

EQUIPARAÇÃO DO DOLO EVENTUAL EM RELAÇÃO A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Renan da Silva Moreira*

Resumo: O presente artigo busca investigar a aplicabilidade do dolo eventual com base na sua equiparação à teoria da cegueira deliberada, partindo-se dos pressupostos teóricos, para depois realizar o contraponto com a jurisprudência. Para tanto, foi necessário abordar os principais aspectos sobre o dolo nas suas mais diversas modalidades e teorias, em especial o dolo eventual para que depois fosse possível averiguar se haveria compatibilidade do mesmo com a teoria da cegueira deliberada. Dessa forma, foram analisadas três jurisprudências que tiveram grande repercussão no Brasil, sendo elas: o assalto ao Banco Central em Fortaleza, a Ação Penal nº 470 e a Operação Lava Jato. Por fim foi realizada análise da doutrina sobre o tema, para confrontá-la com os casos analisados, concluindo-se que o instituto da cegueira deliberada no Brasil merece ser melhor estudado, para que seja possível a sua correta aplicação, sem ferir preceitos constitucionais, bem como a impossibilidade de equiparação do mesmo ao dolo eventual no delito de lavagem de capitais.

Palavras-chave: Lavagem de Capitais. Teoria da Cegueira Deliberada. Dolo eventual. Operação Lava Jato. Assalto ao Banco Central.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dolo eventual e teoria da cegueira deliberada. 2.1. O dolo. 2.2. Dolo eventual. 2.3. Teoria da cegueira deliberada – *willfull blindness*. 2.3.1. *Mens rea* e *culpability* no Direito Americano. 2.3.2. Conhecimento e *knowledge*. 2.3.3. A (In)aplicabilidade da cegueira deliberada. 3. Jurisprudência e a sua correlação com os institutos abordados. 4. Discussões doutrinárias em relação à jurisprudência e sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro 5. Considerações Finais. 6. Referências.

* Doutorando e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS) e Pós-Graduando em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos (UFRGS). Advogado e Membro do Instituto dos Advogados do RS. Contato: renansmoreira@outlook.com.

Matching dolo in relation to the willful blindness theory in the crime of money laundering

Abstract: This article seeks to investigate the applicability of an eventual based on its equivalence to the theory of deliberate blindness, starting from theoretical assumptions, to later execute or counterpart with a jurisprudence. For that, it was necessary to approach the main aspects about intent in its most diverse theories and theories, in particular the eventual intent so that after it was possible to check if there is compatibility with it with a theory of deliberate blindness. Thus, three jurisprudences that had great repercussion in Brazil were analyzed, namely: the central bank of the Central Bank of Fortaleza, Penal Action No. 470 and Operation Lava Jato. Finally, there was an analysis of the doctrine on the subject, to confront the cases analyzed, concluding if the institute of deliberate blindness in Brazil deserves to be better studied, so that its correct application is possible, without hurting the constitutional precepts, as well as the impossibility of equalizing at the same time eventual offense of money laundering.

Keywords: Money Laundering. Willful Blindness Theory. Dolo eventual. Operation Car Wash. Central Bank Robbery.

Summary: 1. Introduction. 2. Eventual intent and deliberate blindness theory. 2.1. The dolo. 2.2. Eventual dolo. 2.3. Theory of deliberate blindness – willfull blindness. 2.3.1. Mens rea and culpability in American law. 2.3.2. Knowledge and knowledge. 2.3.3. The (In) applicability of deliberate blindness. 3. Jurisprudence and its correlation with the institutes covered. 4. Doctrinal discussions in relation to the jurisprudence and on the application of the theory of deliberate blindness in the Brazilian legal system 5. Final considerations. 6. References.

1 Introdução

O presente artigo tem como objeto a investigação sobre a aplicabilidade do dolo eventual no crime de lavagem de capitais em comparação com a teoria da cegueira deliberada, partindo dos pressupostos teóricos, e identificando e enfrentando os problemas decorrentes da aplicação desta teoria, bem como a jurisprudência sobre o tema proposto.

A pesquisa partiu dos seguintes questionamentos:

- a) O dolo eventual, a cegueira deliberada e a Teoria das Instruções da Avestruz são o mesmo instituto?
- b) Há possibilidade de aplicação do dolo eventual nos crimes de lavagem de capitais?

Para isso o estudo iniciou com a análise do dolo nas suas mais diversas modalidades e teorias, em especial ao dolo eventual.

No mesmo ponto foram estudadas as teorias volitivas e cognitivas do dolo, a fim de trazer a base teórica para a confrontação do instituto do dolo eventual e a sua compatibilidade e/ou equiparação à teoria da cegueira deliberada.

Estudou-se também a teoria da cegueira deliberada, também conhecida como *willful blindness doctrine* (doutrina da cegueira deliberada) ou “*ostrich instructions*” (instruções de avestruz).

Para que fosse possível analisar com mais profundidade o instituto mencionado, foi necessário examinar, o sistema jurídico americano, trazendo a dificuldade de se conceituar o chamado *mens rea*, que se refere a elementos subjetivos dos crimes nos sistemas jurídico-penal americano e inglês, tendo a reforma da legislação americana optado por abandonar a utilização desta expressão, dando preferência ao termo *culpability* que, por sua vez, tem elementos objetivos e subjetivos.

No tocante aos elementos subjetivos da *culpability* deu-se maior atenção a figura da *knowledge*, que se torna o centro da discussão quanto a incompatibilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, ao equipará-la ao dolo eventual, motivo pelo qual se fez necessário diferenciá-la do uso da expressão “conhecimento” na dogmática penal do Brasil, já que em tradução livre da palavra *knowledge* é conhecimento.

No mesmo ponto ainda, abordou-se sobre a (in)aplicabilidade da cegueira deliberada no Brasil, tendo sido deixado alguns posicionamentos para a parte final, a fim de viabilizar o contraponto com a jurisprudência.

Por fim, o final do presente artigo teve como objeto a análise da jurisprudência e algumas discussões necessárias à abordagem do tema proposto com a intenção de responder os problemas suscitados na presente pesquisa.

O ponto final do presente trabalho se deu nas discussões doutrinárias em relação à jurisprudência e sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, foram analisados diversos autores, que entendem pela possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil, bem como opiniões divergentes, que dizem ser incompatível aplicar este instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

A relevância do estudo sobre a aplicação da cegueira deliberada no Brasil nos crimes de lavagem de capitais e a sua equiparação ao dolo eventual exsurge da necessidade de averiguar se as decisões judiciais que condenaram diversos denunciados por lavagem de dinheiro com este argumento foram corretamente aplicadas.

Ademais, apesar de ser um tema que já é tratado há muito tempo na doutrina e jurisprudência estrangeira, observa-se que ainda não foi devidamente aprofundado no Brasil, motivo pelo qual, é necessária a discussão aberta sobre a possibilidade ou não da aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico pátrio, em um primeiro momento, após se haveria compatibilidade e/ou equiparação da mesma ao dolo eventual e, por fim, quanto a aplicabilidade no tocante ao crime de lavagem de capitais.

2 Dolo eventual e teoria da cegueira deliberada

O objetivo do presente ponto é tratar sobre o dolo nas suas mais diversas modalidades e, em especial, ao dolo eventual em comparação a sua equiparação a teoria da cegueira deliberada, para que, a seguir, seja possível juntar a análise da aplicação dos mesmos ao crime de lavagem de capitais em paralelo a jurisprudência.

2.1 O dolo

A definição de dolo levou ao surgimento de diversas teorias, entre elas, a da vontade, também chamada de clássica, define o dolo como uma vontade dirigida ao resultado.¹ O seu maior defensor era Francesco Carrara, que define o dolo como a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se tem consciência de que é contrário a lei, ou seja, o dolo neste caso, deve estar na vontade, não de violação da lei, mas de realizar a ação para obtenção do resultado.²

Já a teoria da representação, supre a lacuna deixada pela teoria da vontade, especialmente naquelas circunstâncias em que o autor demonstra atitude de indiferença ou de desprezo contra a ordem jurídica.³

Os principais defensores desta teoria são Von Liszt e Frank, que sustentam que “para a existência do dolo é suficiente a representação subjetiva ou a previsão do resultado como certo ou provável”, todavia, tal teoria está desacreditada atualmente até mesmo pelos mesmos.⁴

Por fim, no tocante a teoria do consentimento, observa-se que as divergências existentes nas outras duas teorias mencionadas, foram atenuadas, vez que para esta corrente o dolo nada mais é do que, ao mesmo tempo, representação e vontade,⁵ tanto é que Nelson Hungria, já dizia que: “Dolo é, portanto, ao mesmo tempo, vontade e representação”,⁶ sendo que tal teoria será mais aprofundada posteriormente.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 284.

² CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. v. 1. Bogotá: Temis, 1971. §69, p. 73, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 284.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 285.

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*.

⁶ HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 109 e 110, *apud* DA SILVA, Medina David. *O Crime Doloso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Jacson Luiz Zilio entende que existem mais de dez conhecidas teses sobre dolo eventual e que praticamente nenhum Código Penal traz o conceito, motivo pelo qual entende que seria este o papel da doutrina e não do legislador trazer a definição de dolo.⁷ Por sua vez, Guilherme Brenner Lucchesi, entende que:

Em que pese as teorias jurídicas sejam mutáveis e em constante transformação, nada obsta que a lei possa capturar determinado estágio de desenvolvimento teórico, adotando-o como parâmetro padrão do ordenamento jurídico. Ciente, porém, da mutabilidade dos conceitos, pode o legislador optar por não eger uma definição como oficial. Sendo assim, ainda que existam sistemas jurídicos que optaram por não incluir alguma definição de dolo e de culpa no texto legal – e isso não resultar necessariamente em “incerteza jurídica” –, não está o legislador impedido de fazê-lo.⁸

O mesmo autor sustenta ainda que mesmo que o legislador defina uma concepção de dolo, isso não preclui a atividade da dogmática, ou seja, vez que a mesma sendo direito penal ciência jurídica e não mero saber legal, fazem com que a letra da lei, seja um ponto de partida para o estudo, devendo os operadores do direito criticar e interpretar o sentido da norma.⁹

No tocante a previsão do crime doloso, encontra-se previsto no artigo 18, I do Código penal, o qual preceitua que é aquele “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Ou seja, o Código Penal brasileiro, fornece uma noção de dolo, em que o autor será aquele que age com dolo, quando queria o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Por outro lado, no artigo 18, II, entende-se que o crime, na modalidade culposa, se dá quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Assim, a partir do conceito do dolo, podemos dividi-lo em dolo direto e indireto (subdivide-se em dolo alternativo e dolo eventual).

O dolo direto, também chamado como determinado, intencional, imediato ou incondicionado, nada mais é, para Cleber Masson, do que aquele em que a vontade do agente é dirigida a um determinado resultado.¹⁰

Todavia, a concepção de dolo é mais complexa, não bastando a legislação dizer “quis o resultado” e “assumiu o risco de produzi-lo”, vez que é necessário compreender o que seria este “querer”, ou seja, se existe um grau de volição e de cognição neste “querer”, da mesma forma que a assunção de risco do resultado que carece de definição.¹¹

⁷ ZILIO, Jacson Luiz. Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, n. 239, São Paulo, out. 2012, p. 8.

⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 134-135.

⁹ Idem.

¹⁰ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 165.

¹¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 135.

Jorge de Figueiredo Dias define o dolo direto como aqueles casos nos quais “a realização do tipo objetivo de ilícito surge como o verdadeiro fim da conduta.”¹²

Luís Greco ao abordar sobre o Código Penal Português, sustenta que diferentemente da Alemanha, Espanha e Argentina, mas similar ao Brasil, à referida legislação define de maneira expressa o conceito de dolo, ao determinar três formas.¹³

Assim, o autor entende que: dolo direto de primeiro grau, se o autor “representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com a intenção de o realizar” (Art. 14 I); dolo direito de segundo grau, quando o agente “representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta” (Art. 14 II) e dolo eventual se “a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta,... o agente actuar conformando-se com aquela realização” (Art. 14 III).¹⁴

Azevedo e Salim sustentam que o dolo de 3º grau seria:

[...] consciência e vontade de produzir um resultado como consequência necessária do efeito colateral necessário da conduta. Trata-se de inevitável violação de bem jurídico em decorrência do resultado colateral produzido a título de dolo direto de segundo grau. Percebe-se que a existência de dolo direito de terceiro grau pressupõe a existência de dolo direto de segundo grau.¹⁵

Neste sentido, como exemplo os autores citados, dizem que na hipótese de:

[...] para matar seu inimigo (fim proposto), o agente coloca uma bomba no avião em que ele se encontra, vindo a matar, além do inimigo (dolo direto de 1º grau), todos os outros passageiros (dolo direto de 2º grau), dentre os quais, uma passageira gestante que sofreu aborto (dolo direito de 3º grau).

Díaz Pita, entende o dolo como uma decisão contrária ao bem jurídico protegido, ou seja, ainda que se tenha o aspecto volitivo, termina por abandonar o seu carácter ontológico, desprezando as espécies de dolo, adotando um conceito unitário, que bastaria para diferenciá-lo da culpa.¹⁶

Todavia, merece destaque que o conceito de dolo não esgota com o artigo 18 do Código Penal, vez que deve ser complementado pelo *caput* do artigo 20 do mesmo diploma legal que define o que seria erro de tipo, ao estabelecer que

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 366-367.

¹³ GRECO, Luis. *Dolo sem vontade*. DIAS, Augusto Silva e outros (Coords.). *Líber Amicorum* de José de Sousa Brito em comemoração do 70º Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-903.

¹⁴ Idem.

¹⁵ AZEVEDO, Marcelo André; SALIM, Alexandre. *Direito Penal*. Parte Geral. Bahia: JusPodivm, 2013. p. 202, *apud* SILVA, Davi André Costa. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 278.

¹⁶ PITA, María del Mar Díaz. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

“erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo”, ou seja, um dos elementos essenciais do dolo é que o autor tenha conhecimento sobre as circunstâncias elementares do crime.¹⁷

Alguns autores também chamam o dolo indireto de indeterminado, que seria aquele em que o agente não tem a vontade dirigida a um resultado determinado, subdividindo-se em dolo alternativo e dolo eventual.¹⁸

No dolo alternativo, seria quando “o agente deseja, indistintamente, um ou outro resultado. Sua intenção se destina, com igual intensidade, a produzir um entre vários resultados previstos como possíveis”.¹⁹

2.2 Dolo eventual

José de Farias Costa entende que a questão do dolo eventual é uma das questões mais complexas do direito penal, veja-se:

[...] o dolo eventual representa a emanção dogmática capaz de cobrir a fissura que a indiferença suscitava na unidade global da ordem jurídico-penal. Por aqui também se vê, e por tudo o que se acabou de afirmar, que a problemática do dolo eventual, a despeito da análise translata que efectuámos, se nos apresenta como uma das mais complexas questões de todo o direito penal, cujo ponto de apoio ou de fundamento legitimador se deve ou tem de detectar, principalmente, na (im)possibilidade de a ordem jurídica, tal como está estruturada, admitir uma atitude de indiferença face a resultados proibidos que o agente desencadeou, ainda que só eventualmente representados.²⁰

O dolo eventual, também é chamado pela doutrina de dolo condicionado, todavia, tal expressão, para Claus Roxin, estaria incorreta, vez que o dolo, como vontade de ação realizadora, não poderia ser eventual, tampouco condicionado, pelo contrário, incondicional, haja vista que o agente tem o desejo de realizar seu projeto a qualquer preço, mesmo com a realização do tipo, ou seja, não importando a condição, nem mesmo qualquer eventualidade surgida.²¹

A doutrina brasileira, por sua vez, não faz tal distinção, para Bitencourt, dolo eventual se daria quando o agente não tem o desejo de realização do tipo penal, diretamente, mas aceita como provável ou possível, assumindo, portanto, o risco da produção do resultado.²²

¹⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 136.

¹⁸ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 165.

¹⁹ Idem.

²⁰ FARIAS COSTA, José de. *Tentativa e Dolo Eventual*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 31.

²¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. T. 1. Madrid: Editorial Civitas, 1999. p. 108, *apud* DA SILVA, Medina David. *O Crime Doloso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289.

Neste sentido necessário destacar o que afirmava Nélson Hungria, ao: “[...] assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer”.²³

Assim, para que se possa aprofundar no estudo do dolo eventual é necessário retornar as teorias do dolo, na teoria da vontade, observa-se que a vontade seria critério aferidor do dolo eventual, ou seja, é necessário que o autor assuma o risco de produzir o resultado, representado como possível, vez que “assumir”, seria o equivalente a consentir, que poderíamos entender como uma forma de querer.²⁴

No tocante a teoria da representação, em relação ao dolo eventual, Von Liszt e Frank, entenderam por adotar a teoria da vontade, vez que ao admitirem “a insuficiência da simples representação do resultado, exigindo-se, nesse caso, o consentimento do agente”.²⁵

O Código Penal brasileiro, por sua vez, ao contrário do que alguns doutrinadores afirmam, entendeu por adotar duas teorias, ou seja, a da vontade, que abrange em seu conteúdo a representação no tocante ao dolo direto, e, em relação ao dolo eventual, optou pela teoria do consentimento que complementa aquela.²⁶

Jorge de Figueiredo Dias entende que dolo eventual:

Os casos de dolo eventual – também chamado por vezes de dolo condicional – caracterizam-se antes de tudo pela circunstância de a realização do tipo objetivo de ilícito ser representada pelo agente apenas “como consequência possível da conduta” (art.14-3). Que também em casos tais o agente pode actuar na disposição de aceitar a realização e o elemento volitivo do dolo do tipo deve, por isso, considerar-se verificado, é conclusão que ninguém discute. Questionável permanece, em todo o caso, como é que um dolo assim estruturado se distingue concretamente da mera negligência consciente, que lhe está próxima, pelo facto de também ela supor aquela representação da realização típica como consequência possível da conduta (art. 15/a).²⁷

Assim, Jorge de Figueiredo Dias, comenta que a doutrina apresenta uma “multiplicidade infindável” de critérios que podem distinguir o dolo eventual e a negligência consciente, sintetizando tem três teorias fundamentais, quais sejam, a da probabilidade, da aceitação e da conformação.²⁸

²³ HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, cit., T. 2. v. 1. p. 12, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289-290.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 284.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 285.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 368.

²⁸ *Idem*.

Zaffaroni e Pierangelli entendem que dolo eventual:

[...] é a conduta daquele que diz a si mesmo “que aguente”, “que se incomode”, “se acontecer, azar”, “não me importo”.

[...] aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade.²⁹

O dolo eventual, também pode ser conceituado como a modalidade em que o “agente não quer o resultado, por ele previsto, mas assume o risco de produzi-lo”,³⁰ ou seja, para a sua existência, necessário observar para o seu acolhimento, a teoria do assentimento adotada pelo Código Penal, na expressão “assumi o risco de produzi-lo” (art. 18, I).³¹

Por fim, Davi André, pressupõe o dolo indireto como sinônimo de dolo eventual, mediato, indeterminado, de consequências possíveis, crime de assunção obrigatória do risco ou de desprezo, aduzindo que sua configuração se daria quando a vontade do agente “não se dirige a um resultado certo e determinado, mas ele prevê, consente e é indiferente à sua produção, assumindo o risco de produzi-lo”.³²

Há também a classificação do dolo, no tocante a teoria volitiva e cognitiva, veja-se:

Costuma-se classificar as teorias do dolo em teorias volitivas e teorias cognitivas, baseadas na ênfase dada por cada uma aos elementos do dolo. Para as teorias volitivas, a ênfase está na vontade do autor, havendo duas explicações para identificá-la no dolo eventual. Segundo a teoria do consentimento, supostamente adotada pelo CP, o autor age com vontade no dolo eventual em razão de uma vinculação emocional com o resultado, pois, além de o representar como possível, também se confronta com ele ou aceita a sua produção. Já segundo a teoria da indiferença, haveria também vontade em decorrência de um sentimento pelo autor, de modo semelhante à teoria do consentimento, no entanto o componente adicional da indiferença permite o reconhecimento de dolo até mesmo quando não houver representação consciente do risco de ofensa ao bem jurídico. Ainda, segundo a teoria da não comprovada vontade de evitação do resultado, o componente volitivo do dolo eventual estaria na ausência de ativação de contratóres para evitar a ofensa ao bem jurídico.³³

Assim, segundo os manuais, a definição de dolo, seria a de “conhecimento e vontade de realizar o tipo objetivo” e, através deste entendimento, o dolo teria um duplo conteúdo psicológico, sendo um componente cognitivo e outro

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 498.

³⁰ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 165.

³¹ Idem.

³² SILVA, Davi André Costa. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 279.

³³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 138-139.

volitivo. Para a teoria cognitiva, na cabeça do autor conteria algo semelhante a uma fotografia interna da realidade, ou seja, existiria uma imagem do mundo no momento da ação e de como se encontraria depois dela.³⁴

Deste modo, além do componente cognitivo, o dolo pressuporia que houvesse uma vontade em sentido psicológico, de tomada de posição do autor, em relação a essa fotografia interna.

Todavia, destaca-se o entendimento de Greco, em relação a tais teorias, o conhecimento e não a vontade que seria elemento essencial para estabelecer o dolo, vez que aquele seria o principal fundamento para verificar a atuação do autor com domínio e/ou controle em relação a sua conduta.³⁵

Mais adiante, na mesma obra, Greco ao analisar as situações de dolo direto e eventual, sustenta não haver relevância na vontade do autor, propondo um conceito unitário de dolo, apenas com elementos cognitivos.³⁶

Guilherme Lucchesi, por sua vez, diverge de tal posicionamento, argumentando que não seriam apenas em razão dos limites textuais impostos pela legislação brasileira, mas também pela importância dada pela legislação no tocante a vontade do autor, em relação a punibilidade e até mesmo pela tipificação de condutas.³⁷

O mesmo autor entende ser importante, como premissa epistemológica, que o “conhecimento” seja compreendido como principal elemento do dolo, destacando:³⁸

Não há no entanto, como se definir o conhecimento como um processo mental que ocorre dentro do intelecto do sujeito, acessível a ele por meio de introspecção. É preciso normatizar o conhecimento. Entende-se que os critérios fornecidos pela dogmática penal inspirada pela filosofia da linguagem não são adequados. Ainda que se entenda o conhecimento como categoria atributivo-normativa, a atribuição não pode estar integralmente sujeito ao sentido captado pela subjetividade do observador. Parte-se, então, do dolo normativo fundado no conhecimento.³⁹

Observa-se, que a discussão sobre as teorias volitivas e cognitivas do dolo são amplas, assim como o estudo sobre o conhecimento, não tendo este trabalho a intenção de esmiuçá-las, mas trazer a base teórica para confrontação do instituto do dolo eventual com a teoria da cegueira deliberada.

³⁴ GRECO, Luis. *Dolo sem vontade*. DIAS, Augusto Silva e outros (Coords.). *Líber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º Aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 888-889.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 140.

³⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 148.

³⁹ Idem.

2.3 Teoria da cegueira deliberada – *willfull blindness*

A chamada teoria da cegueira deliberada também é conhecida como “*Willful Blindness Doctrine*” (doutrina da cegueira deliberada), “*Conscious Avoidance Doctrine*” (doutrina do ato de ignorância consciente) ou “*Ostrich Instructions*” (Instruções de Avestruz).⁴⁰

Para Aline Correia e Gabriel Pádua, a origem do instituto se deu na Inglaterra em 1861, no caso *Regina vs. Sleep*, tendo chegado aos Estados Unidos da América somente em 1887, no caso *People vs. Brown*.⁴¹

No chamado caso *Regina vs. Sleep*, *Sleep* um ferreiro foi acusado, em razão da posse não autorizada de bens de propriedade do governo, vez que embarcou em um navio com um barril que continha parafusos de cobre, sendo que alguns dos mesmos estavam marcados com o símbolo do governo britânico. Neste caso, ficou a dúvida se *Sleep* tinha conhecimento sobre a marcação ou simplesmente as teria ignorado.⁴²

Para que se possa fazer uma análise mais aprofundada de tal instituto, primeiro é necessário que se faça um estudo, sobre a sua aplicação no sistema jurídico-penal americano.

2.3.1 *Mens rea* e *culpability* no Direito Americano

Para Guilherme Lucchesi não há um sistema jurídico-penal americano, vez que nos Estados Unidos da América existe uma pluralidade de sistemas, em decorrência do sistema federalista daquele país, onde os estados possuem competências legislativas inclusive em matéria penal, reservando-se a União, legislar nestes casos somente no tocante aos crimes federais e seu processo.⁴³

Assim, a discussão que se tem sobre a cegueira deliberada no direito penal anglo-americano, encontra-se inserida dentro dos elementos obrigatórios para a configuração de crime, ou seja, está fixada dentro da categoria dos elementos subjetivos necessários para que determinada conduta se torne criminosa.⁴⁴

⁴⁰ SILVA, Davi André Costa. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 279.

⁴¹ CORREIA, A. G.; PÁDUA, G. S. E. A (im)possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro. *Revista Vianna Sapiens*, n. 1, v. 9, 10 ago. 2018, p. 23.

⁴² CHARLOW, Robin. *Wilful Ignorance and Criminal Culpability*. Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University: Nova York, 1992. p. 1.409.

⁴³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 65.

⁴⁴ Idem.

Assim, Guilherme Lucchesi entende:

Costuma-se referir aos elementos subjetivos dos crimes nos sistemas jurídico-penais americano e inglês, por *mens rea*, termo originado da expressão latina *actus non facit reum nisi mens sit rea*.⁴⁵ É difícil estabelecer, no entanto, um conceito de *mens rea*, por tratar de termo plurívoco, com mais de um significado.

[...]

Mens rea, em sentido amplo, seria algum estado mental moralmente culpável, não necessariamente aquele exigido para a punição. Já *mens rea* em sentido estrito diria respeito ao próprio elemento subjetivo exigido pela definição do crime, sendo necessário para a punição. A segunda definição, *stricto sensu*, de *mens rea* é a mais aceita atualmente.

Neste sentido, um dos maiores problemas em relação ao *mens rea* seria estabelecer qual dele é exigido pelo crime, vez que na *common law*, tal termo assumiu diversas definições, entre elas: “intenção geral criminosa”, intenção específica”, “intenção criminosa”, “malícia”, “deliberação”, “despreocupação”, sendo que a origem de tal expressão remonta a formação do direito inglês e as influências romana e canônica.⁴⁶

Neste sentido, o mesmo autor, sustenta que o desenvolvimento da *mens rea* enquanto categoria da imputação objetiva, diferente totalmente da trajetória das noções romanas de *dolus* e de *culpa*, em decorrência do fato de que colocava como requisito para a punição, a necessidade de uma culpa moral.⁴⁷

Assim, com a reforma da legislação penal americana, um dos pontos foi a intenção de abandonar o uso da expressão *mens rea*, passando-se então, a preferência pelo termo *culpability*, que por sua vez, tem elementos objetivos e subjetivos.⁴⁸

Em relação aos elementos objetivos, são três: a) conduta (*stricto sensu* refere-se à descrição objetiva da ação ou omissão praticada pelo autor do fato); b) circunstâncias concomitantes e c) resultado,⁴⁹ havendo uma série de apontamentos e exceções, todavia, o presente trabalho não pretende esgotá-las.

No tocante aos elementos subjetivos, são quatro: a) *purpose* (objetivo consciente do autor quando pratica o fato); b) *knowledge* (ciência do autor do fato em relação à natureza da conduta, bem como no tocante a existência de eventuais circunstâncias concomitantes previstas e obrigatórias à configuração do crime),⁵⁰ c) *recklessness* (quando a ação ou omissão por parte do agente desviar

⁴⁵ “Um ato não faz a pessoa culpada, exceto se sua mente for culpada.”

⁴⁶ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 67.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Sendo este requisito um dos pontos centrais no debate trazido por Guilherme Lucchesi, no tocante a incompatibilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro ao equipará-la ao dolo eventual.

consideravelmente do padrão de conduta de uma pessoa comprometida com a observância das normas legais” e, por fim, o d) *negligence* (semelhante ao requisito anterior, mas se trata de um dever de cuidado e não uma conduta que deve ser tida por uma pessoa razoável e não em relação a uma pessoa cumpridora da lei).⁵¹

Carlos Edinger entende que:

Purpose há quando ou o acusado busca realizar, conscientemente, determinada conduta que consista em determinado elemento do crime ou, ainda, quando engaja em uma conduta cujo resultado será um elemento do crime. Também se fala em *purpose* quando o acusado está ciente das circunstâncias em torno de determinado elemento do delito, ou, ainda, acredita ou espera que elas existam, conforme a *Section 2.02, “a”*, do MPC. A palavra-chave, para esse grau, é buscar.

Knowledge, por sua vez, há quando o acusado conhece determinado elemento do crime ou está ciente de que sua conduta ensejará um resultado que se trate de elemento do crime, conforme a *Section 2.02, 2, “b”* do MPC. Em outras palavras, pode-se falar em *knowledge* quando se tem ciência ou quando se está praticamente certo de determinado elemento do delito. Assim, um *knowledge defendant* é aquele que age conhecendo, sem que, necessariamente tenha um “conhecimento sobre o qual se está absolutamente certo, mas que tenha uma ciência de alta probabilidade da existência do fato em questão”, conforme *Section 2.02, “7”*, do MPC. A palavra-chave é conhecer.

Recklessness há quando o acusado age desconsiderando conscientemente o substancial e injustificável risco de que o elemento do crime, efetivamente, existe ou resultará de sua conduta conforme *Section 2.02, 2, “c”*, do MPC. A palavra-chave é desconsiderar.

Negligence há quando o acusado ignora um substancial e injustificável risco de que o elemento do crime exista ou resultará de sua conduta, desde que o descumprimento desse dever envolva um crasso desvio do “standard cuidado” que se esperaria de uma pessoa razoável na situação do acusado, conforme *Section 2.02, 2, “d”*, do MPC. A palavra-chave é ignorar.⁵²

Guilherme Lucchesi chama a atenção, no tocante a alguns equívocos encontrados na doutrina, destacando que Luis Jiménez de Asúa, erroneamente, aponta que *purpose* e dolo direto são correspondentes, da mesma forma que *knowledge* e dolo eventual seriam iguais entre si, justificando a incompatibilidade, no fato de que não é possível comparar sistemas de imputação totalmente distintos, que passaram por grandes construções históricas e pelo fato de que os conteúdos, destas categorias de imputação, não corresponderiam aos institutos mencionados.⁵³

⁵¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 72-73.

⁵² EDINGER, Carlos. *A Cegueira Deliberada como Indicador de Dolo Eventual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 34-35.

⁵³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 74.

2.3.2 Conhecimento e *knowledge*

A tradução livre da palavra *knowledge* é conhecimento, todavia, o uso de tais expressões no contexto jurídico do direito americano e do brasileiro é diverso, principalmente no tocante a dogmática penal, já que revelam categorias próprias.⁵⁴

Assim, o conhecimento no tocante ao dolo para o direito brasileiro e o *knowledge* no contexto da *mens rea* ou *culpability* americana, são essenciais para compreender a aplicação da cegueira deliberada no Brasil, já que esta é equivalente a *knowledge* na jurisprudência norte-americana, já no direito brasileiro, a proposição é de que a teoria do avestruz representa o dolo eventual, sendo necessário, todavia, verificar tais conceitos.⁵⁵

Para melhor delimitar o tema, veja-se:

Knowledge, assim, é uma categoria de imputação subjetiva autônoma, e não um componente de uma categoria de imputação subjetiva. Vale dizer, *knowledge* é um dos modos de *mens rea*, e não um de seus elementos.

Em seu sentido comum, a expressão *knowledge* levou à interpretação judicial e acadêmica de que se trataria de conhecimento efetivo a respeito da natureza da conduta, da existência de circunstância elementar do crime ou da quase-certeza de ocorrência de um resultado. *Knowledge*, portanto, seria conhecimento de fato; algo que o sujeito efetivamente sabe. Não é por outro motivo que se desenvolveu a *willfull blindness doctrine*: partindo da premissa que não se poderia permitir que os acusados pudessem utilizar a ignorância propositada dos fatos como uma defesa à imputação de um crime, estabeleceu-se que a ignorância deliberada pelo acusado teria as mesmas consequências penais que o conhecimento efetivo. Trata-se de regra de interpretação extensiva do conceito legal de conhecimento. Se *knowledge* é uma elementar subjetiva dos crimes na tradição jurídica da *common law*, passou-se a entender que as situações de desconhecimento provocadas pelo próprio autor integram esse elemento subjetivo para todos os efeitos legais.⁵⁶

Há entendimentos dissonantes, desde 1954, sobre a possibilidade de que a culpa de quem se encontra em *willful blindness* é equiparável àquela daqueles em *knowledge*, sendo a consequência prática de tal situação, de que *willful blindness* é *knowledge*, sendo essa uma das teorias pelas quais os tribunais se filiaram.⁵⁷

⁵⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 148.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ EDINGER, Carlos. *A Cegueira Deliberada como Indicador de Dolo Eventual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 38.

Desta forma, o conceito de *knowledge* no direito penal estadunidense não se confunde, portanto, com o “conhecimento” do direito penal brasileiro, vez que o conhecimento em si não é uma das categorias de imputação, mas um componente do próprio conceito de dolo, juntamente com o elemento volitivo, ou seja, se houver previsão de responsabilização penal por imprudência consciente, o “conhecimento” por si, não permite a punição por crime doloso.⁵⁸

Ao fazer a distinção entre os institutos, Guilherme Lucchese destaca:

Reside aqui uma importante distinção entre os sistemas de imputação subjetiva de responsabilidade brasileiro e americano. *Knowledge* é uma categoria intermediária, havendo elementos subjetivos de grau inferior: *recklessness* e *negligence*. A responsabilidade por *recklessness* exige que o sujeito desconsidere um risco conhecido. Já a responsabilidade por *negligence* pressupõe que o sujeito não represente um risco que deveria ter representado. No Brasil, há possibilidade de se responsabilizar o sujeito que tem conhecimento tanto por dolo quanto por culpa. Se o conhecimento pelo autor se traduzir em domínio sobre a conduta, revelando um compromisso pelo autor com a produção de um resultado lesivo, há dolo. Por outro lado, mesmo tendo o autor conhecimento do risco criado por sua conduta, se não houver um pleno domínio dos desdobramentos de sua conduta, podendo ser evitado o resultado, é possível a responsabilização por culpa se houver expressa previsão legal. No Brasil, *culpa* não é apenas *culpa* inconsciente, de modo que o conhecimento pode levar tanto à punibilidade dolosa quanto culposa, a depender das circunstâncias do caso e a demonstração de domínio pelo autor.⁵⁹

Assim, não há uma definição de “conhecimento” no ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do direito estadunidense, permitindo, todavia, que tal lacuna possa ser preenchida pela academia, com observância aos parâmetros estabelecidos no Código Penal, através dos artigos 18, I e 20, *caput*.⁶⁰

2.3.3 A (In)aplicabilidade da cegueira deliberada

Ao abordar sobre a teoria objeto deste ponto, Aline Correia e Gabriel Pádua, entendem que existem lacunas na lei e que a teoria da cegueira deliberada surge como importante ferramenta para o poder judiciário,⁶¹ trazendo grande avanço para o direito brasileiro, ao permitir o combate ao crime de corrupção, crime organizado, entre outros.

⁵⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 151.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 152.

⁶¹ Posição pela qual discordamos em parte, vez que o instituto da cegueira deliberada, não é por si só uma ferramenta de combate ao crime, tampouco do poder judiciário, mas uma premissa criada para “não permitir que os acusados pudessem utilizar a ignorância propositada dos fatos como uma defesa à imputação de um crime”, conforme sustenta Guilherme Lucchese.

Montalban Belarmino entende pela aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro no Brasil, com base na sua equiparação ao dolo eventual, vez que tal situação “mostrou-se relevante para a repressão desses delitos”, ao passo que são crimes de exacerbada complexidade.⁶²

Jaqueline Ryndack entende haver constitucionalidade na aplicação da teoria da cegueira deliberada, a qual a mesma chama como “princípio”, dizendo que não teria qualquer violação a Carta Magna, vez que permite ao acusado o contraditório e a ampla defesa, bem como preserva o princípio da proporcionalidade.⁶³

Todavia, como os outros autores, não há qualquer estudo mais específico que embase a sustentação da autora, pelo contrário, afirma haver respeito a princípios constitucionais, em especial ao da legalidade, sem afirmar qual artigo de lei que prevê a aplicação da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

O então Juiz Federal Sérgio Moro, posteriormente Ministro da Justiça, sustenta a existência de uma lacuna legislativa no tipo penal do crime de lavagem de capitais (artigo 1º da Lei 9.613), sendo admissível, portanto, a aplicação da teoria da cegueira deliberada, como vem sendo adotado pelo direito comparado, até mesmo, porque a exposição de motivos do Código Penal de 1940, de lavra do Ministro Francisco Campos, teria equiparado o dolo eventual ao dolo direto.⁶⁴

O argumento citado por Moro é no mínimo controverso, ao utilizar como base, a “virulenta” exposição de motivos do Código Penal de 1940 de Francisco Campos, vez que este, é tido como o articulador do pensamento autoritário brasileiro.⁶⁵

Ramon Ragués i Vallès entende que a equiparação da teoria da cegueira deliberada ao dolo, suscita um problema de proporcionalidade, vez que faz com que tratemos um indivíduo que atua com pleno conhecimento de sua conduta àquele que ignora deliberadamente alguns aspectos desta.⁶⁶

Dessa forma, o fato é que a teoria da cegueira deliberada não pode ser utilizada para suprir a falta de provas da existência do dolo, que compete à acusação.⁶⁷

⁶² BELARMINO, Montalban. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicação nos crimes de lavagem de dinheiro no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70775/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicacao-nos-crimes-de-lavagem-de-dinheiro-no-brasil/1>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁶³ RYNDACK, Jaqueline Maria. *A constitucionalidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada nas condenações dos casos da operação lava jato*. Percurso, [S.l.], n. 29, v. 2, p. 407-410, abr. 2019. ISSN 2316-7521. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3506>>. Acesso em: 20 fev. 2020. Disponível em: <doi:<http://dx.doi.org/10.21902/RevPercurso.2316-7521.v2i29.3506>>.

⁶⁴ MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64-65.

⁶⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 116-117.

⁶⁶ RAGUÉS, Ramon i Vallès. La responsabilidad penal del testafarro em delitos cometidos através de sociedade mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Revista para el Análisis Del Derecho* (InDret), 3. ed., Barcelona, 2008, p. 19.

⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 596.

3 Jurisprudência e a sua correlação com os institutos abordados

A fundamentação da sentença de primeiro grau no caso do assalto ao Banco Central de Fortaleza tem como base teórica o estudo proposto por Sérgio Moro, sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem, e que tais esclarecimentos propostos seriam suficientes a respeito da teoria da cegueira deliberada.⁶⁸

No referido estudo, o autor analisa o estado mental que seria indispensável para a ocorrência do crime de branqueamento de capitais, ou seja, se é necessário o dolo direto ou se seria suficiente o dolo eventual.⁶⁹

Pondera também que ao analisar as condutas previstas nos incisos do §2º da lei de lavagem de capitais, haveria a necessidade de dolo direto, por sua vez, o *caput* do artigo 1º, não contém expressões equivalentes, podendo tais condutas serem atribuídas por imputação do dolo eventual, diante da ausência de maior esclarecimento pelo legislador, havendo divergência da doutrina neste ponto.⁷⁰

Moro defende que a cegueira deliberada se assemelha ao dolo eventual, sendo que a previsão genérica do artigo 18, I, combinado com a ausência de vedação à imputação por dolo eventual na lei de lavagem, faz com que seja possível trazer a teoria da cegueira deliberada para o ordenamento brasileiro, principalmente, quando o autor do crime antecedente é diverso do daquele que praticou o crime de lavagem e, em especial, quando envolvem profissionais que se dedicam ao branqueamento de capitais, mas que não tem conhecimento da origem dos recursos que deverão ser lavados.⁷¹

Diante da condenação, os réus naquele processo apresentaram Apelação Criminal, cadastrada sob o nº 2005.81.00.01.4586-0 junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tendo o relator, Desembargador Rogério Fialho Moreira, entendido por afastar a aplicação da teoria da cegueira deliberada, ao dizer que a sua aplicação beira a responsabilidade penal objetiva,⁷² vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como observa Lenio Streck:

Em outras palavras: o Estado somente pode processar alguém se provar que um bem jurídico está em jogo concretamente; e tem de provar isso; ou seja, ele, o Estado, não pode presumir. Simples assim. Bingo! E outra baforada a la Girafales.

Vou ser mais simples ainda: Presumir é impedir que o sujeito prove o contrário; enfim, presumir é impedir que o utente prove sua inocência. No direito penal não pode haver responsabilidade objetiva. Sou

⁶⁸ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 218.

⁶⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 32.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 36-37.

⁷² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Criminal nº 2005.81.00.01.4586-0*. Relator Desembargador Rogério Fialho Moreira, 9 de setembro de 2008.

ortodoxo nesse sentido. Como procurador de Justiça, usei essa técnica várias vezes, com êxito. Aquilo que para o delegado, o promotor e o juiz era um easy case, eu transformava, mediante este raciocínio, em um hard case. Fazia assim todas as semanas. Lembro de um caso de um pobre diabo condenado por disparo de arma de fogo, espantando cabritos de sua lavoura de mandioca. Mostrei que o crime de disparo de arma de fogo, uma vez aplicado por responsabilidade objetiva, violaria o princípio constitucional da presunção da inocência. Usei a Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung. Isso também prova que não há cisão entre casos fáceis e casos difíceis.⁷³

Ainda, observa-se no acórdão, o entendimento do relator no sentido de que os delitos de lavagem só podem ser punidos com dolo, mesmo que seja na modalidade genérica.⁷⁴

O relator aduz também sobre o dolo eventual, dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro em matéria de lavagem de capitais, destacando que a teoria da cegueira deliberada poderia ser adotada no Brasil, desde que o tipo legal admitisse a punição a título de dolo eventual.⁷⁵

Outro paradigma que merece destaque sobre a teoria da cegueira deliberada foi o julgamento da Ação Penal 470, “Mensalão”, em que o Min. Celso de Mello, utilizou para a configuração do crime de lavagem de capitais, com dolo eventual, a teoria da cegueira deliberada.

Segundo o Ministro Celso de Mello, há possibilidade de aplicação da teoria como equivalente lógico do dolo eventual, quando o autor do fato não perceber certa situação de ilicitude para, então, alcançar vantagem desejada com a prática do crime de branqueamento de capitais.⁷⁶

Cabe destacar, por sua vez, o entendimento do Ministro Marco Aurélio Mello quando:

[...] manifestou preocupação com a interpretação dada ao tipo penal, afirmando que o assusta defender que, no caso da lavagem de dinheiro, contenta-se a ordem jurídica com o dolo eventual. Na visão do julgador, o delito de mascaramento apenas se compatibiliza com o dolo direto, exigindo a comprovação de que o acusado agiu com a intenção de dissimular a origem infracional dos recursos e reinseri-los na vida cotidiana com a aparência lícita.⁷⁷

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Pode haver responsabilidade objetiva no direito penal?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-31/senso-incomum-haver-responsabilidade-objetiva-direito-penal>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁷⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 225.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ VITIELLO, Olívia Zubarán. *A Teoria da Cegueira Deliberada e a sua (In)Aplicabilidade ao Direito Penal Pátrio*. 84f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 53.

⁷⁷ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: Compatibilidade no Direito Penal Brasileiro?. *CONPEDI LAW REVIEW*. Braga-Portugal, n. 2, v. 3, jul./dez. 2017, p. 441-461.

O relator, Ministro Joaquim Barbosa, não faz qualquer relação direta quando a aplicação da teoria da cegueira deliberada, todavia, faz referência ao uso do dolo eventual nos crimes de lavagem, mas afasta a aplicabilidade no caso, vez que existiam provas de que os acusados não conheciam a origem ilícita dos bens.⁷⁸

Merece destaque também o voto proferido pela Ministra Rosa Weber no mesmo julgamento, na qual afirma ser possível identificar na conduta dos acusados-beneficiários dos pagamentos considerados “extravagantes”, realizados pelo acusado Marcos Valério, através de sua agência que foi contratada pela Administração Pública Federal por requerimento do Partido dos Trabalhadores, sem que houvesse qualquer ressalva ou tentativa de esclarecer a origem deles, postura essa, que seria típica daqueles que agem com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada.⁷⁹

Rosa Weber segue a decisão argumentando estar presente a chamada indiferença, afirmando que o direito anglo-saxão admite nos casos de lavagem de capitais a aplicação da cegueira deliberada, citando como exemplo, os casos *United States vs. Campbell*, *United States vs. Rivera-Rodriguez* e *United States vs. Cunan*, aduzindo que tal teoria, permite estabelecer que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas também aquele que atua com indiferença, quanto ao resultado de sua conduta.^{80,81}

A ministra pontua que as Cortes Americanas exigem três requisitos para aplicação da cegueira deliberada nos casos de lavagem de capitais, entre eles: a) ciência pelo autor da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; b) a atuação indiferente do autor quanto à ciência dessa elevada probabilidade e c) a escolha deliberada pelo autor de permanecer ignorante no tocante aos fatos, em sendo possível a alternativa.⁸²

Assim a Ministra admite a origem e a construção da teoria da cegueira deliberada na tradição da *common law*, todavia, entende que é possível aplicá-la no Brasil, citando como exemplo, decisão do Supremo Tribunal da Espanha (Sentença nº 33/2005), corte esta da tradição da *civil law*, que equiparou a cegueira deliberada ao dolo eventual, em caso envolvendo a lavagem de dinheiro.⁸³

⁷⁸ VITIELLO, Olívia Zubaran. *A Teoria da Cegueira Deliberada e a sua (In)Aplicabilidade ao Direito Penal Pátrio*. 84f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 53.

⁷⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 47-48.

⁸⁰ O autor aduz em nota de rodapé que a afirmação do voto da Ministra Rosa Weber é problemática, vez que trata de intenção, categoria que no direito americano melhor se assemelha com a chamada *purpose* que a *knowledge*, elemento subjetivo passível de substituição pela *willful blindness*.

⁸¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 48.

⁸² LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 48-49.

⁸³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 49.

Veja-se a opinião de Guilherme Lucchesi ao analisar os fundamentos da decisão de Rosa Weber:

É interessante notar como a passagem transcrita por Rosa Weber em seu voto pouco tem a ver com os requisitos para a configuração da cegueira deliberada, segundo ela exigidos pelas cortes americanas. De acordo com o trecho transcrito, os requisitos para a responsabilização penal baseada na cegueira deliberada exigidos pelo Supremo Tribunal espanhol aparentam ser (i) a solicitação de atuação ou colaboração do autor por terceiro, (ii) a possibilidade e o dever de conhecimento da natureza dessa atuação ou colaboração pelo autor, (iii) a decisão por se manter em situação de não querer saber o que se faz e (iv) a efetiva contribuição para os fatos. Ademais, o fato de a cegueira deliberada ter sido aplicada na Espanha contribui muito pouco para a análise de compatibilidade de tal figura com o direito brasileiro, pois, em que pese serem ambos países da tradição civil *law*, há particularidades e vicissitudes inerentes aos respectivos sistemas de imputação criminal de cada país, notadamente a delimitação do conceito legal de dolo, presente no Brasil, mas ausente na Espanha.⁸⁴

O Ministro Gilmar Mendes destaca o seu temor em relação à aplicabilidade do dolo eventual para o delito de lavagem de capitais, vez que poderia caracterizar uma espécie de elasticidade desarrazoada ao crime, mas pondera que a exigência de conhecimento absoluto poderia levar a casos de impunidade. Ainda, em relação a teoria da cegueira deliberada, aduz que a sua importação para o ordenamento jurídico pátrio, tem que ser de maneira cautelosa, a fim de respeitar os limites claros à adoção que devem ser estabelecidos.⁸⁵

No voto da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Luiz Fux seria possível a aplicação do dolo eventual no crime de lavagem de capitais, mas não mencionam a teoria da cegueira deliberada.⁸⁶

Para o Ministro Dias Toffoli:

[...] a modalidade de dolo eventual é admissível somente na perspectiva da Lei de Lavagem hoje vigente – com as modificações trazidas pela Lei 12.683 de 2012, não sendo possível sob o prisma da redação anterior da Lei 9.613 de 1998. O ministro afasta a aplicação da cegueira deliberada, considerando que não restou comprovado o conhecimento por parte dos acusados das elementares típicas. Assim, para o magistrado, nos casos em que não é possível provar que o agente possuía conhecimento da procedência ilícita dos valores não seria correto utilizar a ignorância deliberada para condená-lo.⁸⁷

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ VITIELLO, Olívia Zubaran. *A Teoria da Cegueira Deliberada e a sua (In)Aplicabilidade ao Direito Penal Pátrio*. 84f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 54.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

O Ministro Carlos Ayres Britto entendeu a admissibilidade do dolo eventual nos delitos em debate, considerando, entretanto que a Lei nº 9.613/98 exige o dolo direto, quando dispõe que *sabe serem provenientes*.⁸⁸

A teoria da cegueira deliberada já estava sendo aplicada no Brasil há bastante tempo para o crime de lavagem de capitais, todavia, tomou maior repercussão quando do julgamento de políticos pelo então Juiz Federal Sérgio Moro, agora ex-ministro da Justiça, em decorrência da operação Lava Jato, vez que o magistrado, à época, entendeu pela condenação aplicando a teoria da cegueira deliberada, equiparando-a ao dolo eventual e condenando os réus por lavagem de capitais.

Vejam os a decisão do então juiz Sérgio Moro, quando da condenação de Ivan Vernon Gomes Torres Junior, em processo decorrente da chamada operação “Lava Jato”:

Entendo que agiu dolosamente ao ceder sua conta para que Pedro Correa pudesse receber valores decorrentes do esquema criminoso da Petrobras. Era um assessor de confiança de Pedro Correa. É possível que não tivesse conhecimento de detalhes do esquema criminoso da Petrobras. Entretanto, o recebimento em sua conta de depósitos, em seu conjunto vultoso, sem origem identificada e estruturados, era suficiente para alertá-lo da origem criminosa dos recursos recebidos. Isso especialmente quando tornado notório a partir de 2006 que Pedro Correa, com a cassação de seu mandato parlamentar, estava envolvido em atividades criminais.⁸⁹

Assim, na decisão mencionada, embora o réu tenha alegado total desconhecimento sobre a origem ilícita do dinheiro, foi condenado por lavagem de capitais, vez que tinha “condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos”, ou seja, o “desconhecimento”, sobre a origem ilícita dos valores por ele recebidos na sua conta bancária, o que equiparou a teoria da cegueira deliberada ao dolo eventual, o que possibilitou a condenação do réu pela prática do crime de lavagem de capitais.⁹⁰

Consta também na decisão que Ivan Vernon deveria ter se alertado sobre o fato de sua conta estar recebendo altos valores sem qualquer identificação, ainda mais que em 2006, Pedro Correa teve seu mandato cassado, em razão de supostamente estar envolvido em atividades criminosas.⁹¹

⁸⁸ VITIELLO, Olívia Zubaran. *A Teoria da Cegueira Deliberada e a sua (In)Aplicabilidade ao Direito Penal Pátrio*. 84f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 54-55.

⁸⁹ BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Paraná. Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000/PR. Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, 29 de outubro de 2015.

⁹⁰ RICARDO, Lucas Nacur Almeida. *Teoria da Cegueira Deliberada: Reflexões sobre sua aplicação aos crimes de lavagem de capitais*. De Jure, n. 30, v. 17, jan./jun. 2018, p. 233-259.

⁹¹ MENDES, Isabella Souto. Limites da consciência da ilicitude nos crimes econômicos: a cegueira deliberada. *Direito & Realidade*, n. 5, v. 6, 2018.

4 **Discussões doutrinárias em relação à jurisprudência e sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro**

Após, essa análise da jurisprudência sobre o tema, é necessário fazer um paralelo com a doutrina, a começar por Luis Greco que sustenta que há diversos riscos na aplicação da teoria, vez que se considerarmos:

[...] a conduta prévia do agente como reprovável nos moldes dolosos propostos, o desconhecimento quanto a uma situação de fato o coloca numa situação de reprovabilidade excessivamente ampla, pois que sua conduta potencialmente poderia gerar o cometimento de diversos delitos. Assim, no exemplo do indivíduo que desidiosamente deixasse de verificar os compartimentos do veículo que transportaria, estaria ele passível de imputação de responsabilidade por diversos crimes, de tráfico de drogas a tráfico de armas ou receptação.⁹²

Também deve ser observado o entendimento de Spencer Sydow que ao analisar a aplicação da teoria da cegueira deliberada, a divide em dois atos, o primeiro seria na conduta que gerou a situação de desconhecimento do agente e, após, na consequência não desejada que ocorre como resultado do desconhecimento anterior, observando que pode haver problemas quando houve um lapso temporal grande entre a conduta do obscurecimento e a descoberta do resultado.⁹³

Guilherme Lucchesi em sua tese de doutoramento faz uma análise de 65 (sessenta e cinco) decisões sobre a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada no Brasil, fazendo uma crítica a ausência de prestígio dado pela jurisprudência em relação à doutrina, veja-se:

Curiosamente, dentre as 65 decisões analisadas, é lamentável constatar o pouco prestígio que é conferido à doutrina. Isso pode ser dito porque em apenas 21 decisões e votos foram citadas obras doutrinárias. Em que pese o tema ser relativamente novo, pode-se afirmar que quando das primeiras decisões proferidas, já havia notáveis textos publicados sobre o assunto, os quais poderiam ter sido utilizados na fundamentação, sem prejuízo da numerosa doutrina existente sobre a cegueira deliberada. Além disso, nota-se pouca diversidade nas obras citadas, que somam apenas oito. A mais referenciada é a

⁹² GRECO, Luis. Comentario ao artículo de Ramón Ragués. Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal. Buenos Aires, dez. 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/22655140/Discusiones_XIII_Ignorancia_deliberada_y_derecho_penal>. Acesso em: 3 abr. 2017, *apud* MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: Compatibilidade no Direito Penal Brasileiro?. *CONPEDI LAW REVIEW*. Braga-Portugal, n. 2, v. 3, jul./dez. 2017, p. 441-461.

⁹³ SYDOW, Spencer Toth. A teoria da cegueira deliberada. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, *apud* MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: Compatibilidade no Direito Penal Brasileiro?. *CONPEDI LAW REVIEW*. Braga-Portugal, n. 2, v. 3, jul./dez. 2017, p. 441-461.

de André Ricardo Neto Nascimento, intitulada “Teoria da Cegueira Deliberada: Reflexos de sua aplicação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998)”. Trata-se de trabalho de conclusão de curso de bacharelado em Direito no Centro Universitário de Brasília (Uniceub), sob orientação do professor Humberto Fernandes de Moura, apresentado em 2010. Note-se que Nascimento apresenta uma completa revisão bibliográfica, como deve ser um trabalho de conclusão de curso de graduação, sem grandes aprofundamentos críticos. Já numa perspectiva mais condizente com a complexidade do tema, seis decisões foram embasadas na obra já citada de Moro. Outros estudos de maior profundidade, tais como o de De Sanctis, o de Baltazar Júnior e o de Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró foram citados apenas uma vez, cada. Crê-se que a relevância da aplicação da cegueira deliberada exige obras de maior fôlego e profundidade teórica. Cabe lembrar que é notória a qualidade das bibliotecas dos tribunais brasileiros e das bases de dados que nelas podem ser acessadas, sem contar o número de servidores disponíveis a realizar pesquisas.

Ora, em qualquer caso a ausência de embasamento na doutrina seria grave, mas nesse em específico é ainda mais nefasto, pois julgam-se casos predominantemente de direito penal e processual penal, lidando com a privação de liberdade de indivíduos. Para aplicar uma categoria que não é expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, seria necessário conhecê-la profundamente para avaliar sua origem e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Essa carência de fundamentação permite inferir que, ao cabo, muitos magistrados não dominam a matéria que estão aplicando para condenar pessoas.⁹⁴

Alguns autores sustentam que a principal afronta à utilização da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, se daria pela ofensa ao princípio da legalidade, vez que a definição de dolo, deve ser utilizada da leitura conjunta dos artigos 18, I e 20, *caput*, do Código Penal, que exigem, tanto para o dolo eventual quanto para o direto, que se tenha o efetivo e atual conhecimento dos elementos integrantes do tipo.⁹⁵

Assim, destaca-se, a lição de Ragués I Vallés:

[...] nos sistemas jurídicos em que se optou por definir legalmente o dolo exigindo, de maneira direta ou indireta, conhecimento de determinados elementos típicos, afirmar que é conhecedor quem atua em um estado de ignorância a respeito de tais elementos parece impossível sem forçar a letra de lei para além do desejável: tratar-se-ia de uma autêntica ‘*contradictio in terminis*’ dificilmente aceitável por um princípio da legalidade que queira conservar uma mínima vigência.⁹⁶

⁹⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 45-46.

⁹⁵ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: Compatibilidade no Direito Penal Brasileiro?. *CONPEDI LAW REVIEW*. Braga-Portugal, n. 2, v. 3, jul./dez. 2017, p. 441-461.

⁹⁶ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. InDret. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, jul. 2012. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/899.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2017, *apud* MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: Compatibilidade no Direito Penal Brasileiro?. *CONPEDI LAW REVIEW*. Braga-Portugal, n. 2, v. 3, jul./dez. 2017, p. 441-461.

Todavia, também merece destaque o entendimento do fato de que a teoria da cegueira deliberada será aplicada, também, quando o autor do fato tem conhecimento da possibilidade de que os valores, bens, tenham origem ilícita e que tenha agido de modo irresoluto a tal conhecimento, neste sentido, o tipo penal da lavagem de dinheiro, traria como principal, a infração antecedente, deduzindo que o agente “*o agente precisa conhecer a procedência ilícita dos bens para lhe imputar o dolo de lavagem e por isso essa teoria vem sendo constantemente aplicada nesse tipo de crime*”.⁹⁷

Após a análise da jurisprudência, Guilherme Lucchesi sintetiza o panorama da mesma no Brasil, ao dizer que se o autor, cumulativamente tiver ciência da elevada probabilidade de existência de alguma circunstância elementar do crime, e dessa forma portar-se com indiferença quanto a este conhecimento, evitando aprofundá-lo sobre a circunstância elementar que desconfia existir, será condenado pelo crime a título de dolo eventual.⁹⁸

Todavia, nas suas conclusões quanto à aplicabilidade da *willful blindness*, entende que a jurisprudência brasileira é quem foi responsável pela introdução e desenvolvimento de tal conceito, através da retroalimentação das decisões judiciais, sendo os precedentes a principal fonte utilizada para fundamentar as mesmas, todavia, destaca que nas referidas decisões é baixíssimo o índice de referências acadêmico-doutrinárias, vez que constam citações de textos sem qualquer critério científico ou com a devida profundidade acadêmica (citando como exemplo trabalhos de conclusão de curso de graduação e artigos de *internet*).⁹⁹

Outro motivo preliminar que entende ser relevante é que a base para a construção do pensamento sobre a cegueira deliberada se mostra instável, pois ao analisar as decisões judiciais, é possível observar diversos equívocos na sua aplicação, entre eles o uso da cegueira em casos que a própria jurisprudência exige a demonstração de dolo direto e a ausência de motivação concreta.¹⁰⁰

Da mesma forma, destaca que a partir das decisões brasileiras que aplicam a cegueira deliberada, se fez necessário analisar a origem da mesma na tradição da *common law*, ao passo que concluiu que a realidade jurídica entre os institutos diferem relativamente, diante não só da análise do desenvolvimento

⁹⁷ ALMEIDA, Dirlane Silva; ARAÚJO, Fábio Roque. *A incidência da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de capitais*. Disponível em: < <https://www.semanticscholar.org/paper/A-incid%C3%Aancia-da-teoria-da-cegueira-deliberada-nos-Almeida/7c30167fb3ef75f6eb9c871c11d079383caa803b>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁹⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 54.

⁹⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 194.

¹⁰⁰ Idem.

e aplicação nos tribunais americanos, mas do próprio desenvolvimento das categorias de imputação subjetiva nos principais sistemas jurídicos da *common law*, vez que tais sistemas, partem de noções peculiares de imputação subjetiva, que não podem ser sobrepostas aos conceitos existentes no direito brasileiro no tocante ao dolo direto, dolo eventual e a culpa consciente.¹⁰¹

Aduz também:

Com a análise do direito americano, concluiu-se haver nítida inconsistência entre o que se propõe como cegueira deliberada no Brasil e a regra de *willful blindness* presente nos precedentes americanos. De um lado, cegueira deliberada nos Estados Unidos é utilizada como substituto do elemento *knowledge*, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medida deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. De outro lado, a jurisprudência brasileira convencionou aplicar cegueira deliberada a partir do reconhecimento de dolo eventual quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível alternativa. Embora os enunciados contenham pontos em comum, há diferenças suficientes entre os conceitos para se verificar não se tratarem da mesma coisa.

Confrontando-se os conceitos de cegueira deliberada nos Estados Unidos da América e no Brasil, concluiu-se tratarem de conceitos diferentes, aplicados com finalidades distintas, não havendo identidade entre tais categorias, apesar de certa insistência pela jurisprudência nacional. Com isso, seus critérios para identificação da cegueira deliberada no Brasil são diferentes daqueles enunciados em seu sistema de origem, e se a cegueira deliberada pode ser considerada equivalente ao dolo eventual, não há sentido em desenvolver uma teoria sobre cegueira deliberada no Brasil.¹⁰²

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, ao analisar os artigos 18 e 20 do Código Penal, entendeu Guilherme Lucchesi que o dolo exige conhecimento para sua plena configuração, vez que “conhecimento” confere ao autor domínio sobre o fato praticado, sobre o risco criado pela sua conduta, não sendo necessário verificar a questão da configuração da vontade do autor, ponderando que não pretende afastar o conceito clássico de dolo, de que o mesmo seria uma vontade consciente, mas sim, de reconhecer que o conhecimento é o elemento principal do conceito de dolo. Por fim, destaca que o elemento cognitivo do dolo não corresponde ao *knowledge* do direito penal americano.¹⁰³

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 195.

¹⁰³ Idem.

De outro lado, Carlos Edinger entende ser possível a aplicação da cegueira deliberada como indicador de dolo eventual, sendo ela um estado fático que guarda relação com o investimento subjetivo do acusado e que pode ser objeto de prova¹⁰⁴.

Aduz que a cegueira deliberada, ao ser analisada como indicador do dolo, é característica atribuída aos fatos narrados, ou seja, primeiro se atribui provando a cegueira deliberada, para só então poder afirmar que se está diante de uma situação de dolo eventual.¹⁰⁵

Veja-se a conclusão que chegou Carlos Edinger sobre a utilização da cegueira deliberada como indicador do dolo:

Assim, se cegueira deliberada é conhecer determinado elemento penalmente relevante atribuível ao sujeito e evitar, deliberadamente maior conhecimento posterior, pode-se afirmar, sim, a existência de conhecimento e vontade quando se inferir que o sujeito tinha a capacidade, especificamente, de apreender, dada a situação posta perante ele, o risco de sua conduta e escolheu manter a situação como posta. Isso se dá a partir de catálogo contextualizado de indicadores – a partir da situação de perigo constatada e comparada – pela qual se pode inferir o saber e o querer.

Em síntese, a constatação da cegueira deliberada de determinado sujeito é uma forma possível de asunção de risco: ao escolher ignorar, mesmo tendo conhecimento de perigo de violação a determinado bem jurídico, provado por meio de indicadores factuais, adiro subjetivamente ao curso causal deflagrado – ou incrementado – pela minha conduta.¹⁰⁶

De outro lado, Alani Figueiredo e Rodrigo Sánchez Rios, entendem que a importação da cegueira deliberada para o Brasil, se deu de maneira equivocada, já que o conceito utilizado no sistema da *common law* não pode simplesmente ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, sem que se verifique a compatibilidade entre os sistemas, da mesma forma, entendem que seria incompatível os institutos da cegueira deliberada e da sua equiparação ao dolo eventual, vez que não se equivalem, havendo uma indevida ampliação do conceito de dolo, possibilitando a aplicação de condenações dolosas, quando em verdade, se tratam de condutas culposas ou casos de absolvição.¹⁰⁷

No mesmo sentido há entendimento de que na forma como se encontra em vigor a lei de lavagem de dinheiro, não poderia ser aplicada a teoria da cegueira deliberada pelo fato de que esta não pode ser considerada uma espécie de dolo eventual, ou seja, para a caracterização desta espécie de dolo, é necessário

¹⁰⁴ EDINGER, Carlos. *A Cegueira Deliberada como Indicador de Dolo Eventual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 151.

¹⁰⁵ Idem, p. 152.

¹⁰⁶ Idem, p. 153.

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Alani Caroline Osowski; RIOS, Rodrigo Sánchez. *Uma análise comparativa entre os institutos da cegueira deliberada e do dolo eventual no direito penal econômico*. Anais do II Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais. São Paulo, IBCCRIM, 2018.

que o autor do fato tenha efetivo conhecimento sobre a situação de perigo e des-caso com o resultado, por sua vez, na teoria da cegueira deliberada, há o desco-nhecimento sobre tal situação, que inclusive é evitada no intelecto do agente.¹⁰⁸

Por sua vez, Luiza Farias Martins, aduz haver divergência na doutrina so-bre a aceitação do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, todavia, sendo possível tal aplicação, estaria configurado o delito, desde que presente o conheci-mento da probabilidade da origem ilícita dos bens ou valores, sendo a “proba-bilidade”, o momento no qual a cegueira deliberada agiria, vez que para a sua aplicação, o direito dos Estados Unidos da América, exige o conhecimento da alta probabilidade da origem ilícita e o ato voluntário do agente em permane-cer indiferente àquela situação.¹⁰⁹

Portanto, após toda análise sobre as principais decisões sobre a aplicação da cegueira deliberada no Brasil no crime de lavagem de capitais, observa-se que existem diversas teorias sobre a viabilidade de importação deste instituto, havendo aqueles que entendem haver harmonia na sua aplicação, seja através da possibilidade da cegueira deliberada ser utilizada como indicador de dolo eventual, ou de maneira mais singela, ao destacarem que não haveria incompatibilidade pela sua origem ter sido na *common law*, já que o Supremo Tribunal da Espanha, de tradição na *civil law*, equiparou a cegueira deliberada ao dolo eventual, em caso envolvendo a lavagem de dinheiro.

Por outro lado, existem argumentos no sentido de ser incompatível a apli-cação da cegueira deliberada no Brasil, não só pela impossibilidade de equipa-ração da mesma ao dolo eventual, mas também ao analisar a origem do instituto na *common law*, vez que as categorias de imputação subjetiva em tais sistemas partem de noções peculiares.

4 Considerações finais

Ao final de toda a análise realizada sobre a equiparação do dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada, conclui-se que o tema abordado é de funda-mental importância para a pesquisa científica, vez que são inúmeros os casos que trazem a aplicação do dolo eventual no crime de lavagem de capitais, equi-parando o mesmo a teoria da cegueira deliberada.

¹⁰⁸ LUZ, Juliana Hermes. A necessidade do elemento subjetivo para a caracterização do crime de lava-gem de dinheiro: Uma análise à luz da teoria da cegueira deliberada e da teoria da imputação obje-tiva. *Revista da ESMESC*, n. 30, v. 24, 2017, p. 305-327.

¹⁰⁹ MARTINS, Luiza Farias. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofunda-mento dogmático e implicações práticas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 55, v. 12, 2014, p. 135-162.

O primeiro ponto teve como objetivo estudar o dolo nas suas mais diversas modalidades (dolo direto, indireto e eventual), bem como as teorias da vontade (clássica), na qual Francesco Carrara era um dos seus maiores defensores, a teoria da representação, defendida por Von Liszt e Frank e a teoria do consentimento abordada por Néelson Hungria.

No fim do segundo ponto, foi estudada a teoria da cegueira deliberada, também conhecida como *willful blindness doctrine* (doutrina da cegueira deliberada) ou “*ostrich instructions*” (instruções de avestruz).

Tendo em vista que este instituto foi amplamente discutido e aplicado do direito americano, entendeu-se por necessário realizar um estudo sobre o sistema jurídico americano, trazendo a dificuldade de se conceituar o chamado *mens rea*, que se refere a elementos subjetivos dos crimes nos sistemas jurídico-penal americano e inglês, tendo a reforma da legislação americana optado por abandonar a utilização desta expressão, dando preferência ao termo *culpability* que, por sua vez, tem elementos objetivos e subjetivos.

Dando seguimento ao estudo optou-se por analisar com maior cautela os elementos subjetivos da *culpability* e principalmente a figura da *knowledge*, que apesar de ser traduzida de maneira livre como “conhecimento”, difere do que se entende por conhecimento no direito brasileiro.

Por fim, na última parte foram analisadas jurisprudências importantes em relação à lavagem de capitais, dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo a primeira delas àquela referente ao assalto ao Banco Central de Fortaleza, a qual entende-se como correta a decisão absolutória, acrescentando-se, que a única base teórica da decisão de primeiro grau foi a transcrição de trechos da obra escrita por Sérgio Moro, a qual possui alguns equívocos, e mesmo que não tenha sido objeto de fundamentação no acórdão, destaca-se que na ementa da referida decisão constou que a aplicação da teoria da cegueira deliberada beira a responsabilidade penal objetiva.

O outro caso objeto de estudo foi a Ação Penal 470, conhecida como “Mensalão”, em que se destacou o voto da Ministra Rosa Weber, que aprofundou o debate sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada e do dolo eventual ao delito de lavagem de capitais, todavia, pelo estudo realizado, ainda que utilize em seu voto conceitos trazidos pela *common law*, parece equivocar-se ao aplicar os requisitos para configuração de tal delito.

A última jurisprudência analisada diz respeito a decisão que condenou Ivan Vernon Gomes Torres Junior no âmbito da operação lava jato, decisão esta proferida pelo então Juiz Federal Sérgio Moro, agora também ex-Ministro de Justiça, tendo o mesmo utilizado de maneira equivocada a teoria da cegueira deliberada ao equipará-la ao dolo eventual.

Por fim, o último ponto de discussão da monografia trouxe discussões doutrinárias sobre a aplicação do dolo eventual e sua equiparação a teoria da cegueira deliberada para condenação pelo crime de lavagem de capitais, fazendo um paralelo com a jurisprudência anteriormente analisada.

Para tanto, foram analisados diversos autores, que entenderam pela possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil, ao equipará-la ao dolo eventual, possibilitando a condenação pelo delito de lavagem de capitais, bem como opiniões divergentes, que gizam ser incompatível aplicar este instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Em especial destacou-se o entendimento de Carlos Edinger em sua dissertação de mestrado sobre a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil, entendendo que a mesma pode ser tida como indicador de dolo eventual, fornecendo critérios para a sua aplicação.

Em contraponto, foi o extenso trabalho realizado por Guilherme Lucchesi na sua tese de doutorado denominada “Punindo a culpa como dolo. O uso da cegueira deliberada no Brasil”, em que o autor analisa 65 (sessenta e cinco) decisões judiciais brasileiras, entendendo ao final pela inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada no ordenamento pátrio.

Assim, nos estudos realizados pro Guilherme Lucchesi, observou-se que os tribunais americanos entenderam que a cegueira deliberada (*willful blindness*) é *knowledge*, ou seja, ela no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América é utilizada como substituta do elemento *knowledge*, estando presente quando o autor:

- a) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito,
- b) toma medida deliberadamente voltada a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e
- c) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância.

Sendo este um dos argumentos pelos quais o referido autor entende pela impossibilidade de equipará-la ao dolo eventual, já que os entende que o conhecimento é o elemento principal do conceito de dolo, sendo que o seu elemento cognitivo, não corresponde ao *knowledge* do direito penal americano.

Entendimento este, o qual conclui-se ser o mais correto, vez que há divergência em relação aos institutos da cegueira deliberada e do dolo eventual, o que impossibilita a aplicação de tal instituto para condenação no crime de lavagem de capitais.

Ademais, pelas decisões analisadas e pelo estudo realizado das obras dos autores, em especial de Guilherme Lucchesi, observou-se que muitas das jurisprudências utilizadas, houve a aplicação incorreta da teoria da cegueira deliberada, em casos em que as próprias decisões proferidas pelos tribunais exigem a demonstração de dolo direito.

Portanto, fica evidente a importância do estudo realizado sobre a aplicação da cegueira deliberada no Brasil nos crimes de lavagem de capitais e a sua equiparação ao dolo eventual vez que apesar de todos os institutos abordados serem antigos, ainda não há um consenso tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sejam elas nacional ou estrangeira, não olvidando, da importância do referido instituto que pode ser aplicado no direito brasileiro, desde que haja a devida regulamentação para não ferir garantias constitucionais.

Neste sentido, ao final de toda a pesquisa, retorna-se aos problemas propostos:

- a) O dolo eventual, a cegueira deliberada e a Teoria das Instruções da Avestruz são o mesmo instituto?
- b) Há possibilidade de aplicação do dolo eventual nos crimes de lavagem de capitais?

Diante de tudo que foi analisado, a conclusão é de que a resposta é negativa para todos os problemas propostos, vez que o dolo eventual e a cegueira deliberada não são o mesmo instituto, bem como, entende-se pela inaplicabilidade do dolo eventual nos crimes de lavagem de capitais, não só em razão do princípio da legalidade, mas também porque a teoria da cegueira deliberada não é equiparável ao dolo eventual.

Por fim, encerramos este trabalho deixando a seguinte reflexão: Até que ponto o ordenamento jurídico brasileiro seguirá importando institutos, com o objetivo de ampliação do poder punitivo estatal, em vez de preencher as lacunas existentes no próprio direito pátrio?

Referências

- BARROS, Marco Antonio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de Ativos: Dolo Direto e a Inaplicabilidade da Teoria da Cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, v. 957, jul. 2015, p. 203-256.
- BELARMINO, Montalban. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicação nos crimes de lavagem de dinheiro no Brasil*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/70775/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicacao-nos-crimes-de-lavagem-de-dinheiro-no-brasil/1>>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000/PR. Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, 29 de outubro de 2015.
- CHARLOW, Robin. Wilful. *Ignorance and Criminal Culpability*. Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University, Nova York, 1992.
- CORREIA, A. G.; PÁDUA, G. S. E. A (im)possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro. *Revista Vianna Sapiens*, n. 1, v. 9, p. 23, 10 ago. 2018.

- DA SILVA, Medina David. *O Crime Doloso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- EDINGER, Carlos. *A Cegueira Deliberada como Indicador de Dolo Eventual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- FARIAS COSTA, José de. *Tentativa e Dolo Eventual*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- FIGUEIREDO, Alani Caroline Osowski; RIOS, Rodrigo Sánchez. *Uma análise comparativa entre os institutos da cegueira deliberada e do dolo eventual no direito penal econômico*. Anais do II Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais. São Paulo, IBCCRIM, 2018.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- LUZ, Juliana Hermes. A necessidade do elemento subjetivo para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro: Uma análise à luz da teoria da cegueira deliberada e da teoria da imputação objetiva. *Revista da ESMESC*, n. 30, v. 24, 2017, p. 305-327.
- MARTINS, Luíza Farias. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 55, v. 12, 2014, p. 135-162.
- MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.
- _____; MARÇAL, Vinicius. *Crime Organizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.
- MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: Compatibilidade no Direito Penal Brasileiro?. *CONPEDI LAW REVIEW*. Braga-Portugal, n. 2, v. 3, jul./dez. 2017, p. 441-461.
- MENDES, Isabella Souto. Limites da consciência da ilicitude nos crimes econômicos: a cegueira deliberada. *Direito & Realidade*, n. 5, v. 6, 2018.
- MORO, Sérgio Fernando. *Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem*. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. _____ . (Coord.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PÉREZ, Carlos Martínez-Buján; PITA, María del Mar Díaz; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; ANTÓN, Tomás Salvador Vives. *Dolo e Direito Penal*. Modernas Tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PITA, María del Mar Diaz. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- RAGUÉS, Ramon i Vallès. La responsabilidad penal del testaferrero em delitos cometidos através de sociedade mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Revista para el Análisis Del Derecho (InDret)*, Barcelona, 3. ed., 2008.
- RICARDO, Lucas Nacur Almeida. Teoria da Cegueira Deliberada: Reflexões sobre sua aplicação aos crimes de lavagem de capitais. *De Jure*, n. 30, v. 17, jan./jun. 2018, p. 233-259.
- RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

_____. *Política criminal e sistema de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Davi André Costa. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Pode haver responsabilidade objetiva no direito penal?* Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-31/senso-incomum-haver-responsabilidade-objetiva-direito-penal>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

VITIELLO, Olívia Zubarán. *A Teoria da Cegueira Deliberada e a sua (In)Aplicabilidade ao Direito Penal Pátrio*. 84f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

ZILIO, Jacson Luiz. Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 239, out. 2012, p. 8.