



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RENAN CARVALHO TEODORO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

BRASÍLIA – DF

JULHO 2020

RENAN CARVALHO TEODORO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado no âmbito do Curso de
Graduação em Direito, da Escola de Direito
de Brasília – EDB/IDP, visando à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Marcelo Turbay Freiria

BRASÍLIA – DF

JULHO 2020

RENAN CARVALHO TEODORO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso I no âmbito da Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília, 03 de julho de 2020.

Professor Marcelo Turbay Freiria
Professor Orientador

Marília Fontenele
Membro da Banca Examinadora

Pedro Ivo Velloso
Membro da Banca Examinadora

SUMÁRIO

1. RESUMO.....	1
2. INTRODUÇÃO	2
3. APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DAS TEORIAS DO CRIME, TIPICIDADE E DOLO.....	2
3.1. TEORIA DO CRIME E CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME	3
3.2. TIPICIDADE	5
3.3. TEORIA DO DOLO.....	7
4. EVOLUÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA IMPORTAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	11
5. COMPARATIVO CONSTITUCIONAL ENTRE OS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E DE <i>CIVIL LAW</i>.....	14
5.1. SISTEMA DE <i>COMMON LAW</i>	14
5.2. SISTEMA DE <i>CIVIL LAW</i>	16
5.3. PRINCIPAIS DIVERGÊNCIAS ENTRE O SISTEMA DE <i>COMMON LAW</i> E O SISTEMA DE <i>CIVIL LAW</i>	17
6. CONTRAPOSIÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	19
6.1. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE....	20
6.2. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A OFENSA AO DIREITO DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA	22
6.3. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A INEXEQUIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO EM UMA DAS HIPÓTESES DE DOLO E CULPA.....	25
6.4. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A ANALOGIA <i>IN MALAM PARTEM</i> , RECHAÇADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	27
6.5. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A AUSÊNCIA DE PROVAS, PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A IMPOSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	29
6.6. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DO ERRO DE TIPO	31
7. CONCLUSÃO E ANÁLISE DO RISCO QUANTO À RECEPÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA	33
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Renan Carvalho Teodoro

Sumário: 1. Resumo. 2. Introdução. 3. Apontamentos doutrinários. 3.1. Teoria do crime. 3.2. Tipicidade. 3.3. Teoria do dolo. 4. Evolução da teoria da cegueira deliberada e sua importação ao ordenamento jurídico brasileiro. 5. Comparativo constitucional entre os sistemas jurídicos de *Common Law* e de *Civil Law*. 5.1. Sistema de *Common Law*. 5.2. Sistema de *Civil Law*. 5.3. Principais divergências entre o sistema de *Common Law* e o sistema de *Civil Law*. 6. Contraposição da teoria da cegueira deliberada com o ordenamento jurídico brasileiro. 6.1. Teoria da cegueira deliberada e a violação ao princípio da legalidade. 6.2. Teoria da cegueira deliberada e a ofensa ao direito da imputação subjetiva. 6.3. Teoria da cegueira deliberada e a inexequibilidade de enquadramento em uma das hipóteses de dolo e culpa. 6.4. Teoria da cegueira deliberada e a analogia *in malam partem*, rechaçada no ordenamento jurídico brasileiro. 6.5. Teoria da cegueira deliberada e a ausência de prova, princípio da presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova. 6.6. Teoria da cegueira deliberada e o enfraquecimento do instituto do erro de tipo. 7. Conclusão e análise do risco quanto à incorporação da teoria. 8. Referências.

1. RESUMO

O presente trabalho visa perquirir a viabilidade e constitucionalidade da importação e aplicação da chamada teoria da cegueira deliberada, também conhecida como teoria da ignorância deliberada ou *willful blindness*, perpassando por uma breve recapitulação quanto aos preceitos da teoria do crime, tipicidade e do dolo, demonstrando as similitudes e divergências entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, vez que a referida doutrina tem seu embrião no direito anglo-saxão, o qual possui como idiossincrasia seu caráter consuetudinário, para, ao final, esmiuçar as contraposições das principais características da doutrina com o ordenamento jurídico pátrio. Nessa vereda, notar-se-á que a teoria da cegueira deliberada abalroa com notórios preceitos legais, como o princípio da legalidade, o princípio da presunção de inocência, a responsabilidade penal subjetiva e o instituto do erro de tipo.

Palavras-chave: Teoria da Cegueira Deliberada; Teoria do Dolo; Princípio da Legalidade; Responsabilidade Penal Subjetiva; Princípio da Presunção de Inocência; Analogia *in malam partem*; Instituto do erro de tipo.

2. INTRODUÇÃO

A teoria da cegueira deliberada possui o viés de punir aqueles que de forma deliberada se põem em uma falsa situação de cegueira, a fim de evitar que tomem conhecimento de uma suposta ilicitude do ato ora praticado, ou seja, aplica-se àqueles que, cientes da possível tipicidade de sua conduta, ignoram o fato visando obter a vantagem que pretendem, saindo impune da prática de um suposto ato ilícito.

Esse instituto possui embrião no sistema de *common law* e, de forma jurisprudencial, passou a ser incorporado e aplicado em diversos tribunais brasileiros. Ocorre que tal teoria não se amolda aos pressupostos constitucionais basilares do ordenamento jurídico pátrio, o qual possui origem no sistema de *civil law*.

Esta contrariedade entre a incorporação e aplicação da teoria da cegueira deliberada e os fundamentos basilares do sistema jurídico brasileiro faz-se cognoscível ao se analisar que a cegueira proposital esbarra em obstáculos dogmáticos, como a teoria geral do crime, na qual prevalece a aplicação da teoria finalista, consagrada no Código Penal desde 1940.

Esse impasse entre a implementação de um instituto não compatível com a Constituição Brasileira e a necessidade de se encontrar uma forma de apaziguar o clamor punitivista presente na sociedade nos tempos modernos vem sendo assunto de grande debate no cenário jurídico.

O presente artigo tem, portanto, o intuito de esgrimir tal problemática, analisando se é cabível a aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro à luz dos pressupostos constitucionais.

Nessa vertente, a estrutura a ser seguida no presente estudo abrange a análise da teoria do crime, especificamente das teorias do dolo e da tipicidade, debruçando-se em seus conceitos, objetivos e elementos.

Ademais, analisar-se-á a teoria da cegueira deliberada *per si*, tratando-se de seu retrospecto histórico, sua evolução, requisitos e aplicação. Em vias de consequência, será contraposta a aplicabilidade e compatibilidade da teoria da cegueira deliberada com o direito penal brasileiro.

3. APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DAS TEORIAS DO CRIME, TIPICIDADE E DOLO

O objeto do presente estudo, como visto, é a análise da (in)compatibilidade da incorporação e aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto é, escrutinar em que medida a busca desenfreada por conter a impunidade mormente na sociedade pode ensejar a aplicação de institutos contrários ao texto constitucional.

Frisa-se que a relevância social do presente estudo se encontra no fato de debruçar-se acerca da constitucionalidade de uma doutrina que ganhou força nos últimos anos, muito por causa do clamor social punitivista desencadeado de operações como a *Lava Jato*, que escancararam esquemas de corrupção e lavagem de capitais em todo território nacional.

Dessa maneira, busca-se no trabalho ora apresentado compreender como a aplicação da teoria da cegueira deliberada é um risco à segurança jurídica, bem como as consequências negativas da importação de um instituto manifestamente contrário ao nosso texto constitucional, vez que fere preceitos basilares do nosso ordenamento.

Pois bem, para granjear o desígnio acima delineado faz-se necessário recapitular, mesmo que brevemente, conceitos e peculiaridades de teorias basilares do processo penal, bem como da própria Constituição cidadã.

3.1. Teoria do Crime e Conceito Analítico de Crime

Acerca da teoria do crime, não se pode olvidar que o crime possui a característica de ser insuscetível de fracionamento, vez que é um todo unitário¹. Deste modo, não se pode perder de vista a necessidade de se tecer uma fundamentada análise acerca de suas características fundamentais – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – a fim de obtemperar uma melhor fundação informativa, a qual permitirá uma prudente, e mais profunda, análise da (in)constitucionalidade da teoria da cegueira deliberada.

Assim, de início, convém notar que o Código Penal, ao tratar do crime, não fornece um conceito preciso, de modo que a conceituação do ilícito ficou a cargo da doutrina². A par disso, muitos foram os doutrinadores que se empenharam em fornecer um conceito de crime. À guisa de exemplo, pode-se citar os ensinamentos de BETTIOL:

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

¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 22. Ed. Niterói, RJ. Impetus, 2020. Pag. 202.

² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 22. Ed. Niterói, RJ. Impetus, 2020. Pag. 199.

capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade’.³

Posta assim a questão, é de se dizer que, nas palavras de ROGÉRIO GRECO, “*crime, sob o aspecto formal, seria toda conduta que colidisse frontalmente com a lei penal editada pelo Estado, enquanto que, sob o aspecto material, conceitua-se crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes*”⁴.

Ocorre que esta duplicidade na conceituação, em que se restringe a análise em um aspecto formal e material, não se faz suficiente a ensejar um conciso conceito de crime. Em virtude desta consideração surge o conceito analítico de crime. Sobre o tema, preleciona ASSIS TOLEDO:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.⁵

Na mesma vertente, JUAREZ CIRINO aduz que “*o sistema tripartido de fato punível, dominante na dogmática contemporânea, define crime como ação típica, antijurídica e culpável. Um conceito formado por um substantivo qualificado pelos atributos da adequação ao modelo legal, da contradição aos preceitos proibitivos e permissivos e da reprovação de culpabilidade*”⁶.

Portanto, cai a lanço atentar-se que para se falar em crime é necessário que a ação seja típica, ilícita e culpável, sendo, cada um destes substratos do crime, um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento subsequente. HANS WELZEL, dissertando sobre o tema, aduz que:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. **A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão**

³ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**, v. I. Tradução brasileira Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva. Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Pag. 209.

⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 22 Ed. Niterói, RJ. Impetus, 2020. Pag. 200.

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo. Ed. Saraiva. Pag. 80.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 Ed. - Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. Pag. 77.

relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.⁷

Ciente da correlação e dependência entre os elementares do crime, percebe-se que a função do conceito analítico supracitado é, portanto, de escrutinar todos esses elementos que compõem o conceito de crime sem que com isso se queira desmembrá-lo.⁸

Ora, como dito no começo deste tópico, o crime é um todo unitário e indivisível, sendo mandatória a observância aos três substratos do crime para que se considere uma prática como crime ou como um indiferente penal⁹.

Sob tal ambulação, sobreleva lição do ilustre doutrinador EUGENIO RAÚL ZAFFARONI:

Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável).¹⁰

Dessa maneira, é unívoco que o conceito analítico de crime, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, consubstancia-se na noção da teoria tripartite, em que, como dito, a conduta para ser criminosa necessita ser típica, ilícita e culpável¹¹. Presentes tais substratos do crime, urge, então, *o jus puniendi* do Estado, ou seja, o direito de punir. Dessa feita, quando ausentes estes substratos, não há que se falar em conduta criminosa¹².

Em linhas gerais, conclui-se que o conceito analítico do crime permite, portanto, que se possa analisar com maior nitidez e transparência a existência ou não da infração penal, bem como permitirá, por meio de uma análise minuciosa acerca do substrato da tipicidade, inspecionar os limites fixados entre o dolo eventual e a culpa consciente, um dos principais pontos a serem compreendidos para que possa se debater quanto à (in)constitucionalidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada.

3.2. Tipicidade

⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Chile. Ed Jurídica de Chile, 1997. Pag. 57.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; MUNOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Pag. 22.

⁹ LOBATO, Rafael. *Legítima defesa e seus excessos*. 03.10.2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/legitima-defesa-e-seus-excessos/>>. Acesso em 29/06/2020.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal – Parte general*. Aires: Ediar, 2002. Pag. 324.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; MUNOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Pag. 5.

¹² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*, volume I. 22. Ed. Niterói, RJ. Impetus, 2020. Pag. 202.

O fato típico, como supramencionado, é o primeiro substrato do conceito analítico de crime e seus elementos são a conduta, o resultado, o nexos causal e a tipicidade penal¹³, a qual deve ser analisada em dois planos: tipicidade formal e tipicidade material.

A par disso, têm-se os apontamentos de ANDRÉ ESTEFAM:

Entende-se por tipicidade a relação de subsunção entre um fato concreto e um tipo penal (tipicidade formal) e a lesão ou perigo de lesão ao bem penalmente tutelado (tipicidade material). Trata-se de uma relação de encaixe, de enquadramento. É o adjetivo que pode ou não ser dado a um fato, conforme ele se enquadre ou não na lei penal.¹⁴

Tipicidade, portanto, diz respeito à subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao tipo penal previsto e positivado na norma legal, ou, conforme preceitua MUÑOZ CONDE, “é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal”.¹⁵

Ocorre que é sobretudo importante assinalar que este conceito não se faz suficiente para que possamos concluir pela tipicidade penal em *stricto sensu*, vez que esta é o gênero, do qual se tem as espécies tipicidade formal e tipicidade conglobante. Assim, a compreensão quanto à tipicidade penal perfaz a necessária soma das duas espécies.

Neste sentido, quanto à tipicidade conglobante, deve-se dizer que versa a respeito da hipótese de a conduta praticada pelo agente ser contrária à norma penal, ofender a um bem jurídico (tipicidade material), porém sem ser imposta por esta norma legal.¹⁶

Visando analisar esta antinormatividade, ZAFFARONI e PIERANGELI aduzem que:

A lógica mais elementar nos diz que **o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade**, como sucede com o do oficial de justiça, **e, no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se ajusta ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e a incentiva.**¹⁷

¹³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1 o ao 120)** - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016. Pag. 245.

¹⁴ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral.** coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Pag. 306.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito.** Ed. Sergio Antônio Fabris. 1987. Pag. 41.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Desmistificando a tipicidade conglobante.** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2912390/desmistificando-a-tipicidade-conglobante>> Acesso em 29/06/2020.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral.** v. I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007. Pag. 458.

Por seu turno, a tipicidade material diz respeito ao critério por meio do qual se afere a importância do bem no caso concreto e é uma subespécie necessária do conceito de tipicidade conglobante.

Nesta vereda, e como bem exposto, a tipicidade penal é o resultado do somatório entre tipicidade formal e tipicidade conglobante, a qual é composta pela tipicidade material e antinormatividade do ato.¹⁸

Ainda, a respeito da tipicidade, impende mencionar que com o surgimento do Finalismo de Welzel, os elementos subjetivos do dolo e da culpa passaram a incorporar o próprio substrato da tipicidade, ou seja, distanciaram-se da culpabilidade (terceiro elemento do crime), para caracterizar o fato típico em si. Para a doutrina tradicional, esse foi o modelo perfilhado pelo nosso Código Penal.¹⁹

3.3. Teoria do Dolo

Estabelecida a definição de tipicidade, em especial a imprescindibilidade da presença dos elementos subjetivos do dolo ou da culpa para a sua caracterização, bem como definido o atual conceito analítico de crime - fato típico, ilícito e culpável -, faz-se necessária a caracterização do dolo. Somente a partir do conhecimento sobre as teorias do dolo será possível compreender a teoria da cegueira deliberada, procurando definir claramente suas limitações e sua possibilidade, ou não, de aplicação.

Conforme depreende-se da redação do art. 18, inciso I, o Código Penal adotou as teorias da vontade e do assentimento. Para a nossa lei penal, portanto, age dolosamente aquele que, diretamente, quer a produção do resultado, bem como aquele que, mesmo não o desejando de forma direta, assume o risco de produzi-lo²⁰.

De acordo com BITENCOURT, a teoria da vontade versa a respeito do dolo necessitar da vontade consciente do agente em querer praticar a infração penal²¹.

¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016. Pag. 245.

¹⁹ NUCCI, Guilherme De Souza. **Curso De Direito Penal: Parte Geral. Arts. 1 A 120 Do Código Penal.** Rio De Janeiro. Forense, 2019. Pag. 360.

²⁰ BRASIL. Código Penal. **Artigo 18, Decreto Lei nº 2.848**, de 7 de setembro de 1940. Diário oficial da União, Brasília, DF, 31.12.2106. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 18 de junho de 2020

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – Parte geral.** Volume I. Ed. Saraiva. 2018. Pag. 380.

BITENCOURT, portanto, define o dolo como a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal, ou, na expressão de WELZEL, “*dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito*”.²²

Já a teoria do assentimento aduz que atua com dolo aquele que, antevendo como possível o resultado lesivo com a concretude de sua conduta, não se importa com a sua ocorrência, assumindo o risco de vir a produzi-lo. Deste modo, o agente não quer o resultado diretamente, mas o entende como possível e o aceita²³. Assim, segundo a precisa lição de JUAREZ TAVARES:

A teoria do consentimento ou da assunção é a teoria dominante e tem por base uma vinculação emocional do agente para com o resultado. Vale dizer, exige não apenas o conhecimento ou a previsão de que a conduta e o resultado típicos podem realizar-se, como também que o agente se ponha de acordo com isso ou na forma de conformar-se ou de aceitar ou de assumir o risco de sua produção.²⁴

Acerca do tema, também sobreleva a lição do ilustre doutrinador NELSON HUNGRIA a respeito do dolo no antigo Código Penal de 1940:

Dolo. É a mais grave forma de culpabilidade. Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção de dolo, não se ateve à chamada teoria da representação (para a existência do dolo basta a representação subjetiva ou representação do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo o acerto, preferiu a teoria da vontade (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela teoria do consentimento (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente no advento deste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo).²⁵

Quanto aos elementos do dolo, constata-se que, pela sua definição, o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento (representação), é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele.²⁶

ZAFFARONI e PIERANGELI, em maneira semelhante, tecem consideráveis comentários em relação aos elementos dolo, senão vejamos:

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – Parte geral**. Volume I. Ed. Saraiva. 2018. Pag. 213.

²³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal. Parte geral**. 12 ed. Niterói: Impetus, 2010.p.181

²⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, 2ª ed., Del Rey, 2002. Pag. 278.

²⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Volume I. Tomo II, arts. 11 a 27, 5ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1978. Pag. 114.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – Parte geral**. Volume I. Ed. Saraiva. 2018. Pag. 313.

Assim, se quisermos aperfeiçoar um pouco mais a definição de dolo, que formulamos há pouco, e que se extrai da lei, é conveniente conceituá-lo como a vontade realizadora do tipo objetivo, guiado pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto. Dito de outra forma: o dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado. (...) reconhecimento de que o dolo é uma vontade individualizadora em um tipo, obriga-nos a reconhecer em sua estrutura os dois aspectos em que consiste: o do conhecimento pressuposto ao querer do agente (que não pode existir sem conhecimento). Isto dá lugar aos dois aspectos que o dolo compreende: a) aspecto de conhecimento ou aspecto cognoscitivo do dolo; e b) o aspecto do querer ou aspecto volitivo do dolo.²⁷

No tocante às espécies de dolo, TELES nos ensina que:

O dolo direto, ou determinado, é aquele em que o sujeito busca alcançar um resultado certo e determinado. Contrariamente diz-se que o dolo é indireto ou indeterminado, quando a vontade do agente não se dirige a um resultado certo, preciso, determinado. O dolo direto pode ser alternativo, quando o sujeito quer um ou outro resultado, por exemplo, matar ou ferir seu desafeto. Sua vontade dirige-se a qualquer dos resultados, não a um deles especificamente. Se acontecer o primeiro, estava na vontade do agente. Se acontecer o segundo, do mesmo modo, era resultado almejado.

[...]

A outra espécie de dolo indireto é o dolo eventual, em que o agente não deseja o resultado previsto, mas o aceita, se ele eventualmente acontecer. Ocorre quando o agente, mesmo não querendo o resultado, assume e aceita o risco de sua produção. Sua vontade não se dirige ao resultado especificamente, mas, se este acontecer, será aceito pelo agente.²⁸

É a acerca desta última modalidade de dolo citada por TELES, o dolo eventual, que faz morada a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada e, portanto, importante se ter um maior aprofundamento em relação ao tema.

No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo²⁹. Assim, mesmo que o agente não queira o resultado, ele sabe do seu risco e assume suas consequências.

ZAFFARONI e PIERANGELLI asseveram que “o dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo “que aguento”, “que se incomode”, “se acontecer, azar”, “não me importo”. Os autores ainda aduzem que “observe que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade”³⁰.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**, v. I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007. Pag. 415.

²⁸ TELES, Ney Moura. **Direito Penal – Parte Geral: Volume 1**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998. Pag. 149.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal – Parte geral**, Pag. 213.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**, v. I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007. P. 431.

Neste ponto, faz-se de suma importância ponderar acerca da diferença existente entre a modalidade do dolo eventual e a culpa consciente, visto que é comum, na prática, ocorrerem confusões a respeito destas modalidades e, não suficiente, compreender a correta diferenciação entre as modalidades é de suma importância para o debate acerca da (in)compatibilidade da teoria da ignorância voluntária.

É bem verdade que ambas ocorrem quando o agente prevê o risco de seu ato ofender um bem jurídico penalmente tutelado e, mesmo assim, prossegue com a realização do ato. A distinção entre as modalidades faz morada no fato de que no dolo eventual o agente aceita o risco, enquanto na culpa consciente o agente acredita verdadeiramente que o risco não irá ocorrer.

Como bem preceitua ROGÉRIO GRECO, “*na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, acredita sinceramente na sua não-ocorrência; o resultado previsto não é querido ou mesmo assumido pelo agente*”³¹.

Como se pode notar, para que ocorra a culpa consciente, é necessário que, ao realizar a conduta, o agente preveja que sua ação possa levar a um resultado lesivo e acredite verdadeiramente que não ocorrerá este fim, embora venha a ocorrer.

Frisa-se, assim, que a principal divergência entre o dolo eventual e a culpa consciente paira em relação a se o agente foi indiferente ao resultado ou acreditou verdadeiramente na sua não incidência. Sendo, na prática, de difícil comprovação, pois não há como se retirar do íntimo do agente se este acreditou na não ocorrência ou se foi indiferente ao seu resultado lesivo³².

Deste modo, doutrina e jurisprudência se alinham no entendimento de que, para aplicação do dolo eventual, deve-se ter seus requisitos retirados do contexto fático da ação, ou seja, a necessidade de sua aplicação deve estar devidamente comprovada nos autos do processo. Veja-se:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. REVALORAÇÃO DE PROVAS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Considerando que o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, na hipótese em que a denúncia limita-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade), não há como concluir pela existência do dolo eventual. Para tanto, **há que evidenciar como e em que**

³¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006. Pag. 218.

³² CARVALHO, Rodrigo Cesar Picon. **Diferença entre dolo eventual e culpa consciente**. 05/05/2015. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9076/Diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciente>>. Acesso em 29/06/2020.

momento o sujeito assumiu o risco de produzir o resultado, isto é, admitiu e aceitou o risco de produzi-lo. Deve-se demonstrar a antevisão do resultado, isto é, a percepção de que é possível causá-lo antes da realização do comportamento. 2. Agravo a que se nega provimento³³.

Conclui-se, portanto, que o dolo eventual diz respeito a previsibilidade do resultado lesivo a um bem jurídico pelo autor, o qual necessariamente aceita sua probabilidade de ocorrência e assume o risco do resultado. Devendo ser demonstrada pelas circunstâncias dos fatos esta antevisão do resultado lesivo e da assunção do risco pelo agente.

4. EVOLUÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA IMPORTAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A demanda social por maior segurança e combate aos crimes que ferem bens jurídicos coletivos, em face dos reiterados esquemas de corrupção constantemente noticiados nos veículos midiáticos, acaba por conspurcar todo o sistema penal, chegando a proporções inimagináveis na deformação do Estado, ao empenhar-se contra a defesa e garantia da liberdade e da justiça.³⁴

Assim, nesta seara de buscar de forma deturpante ao ordenamento jurídico, em especial ao código penal, corresponder ao clamor punitivista da sociedade, pode-se citar a tentativa do Estado de implementar a teoria da cegueira deliberada.

A respeito da teoria, ROBBINS explica que a sua origem remonta às cortes inglesas, *a priori* no caso *Regina vs Sleep*, no qual o júri condenou o réu por estar em posse de produtos navais que estavam marcados com símbolo que deixava clara a propriedade do governo. O júri entendeu que o acusado não detinha conhecimento da marca, mas possuía “razoáveis meios” de obter o conhecimento. Muito embora a decisão fora reformada, tal julgamento deu início ao uso da teoria nas cortes do sistema *common law*.³⁵

A doutrina fora novamente aplicada em 1899, no caso *Spurr vs United States*, perante a Suprema Corte americana, o qual versava acerca de um gerente de banco que supostamente teria deliberadamente emitido cheques de um cliente pessoa jurídica, sem verificar a existência de fundos em sua conta corrente. Diante disso, menciona SPENCER SYDOW:

A corte apontou que a expressão “deliberada” (*willful*) exigiria tanto intenção quanto conhecimento (semelhante ao binômio vontade e consciência), mas

³³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento de nº 1189970/DF 2009/01050713-6**, Relator: Celso Limongi, 2010.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ediora, 1991, Pag. 82.

³⁵ ROBBINS, Ira P. **The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens. Rea. J CRIM. L & Criminology**, n. 191. 1990. Pag. 196.

que o propósito malicioso (figura equiparada ao elemento subjetivo do tipo da doutrina brasileira) do agente poderia ser presumido em situações em que este se coloca propositadamente em posição de ignorância.³⁶

Paulatinamente, a teoria da cegueira deliberada passou a ser invocada jurisprudencialmente também em países de tradição romano-germânico, ou seja, em sistemas de *civil law*, como o Brasil.

A primeira menção a respeito da teoria em nosso país remonta ao notório caso do roubo ao Banco Central de Fortaleza, em 06 de agosto de 2005, oportunidade em que foram subtraídos mais de 160 milhões de reais em notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

No caso, restou decidido que, visando “lavar” o dinheiro ilícito, sócios da concessionária Brilhe Car transacionaram, em venda de veículos, o equivalente a R\$ 730.000,00 (setecentos e trinta mil reais), pagos em espécie, dentro de sacos nylon, e com uma quantia extra de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

A par disso, equiparando o dolo eventual à teoria da cegueira deliberada, o juiz do caso condenou os sócios da concessionária pelos delitos de lavagem de capitais (art. 1º, V e VII, § 1º, I, § 2º, I e II, da Lei nº 9.613/98), fundamentando que, apesar de não possuírem o total conhecimento da ilicitude dos valores recebidos, possuíam elementos suficientes para desconfiar da origem do dinheiro, porém optaram por, de forma deliberada, ignorar o fato.³⁷

Ocorre que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região reformou a sentença por entender que a condenação calcada no preceito da teoria da cegueira deliberada desencadearia uma responsabilização penal objetiva, conforme consta do acórdão³⁸:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO À CAIXA-FORTE DO BANCO CENTRAL EM FORTALEZA. (...) TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (WILLFUL BLINDNESS). INEXISTÊNCIA DA PROVA DE DOLO EVENTUAL POR PARTE DE EMPRESÁRIOS QUE EFETUAM A VENDA DE VEÍCULOS ANTES DA DESCOBERTA DO FURTO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.

2.4- Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele

³⁶ SYDOW, Spencer Toth. **A Teoria da Cegueira Deliberada**. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 3. Tiragem. 2017. Pag. 78.

³⁷ BRASIL, 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. **Processo Ação penal nº 200581000145860**. Disponível em <<http://www.jfce.jus.br>>. Acesso em 14.03.2020.

³⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo nº 200581000145860** ACR5520/CE, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Segunda Turma, Julgamento 09/09/2008, publicação DJ 22/10/2008 – Pag. 207

recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não um dos delitos descritos na Lei nº 9.613/98. O inciso II do parágrafo 2º do art. 1º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do parágrafo 2º.

Apesar de reformada a sentença, nota-se que a primeira aplicação jurisprudencial em território brasileiro teve sua adoção vinculada a uma interpretação extensiva do dolo eventual.

O tema voltou à tona com o julgamento no Supremo Tribunal Federal da Ação Penal nº 470, conhecida como caso do “mensalão”, em que o Ministro da Suprema Corte, Sr. Celso de Mello, menciona “*a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como ‘teoria da cegueira deliberada’, que deve ser usado com muita cautela*”³⁹.

Nesse sentido, a Ministra Rosa Weber, em seu voto, aduziu que:

Pode-se identificar na conduta dos acusados-beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada.

Para o crime de lavagem de dinheiro, tem se admitido, por construção do direito anglo-saxão, a responsabilização criminal através da assim denominada doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*). Em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta.

Caso mais recente e de maior repercussão acerca de condenação fundamentada na aplicação da teoria da cegueira deliberada fora na operação Lava Jato, em que o à época juiz federal, Sr. Sérgio Moro, nos autos da ação penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, condenou dois investigados pelo crime de lavagem de dinheiro, sustentando sua decisão nos balizes da teoria da ignorância voluntária. Veja-se:

Sem embargos do que mais se poderia escrever, é possível concluir que, desde que se tenha prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos nas condutas de ocultação e de dissimulação e de que ele escolheu agir e permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos mesmo tendo condições de aprofundar seu conhecimento, ou seja, desde que presentes os elementos cognoscitivo e volitivo, é possível e necessário reconhecer a prática do crime de lavagem por dolo eventual diante da previsão geral do art. 18, I, do CP e considerando a sua progressiva admissão pelas Cortes Brasileiras.

[...]

A postura de não querer saber e a de não querer perguntar caracterizam ignorância deliberada e revelam a representação da elevada

³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Penal n. 470**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 março 2013. Disponível em <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 22.03.2020.

probabilidade de que os valores tinham origem criminosa e a vontade de realizar a conduta de ocultação e dissimulação a despeito disso. Encontram-se, portanto, presentes os elementos necessários ao reconhecimento do agir com dolo, ainda que eventual, na conduta de Mônica Regina Cunha Moura e de João Cerqueira de Santana Filho. Segundo, tinham Mônica Regina Cunha Moura e de João Cerqueira de Santana Filho presentes os riscos concretos, de que se tratava de valores oriundos de crimes de corrupção, não só pelas circunstâncias ilícitas de transação, com adoção de expedientes sofisticados de ocultação e dissimulação, mas também pelo exemplo da Ação Penal 470. Mesmo tendo eles presentes esses riscos, persistiram na conduta delitativa, ou seja, receberam os valores, com ocultação e dissimulação. Tinha ainda condições não só de recusar o pagamento na forma feita, mas de aprofundar o seu conhecimento sobre as circunstâncias e a origem do dinheiro, tendo preferido não realizar qualquer indagação a esse respeito.⁴⁰

Nessa vereda, notadamente, verifica-se que a teoria da cegueira deliberada teve sua importação e aplicação vinculada novamente a uma interpretação jurisprudencial extensiva do dolo eventual, o que não é previsto, nem compatível, com a sistemática do *civil law*.

5. COMPARATIVO CONSTITUCIONAL ENTRE OS SISTEMAS DE *COMMON LAW* E DE *CIVIL LAW*

Como já mencionado, a teoria da cegueira deliberada teve sua origem no sistema de *common law* e, de forma jurisprudencial, passou a ser incorporada e aplicada em diversos tribunais brasileiros. Entretanto, a aplicação desta teoria não se amolda aos pressupostos constitucionais basilares do ordenamento jurídico pátrio, o qual possui origem no sistema de *civil law*.

Cumprido, por bem, pormenorizar os conceitos e aplicações dos sistemas de *common law* e *civil law*, pontuando principalmente suas diferenças.

5.1. Sistema de *Common Law*

O sistema de *common law* possui origem anglo-saxão e é fundamentado em precedentes jurisprudenciais, suas decisões judiciais são fontes imediatas do direito, gerando efeitos vinculantes.

⁴⁰ BRASIL, 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná. **Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000/PR**, Relator Juiz Federal Sergio Fernando Moro. Julgamento em 02 de fevereiro de 2017. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/moro-condena-joao-santana-cegueira.pdf> > Acesso em: 02 de junho de 2020.

Desse modo, a norma do direito de *common law* é extraída de decisões concretas e aplicadas, a partir de um processo indutivo, aos casos semelhantes. A respeito dessa especificidade do *common law*, GUILHERME MARINONI afirma que:

No direito inglês não houve necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei. O *common law* não necessitou negar a natureza das coisas ou criar uma vedação que somente pode ser compreendida como uma destas regras que advém das utopias de uma revolução. O juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres, a partir do *common law*.⁴¹

Nesse contexto, WILMER PRADO, ao tecer comentários acerca dos tribunais ingleses, demonstrou que estes eram dotados de poderes que os permitiam julgar inclusive contra as leis provenientes do parlamento, quando se contrapunham às tradições e aos costumes existentes na sociedade. Em verdade, o próprio parlamento, no ato de elaboração das leis, devia respeitar o direito costumeiro, a ele se adequando.⁴²

Assim, sobressai desta característica anglo-saxã, de um direito evocado à resolução de um caso concreto cunhada no imediatismo, que inibir a liberdade de interpretar o ordenamento jurídico em face de que, ao fazê-lo, pudessem desrespeitar a vontade do legislativo, não fazia parte do *common law*.⁴³

Nessa vereda, WILMER PRADO conclui que diante da norma inglesa possuir um viés eminentemente jurisprudencial, o *common law* sempre perquiriu certa coerência entre as decisões do sistema judiciário e, neste sentido, desenvolveu a regra dos precedentes obrigatórios, o *stare decisis*, com o objetivo de conferir maior coesão e segurança jurídica ao sistema.⁴⁴

Deste modo, quanto ao *stare decisis*, tem-se que os precedentes das cortes de maior grau possuem um caráter vinculante, de modo em que o *decisum* proclamado pelos tribunais superiores se torna de aplicação mandatória tanto ao próprio tribunal que o emanou, como para as jurisdições de grau inferior.⁴⁵

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2010, Pag. 540.

⁴² VASCONCELOS NETO e PRADO, Wilmer Cysne. **Contraponto entre os sistemas jurídicos da common law e do civil law.** 22/02/2016. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46019/contraponto-entre-os-sistemas-juridicos-da-common-law-e-do-civil-law#_ftn17>. Acesso em 29/06/2020.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

Conclui-se que o sistema de *common law*, calcado historicamente pela formação jurisprudencial e consuetudinária, bem como pelo respeito à regra do *stare decisis*, possui gritantes e diametrais distinções ao sistema de *civil law*, em que a maioria dos casos possuem decisões enraizadas basicamente na subsunção do fato à norma.

5.2. Sistema de *Civil Law*

Por sua vez, o modelo jurídico do *civil law* possui seu alicerce em um direito mais antigo, que remonta à tradição Romana de raciocinar direito.⁴⁶

Como cediço e arguido por RENÉ DAVID, o direito romano possuía notável interesse pela regulamentação das relações privadas, sendo, inclusive, o direito basilar na elaboração das atuais regras de direitos civis, dispondo de normas de conduta a serem perquiridas, com debates calorosos a respeito da justiça e moral.⁴⁷

Deste modo, muitas das características básicas da atual sistemática de *civil law* são enraizadas nas noções de preponderância da lei escrita, bem como de abstração e generalidade dos princípios e normas.⁴⁸

Notório é a vinculação deste sistema jurídico com o movimento de codificação legal fruto dos ideais da revolução francesa, calcados nos preceitos de igualdade e liberdade, os quais impuseram forte movimento pela positivação destes ideais e atribuíram ao Estado o dever de resguardá-los.⁴⁹

Não suficiente, atribui-se, ainda, à revolução francesa a adoção e fortificação do princípio da separação de poderes, impondo aclamado debate perante a necessidade de resguardar e restringir os poderes do Poder Judiciário. Isso porque, no contexto francês, o judiciário vinha de anos como o grande aliado de reis absolutistas, e a irrisignação popular acerca desta seara fora, inclusive, um dos vitais embriões da revolução.⁵⁰

Este contexto, portanto, desencadeou a necessidade de elaboração de uma sistemática judicial racionalista e que cessasse com o regime político anterior, ao passo em que

⁴⁶ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pag. 456.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea**. Tese (Doutorado em Direito). - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Pag. 264.

⁴⁹ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pag. 368.

⁵⁰ Ibidem.

fortalecesse uma explícita e incontestável separação entre os poderes, visando arredar do Poder Judiciário quaisquer hipóteses de discricionariedades em suas decisões judiciais.

Neste sentido, despontou um sistema judicial positivista, em que os julgadores passaram a basicamente serem intérpretes e aplicadores dos textos legais e codificadas, ou seja, de garantidores da vontade contida na norma legal, crendo-se, com isso, que o direito codificado seria capaz de prever todas as situações passíveis de conflito.⁵¹ Acerca deste movimento positivista e codificador, ESTEFÂNIA BARBOSA aduz que:

Busca-se, destarte, limitar o Poder Judiciário que deveria apenas interpretar e aplicar a lei, sem ter a possibilidade de criar o direito. Para tanto, a Codificação não só se faz necessária, como foi preciso pensar num sistema completo, coerente e claro que não ensejasse dúvidas em sua aplicação. Se o juiz tivesse que suprir uma lacuna da lei então ele estaria legislando e haveria uma afronta ao princípio da separação de poder.⁵²

Nota-se que, sem qualquer atividade interpretativa, o Judiciário se valia como mero aplicador literal das normas, atribuindo-se à lei – teoricamente completa e perfeita – a característica de fonte monopolizadora, vez que a função jurisdicional não era considerada fonte do direito, o Judiciário tinha como função apenas declarar a vontade legal.

5.3. Principais divergências entre o sistema de *Common Law* e o sistema de *Civil Law*

Como visto, o direito de *civil law* foi fruto da incorporação da lógica existente no direito românico a respeito da criação de direitos e institutos substanciais e não em sua aplicação prática⁵³, bem como pelo viés positivista da revolução francesa, a qual defendia veementemente a aplicação da norma legal, retirando qualquer possibilidade de interpretação discricionária dos magistrados em suas decisões judiciais.

Por sua vez, o direito de *common law*, em entendimento diametralmente oposto, defende a necessidade de uma análise do caso concreto que perfaça a mera aplicação da norma legal. A par disso, MARINONI declara que “*o parlamento considerava as decisões proferidas pelas Cortes nos casos concretos para, a partir delas, precisar e delinear a lei decorrente da*

⁵¹ Ibidem.

⁵² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea**. Tese (Doutorado em Direito). - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Pag. 56.

⁵³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pag. 370.

vontade comum".⁵⁴ Em razão dessa tradição, ainda aduz que "o juiz inglês não só interpretava a lei, como extraia direitos e deveres, a partir do *common law*".⁵⁵

Tem-se dessa divergência entre os sistemas que a teoria da cegueira deliberada encontra no *common law* um terreno sólido para desenvolver-se que não há no *civil law*, vez que há, aqui, cognoscível e irrefutável previsão normativa quanto aos pressupostos necessários da imputação subjetiva a ensejarem uma condenação dolosa, não sendo possível, por meio de jurisprudências isoladas, alterar esse entendimento e ferir preceitos basilares do nosso ordenamento jurídico.

Outra importante distinção entre os sistemas é mencionada por Daniela Pereira Madeira, em obra reflexiva sobre o novo Código de Processo Civil, coordenada pelo Ministro da Suprema Corte, Sr. Luiz Fux, na qual afirma que:

No âmbito da *common law* uma única decisão judicial pode perfeitamente produzir a eficácia de precedente vinculativo, enquanto na órbita do direito codificado exige-se um número considerável de decisões similares para se chegar à concepção de jurisprudência consolidada ou dominante.⁵⁶

Nota-se, assim, que em direitos consuetudinários e de forte valoração à jurisprudência como o *common law*, em que há a regra do *stare decisis*, uma única decisão prolatada vincula todo o ordenamento jurídico à sua aplicação. Enquanto, em direitos de *civil law*, como o brasileiro, para se obter o mesmo caráter vinculativo é necessário, na maioria dos casos, que haja um considerável número de decisões, pacificando o entendimento acerca do tema.

Em suma, conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro, ao filiar-se ao sistema jurídico de *civil law*, desenvolveu, como sua principal característica, o respeito ao princípio constitucional da legalidade em suas decisões judiciais, visando sempre limitar a discricionariedade do juízo e mantendo-se atinente aos preceitos e normas legais, rechaçando, portanto, a possibilidade de aplicação de um entendimento nitidamente *contra legem* e, ademais, que busca sua entrada em solos brasileiros por meio de aplicações jurisprudenciais isoladas, sem força de caracterizar qualquer caráter vinculativo.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2010. Pag. 540.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2010. Pag. 541.

⁵⁶ MADEIRA, Daniela Pereira. **A força da jurisprudência.** In: FUX, Luiz (Org.). **O novo Código de Processo Civil brasileiro: Direito em experiência.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, Pag. 531.

6. CONTRAPOSIÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A importação da cegueira deliberada correlaciona-se, como ora já dito, ao contexto da demanda social por maior intervenção estatal através do direito penal, de modo em que a doutrina em questão socorre ao clamor punitivista da sociedade, porém o faz ao passo em que alarga o conceito de dolo e reduz os *standards* de prova necessários à condenação.

Ocorre que essa expansão conceitual de dolo visando abarcar a possibilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada recebe consideráveis críticas doutrinárias, vez que incorre em ofensa aos princípios da legalidade e da culpabilidade, bem como envolve clara violação ao direito de imputação subjetiva e enfraquecimento do erro de tipo.

Sobre essa incompatibilidade existente entre a teoria estudada e o ordenamento jurídico de base *civil law*, PRADO aduz acerca do risco à segurança jurídica que permeia a incorporação da doutrina, vez que o ordenamento pátrio se filia ao princípio da responsabilidade penal subjetiva. Veja-se:

Isso porque é absolutamente impositivo ter-se em conta que o ordenamento jurídico brasileiro está assentado sobre o princípio da responsabilidade penal subjetiva, de previsão legal expressa (artigo 18, CP), sem nenhuma espécie de substitutivo, distorção ou menoscabo. Neste último caso, sua aplicação dá lugar a uma normatização judicial indevida, e ao arrepio da Constituição (artigo 5º, XXXIX, CF)⁵⁷

Oportuno se torna dizer que, conforme já reiteradamente mencionado, a teoria da cegueira deliberada surge e é aplicada em um sistema jurídico consuetudinário, em que se dá maior peso a aplicação jurisprudencial aos casos concretos, quando sopesada em detrimento a uma fundamentação sistêmica e uma interpretação positivista da norma legal.

Soma-se a este ponto o fato de, diferentemente da sistemática de *civil law*, não haver no sistema de *common law* uma definição normativa do elemento subjetivo que defina o dolo.

Sob tal ambulação, VALLÈS aduz que “*no sistema de imputação subjetiva, a teoria da cegueira deliberada é uma fissura que ameaça a solidez das bases liberais*”.⁵⁸ Ora, como bem exposto pelo doutrinador, validar a aplicação da teoria em solo pátrio acarreta inequívoca e perigosa flexibilização da responsabilidade penal subjetiva, que, por sua vez, possibilita a imputação penal a quem não merece tê-la, gerando insegurança jurídica.

⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁵⁸ VALLÈS, Ramon Ragués I. **Mejor No Saber: Sobre La Doctrina De La Ignorância Deliberada Em Derecho Penal, Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal**. Buenos Aires: EdiUNS, 2013. Pag. 19.

Em remate, é cognoscível a problemática que paira sobre a áurea que a doutrina defensora da tese tenta impor, a fórceps, em relação à aplicação da teoria da cegueira deliberada, vez que é cristalina a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico, mormente a respeito da flexibilização da responsabilidade penal, violando a imputação subjetiva e o princípio da legalidade.

6.1. Teoria da cegueira deliberada e a violação ao princípio da legalidade

Como já dito, e bem pontuado por BADARÓ, por não haver qualquer previsão normativa a respeito da teoria da cegueira deliberada, alguns pontuais julgados, visando importar a doutrina para suas decisões, flexibilizam o conceito de dolo eventual para inseri-la, sem, contudo, fazer uma minuciosa análise quanto aos seus requisitos.⁵⁹

Esta aplicação descompassada e sem o devido diagnóstico dos requisitos dá-se em decorrência da ausência de proporcionalidade por vezes ocorrente, visto que já não são raras as situações em que ocorre a impunidade por não haver a comprovação da completa configuração dos elementos do dolo durante a persecução penal⁶⁰. A onda criminalizadora que assola a sociedade gerou o alargamento dos conceitos a fim de abarcar situações de uma suposta ignorância voluntária.

Buscando estorvar uma arbitrariedade extensiva da lei ao cogitarem uma aplicabilidade da teoria, BADARÓ e BOTTINI sugerem a necessidade de se delimitar os contornos dela, vez que podem existir situações em que por desídia ou falta de atenção o agente deixa de reconhecer os riscos de sua atividade.⁶¹

Desta maneira, os doutrinadores alavancaram critérios para assemelhar-se aos da teoria de origem americana, a *willful blindness*, como a obrigatoriedade da criação de barreira voluntária ao seu conhecimento, com a intenção expressa em deixar de conhecer a atividade ilícita, acreditando o agente que essa falta de conhecimento facilitará a prática de atos infracionais⁶².

⁵⁹ BADARÓ, Jennifer Falk. **Dolo no crime de lavagem de dinheiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. Pag. 192.

⁶⁰ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal*. Buenos Aires: EdiUNS, 2013. Pag. 19.

⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. Pag. 146.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. Pag. 144.

Em outras palavras, os autores compactuam com o ideal de equiparar o dolo eventual à teoria da cegueira deliberada nos casos de uma necessária, consciente e voluntária criação de barreiras, visando evitar o conhecimento sobre delitos⁶³.

Assim, os apoiadores da teoria, dentre eles VALLÈS, defendem que nessas hipóteses deve-se atribuir os mesmos efeitos da responsabilidade subjetiva, mesmo que toda a conduta verse de uma cognoscível aplicação objetiva. O supracitado autor propõe, inclusive, equiparar os casos em que há o efetivo conhecimento dos elementos objetivos que configuram o tipo e aqueles em que há o “*desconhecimento intencional ou construído*” de tais elementares.⁶⁴

Ocorre que a teoria da cegueira deliberada, na realidade, diz respeito a uma forma intermediária de imputação, pois possui uma estrutura semelhante a culpa, porém com um valor equiparado ao dolo eventual⁶⁵.

Portanto, este descompasso para conceituar uma forma intermediária de imputação gera, por óbvio, insegurança jurídica, vez que possibilita situações de impasses quanto a proporcionalidade, pois dá margem a enquadrar casos divergentes no mesmo título normativo.⁶⁶

Além da desproporcionalidade e insegurança jurídica que a aplicação da teoria gera, tem-se que o legislador pátrio expressamente delimitou até onde o dolo pode ir, e esta limitação exige a presença do conhecimento, o que demonstra a incompatibilidade do nosso ordenamento jurídico com a doutrina da cegueira deliberada.

Deste modo, por ser o conhecimento do risco essencial para a formação do dolo, e a ausência deliberada dele como requisito primário para aplicação da teoria, há um descompasso entre os institutos⁶⁷.

Esta busca desenfreada, a todo e qualquer custo, pelo aumento do punitivismo acaba por gerar flexibilização das normas, violando o princípio da legalidade. Como afirma LUÍS

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. Pag. 146.

⁶⁴ VALLÈS, Ramon Ragués I. *La Responsabilidad Penal Del Testaferro En Delitos Cometidos Através de Sociedades Mercantiles: Problemas de Imputación Subjetiva*. Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124290/172263>>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

⁶⁵ SOL, Inés Sandro. *La ignorancia deliberada del derecho penal: ¿dolo o culpa? “La mejor manera de no saber, es no querer saber”*. Tesinas de Belgrano. Universidad de Belgrano – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 2012. Pag. 21. Disponível em: <<https://bit.ly/2Mn5EZD>>. Acesso em: 03 de junho de 2020.

⁶⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal**. Buenos Aires: EdiUNS. 2013. Pag. 32.

⁶⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 122, set.-out. 2016. Pag. 255.

GRECO, “o tratamento dado ao autor não pode simplesmente instrumentalizá-lo e desrespeitá-lo”⁶⁸.

No direito penal norte-americano há espaço e legislação que abarque e fundamente a aplicação da teoria da cegueira deliberada, vez que se diferenciam os institutos do *knowlegde* e *recklessness*. Enquanto, no Brasil, equiparou-se – erroneamente – o primeiro ao dolo eventual e o segundo à culpa consciente, sem, contudo, analisar-se devidamente os institutos⁶⁹.

Assim, em face da teoria ser aplicada nos países de *common law*, como substituto do conhecimento acerca dos elementos objetivos da norma⁷⁰, e no Brasil existir clara previsão quanto à importância da presença de conhecimento para caracterização do dolo, a sua desconsideração afronta o princípio da legalidade⁷¹.

6.2. Teoria da cegueira deliberada e a ofensa ao direito da imputação subjetiva

Ainda nessa seara, se a persecução penal não foi suficiente para demonstrar dolo ou culpa na ação do agente, não se pode admitir a punição baseada em crenças de que o agente deveria possuir consciência acerca da ilicitude da situação, vez que configuraria responsabilidade penal objetiva, o que é amplamente rechaçado no direito penal pátrio.

Acerca do tema, preleciona o doutrinador DAMÁSIO JESUS:

Nullum crimen sine culpa. A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. É um fenômeno individual: o juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade). O juízo de culpabilidade, que serve de fundamento e medida da pena, repudia a responsabilidade penal objetiva (aplicação de pena sem dolo, culpa e culpabilidade).⁷²

⁶⁸ GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS et al. (Coord.). *Liber amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009. Pag. 892.

⁶⁹ HERNANDES, Camila Ribeiro. **A impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais no direito penal brasileiro**. Tese (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Pag. 121. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27811>>. Acesso em 08 de junho de 2020.

⁷⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada “cegueira deliberada”**. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Pag. 171. Disponível em: <<https://bit.ly/2Lkn1tJ>>. Acesso em: 08 de junho de 2020.

⁷¹ BADARÓ, Jennifer Falk. **Dolo no crime de lavagem de dinheiro**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. Pag. 196.

⁷² JESUS, Damásio. **Direito Penal**. Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. Pag. 53.

Nesta vereda, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro se filia à responsabilidade penal subjetiva, em que se leva em conta a real intenção do agente causador do resultado, sua voluntariedade na ação, bem como se lhe faltou dever de cuidado ao decidir por agir⁷³.

Tanto o é que o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 19, é claro ao dizer que um resultado somente pode ser atribuído àquele que o produziu, seja por dolo ou culpa, excluindo-se completamente a possibilidade de responsabilização objetiva.⁷⁴

Portanto, se faz cognoscível que a imputação subjetiva abarcada pelo ordenamento pátrio não se mistura com a teoria da cegueira deliberada, vez que o sistema jurídico brasileiro é diametralmente contrário à responsabilidade penal objetiva, a qual considera basicamente desnecessária qualquer análise a respeito da existência de dolo ou culpa, focando na punição ao violador do bem jurídico.

Dito isto, percebe-se a tenuidade existente entre a definição e aplicação da teoria da cegueira deliberada, o dolo eventual e a responsabilidade penal, vez que o agente que supostamente optou deliberadamente por não aprofundar seu conhecimento acerca de certa conduta, podendo ser ilícita, não necessariamente ostenta o elemento cognitivo e volitivo, os quais são exigidos na modalidade dolosa.⁷⁵

A par disso, uma suposta condenação estaria fundamentada única e exclusivamente em presunções e suposições de que o agente deveria ter conhecimento acerca da ilicitude, mas por alguma razão não o fez.

Entretanto, como aduz WELZEL, a conduta humana objeto da norma penal é tida como “o exercício de uma atividade final”⁷⁶. E esse “*caráter final da ação baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhes fins diversos e dirigir sua atividade*”⁷⁷.

Neste ínterim, tem-se que a ação finalista alicerça-se na vontade humana configuradora do acontecer de forma causal, concluindo pelo liame subjetivo, o qual une o agente causador ao efeito de sua ação, integrando, assim, o injusto. Veja-se:

⁷³ ALMEIDA, Aline Vieira. **A teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/teoria-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.htm>>. Acesso em 29/06/2020.

⁷⁴ ALMEIDA, Aline Vieira. **A teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/teoria-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.htm>>. Acesso em 29/06/2020.

⁷⁵ ALMEIDA, Aline Vieira. **A teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/teoria-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.htm>>. Acesso em 29/06/2020.

⁷⁶ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pag. 25.

⁷⁷ Ibidem.

A ação tem que infringir, por conseguinte, de um modo determinado a ordem da comunidade: tem que ser ‘típica’ e ‘antijurídica’; e há de ser, além disso, reprovável ao autor como pessoa responsável: tem que ser culpável. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem a ação em delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal pelo fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade tem que estar, por sua vez, concretizada nos tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão vinculadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior. E ao Direito Penal interessa, como se sabe, o estudo do delito. E sob uma perspectiva analítica tripartida, o crime é definido como sendo uma conduta típica, antijurídica e culpável.⁷⁸

Ainda nesse sentido, importante se faz a lição de CERNICHIARO e COSTA JUNIOR a respeito da relação entre a responsabilidade penal do agente e a culpabilidade, a qual dever ser compreendida como uma garantia contra os excessos da responsabilidade objetiva e como uma exigência que se soma à relação de causalidade para reconhecer a possibilidade de impor pena:

Fala-se aqui em princípio da culpabilidade em sentido estrito, de modo que, as lesões ou colocações em perigo de bens jurídicos-penais não são suficientes para que pese uma carga penal sobre o autor. Logo, “não há pena sem dolo ou culpa”. Nesse passo, a verificação objetiva dessas lesões corresponde, posteriormente, uma verificação subjetiva, que diz respeito ao dolo ou a culpa.⁷⁹

Desse modo, nota-se que não há como falar do princípio da imputação subjetiva sem mencionar o da culpabilidade, já que aquele surge a partir da definição deste.⁸⁰ Nesse sentido, explica CAPEZ:

Nenhum resultado objetivamente típico pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva. Do mesmo modo, ninguém pode ser responsabilizado sem que reúna todos os requisitos da culpabilidade. Por exemplo: nos crimes qualificados pelo resultado, o resultado agravador não pode ser atribuído a quem não o tenha causado pelo menos culposamente. Tome-se o exemplo de um sujeito que acaba de conhecer um hemofílico e, após breve discussão, lhe faz um pequeno corte no braço. Em face da patologia já existente, a vítima sangra até morrer. O agente deu causa à morte (*conditio sine qua non*), mas não responde por ela, pois não a causou com dolo (quem quer matar corta a artéria aorta, não o braço), nem com culpa (não tinha como prever o desfecho trágico, pois

⁷⁸ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 80; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1977, p. 257.

⁷⁹ CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995. Pag. 126.

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Pag. 178.

desconhecia a existência do problema anterior). É a inteligência do art. 19 do CP.⁸¹

Desmiuçando ainda mais a imputação penal subjetiva, visando demonstrar a sua incompatibilidade com o instituto da cegueira deliberada, tem-se que, além de, conforme já supramencionado, somente se responsabilizar aquele que tenha agido dolosa ou culposamente⁸², a sanção imposta “*deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, que integra o tipo de injusto, e não a culpabilidade*”. Afastando, portanto, a possibilidade de responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado fortuito decorrente de atividade lícita ou ilícita⁸³.

6.3. Teoria da cegueira deliberada e a inexequibilidade de enquadramento em uma das hipóteses de dolo e culpa

Inicialmente, impende-se novamente citar que existem quatro hipóteses de subsumir a ação em uma figura típica perante o nosso ordenamento jurídico-penal, quais sejam, o dolo direto, o dolo eventual, a culpa inconsciente e a culpa consciente. Desse modo, não há espaço, nem mesmo razão, a se falar na ignorância deliberada como uma nova hipótese de imputação⁸⁴.

Isso porque, como visto, adotar a teoria da cegueira deliberada contraria princípios basilares do Direito Penal, os quais postulam em defesa das garantias individuais, como o princípio da imputação subjetiva e o princípio da legalidade⁸⁵.

Ademais, conforme concluiu-se no tópico anterior, o constituinte não contemplou a responsabilidade penal objetiva, ou a ignorância deliberada, dentre as modalidades de responsabilidade penal previstas no art. 18, incisos I e II, do Código Penal, mas única e exclusivamente o dolo e a culpa.

Há, todavia, quem defenda que a cegueira deliberada encontra espaço no ordenamento jurídico brasileiro por poder ser compreendida como uma extensão dos problemas pertinentes

⁸¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. Pag. 25.

⁸² ROSA, Gerson Faustino. **A teoria da ignorância deliberada (ou cegueira deliberada ou instruções do avestruz) à luz do princípio da imputação subjetiva**. Publicado em 01/2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71381/a-teoria-da-ignorancia-deliberada-ou-cegueira-deliberada-ou-instrucoes-do-avestruz-a-luz-do-principio-da-imputacao-subjetiva/1>>. Acesso em 29/06/2020.

⁸³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Pag. 178.

⁸⁴ ROSA, Gerson Faustino. **A teoria da ignorância deliberada (ou cegueira deliberada ou instruções do avestruz) à luz do princípio da imputação subjetiva**. Publicado em 01/2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71381/a-teoria-da-ignorancia-deliberada-ou-cegueira-deliberada-ou-instrucoes-do-avestruz-a-luz-do-principio-da-imputacao-subjetiva/1>>. Acesso em 29/06/2020.

⁸⁵ LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Posto Alegre: Sergio Fabris, 2003. Pag. 12.

ao dolo eventual. Estes defensores aduzem que “*todo dolo eventual se enquadraria no que se entende por cegueira deliberada*”⁸⁶.

Ocorre que esta teoria na realidade traz mais problemas do que soluções, vez que abre margem para soluções jurídicas injustas e afrontosas à segurança jurídica, como bem elucidado por GERSON ROSA⁸⁷:

Tal doutrina, em verdade, possibilita que a pena deixe de refletir adequadamente o desvalor jurídico que merece a conduta do sujeito⁸⁸, cumprindo unicamente fins de política criminal, pautados na necessidade de se superar os déficits de punibilidade, especialmente no que diz respeito aos crimes de lavagem de capital. Trata-se, portanto, de referencial demasiadamente elástico para fundamentar a aplicação do dolo eventual à realidade brasileira⁸⁹.

Como se nota, não há que se admitir a sugestão de tornar objetivo o elemento subjetivo da conduta sob o argumento de ser impossível a indicação dos meios que possibilitem a identificação do dolo como realidade psicológica, em razão da intenção subjetiva ser inacessível fisicamente e pela necessidade de se ter uma verdade real no processo⁹⁰. Também não se pode aceitar o dolo sem a representação intelectual, como expõe ROXIN, ao dispor que age com dolo eventual aquele que, suspeitando da presença dos elementos do tipo, mas sem a certeza, atua de modo a possivelmente produzir o resultado típico⁹¹.

Assim, o que se nota é uma inversão na ordem do que, de fato, deveria ser analisado, pois se prioriza o que o agente não sabe, mas supostamente deveria ou poderia saber, ao invés de se aferir o que está devidamente representado pelo indivíduo ao concluir por prosseguir na ação.

⁸⁶ LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. **A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204. Nov. 2009. Pag. 3.

⁸⁷ ROSA, Gerson Faustino. **A teoria da ignorância deliberada (ou cegueira deliberada ou instruções do avestruz) à luz do princípio da imputação subjetiva**. Publicado em 01/2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71381/a-teoria-da-ignorancia-deliberada-ou-cegueira-deliberada-ou-instrucoes-do-avestruz-a-luz-do-principio-da-imputacao-subjetiva/1>>. Acesso em 29/06/2020.

⁸⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial**. In *Dret: Revista para el análisis del Derecho*. v. 3. Barcelona, 2015. Pag. 10. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 18 de junho 2020.

⁸⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro**. Boletim IBCCrim. v. 246, 2013. Pag. 2-3. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/002414471>>. Acesso em: 18 de junho de 2020.

⁹⁰ BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. **Modernas tendências sobre o dolo em direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pag. 100.

⁹¹ ROXIN, Claus. **Teoría del Delito en la Discusión Actual**. Lima: Grijley, 2007. Pag. 201.

Ora, certo é que “*sempre será possível ao agente conhecer melhor as circunstâncias do caso concreto, entretanto, não é correto enaltecer aquilo que o sujeito poderia vir a conhecer*”.⁹²

Insta, ainda, observar que WELZEL defende que o “*conhecimento potencial dos elementos do tipo objetivo não dá ensejo ao dolo eventual, diferentemente do que ocorre com o conhecimento potencial da ilicitude do fato, que pode sim caracterizar a culpabilidade*”⁹³.

Além disso, importante salientar a colocação de ALINE ALMEIDA sobre ser “*importante destacar que uma conduta de mera abstenção do indivíduo está mais próxima de ensejar ausência do dever de cuidado, requisito da modalidade culposa, que do instituto do dolo propriamente dito*”.⁹⁴

A autora vai além e aduz que “*mesmo que o agente tenha a mínima previsibilidade de conscientizar-se acerca da ilicitude do ato a ser praticado, deve-se considerar a ausência de certeza e, em caso de punição, estaremos diante de um ativismo judicial in malam partem, ou até mesmo da responsabilidade penal objetiva*”⁹⁵, a qual, no tópico anterior, demonstrou-se ser completamente rechaçada no nosso ordenamento jurídico, por contrariar garantias basilares do ordenamento jurídico brasileiro e ensejar decisões discricionárias.

6.4. Teoria da cegueira deliberada e a analogia *in malam partem*, rechaçada no ordenamento jurídico brasileiro

Mediante ora já exposto, há irredutível incompatibilidade entre a teoria da cegueira deliberada e os institutos do dolo e culpa, além de inexistir qualquer previsão legal adequada a sustentá-la. Desse modo, para se valer da referida teoria em casos práticos, seus defensores valem-se de analogias ou, como visto, de – errônea – interpretação extensiva do dolo eventual, para, enfim, punir o agente, mesmo que a persecução penal sequer tenha comprovada a real intenção do indivíduo.

A par disso, em rápida pincelada, conceitua-se a técnica analógica, em que se aplica certo instituto em situação diversa, específica e não regulamentada por lei, ou seja, em hipótese

⁹² LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. **A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204, nov., 2009. Pag. 3.

⁹³ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pag. 44.

⁹⁴ ALMEIDA, Aline Vieira. **A teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/teoria-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.htm>>. Acesso em 29/06/2020.

⁹⁵ ALMEIDA, Aline Vieira. **A teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/teoria-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.htm>>. Acesso em 29/06/2020.

de lacuna legislativa⁹⁶, entretanto, sua aplicação só é legal em benefício do acusado, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*.

Neste entendimento conciso, vê-se que a correlação ensejada entre a teoria da ignorância deliberada e o dolo eventual, além de forçosa, constitui indissolúvel analogia *in malam partem*, a qual, como supracitado, é veementemente repudiada no direito brasileiro, em face de seu caráter afrontoso ao princípio da legalidade.

No âmbito do Direito Penal, o princípio da legalidade prevê basicamente que ninguém poderá ser punido sem que exista lei prévia, escrita, estrita e certa, é o que aduz o brocardo *nullum crimen sine lege*. E é desse princípio que emana a vedação da analogia ou da interpretação extensiva *in malam partem*⁹⁷.

Justamente a respeito da vedação à analogia *in malam partem*, pode-se citar os apontamentos de ROXIN levantados por AROUCK:

Em matéria penal, a analogia somente deve ser utilizada para o julgador preencher as lacunas legislativas de forma a delimitar a interpretação fiel à lei e desde que, com isso, não traga consequências ao acusado. Por outro lado, não pode o julgador valer-se dessa manobra hermenêutica para criar ou modificar direitos, mormente quando trazer algum prejuízo ao réu.⁹⁸

Assim, garantem-se, ao se punir somente o que está posto em lei, limites ao Estado e protege-se a sociedade de quaisquer arbitrariedades, visto que uma interpretação extensiva ou analógica inadequada acaba alargando o *jus puniendi* do Estado. Nesse sentido, sobreleva lição de CAPEZ:

(...) O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. O princípio contém uma regra – segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade – e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis.⁹⁹

No mesmo entendimento, impende citar-se MIRABETE e FABBRINI:

⁹⁶ ALMEIDA, Aline Vieira. **A teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/teoria-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.htm>>. Acesso em 29/06/2020.

⁹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**, 1ª Ed, Editora ATLAS, 2015, p. 99; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito Penal Parte Geral*, 32º Ed. 2011. Pag. 51.

⁹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. Pag. 147. Apud AROUCK, 2017.

⁹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. Pag. 38.

Diante do princípio da legalidade do crime e da pena, pelo qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei (item 2.1.1), **é inadmissível o emprego da analogia para criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais**. Nada impede, entretanto, a aplicação da analogia às normas não incriminadoras quando se vise, na lacuna evidente da lei, favorecer a situação do réu por um princípio de equidade. Há, no caso, a chamada “*analogia in bonam partem*”, que não contraria o princípio da reserva legal, podendo ser utilizada diante do disposto já no citado art. 4º da LICC. Ressalta-se, porém, que só podem ser supridas as *lacunas legis involuntárias*; onde uma regra legal tenha caráter definitivo não há lugar para a analogia, ou seja, não há possibilidade de sua aplicação contra *legem* (...) ¹⁰⁰

Do exposto, conclui-se que, ciente de que no Brasil existe um conceito fixo e restrito de dolo, artigo 18 do Código Penal, utilizar a teoria da cegueira deliberada analogicamente *in malam partem* ou como forma de extensão do dolo, além de, como visto, ser vedado no ordenamento jurídico, ensejaria a ampliação do *jus puniendi* estatal, ao permitir punir indivíduos que praticaram condutas que não ofenderam verdadeiramente o texto legal e em que a persecução penal não demonstrou autoria e materialidade dos crimes, com base exclusivamente em presunções acerca da possibilidade de conhecimento do caráter ilícito, algo totalmente incompatível à luz dos princípios e garantias previstos em nosso ordenamento jurídico.

6.5. Teoria da cegueira deliberada e a ausência de provas, princípio da presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova

Inicialmente, impende asseverar que cada vez mais, no Brasil, encontra-se laborioso obter provas contundentes e suficientes para elucidar materialidade e autoria em desfavor do indivíduo investigado.

Neste ínterim, de maneira vulgar e errônea, vem sendo utilizada a teoria da cegueira deliberada, como extensão do dolo, na modalidade eventual, para ensejar condenações em casos em que as provas colhidas não se fazem suficientes na comprovação da materialidade e autoria do indivíduo, o que alude ao notório e basilar princípio da presunção de inocência.

Em relação à presunção de inocência, o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos garante ao indivíduo que “*todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei,*

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2007. Pag. 29.

*em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.*¹⁰¹

Em suma, a presunção de inocência é a regra número um que o polo acusatório necessita derrubar na persecução penal, assumindo, portanto, o ônus da comprovação da materialidade e autoria da infração penal. Assim, não sendo suficiente, a decisão deve ser proferida em favor do réu, em respeito ao princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Dessa maneira, tem-se, segundo CAPEZ¹⁰², que o princípio da presunção de inocência pode ser aplicável em três distintos momentos: a) durante o processo, cabendo à acusação provar a culpabilidade, na medida em que a inocência é presumida; b) na análise das provas, com interpretação favorável ao acusado; e c) no tratamento propriamente dito concedido ao acusado durante todo o processo.

Nota-se, portanto, que o acusado é considerado presumidamente inocente até que se prove o contrário por meio de sentença condenatória transitada em julgado. Acerca deste ideal principiológico, RENATO BRASILEIRO, aduz que:

O princípio da presunção da inocência consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).¹⁰³

É nesse quesito que ocorre o grande imbróglio da utilização da teoria da cegueira deliberada: punir um indivíduo sem que tenha seu elemento subjetivo suficientemente comprovado nos autos durante a persecução penal, de modo a condená-lo por mera presunção de que deveria possuir o conhecimento de que praticava um ilícito penal.

Nessa vereda, alegar que o agente deveria ter granjeado conhecimento quanto a uma possível ilicitude da conduta por ele praticada, considerando, assim, a situação como apta a condená-lo, constitui, por óbvio, presunção de dolo, o que impõe a inversão do ônus probatório, o qual passaria a recair sobre a defesa, incumbindo-a de buscar formas para afastar a tese acusatória de potencial consciência da ilicitude do ato.

Acerca do exposto, pertinente é a colocação do doutrinador PACELLI DE OLIVEIRA:

Todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar

¹⁰¹ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

¹⁰² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. Pag. 44.

¹⁰³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8ª ed. Ed. JusPODIVM. 2020.

a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.¹⁰⁴

Ora, inexistindo provas contudentes a comprovar autoria e materialidade e em face da impossibilidade de inversão do ônus da prova, bem como no fato de ser necessário para configuração do dolo que o agente ostente conhecimento acerca das circunstâncias do fato, além da sua vontade de produzi-lo, não pode a teoria da cegueira deliberada ser utilizada como concretude de um viés punitivista a todo e qualquer custo, possibilitando alteração ilegal do ônus probatório para enquadrar a conduta a fórceps e de maneira equivocada em uma das modalidades de dolo, em nítida afronta ao princípio da presunção de inocência.

6.6. Teoria da cegueira deliberada e o enfraquecimento do instituto do erro de tipo

PIERPAOLO BOTTINI considera que a teoria da cegueira deliberada, na jurisprudência americana, vem admitindo como dolosos casos em que o agente tenha atuado em uma “situação proposital de erro de tipo”¹⁰⁵. Este posicionamento não merece prosperar no ordenamento jurídico pátrio, vez que gera um entrave quanto à sua aplicação, principalmente em relação aos crimes de lavagem no Brasil.

Com efeito, a respeito do instituto do erro de tipo, tem-se que o *caput* do artigo 20 do Código Penal brasileiro dispõe que “*o erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal exclui o dolo, porém permite a punição na modalidade culposa, se previsto em lei*”¹⁰⁶. Sobre o tema, MIRABETE e FABBRINI defendem que:

O erro é uma falsa representação da realidade e a ele se equipara a ignorância, que é o total desconhecimento a respeito dessa realidade. **No caso de erro de tipo, desaparece a finalidade típica, ou seja, não há no agente a vontade de realizar o tipo objetivo. Como o dolo é querer a realização do tipo objetivo, quando o agente não sabe que está realizando um tipo objetivo, porque se enganou a respeito de um de seus elementos, não age dolosamente: há erro de tipo.** São casos em que há tipicidade objetiva (nos exemplos, os tipos de homicídio, lesão corporal, aborto, furto, corrupção ativa), mas não há tipicidade subjetiva por estar ausente o dolo.¹⁰⁷

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2008. Pag. 35.

¹⁰⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A cegueira deliberada no julgamento da ação penal 470**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>> Acesso em: 18 de junho de 2020.

¹⁰⁶ BRASIL. Código Penal. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940**. Diário oficial da União, Brasília, DF, 31.12.2106. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 18 de junho de 2020.

¹⁰⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2007. Pag. 162.

Nota-se a correlação entre o instituto e a teoria da cegueira deliberada, vez que o erro de tipo diz respeito a uma falsa representação da realidade e a ignorância deliberada à situação em que o agente desconhece certa informação relevante e descrita em determinada tipificação penal.

Assim, utilizar-se da teoria da cegueira deliberada como presunção de dolo em casos onde o indivíduo possuía probabilidade de obter conhecimento acerca do ilícito, mas opta por cegar-se, enfraquece por completo o primeiro instituto, do erro do tipo, em face da manifesta incompatibilidade, vez que o instituto sequer prevê punições a título doloso.

A par da relação existente entre a teoria da cegueira delibera e o instituto do erro de tipo, impende-se analisar a lição de SYDOW:

As características da cegueira deliberada em sentido estrito parecem desafiar a compatibilidade. A ignorância é criada e, portanto, a deliberação por si só parece ter em si inerente a característica da evitabilidade. Só se pode decidir por ignorar algo que se sabe existir. E não se pode alegar ignorância verdadeira sobre fato identificado.

Ocorre, porém, que uma análise *ex post* poderá concluir pelo fato de que ainda que o agente – que propositalmente se colocou em posição de ignorância – tivesse buscado investigar sua suspeita, ainda assim não conseguiria atingir o conhecimento necessário para ou (a) impedir o resultado ou (b) compreender que a conduta refletiria elemento do tipo e restringir sua ação.¹⁰⁸

Em suma, se na teoria da cegueira deliberada não há o conhecimento concreto do agente, bem como não há no erro de tipo, proferir punições a título de dolo eventual, através de meras presunções, fundadas na teoria da ignorância deliberada, por óbvio, deslegitima o instituto do erro de tipo, retirando-lhe sua credibilidade e relevância.

Ora, à guisa de exemplo, é cediço e notório que nos crimes de lavagem de capitais não se admite a modalidade culposa. Deste modo, aceitando a teoria da ignorância deliberada como situação proposital de erro de tipo e tendo em vista que este instituto só admite a punição a título de culpa, conclui-se que esta teoria não pode ser inserida nos crimes de lavagem, os quais, como dito, não admitem a modalidade culposa.

Novamente, quanto ao tema, se faz valiosa a lição de SYDOW:

O reconhecimento da figura da cegueira deliberada, acreditamos, **pode vir a enfraquecer tratamento jurídico dado pelo instituto do erro, uma vez que modifica a lógica da situação de ignorância, de modo a negar a estrutura do artigo 20 do Código Penal Brasileiro, piorando a situação do réu.**

¹⁰⁸ SYDOW, Spencer Toth. **A Teoria da Cegueira Deliberada**. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 3. Tiragem. 2018. Pag. 190.

A permissão de presunção de dolo, já rechaçada em outro momento da história a partir das propostas de MEZKER, teria oportunidade de regressar – e consigo o Direito Penal de autor – e recriar todo um debate sobre a subjetividade na aplicação do instituto e sua conveniência político-criminal.¹⁰⁹

Por tais razões, além de enfraquecer o instituto do erro de tipo ao negar a estrutura do artigo 20 para proferir punições a título de dolo eventual, através de meras presunções, fundadas na teoria da ignorância deliberada, esta teoria também encontra barreira de vedação constitucional no princípio da legalidade, conforme sustentado nos tópicos antecedentes, visto que interpretações extensivas do dolo ou analogias *in malam partem* são rechaçadas no ordenamento jurídico, impossibilitando teratologias para agravar a situação do réu.

7. CONCLUSÃO E ANÁLISE DO RISCO QUANTO À RECEPÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A adoção da teoria da cegueira deliberada tem seu embrião na diligência de combater a sensação de insegurança que assola a população brasileira, a qual é, reiteradamente, engolfada em casos de impunidade.

É neste contexto, seja por comodismo probatório ou por ordem político-criminal, que a teoria da cegueira deliberada surge como válvula de escape, aumentando o poder punitivista do Estado, o *jus puniendi* estatal, ao encapar-se como uma suposta solução no combate à impunidade nos casos em que o agente se cega intencionalmente, visando eximir-se de uma possível responsabilidade penal.

Todavia, se por um lado o seu viés é de combater a impunidade em determinados casos, na prática, o que se tem é um mecanismo teratológico e arbitrário, o qual viola preceitos legais basilares, afronta o texto constitucional e enfraquece institutos notórios do ordenamento jurídico pátrio.

A resistência à implementação da teoria dá-se em razão da carência de uma melhor regulamentação, visto que nos moldes atuais esta teoria ultrapassa os limites tênues existentes entre a constitucionalização de sua implementação, ao filiar-se ao entendimento da responsabilização penal objetiva, do dolo presumido, da extensão da compreensão acerca de dolo eventual e da analogia *in malam partem*.

¹⁰⁹ SYDOW, Spencer Toth. **A Teoria da Cegueira Deliberada**. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 3. Tiragem. 2018. Pag. 194.

Dessa maneira, basicamente, o que se denota da aplicação da teoria nos padrões vigentes é sua clara, notória e irrefutável inconstitucionalidade.

Por fim, convém esclarecer que nada inibe o amadurecimento da teoria da cegueira deliberada perante os tribunais pátrios, bem como o desenvolvimento de uma mais acertada e constitucional importação da teoria, adaptando-a aos arquétipos do nosso ordenamento jurídico de base *civil law*, vez que é incontendível a imprescindibilidade de uma alteração legal que conceda base normativa para a importação e aplicação da teoria da cegueira deliberada nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Aline Vieira. **A teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://monografias.brasescola.uol.com.br/direito/teoria-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.htm>>. Acesso em 29/06/2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BADARÓ, Jennifer Falk. **Dolo no crime de lavagem de dinheiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea**. Tese (Doutorado em Direito). - Pontífica Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**, v. I. Tradução brasileira Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva. Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – Parte geral**. Volume I. Ed. Saraiva. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUNOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A cegueira deliberada no julgamento da ação penal 470**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>> Acesso em: 18 de junho de 2020.

BRASIL. Código Penal. **Decreto Lei nº 2.848**, de 7 de setembro de 1940. Diário oficial da União, Brasília, DF, 31.12.2106. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 18 de junho de 2020.

BRASIL, 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná. **Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000/PR**, Relator Juiz Federal Sergio Fernando Moro. Julgamento em 02 de fevereiro de 2017. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/moro-condena-joao-santana-cegueira.pdf> > Acesso em: 02 de junho de 2020.

BRASIL, 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. **Processo Ação penal nº 200581000145860**. Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br>>. Acesso em 14.03.2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, 1189970/DF 2009/01050713-6**, Relator: Celso Limongi, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Penal n. 470**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 março 2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 22.03.2020.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo n. 200581000145860**

ACR5520/CE, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Segunda Turma, Julgamento 09/09/2008, publicação DJ 22/10/2008.

BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. **Modernas tendências sobre o dolo em direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ediora, 1991.

CARVALHO, Rodrigo Cesar Picon. **Diferença entre dolo eventual e culpa consciente**. 05/05/2015. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9076/Diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciente>>. Acesso em 29/06/2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Víctor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*. InDret: Revista para el análisis del Derecho. v. 3. Barcelona, 2015. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 18 de junho 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Desmistificando a tipicidade conglobante**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2912390/desmistificando-a-tipicidade-conglobante>> Acesso em 29/06/2020.

GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS et al. (Coord.). Liber amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. volume I. 22. Ed. Niterói, RJ. Impetus, 2020.

HERNANDES, Camila Ribeiro. **A impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais no direito penal brasileiro**. Tese (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27811>>. Acesso em 08 de junho de 2020.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo II, arts. 11 a 27, 5ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1978.

JESUS, Damásio. **Direito Penal**. Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. **A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204, nov. 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8ª ed. Ed. JusPODIVM. 2020.

LOBATO, Rafael. **Legítima defesa e seus excessos**. 03.10.2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/legitima-defesa-e-seus-excessos/>>. Acesso em 29/06/2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada “cegueira deliberada”**. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2Lkn1tJ>>. Acesso em: 08 de junho de 2020.

LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Posto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

MADEIRA, Daniela Pereira. **A força da jurisprudência**. In: *FUX, Luiz (Org.). O novo Código de Processo Civil brasileiro: Direito em experiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. Ed. 24. São Paulo: Atlas. 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Ed. Sergio Antônio Fabris. 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso De Direito Penal: Parte Geral. Arts. 1 A 120 Do Codigo Penal**. Rio De Janeiro. Forense, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. 1ª Ed, Editora ATLAS, 2015; DAMÁSIO DE JESUS, **Direito Penal Parte Geral**. 32º Ed. 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VALLÈS, Ramon Ragués I. **La Responsabilidad Penal Del Testaferro En Delitos Cometidos Através de Sociedades Mercantiles: Problemas de Imputación Subjetiva**. Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124290/172263>>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal**. Buenos Aires: EdiUNS. 2013.

ROBBINS, Ira P. **The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea**. *J CRIM. L & Criminology*, n. 191. 1990.

ROSA, Gerson Faustino. **A teoria da ignorância deliberada (ou cegueira deliberada ou instruções do avestruz) à luz do princípio da imputação subjetiva**. Publicado em 01/2019. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/71381/a-teoria-da-ignorancia-deliberada-ou-cegueira-deliberada-ou-instrucoes-do-avestruz-a-luz-do-principio-da-imputacao-subjetiva/1>>. Acesso em 29/06/2020.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. Apud AROUCK, 2017.

ROXIN, Claus. **Teoría del Delito en la Discusión Actual**. Lima: Grijley, 2007

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. - Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro**. Boletim IBCCrim. v. 246, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/002414471>>. Acesso em: 18 de junho de 2020.

SOL, Inés Sandro. **La ignorancia deliberada del derecho penal: ¿dolo o culpa? “La mejor manera de no saber, es no querer saber”**. Tesinas de Belgrano. Universidad de Belgrano – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 2012. Pag. 21. Disponível em: <<https://bit.ly/2Mn5EZD>>. Acesso em: 03 de junho de 2020.

SYDOW, Spencer Toth. **A Teoria da Cegueira Deliberada**. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. Tiragem. 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª ed., Del Rey, 2002.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal – Parte Geral**. Volume 1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo. Ed. Saraiva.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile. Ed Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VASCONCELOS NETO e PRADO, Wilmer Cysne. **Contraponto entre os sistemas jurídicos da common law e do civil law**. 22/02/2016. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46019/contraponto-entre-os-sistemas-juridicos-da-common-law-e-do-civil-law#_ftn17>. Acesso em 29/06/2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. v. I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007.