uma regra da experiência: é crível que alguém que não envida esforços para tomar conhecimento de um fato ou até mesmo envida esforços para evitar a todo custo esse conhecimento, ainda que ciente da alta probabilidade de sua existência, não tenha em verdade o conhecimento efetivo?

As premissas menores, porém, decorrem das condutas identificadas no agente, que são fatos probatórios. “Todos os meios de prova servem à prova de condutas. Logo, todos eles podem provar o querer, o consentir e o representar” (COSTA, 2015, p. 237). É possível, pois, por à prova enunciados fáticos que indiquem a possibilidade de se atribuir conhecimento a determinado agente. Havendo conhecimento, portanto, há elemento cognitivo. O que não pode ocorrer jamais, porém, é a assunção da cegueira deliberada como um adorno retórico, como expansão do espaço do dolo para o que antes era ocupado pela culpa, ou ainda, condenações que considerem o dolo eventual como provado apenas por haver suposta cegueira deliberada (LUCCHESI, 2017).

Deve ser avisado, porém, que os inúmeros silogismos da decisão judicial não podem ser reduzidos a um único. O raciocínio judicial pressupõe a concatenação de inúmeros silogismos, ou hipóteses, que se disponibilizam ao juízo. Algumas delas, por sua vez, são condicionadas. Por exemplo, no caso anterior, sabe-se que os funcionários não comunicavam ao COAF pessoas determinadas (premissa menor). É de compreensão geral que o COAF serve precisamente como um dos meios de combate à lavagem de dinheiro (premissa maior). Com efeito, é crível que não estivessem cientes da alta probabilidade de proveniência ilícita daquele bem? Se a resposta é negativa, pode-se fazer o raciocínio silogístico usando a premissa maior determinada anteriormente: é crível que alguém que não envida esforços para tomar conhecimento de um fato ou até mesmo envida esforços para evitar a todo custo esse conhecimento, ainda que ciente da alta probabilidade de sua existência, não tenha em verdade o conhecimento efetivo? Seriam, pois, inferências subordinadas (LAGE, 2022).

Em igual sentido, novos fatos probatórios podem gerar outras inferências, em que vários fatos probatórios são concatenados com vários enunciados a fim de provar uma ou outra hipótese (*Ibidem*).

Isso implica em dizer que a cegueira deliberada se limita a um dentre inúmeras possíveis inferências e que, sobretudo, permite refutação, com o objetivo de assegurar que não exista apenas uma validade interna do argumento, mas também uma externa. E, por isso, adota-se um *standard* probatório em que, se há “hipótese alternativa à tese incriminatória que se mostra logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo”

(VASCONCELLOS, 2020, p. 26), há uma dúvida razoável que impõe a absolvição do agente a partir da aplicação do “in dubio pro reo” enquanto regra de julgamento.

Portanto, a utilidade da cegueira deliberada está em compreendê-la como compatível para aferir conhecimento factual com a finalidade de comprovar uma possível hipótese acusatória. Com isso, pode-se instrumentalizá-la com o objetivo de racionalizar os processos de decisões judiciais nos Tribunais. Nessa ordem de ideias, fornece-se um modelo de argumentação judicial para a aplicação da teoria.

Nesse sentido, quais os possíveis fatos probatórios que podem ser, por inferência, inseridos nesse silogismo? Por exemplo, um agente decide aceitar a proposta de um desconhecido para que transporte uma bagagem para um outro país de avião (premissa menor). Ora, quando um sujeito que oferece uma bagagem não quer transportá-la, existe uma alta probabilidade de que transporte algo ilícito (premissa maior). Portanto, existia uma alta probabilidade de que o agente transportasse algo ilícito

Sabe-se também que o agente que aceita é uma pessoa normal, com mínimos conhecimentos adquiridos pela socialização (premissa menor). Finalmente, qualquer pessoa com um mínimo grau de socialização sabe ser comum o tráfico internacional de drogas e eles ocorrem, sobretudo em aeroportos, com pessoas que não “atrairiam suspeitas” (premissa menor). Por conseguinte, o agente sabe que é comum o tráfico internacional de drogas a partir de pessoas que não atraem suspeitas aos órgãos de persecução.

A partir disso, é certo que o agente tinha conhecimento de que transportava algo ilícito e muito provavelmente entorpecente. Isso, por sua vez, pode ser valorado como conhecimento fático do agente e, a depender de sua valoração jurídica, interpretar-se enquanto dolo. A partir do silogismo fático, pode-se proceder, assim, a um juízo de tipicidade, isto é, subsunção entre fato e norma. O modelo, contudo, viabiliza refutações a partir de novas inferências. Por exemplo, se o agente aceita transportar uma bagagem de uma pessoa de confiança, informando se tratar, por exemplo, de enxoval para parentes, a hipótese já é distinta.

Confrontando alguns modelos teóricos, extrai-se alguns padrões de comportamento que interagem com a cegueira deliberada, são eles: conhecimentos mínimos, a exteriorização do conhecimento, as características pessoais do agente; a delegação de conhecimentos; e o conhecimento situacional (COSTA, 2015).

Não pode alegar não possuir conhecimento, por exemplo, se o conhecimento for pressuposto de qualquer pessoa normal em um determinado estado de socialização. Por exemplo, uma pessoa possui conhecimentos mínimos de que é comum o tráfico internacional de drogas em aeroportos por meio de pessoas que não “atraem suspeitas”. No campo da

exteriorização do conhecimento, mesmo que não explícita, pode-se indicar cegueira deliberada. Por exemplo, se o agente furta de um supermercado e sai verificando câmeras de segurança, provavelmente sabia ser coisa alheia. As características pessoais do agente podem também aferir conhecimento específico. Por exemplo, se alguém formado em química alega não ter conhecimento da natureza de uma determinada substância, pode-se proceder ao uso de um silogismo inferencial.

Finalmente, é possível falar de delegação de conhecimentos, característica típica do mundo contemporâneo em que, cada vez mais, confia-se em especialistas. Um caso claro é de Ragués i Vallès (2022) que discorre sobre a condenação do futebolista Lionel Messi, na Espanha, por sonegação fiscal. Naquele caso, o planejamento tributário do jogador, em essência, foi considerado ilegal, ainda que amparado por renomados consultores fiscais. Naquele caso, “conforme a *Audiencia*, ainda que fosse certa a hipótese de desconhecimento, seria possível a condenação por crime doloso, ao ser tal falta de representação o resultado de um absoluto desinteresse do acusado em conhecer o sentido de tais operações” (*Ibidem*, p. 268). O fato probatório é que: a) o planejamento tributário era, em verdade sonegação fiscal; e b) foi celebrado contrato entre Messi e tributaristas renomados. Sabe-se que jogadores de futebol dificilmente possuem conhecimento sobre tributos; sabe-se, ainda, que, via de regra, confia-se em especialistas, pois se delega conhecimentos. Com isso, é improvável que Lionel Messi tivesse conhecimento fático acerca da sonegação.

Falar de padrões de comportamento, contudo, não indica um retorno às provas tarifadas. Apenas, discorre-se sobre possibilidades de criação de silogismos a partir de comportamentos que podem gerar a inferência de que o agente detinha conhecimento efetivo. À vista disso, se o maior problema da cegueira deliberada é a irracionalidade da jurisprudência, eis a importância do fomento de um modelo de argumentação judicial. Com efeito, é da maior importância o controle da motivação das decisões judiciais que aplicam a cegueira deliberada no Brasil (SANTOS, 2018). Portanto, a utilização de um correto modelo de raciocínio judicial permite a racionalização da cegueira deliberada como razão de decidir dos tribunais.

Como visto, muitas decisões declinam que há conhecimento direto do agente, contudo recorrem à cegueira deliberada como um esboço inconsequente do princípio da eventualidade. Os maiores perigos, porém, são os casos ancorados no denominado Grupo D em que, sem existência de qualquer análise sobre os elementos do dolo, as decisões se limitaram a invocar a cegueira deliberada. No país todo, Lucchesi (2017) identificou vários casos em que, diante da inexistência de provas de conhecimento efetivo do agente, lançava-se mão da cegueira

deliberada para garantir uma condenação. Portanto, o controle judicial dessas decisões precisa ser pautado no controle da sua motivação.

Para isso, os critérios usados devem ser a exaustividade, a congruência e a integridade da comunidade da prova (SANTOS, 2018). No primeiro, deve-se analisar todas as provas disponíveis nos autos, inclusive as defensivas em que, supostamente, afaste-se o conhecimento efetivo do agente, como as provas de eventual alegação de erro de tipo, por exemplo. Portanto, o julgador deve dizer por quais razões decidiu em algum sentido e porque, em suas conclusões, valorou negativamente tal prova defensiva. Nesse sentido, permite-se que ambas as hipóteses, acusatória e defensiva, sejam valoradas e, havendo dúvida razoável, sobrepõe-se o princípio da presunção de inocência.

A congruência, por sua vez, é a postura segundo a qual julgador deve se pautar pela narrativa acusatória ou pela narrativa defensiva, não podendo acolher uma terceira via. Nas palavras de Santos (Ibidem, p. 99), “se a cegueira deliberada se mostra no caso a partir de determinado padrão de conduta usualmente observado nas circunstâncias, cumpre, tão somente, à acusação trazer elementos a respeito desse padrão”. Por fim, a integridade da comunidade da prova é o preceito em que todos os elementos devem ser analisados em sua unidade. Com isso, os silogismos restam concatenados.

Com efeito, a cegueira deliberada pode deixar de ser utilizada como argumento arbitrário para ampliar a punibilidade para além dos limites determinados pelo ordenamento jurídico nacional. Limitada ao escopo de elemento probatório, deve indicar conhecimento do agente em decisão motivada que decline as razões de se entender pela constatação de dolo eventual (SANTOS, 2018).

5 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, foi investigado em que medida a teoria da cegueira deliberada é útil na dogmática penal brasileira. Como ponto de partida, portanto, estudou-se o desenvolvimento nos Estados Unidos. Nesse sentido, concluiu-se que, nos Estados Unidos, são quatro os estados anímicos para a configuração de uma determinada conduta como crime: *purpose, knowledge, reckless e negligence*. Embora o *knowledge* pressuponha o conhecimento dos elementos objetivos do crime, quando há ciência da alta probabilidade da existência daquele elemento e quando o agente envida esforços para evitar tornar o conhecimento pleno, há cegueira deliberada. Nessas hipóteses, pelo Model Penal Code e pelos Tribunais federais, supre-se a exigência de *knowledge*. Logo, no campo norte-americano, exige-se: a) ciência da alta probabilidade que o fato exista; b) existência de medidas para evitar tomar ciência plena do fato; e c) inexistência de crença subjetiva na não existência do fato.

Para se compatibilizar com o dolo, portanto, quando importada para o Brasil, criou-se uma relação falsa de equivalência entre cegueira deliberada e dolo eventual. Não existe, pois, essa correspondência. Contudo, em tentativas de compatibilização, no Brasil houve a adoção de critérios específicos para reconhecer a cegueira deliberada o que demonstra, de plano, sua incompatibilidade: a) o conhecimento por parte do agente sobre a alta probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos sejam provenientes de atividades criminosas; b) o comportamento indiferente do agente a esse conhecimento; e c) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante em relação a todos os fatos, quando possível. Por sua vez, sem essa equivalência, pode-se concluir, preliminarmente, que cegueira deliberada não é dolo e, portanto, é incompatível com o ordenamento jurídico.

Com efeito, discutiu-se alguns pressupostos para o estudo dolo, dentre eles a necessidade de seus elementos cognitivo e volitivo. Contudo, rejeitou-se a perspectiva ontológica do dolo e se adotou uma perspectiva normativo-atributiva. Devido a isso, o dolo não é investigado para dentro do sujeito, mas a partir da exteriorização da sua ação. Em outras palavras, não existe dolo apartado da ação. Portanto, investigou-se as teorias do dolo, demonstrando os problemas práticos das teorias psicológico-descritivas quando diante de alguns casos limítrofes. Diante disso, o trabalho não adota uma visão única do dolo, mas defende que tanto o elemento cognitivo quanto o elemento volitivo podem ser normativizados.

Em igual sentido, verificou-se, pela interação entre a teoria da cegueira deliberada norte-americana e as teorias do dolo, que, em algumas concepções de dolo, a cegueira deliberada se mostra compatível desde que por um viés probatório. Portanto, quando utilizada como elemento probatório para aferir o conhecimento efetivo do agente, ela possui alguma

utilidade prática no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, identificou-se também que, tanto na doutrina quanto nos precedentes investigados no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a jurisprudência aplica de forma equivocada a cegueira deliberada, ora recorrendo a ela mesmo que haja elementos que corroborem com o conhecimento pleno, ora utilizando-a como uma forma de ampliar indevidamente o escopo de punição do dolo em decisões mal fundamentadas.

Com efeito, investigou-se a possibilidade de a cegueira deliberada figurar como uma premissa maior em um silogismo fático inferencial para aferir o conhecimento efetivo de um agente sobre um elemento objetivo do crime. Pôs-se à prova também a possibilidade de certos parâmetros de ação propostos pela doutrina para aferir o dolo serem utilizados como forma de sopesar situações de cegueira deliberada. Contudo, é de maior importância, diante do diagnóstico dos vários problemas jurisprudenciais, o controle da motivação da decisão judicial que aplica a cegueira deliberada, que deve respeitar os critérios de exaustividade, a congruência e integridade da comunidade da prova. Assim, permite-se um controle judicial sobre o uso da cegueira deliberada exclusivamente como elemento probatório.

Portanto, conclui-se que há utilidade da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, desde que esteja limitada como um indicador da existência de dolo e proferida em decisões suficientemente motivadas que a restrinjam a esse escopo.

REFERÊNCIAS

- AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model Penal Code**: official draft and revised comments. Philadelphia: American Law Institute, 1962. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>. Acesso em: 01 mar. 2023.
- BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo global**. Madrid: Siglo XXI de Espana Editores, 1999.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRASIL. **ACR 5005809-76.2020.4.04.7002**. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Sétima Turma. Relatora: BIANCA GEORGIA CRUZ ARENHART. Julgado em 19/04/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Penal 470**. Relator: Joaquim Barbosa. Publicado em: 22 abr. 2013.
- BRASIL. **Código Penal**, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 15 mar. 2023.
- BRENER, Paula; COLOMBI, Henry; RAMOS, Marcelo Maciel. Os métodos do direito comparado: por um pluralismo metodológico e um diálogo intercultural. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 94, n. 01, p. 11-36, 2021.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2008.
- CARVALHO, Felipe Fernandes. **A conformação da cegueira deliberada no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2021.
- COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAZ, Sérgio Valladão. **O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro**: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo. 2018. 190 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Orientador: Paulo César Busato.
- EPISODE 6. *In: Fleabag*. Criação de Phoebe Waller-Bridge. Direção: Harry Bradbeer. Produção: Phoebe Waller-Bridge, Harry Williams, Jack Williams. Reino Unido: BBC Three e Amazon Prime, 2016. Série exibida pela Amazon Prime, 25 min., son., color. Acesso em 15/04/2023.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KNAPP, Roger Matheus Rohden; STEFFENS, Alessandra Franke. Teoria da cegueira deliberada: análise dos casos em que os colaboradores das joalherias Arany Adornos e H.Stern supostamente participaram do processo de lavagem de dinheiro angariado por Sérgio Cabral Filho. *Revista da Faculdade de Direito da FMP, Porto Alegre*, v. 15, n. 1, p. 158-168, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada “cegueira deliberada”**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

MENDONCA LAGE, C. (2022). As inferências probatórias nos julgamentos criminais segundo os modelos de silogismo judicial e da teoria da argumentação. *Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*. Recuperado de <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/177>. Acesso em 15 mar. 2023.

NEVES, Eduardo Viana Portela. **Dolo como inferência: uma contribuição para o conceito de dolo sem vontade**. 2017. 140 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2017. Orientador: Ricardo Lodi Ribeiro.

PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos no processo decisório. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 9-38, jan./abr. 2021.

PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Organização: Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Dolo sem conhecimento? Reflexões sobre a condenação de Lionel Messi por sonegação fiscal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 265-284, 2022.

SANTOS, Carlos Eduardo Edinger de Souza. **A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2018. Orientador: Fabio Roberto D’Avila.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

SMITH, A. T. H. On Actus Reus and Mens Rea (1978). In: **GLAZEBROOK, P.R. (ed.) Reshaping the Criminal Law: Essays in Honour of Glanville Williams (1978) at 95**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2390908>. Acesso em: 20 fev. 2023.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2020.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 5. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2021.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961.

WILDE, OSCAR. **O retrato de Dorian Gray**. São Paulo: Via Leitura, 2020.

APÉNDICE A

ACR 5027258-59.2021.4.04.7001	Grupo A
ACR 5000484-07.2022.4.04.7017	Grupo A
ACR 5000591-51.2022.4.04.7017	Grupo A
ACR 5005619-98.2020.4.04.7104	Grupo A
ACR 5006727-62.2020.4.04.7202	Grupo A
ACR 5011971-98.2017.4.04.7000	Grupo A
ACR 5000785-43.2020.4.04.7010	Grupo A
ACR 5005275-38.2020.4.04.7001	Grupo A
ACR 5004913-96.2021.4.04.7002	Grupo C
ACR 5005809-76.2020.4.04.7002	Grupo D
ACR 5001066-17.2016.4.04.7017	Grupo A
ACR 5004298-34.2020.4.04.7005	Grupo A
ACR 5016474-88.2019.4.04.7002	Grupo A
ACR 5005700-62.2020.4.04.7002	Grupo C
ACR 5011048-61.2020.4.04.7002	Grupo C
ACR 5004211-15.2019.4.04.7005	Grupo D