

Cegueira deliberada e o Due Process of Law *Willful blindness and the Due Process of Law*

Marcelo Carita Correra¹

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. O livre-arbítrio. 3. O elemento subjetivo. 4. Cegueira deliberada: conceito e aplicação no direito estrangeiro. 5. Cegueira deliberada no Brasil. 6. Críticas. 6.1. Ativismo judicial e princípio da legalidade. 6.2. Tomada de posição. 7. Due process of law. 7.1. Propostas para transplante da teoria para o direito continental. 8. Conclusão. 9. Referências.

Resumo: O presente artigo, produzido com base no método lógico-dedutivo e com fundamento em revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, bem como em decisões de tribunais brasileiros e estrangeiros, busca analisar a teoria da cegueira deliberada, construção do *common-law* que, desde os anos 2000, tem sido utilizada no direito continental da Espanha e do Brasil. O estudo revelou que a teoria permite equiparar a conduta de evitar o conhecimento do caráter ilícito com o próprio conhecimento. No *common-law* dos Estados Unidos, desde 2011, a teoria é utilizada em outros ramos do direito (não somente o penal). No direito continental analisado no artigo (Brasil e Espanha), o instituto tem sido aplicado como equivalente ao dolo eventual. A pesquisa revelou que a aplicação da teoria gera violação do princípio da legalidade e do devido processo legal, pois amplia indevidamente a incidência da norma penal (considera uma conduta culposa como dolosa), bem como transfere ao acusado o ônus probatório de demonstrar que não conhecia efetivamente o caráter ilícito. O instituto, portanto, somente pode ser acolhido se relacionado à culpa.

Palavras-Chave: devido processo legal, cegueira deliberada, dolo eventual, culpa consciente, princípio da legalidade.

Abstract: This paper, produced on the logical-deductive method and based on a bibliographic review of national and foreign authors, as well as on decisions of Brazilian and foreign courts, seeks to analyze the theory of willful blindness, which, since the 2000s, has been used in the continental law of Spain and Brazil. The study revealed that the theory allows the punishment of the agent that avoids the knowledge. In the common law of the United States, since 2011, the theory is used in other branches of law (not just criminal law). In continental law (Brazil and Spain) the institute has been applied as equivalent to knowingly. The research revealed that the application of the theory generates, even in the common-law, a violation of the principle of legal reserve and the due process of law. The institute can only be accepted if it is related to recklessness.

Keywords: due process of law, willful blindness, knowledge, recklessness, fair warning.

¹Doutorando em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Especialista em Direito Penal-Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (2019). Especialista em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito (2016). Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP (2005). Professor Convidado da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Procurador Federal em São Paulo.

1. Introdução

O tema desenvolvido no presente artigo, produzido com fundamento no método lógico-dedutivo e por meio de revisão bibliográfica de autores brasileiros e estrangeiros, bem como em decisões de tribunais brasileiros e estrangeiros, refere-se ao instituto da cegueira deliberada (*willful blindness*), que foi criado no direito costumeiro (*common-law*), mas tem apresentado cada vez mais relevância nos sistemas de direito continental do Brasil e da Espanha (países cujos ordenamentos jurídicos foram analisados).

A referida teoria implicou análise sobre o elemento subjetivo do tipo penal (dolo e culpa, para o direito brasileiro). Para o direito costumeiro, o propósito (*purposely*), a consciência (*knowingly*), a imprudência (*recklessness*) e a negligência (*negligently*), conforme o Código Penal Modelo dos Estados Unidos da América (Estados Unidos)².

O estudo adotou como premissa o modelo finalista de teoria do delito, que possui os seguintes elementos: fato típico, antijuricidade e culpabilidade. Para a referida teoria, conduta humana é uma ação voltada a uma determinada finalidade. Dolo e culpa são elementos do fato típico, nos termos preconizados por Welzel³. A finalidade (conceito geral, uma qualidade da ação) é a atividade humana dirigida conscientemente em função de um fim⁴.

O ponto fulcral do presente estudo foi determinar como a teoria (há quem afirme tratar-se não de teoria, mas de construção costumeira⁵) da cegueira deliberada implica alterações no elemento subjetivo do tipo penal e quais as consequências dessas alterações para o direito penal e para o direito processual penal.

Garantias constitucionais estariam sendo violadas, haveria presunção da existência de dolo, a culpa consciente estaria sendo transformada em dolo eventual, como tratar a prova da cegueira deliberada no âmbito do processo penal, haveria uma verdadeira inversão de ônus probatório, esses são questionamentos que a aplicação da teoria da cegueira deliberada gera quando confrontada com o modelo de direito continental.

Para desenvolvimento do tema foi analisada a conduta humana e o livre-arbítrio, atrelada a uma breve abordagem do conceito de dolo e culpa no Brasil, Espanha e nos Estados Unidos (país acolhido como representante do modelo de *common-law*).

Ato contínuo, referida teoria fora submetida ao teste de constitucionalidade para, especialmente diante de uma eventual presunção em matéria penal, analisar sua compatibilidade com o estado de inocência, distribuição do ônus probatório e paridade de armas no processo penal.

Foi possível concluir que a teoria da cegueira deliberada, ao fim e ao cabo, determina a punição de condutas culposas como dolosas. No aspecto processual penal, verificou-se a violação do devido processo legal (*due process of law*), na medida em que, ao órgão acusatório, restaria, somente, o dever de demonstrar a vontade de evitar o conhecimento do caráter ilícito (seja uma vontade deliberada ou simples omissão), devendo o réu fazer prova de que não tinha conhecimento da natureza ilícita do fato.

²ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Código Penal Modelo*. Disponível em: https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC_Provisions/model_penal_code_defaults.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

³WELZEL, H. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 27.

⁴WELZEL, H. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, passim.

⁵LUCCHESI, G. B. *A Punição da Culpa a Título de Dolo. O Problema da Chamada "Cegueira Deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 183.

Por fim, foram formuladas propostas de modificações legislativas (Brasil e Espanha) e de interpretação (*common-law*), de forma a permitir a acomodação da referida teoria nos respectivos ordenamentos jurídicos.

2. O livre-arbítrio

Hegel⁶ afirma que a liberdade é inerente ao homem (sujeito racional). Sartre⁷ afirma que "homem é liberdade". Essa liberdade se manifesta por meio da vontade livre que, por sua vez, se revela por meio da conduta. Para Hegel⁸, a ação é a objetivação da vontade. É essa vontade que controla o fluxo causal, de modo que o resultado é obra do sujeito.

Se ação é vontade, em princípio, o que estiver contido nessa vontade será atribuído ao sujeito. Cabe notar a crítica de Fabio André Guaragni⁹ no sentido de que o conceito de ação de Hegel¹⁰ incorpora o conceito de culpabilidade. O entendimento de Hegel¹¹ seria incompatível com os crimes culposos, na medida em que o resultado não decorreria da vontade do agente. Esse empecilho teórico é superado com a adoção da premissa de Karl Larenz¹², que afirma ser possível imputar ao agente aquilo que é objetivamente previsível em função da conduta. Larenz¹³ determina a previsibilidade como critério da imputação. Assim, as consequências objetivamente previsíveis são, portanto, atribuíveis à pessoa, enquanto ser racional.

Os ensinamentos acima expostos adotam a premissa que o ser humano é livre para decidir seu agir, de forma que pode optar pela observância da lei ou pelo comportamento transviado. Luiz Luisi¹⁴ afirma que o sistema vigente tem alicerce na dignidade da pessoa humana e "põe como centro do nosso direito penal, o homem, visto como ser livre, ou seja, capaz de autodeterminar-se".

Ocorre que essa premissa tem sofrido ataques de duas ordens. Em primeiro lugar, as ciências biológicas e, em segundo lugar, da criminologia (criminologia radical). Busca-se demonstrar que a liberdade no agir humano não passa de um 'dogma' criado com a única e exclusiva finalidade de permitir a manutenção do sistema jurídico estatal.

⁶HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*, Volume único, 2ª ed, Tradução de Paulo Meneses, Ed. Vozes, Petrópolis, 2003, passim.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, 1ª ed, Tradução de Orlando Vitorino, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997, passim.

⁷SARTRE, J. P. *L'existentialisme est un humanisme*, Ed. Gallimard, Paris, 1996, p. 39.

⁸HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*, Volume único, 2ª ed., Tradução de Paulo Meneses, Ed. Vozes, Petrópolis, 2003, passim.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, 1ª ed, Tradução de Orlando Vitorino, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997, passim.

⁹GUARAGNI, F. A. *As Teorias da Conduta em Direito Penal. Um Estudo da Conduta Humana do Pré-Causalismo ao Funcionalismo Pós-Finalista*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 129.

¹⁰HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*, Volume único, 2ª ed., Tradução de Paulo Meneses, Ed. Vozes, Petrópolis, 2003, passim.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, 1ª ed, Tradução de Orlando Vitorino, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997, passim.

¹¹HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*, Volume único, 2ª ed, Tradução de Paulo Meneses, Ed. Vozes, Petrópolis, 2003, passim.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, 1ª ed., Tradução de Orlando Vitorino, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997, passim.

¹²LARENZ, K. H. *Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität."*, 4ª ed, Ed. Scientia Verlag, Germany, 1970, passim.

¹³LARENZ, K. H. *Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität."*, 4ª ed, Ed. Scientia Verlag, Germany, 1970, passim.

¹⁴LUISI, L. *Os princípios Constitucionais Penais*, 2ª ed, Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2003, p. 38.

A evolução da neurociência¹⁵ leva à teste a premissa que o ser humano possui livre-arbítrio e pode decidir pela conduta conforme ou contrária ao direito. O subconsciente pode, a princípio, ter influência decisiva na conduta humana, o que derrubaria a premissa da liberdade de conduta e da necessidade de impor um castigo. Sebastián Borges de Albuquerque Mello¹⁶ afirma:

Essa é a dimensão com a qual o direito se depara: a descoberta de que a maior parte daquilo que cada pessoa faz ou sente não está sob o seu controle consciente. A consciência é apenas a menor parte daquilo que revela o cérebro, e a maioria das operações cerebrais – inclusive algumas daquelas relacionadas a tomada de decisões – está acima do espaço da mente consciente. O cérebro é visto como um órgão que toma decisões sem que nossa consciência perceba.

Na verdade, segundo entendemos, até o momento, não se pode afirmar a inexistência de livre-arbítrio ao ponto de decretar que se trata de um mero 'dogma', onde as pessoas teriam, ao fim e ao cabo, 'sorte' ou 'azar' de ter uma constituição psicológica que as levassem a cumprir a lei ou a praticar crimes. Benjamin Libet¹⁷, ao realizar estudo sobre o tema da consciência e liberdade, afirma:

Os achados deveriam, conseqüentemente, serem tomados não como antagonistas ao livre-arbítrio, mas antes como afetando a visão de como o livre-arbítrio poderia operar. Processos associados com responsabilidade individual e livre-arbítrio 'operariam' não para iniciar um ato voluntário, mas para selecionar e controlar os resultados volitivos (tradução nossa).

O autor não afirma que o homem age mediante uma programação que vai incidir sempre diante do 'gatilho' proporcionado pelo meio. A questão colocada está, em nosso sentir, muito mais no processo de formação da vontade. Conforme afirma Joana Gonçalves Coelho¹⁸, ao realizar análise do estudo de Benjamin Libet:

Se a vontade consciente tem um papel privilegiado na determinação da ação, a precedência da atividade cerebral inconsciente em relação à intenção de agir não implica a negação do livre-arbítrio. Apenas deveríamos deslocar o foco, ou seja, o livre-arbítrio está na possibilidade de interferir nos acontecimentos cerebrais inconscientes que precedem a ação, portanto, não está na capacidade de 'iniciar um ato voluntário', mas sim no poder de controlar a realização ou não do ato.

Por outro viés, o livre-arbítrio é atacado pela Criminologia Radical, que possui o diferencial de vincular "o fenômeno criminoso à estrutura de relações sociais, mediante conexões diacrônicas entre criminalidade e condições sociais necessárias e suficientes para sua existência"¹⁹. O que determinaria o crime seria,

¹⁵RODRÍGUEZ, V. G. *Livre Arbítrio e Direito Penal. Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, Ed. Marcial Pons, São Paulo, 2018, passim.

¹⁶MELLO, S. B. de A. "Da Psicanálise à Neurociência: Do Fim ao Fim da Culpabilidade na Doutrina Ibérica? Uma Visão Crítica", *Conpedi Law Review*, v. 1, 2015, p. 88

¹⁷LIBET, B. "Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action", *The behavioral and brain sciences*, v. 8, 1985, p. 529.

¹⁸COELHO, J. G. "Livre-arbítrio e a relação mente e cérebro em Benjamin Libet", *Principia*, v. 18, n. 1, 2014, p. 157. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/135483>>. Acesso em: 29 set. 2022.

¹⁹SANTOS, J. C. *A Criminologia Radical*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 52.

portanto, a condição social em que o ser humano se insere. Ryanna Pala Veras²⁰ sintetiza essa relação entre sociedade e direito da seguinte forma:

O crime nasce de um conflito entre diversos grupos. Um grupo politicamente influente elege seus valores como mais importantes e, para a defesa desses valores, promove a elaboração das leis penais. Os representantes desse grupo dominante tornam criminosas as condutas próprias dos grupos mais fracos, que antes desrespeitavam seus interesses, colocando contra eles então toda a força do poder estatal. O direito penal torna-se, portanto, um instrumento do grupo dominante para estabelecer seu domínio sobre um grupo minoritário.

A Criminologia Radical afasta o livre-arbítrio, mas não envereda por questão de neurociência. O foco de sua argumentação é social. Em outras palavras, a estrutura social e as relações de poder são replicadas no direito, especialmente no direito penal, que vai tomar os comportamentos das minorias como crime; comportamentos que, na verdade, surgem das condições socioeconômicas.

Essa linha de pensamento vai se alimentar das premissas de Karl Marx²¹ quando afirma que "as formas jurídicas, assim como as formas de Estado, não podem ser compreendidas por si mesmas, nem pela dita evolução geral do espírito humano, inserindo-se, pelo contrário, nas condições materiais de existência" e Evgeny Pachukanis, quando afirma que "isso significa também que a forma jurídica, em sua forma desenvolvida, corresponde precisamente às relações sociais burguesas-capitalistas"²². Ou seja, a criminologia radical toma como premissa a Teoria Crítica do Direito na visão de Karl Marx²³.

Não acolhemos esse entendimento, pois não verificamos a relação plena entre direito e poder econômico dominante. A título de exemplo, podemos verificar a questão do racismo nos Estados Unidos. Segundo a análise exposta por Kabengele Munanga²⁴, houve a adoção de ações afirmativas, inclusive com mudanças nas leis de relações de trabalho, de forma a endereçar os interesses de classes menos favorecidas e historicamente exploradas e discriminadas.

Assim, se diante da sociedade atual a Teoria Crítica do Direito estivesse correta, como seria possível admitir a adoção de direitos sociais e a 'affirmative action', na medida em que os referidos instrumentos jurídicos são, exatamente, medidas que reduzem o âmbito de poder das elites dominantes.

Por fim, em função de considerarmos uma teoria absolutamente superada, não vamos abordar o determinismo nos termos do Positivismo Criminológico, conforme pensamento de Cesare Lombroso²⁵, que defendia a existência de "homens normais" e o "homem delinquente". A mesma premissa fora adotada no pensamento de Enrico Ferri²⁶, no que tange à ausência de livre-arbítrio²⁷. No Brasil,

²⁰VERAS, R. P. *Os crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006, p. 120.

²¹MARX, K. *Contribuição à Crítica da Economia Política*, 3ª ed, Tradução de Maria Helena Barreiros Alves, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 04.

²²PACHUKANIS, E. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, Tradução de Sílvio Donizete Chagas, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1988, p. 68.

PACHUKANIS, E. *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, Tradução de Edith Hajós, Ed. Verlag, Freiburg, 2003, p. 109.

²³ARAÚJO, T. C. M. "O Pensamento de Karl Marx e a Criminologia Crítica: Por uma Criminologia do Século XXI", *Revista EMERJ*, v. 18, n. 67, jan - fev. 2015, p. 372.

²⁴MUNANGA, K. "O anti-racismo no Brasil". (Munanga, K. coord.), *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*, Ed. Edusp, São Paulo, 1996, passim.

²⁵LOMBROSO, C. *L'uomo Delinquente*, Ed. Passerino Editore, Lazio, 1897, passim.

²⁶FERRI, E. *Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime*, 2ª ed., Tradução de Paolo Capitanio, Ed. BookSeller, Campinas, 1999, passim.

²⁷FERRI, E. *Teoria della imputabilità e negazione del libero arbitrio*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1881, passim.

anote-se, a título exemplificativo, que Raymundo Nina Rodrigues²⁸ seguia essas premissas.

Assim, para fins do presente estudo, adotamos como premissa a afirmação de que a conduta humana, necessária ao conceito de crime, decorre do livre-arbítrio.

3. O elemento subjetivo

Segundo a teoria do delito aqui adotada (finalista), a vontade é o pilar da ação final. A relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado é, por si só, insuficiente. O dolo (ação humana destinada a um fim) e a culpa (ação humana cujo fim poderia ser evitado) integram o tipo.

No Brasil, os conceitos de dolo e culpa estão previstos no artigo 18 do Código Penal²⁹. Há "crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo" e há crime culposo quando "o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia". Anote-se a crítica de Luis Greco³⁰ no sentido de que, em função da redação sumária, no que tange ao dolo e à culpa, a lei nada resolveu, o que demanda o recurso ao artigo 20, §1º, do mesmo diploma legal, que disciplina o erro de tipo, de forma a estabelecer, para configuração do dolo, a extensão do conhecimento sobre a ilicitude.

Um aspecto que merece atenção é como identificar a existência de crimes culposos e dolosos. Para a legislação brasileira, quando há o estabelecimento de um crime, existe, somente, a previsão de punição para o crime doloso; o crime culposo, para existir, demanda que a lei, expressamente, contenha a previsão. Exemplo dessa situação está no artigo 121 do Código Penal³¹, quando trata do crime de homicídio e estabelece, expressamente, o tipo culposo.

Ao tratar do crime culposo na teoria finalista, Maurach³² entende que, no crime doloso, há uma perfeita congruência entre os componentes objetivos e subjetivos da conduta típica. No crime culposo, o que efetivamente se realizou não correspondeu à vontade do autor da ação, de sorte que se observa um desvio no processo causal, de tal monta relevante, que implica nítida separação entre esses delitos.

Não se desconhece a celeuma na busca de um critério objetivo para a diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual. Guilherme de Souza Nucci³³ afirma: "trata-se de distinção teoricamente plausível, embora, na prática, seja muito complexa e difícil. [...] Em sã consciência, distinguir entre culpa consciente e dolo eventual é uma tarefa de pura adivinhação". No mesmo sentido, Bitencourt³⁴ pondera que "os limites fronteiriços entre dolo eventual e culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da teoria do delito".

Contudo, esse ponto, não apresenta relevância determinante no estudo em comento, uma vez que a teoria da cegueira deliberada não busca estabelecer um

²⁸RODRIGUES, R. N. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*, Ed. SciELO - Centro Edelstein, São Paulo, 2011, passim.

²⁹BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

³⁰GRECO, L. "Algumas observações introdutórias à "distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe". (Puppe, I. coord.), *A distinção entre dolo e culpa*, Tradução de Luís Greco, Ed. Manole, Barueri, 2004, p. xvii.

³¹BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

³²MAURACH, R. *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, p. 530.

³³NUCCI, G. S. *Código Penal Comentado*, 14ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 141/143.

³⁴BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*, 14ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2014, p. 100.

critério objetivo para diferenciar dolo (eventual) e culpa (consciente). O instituto trata, na definição de Glanville Williams³⁵, do apenamento de um agente por um determinado fato típico quando “ele suspeita do fato; percebe a sua probabilidade; mas se contém na obtenção da confirmação final, pois almeja poder negar conhecimento a respeito do evento. Isto, e apenas isto, é cegueira deliberada” (tradução nossa). Ou seja, trata-se do apenamento do agente como se o conhecimento da ilicitude estivesse presente.

No *common-law* dos Estados Unidos, o equivalente ao elemento subjetivo (estados mentais) é tido como *mens rea*³⁶, que não possui um conceito geral para todos os casos, mas trata, em breve síntese, do grau de conhecimento da ilicitude e do propósito do agente na realização do ilícito. O termo foi debatido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *United States v. Morissette*³⁷. Anote-se que, juntamente com o *mens rea*, se faz necessária a presença do *actus reus*, que seriam os elementos externos da conduta³⁸.

Guilherme Brenner Lucchesi³⁹, analisando o que poderia ser considerado como elemento subjetivo no *common-law* dos Estados Unidos, afirma que, nos Estados Federados que reformaram a legislação penal com base no Código Penal Modelo, a *mens rea* foi abandonada e o termo substituído por ‘*culpability*’:

Um dos objetivos da reforma da legislação penal nos Estados Unidos promovida por Herbert Wechsler e pelo *American Law Institute* foi o de abandonar de uma vez por todas o uso da expressão *mens rea*. O termo não é utilizado no Código Penal Modelo, e os Comentários ao Código publicados pelo Instituto refutam seu uso, preferindo-se o termo *culpability*.

Ana Lara Camargo de Castro⁴⁰, ao tratar da criação dos tipos penais nos Estados Unidos, afirma que “onde não há codificação moderna, a linguagem ambígua e a imprecisão dos elementos do crime são mais frequentes, e a consulta aos *common-law cases* históricos é por vezes necessária para se desvendar a *rationale* por trás do tipo”. Essa constatação justifica uma maior flexibilidade interpretativa da *mens rea*, situação que não se pode transportar ao direito brasileiro.

O Código Penal Modelo dos Estados Unidos⁴¹ estabelece as seguintes categorias para determinação do requisito equivalente ao elemento subjetivo: (a) propósito (*purposely*), (b) consciência (*knowingly*), (c) imprudência (*recklessness*) e (d) negligência (*negligence*). Não se pode fazer uma correspondência direta entre esses elementos com os conceitos de dolo e culpa do direito continental, uma vez que “se está tratando de sistemas de imputação de todo distintos, desenvolvidos ao longo de processos históricos diferentes, e, segundo e principalmente, porque os conteúdos dessas categorias de imputação não correspondem umas às outras”⁴².

³⁵WILLIAMS, G. *Criminal Law: The General Part*, 2ª ed., Ed. Stevens & Sons Ltd., London, 1961, § 57, p. 150.

³⁶DRESSLER, J; GARVEY, S. P. *Criminal Law: Cases and Materials*, 7ª ed, Ed. West, St. Paul, 2016, p. 158.

³⁷ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Morissette*, v.342, p.246, 1952.

³⁸LOVELESS, J. *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 4ª ed, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 32.

³⁹LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 93; 102.

⁴⁰CASTRO, A. L. C. *Plea Bargain. Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos*, Ed. D’Plácido, Belo Horizonte, 2019, p. 24.

⁴¹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Código Penal Modelo*. Disponível em: https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC Provisions/model_penal_code_default_rules.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

⁴²LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 100.

Sheila Jorge S. de Sales⁴³ afirma que *recklessness* ocorre “quando o agente prevê o injustificado risco e a possível superveniência do dano, mas não se abstém de praticar a conduta hábil a realizá-lo, sendo irrelevantes os moventes que o teriam levado a desprezar o risco”.

Guilherme Brenner Lucchesi⁴⁴, em uma análise comparada do direito continental e do *common-law*, destaca que “*recklessness* aparenta ser uma categoria intermediária entre dolo eventual e culpa consciente, podendo abarcar situações de fato que estariam inseridas em ambas as categorias sempre que o autor agir sabendo do risco criado por sua conduta”.

Cabe destaque para o conceito de *recklessness*, na medida em que, em nosso entender, trata-se do principal elemento da teoria da cegueira deliberada, uma vez que referida teoria toma situações que se encaixam no conceito de *recklessness*, mas determina a punição como se estivesse presente o *knowledge*, o que, por sua vez, desencadeia questionamentos sobre violação ao *due process of law*.

Poderia ser afirmado que os questionamentos sobre a legitimidade da cegueira deliberada são ‘falsos dilemas’, na medida em que a função da teoria não seria permitir a incidência de um tipo penal onde, a princípio, haveria um fato atípico, mas somente qualificar a conduta (*recklessness* ou *knowledge* e, para o direito continental, dolo e culpa).

Essa afirmação, em nossa opinião, não se coaduna com a melhor técnica, visto que há diversos tipos penais no Brasil que somente são considerados fatos típicos se praticados com dolo (não há previsão da forma culposa). Temos, como exemplo, o crime de lavagem de dinheiro (artigo 1º da Lei 9.613/98⁴⁵).

Mesmo no *common-law* dos Estados Unidos, *negligence* e *purpose* são exceções que demandam previsão expressa⁴⁶. Há tipos penais, mesmo nos Estados Unidos, que exigem a vontade direta⁴⁷. De fato, “no direito penal americano, em geral, toda vez que o legislador não inclui na definição de crime algum modo de responsabilidade subjetiva, presume-se que o autor será responsabilizado se agir no mínimo com *recklessness*”⁴⁸.

A título de comparação, o Código Penal Espanhol⁴⁹, no seu artigo 301, item 3, permite a punição por “imprudência grave”, o que podemos tratar como culpa, nos termos da legislação do Brasil. A norma espanhola afasta, ao menos no que tange à lavagem de dinheiro, a discussão da cegueira deliberada como forma de ampliação do fato típico. Anote-se que, apesar da nossa opinião, o Tribunal Supremo da Espanha já adotou a teoria da cegueira deliberada em caso envolvendo lavagem de dinheiro⁵⁰, de forma a permitir a punição do delito por dolo.

⁴³SALES, S. J. S. “Anotações sobre o estudo da Recklessness na Doutrina Penal Italiana: Por uma Terceira Forma de Imputação Subjetiva?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 137, 2017, p. 130.

⁴⁴LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 192.

⁴⁵BRASIL. *Lei 9.613 de 1998*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

⁴⁶LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 102.

⁴⁷LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 181.

⁴⁸LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 110.

⁴⁹ESPANHA. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 05 set. 2022.

⁵⁰ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. *STS 33/2005*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Acesso em: 23 set. 2022.

4. Cegueira deliberada: conceito e aplicação no direito estrangeiro

A cegueira deliberada, termo utilizado no Brasil, decorre da teoria da *willful blindness*, desenvolvida no direito costumeiro inglês e dos Estados Unidos. O instituto consiste, na sua aplicação no direito continental, em reconhecer a existência de dolo (eventual) àquele que, apesar de existirem fundadas razões para suspeitar da ilicitude de uma conduta, adota posturas para, deliberadamente, evitar o conhecimento sobre a ilegalidade (por exemplo, a origem ilícita de bens adquiridos em dinheiro na hipótese de crime de lavagem de dinheiro). Não há que se falar em cegueira deliberada quando não estão presentes a elevada probabilidade do conhecimento da ilicitude e a medida concreta para evitar o referido conhecimento⁵¹.

Guilherme Brenner Lucchesi⁵², ao tratar da teoria em questão, afirma que “é possível condenar o autor por um crime que exige *knowledge*, mesmo que ele não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito [...] permite a satisfação do requisito mental dos crimes que exigem *knowledge*”. Sérgio Valladão Ferraz⁵³ afirma que não existe, no *common-law* dos Estados Unidos, a aplicação da teoria para casos de *recklessness*, somente incide para o elemento *knowledge*. A rigor, o que se pune não é a prática de um fato típico doloso, mas a conduta deliberada de evitar o conhecimento sobre a ilicitude de um fato⁵⁴.

Os aspectos acima expostos, em nosso entender, são características fundamentais da teoria que afastam, por completo, quaisquer relações com a responsabilidade penal objetiva e com a *action libera in causa*, como a aproximação apontada por Spencer Toth Sydow⁵⁵.

Não se pode afirmar a existência de responsabilidade penal objetiva ou *action libera in causa* quando alguém possui elevada probabilidade de conhecimento e, em função dessa situação, adota um agir deliberado para evitar o conhecimento da ilicitude.

Spencer Toth Sydow⁵⁶ estabelece uma divisão entre cegueira deliberada e ignorância deliberada. Na primeira hipótese, haveria uma premeditação do agente que trabalharia sua ignorância acerca de situações futuras. Isto é, deliberadamente busca evitar conhecimento de ilegalidade futura com a expectativa de evitar incriminação. Por sua vez, a ignorância deliberada estaria presente quando o agente opta por se manter em real situação de desconhecimento, embora presente a dúvida sobre a ilicitude.

Julgamos que a diferenciação não apresenta relevância para o estudo do tema, na medida em que, seja com intenção deliberada ou com dúvida sobre a ilicitude, o fato é que o agente, conscientemente, opta por não conhecer a ilicitude de elemento do tipo. Se a atitude premeditada é mais repreensível que a atitude daquele que simplesmente não busca esclarecer uma situação e opta por praticar a conduta, essa diferença deve ser considerada pelo julgador na dosimetria da pena.

⁵¹HUSAK, D. N.; CALLENDER, C. A. “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, *Winconsin Law Review*, 1994, *passim*.

⁵²LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 182; 184.

⁵³FERRAZ, S. V. *O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 189;191.

⁵⁴BECK, F. “A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In)Aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro”, *Revista de Estudos Criminais*, n. 41, set. 2011, p. 47.

⁵⁵SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D’Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 212-214.

⁵⁶SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D’Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 245-254.

A primeira manifestação da teoria em questão no direito inglês remonta a 1861, no caso *Regina v. Sleep*⁵⁷. Conforme afirma Renato de Mello Jorge Silveira⁵⁸, a referida decisão realizou a “equiparação da abstenção de se buscar o devido conhecimento, como sendo o próprio e o devido conhecimento”, a mesma opinião é partilhada por Edwards⁵⁹. Posteriormente, em 1875, no caso *Bosley v. Davies*⁶⁰, houve nova manifestação do Tribunal Inglês sobre a teoria. No ano seguinte, 1876, no caso *Redgate vs Haynes*⁶¹, aplicou-se a teoria da cegueira deliberada, uma vez que foi constatado que, apesar da suspeita de atividades ilícitas no estabelecimento comercial, o agente optou por nada fazer.

Em 1884, no caso *Somerset v. Hart*⁶², a teoria foi novamente mencionada e validada sua aplicação, embora o tribunal tenha feito uma restrição do seu âmbito de abrangência. Não permitiu a aplicação em face do proprietário de um estabelecimento quando ocorre um delito praticado em cegueira deliberada por um dos seus funcionários.

Edwards⁶³ afirma que, conforme casos *Elliot vs Osborne* (1891); *Emary vs Nolloth* (1903); *Conlon vs Muldowney* (1904); *Lee vs Taylor and Gill* (1912); *R. vs Abramovitch* (1914); *Evans vs Dell* (1937); *R. vs Garth* (1949) *R. vs Cohen* (1951); *Roper vs Taylor’s Central Garages, Taylor vs Kenyon* (1952); *Sayce vs Coupe* (1952); até à década de 1950, a cegueira deliberada era tratada como equivalente ao conhecimento.

Para Guilherme Brenner Lucchesi⁶⁴ “o uso de conviência para fundamentar responsabilidade penal se assentou na jurisprudência inglesa, sendo aceita como substituto para o conhecimento efetivo da situação sob diversas denominações: “fechamento deliberado dos olhos” e “cegueira deliberada”.

No direito dos Estados Unidos, a primeira manifestação da teoria remonta a 1899, no caso *Spurr v. United States*⁶⁵. Embora, em 1887, no caso *People vs Brown*⁶⁶, houve menção teórica, quando o tribunal afirmou que “se surgisse um caso em que a pessoa suspeitasse de um fato e se abstinhasse de indagá-lo para não saber mais, o conhecimento podia ser deduzido” (tradução nossa). No caso *United States vs General Motors Corp*⁶⁷, afirmou-se “não se pode voluntária e deliberadamente permanecer ignorante. [...] encontrando uma intenção consciente de evitar o esclarecimento, justificará acusar o denunciado com o conhecimento” (tradução nossa).

⁵⁷EDWARDS, J. L. J. “The Criminal Degrees of Knowledge”, *The Modern Law Review*, v. 17, nº. 4, 1954, p. 298.

⁵⁸SILVEIRA, J. R. M. “A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato”, *Revista de Ciências Criminais*, ano 24, v. 122, ago. 2016, p. 264.

⁵⁹EDWARDS, J. L. J. *Mens rea in statutory offences*, Ed. Macmillan, London, 1955, p. 196.

⁶⁰EDWARDS, J. L. J. “The Criminal Degrees of Knowledge”, *The Modern Law Review*, v. 17, nº. 4, 1954, p. 299.

⁶¹EDWARDS, J. L. J. “The Criminal Degrees of Knowledge”, *The Modern Law Review*, v. 17, nº. 4, 1954, p. 299.

⁶²EDWARDS, J. L. J. “The Criminal Degrees of Knowledge”, *The Modern Law Review*, v. 17, nº. 4, 1954, p. 300.

⁶³EDWARDS, J. L. J. “The Criminal Degrees of Knowledge”, *The Modern Law Review*, v. 17, nº. 4, 1954, p. 301s.

⁶⁴LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 123.

⁶⁵RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 67.

⁶⁶ROBBINS, I. P. “The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea,” *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, p. 197.

⁶⁷ROBBINS, I. P. “The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea,” *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, p. 197.

Posteriormente, nos anos de 1970, houve aplicação da teoria em crimes de tráfico de drogas nos casos *Turner v. United States*⁶⁸, *United States v. Jewell*⁶⁹ e *Leary v. United States*⁷⁰, afastando o argumento dos agentes de que não sabiam se tratar de droga.

Mais recentemente, no caso *United States v. Bank of New England, NA, 640 F. Supp. 36 (D. Mass. 1986)*⁷¹, houve condenação de um banco por transações ilícitas de moedas, na medida em que foram adotadas posturas para evitar o conhecimento da origem ilícitas dos ativos, embora as circunstâncias evidenciassem a prática ilícita pelo cliente.

Posteriormente, em 2011, a Suprema Corte dos Estados Unidos adotou a teoria em julgamento envolvendo questões cíveis, no caso *Global-Tech Appliances, INC. v. SEB S.A. (nº 10-6) 594 F. 3d. 1360*⁷². O tribunal entendeu que "indiferença deliberada a um risco conhecido [...] satisfaria o elemento *knowledge* exigido pela lei federal, tendo se remetido à cegueira deliberada enquanto categoria "bem estabelecida no direito penal"⁷³.

Seria possível afirmar que o item 2.02.7 do Código Penal Modelo dos Estados Unidos⁷⁴ teria regulamentado a cegueira deliberada. Referido dispositivo afirma que, quando a norma penal exigir o conhecimento para reconhecimento do ilícito, esse requisito está satisfeito quando for demonstrada alta probabilidade de ciência do caráter ilícito pelo agente. Essa hipótese equipara o efetivo conhecimento com a alta probabilidade.

Spencer Toth Sydow⁷⁵, ao analisar o instituto, afirma que, durante 150 (cento e cinquenta) anos, houve evolução no conceito. Iniciou-se com o acolhimento da conduta de se abster na busca do reconhecimento da ilegalidade. Posteriormente, agregou-se ao conceito o dever de obtenção do conhecimento (poder e dever de investigar). Ato contínuo, passou-se a reconhecer a aplicação do instituto diante da vontade deliberada de evitar o conhecimento. Por fim, ampliou-se a teoria para todas as áreas do direito onde o agente deixa, deliberadamente, de diligenciar quanto à ilicitude ou o faz de forma ineficaz.

A estrutura da *common-law* permite construções como a de David Luban⁷⁶ que, fazendo referência à raposa e ao avestruz, estabelece uma correspondência entre a forma de ignorância e os 'elementos subjetivos' do Código Penal Modelo dos Estados Unidos. Segundo o autor, se uma pessoa age como uma raposa (busca, deliberadamente, a ignorância sobre a ilicitude para, posteriormente, alegar essa

⁶⁸ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Turner v. United States*, 396 U.S. 398. 15 out. 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/396/398/>. Acesso em: 24 set. 2022.

⁶⁹ROBBINS, I. P. "The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea", *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, p. 204.

⁷⁰ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/>. Acesso em: 05 set. 2022.

⁷¹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Bank of New England, NA, 640 F. Supp. 36 (D. Mass. 1986)*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/640/36/1452052/>. Acesso em: 23 set. 2022.

⁷²ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Global-Tech Appliances, INC. v. SEB S.A. (nº 10-6) 594 F. 3d. 1360*. Disponível em: <https://law.cornell.edu/supct/html/10-6.ZO.html>. Acesso em: 23 set. 2022.

⁷³LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada "cegueira deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 132.

⁷⁴ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Código Penal Modelo*. Disponível em: https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC_Provisions/model_penal_code_default_rules.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

⁷⁵SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 212-214.

⁷⁶LUBAN, D. "Contrived Ignorance", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, v. 87, 1999, p. 967-969. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1751>. Acesso em: 24 set. 2022.

ignorância como defesa), ela age com *purposely*, o que permite a punição a título de dolo.

Por outro lado, continua o citado autor⁷⁷, se uma pessoa age como avestruz, há duas possibilidades. Se o agente se coloca na condição de ignorância, mas praticaria o fato mesmo sabendo da ilicitude, isto é, o conhecimento sobre a ilicitude seria irrelevante, estamos diante de *knowledge*. Logo, também punível a título de dolo. Por fim, se o agente age como avestruz, mas se lhe fosse dado conhecimento pleno não praticaria o fato ilícito, estamos diante de (*recklessness*).

A construção é engenhosa e julgamos que cria uma interessante sistemática para aplicação da teoria. Contudo, há extrema dificuldade de realização de prova das intenções do agente, especialmente do 'agente avestruz'.

É possível afirmar que "a cegueira deliberada é uma categoria amplamente aceita pelas cortes federais dos Estados Unidos como circunstância suficiente para caracterizar o elemento conhecimento"⁷⁸.

Na Espanha, a teoria foi acolhida pela primeira vez em janeiro de 2000⁷⁹, quando a Corte Suprema julgou um caso de receptação e aplicou a teoria da ignorância deliberada, equiparando a conduta ao dolo eventual. No mesmo ano, houve julgamento envolvendo a teoria e o tráfico ilícito de entorpecentes⁸⁰.

Ramon Ragués i Vallès⁸¹ realizou estudo de precedentes exarados por tribunais espanhóis que nos permite concluir que, com exceção de um julgado de 2006 (que afirma que a teoria em questão não se sustenta, na medida em que ninguém pode ignorar ou desejar ignorar aquilo que conhece, STS 797/2006⁸²), as demais decisões citadas pelo autor aceitam a referida teoria e oscilam entre a utilização como preenchimento do elemento volitivo e como preenchimento do requisito cognitivo do dolo eventual. Há, ainda, decisões⁸³ em casos envolvendo lavagem de dinheiro.

Em pesquisa realizada diretamente no banco de dados do Tribunal Supremo da Espanha, no setor de jurisprudência⁸⁴ e utilizando os principais verbetes sobre a teoria (*willful blindness, ceguera, ignorancia*), verificamos, em decisões proferidas a partir de 2017, a invocação da teoria da cegueira deliberada nos seguintes casos: STS 310/2017⁸⁵, STS 395/2019⁸⁶, STS 478/2019⁸⁷, STS 528/2019⁸⁸, e STS 494/2020⁸⁹.

⁷⁷LUBAN, D. "Contrived Ignorance", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, v. 87, 1999, p. 967-969. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1751>. Acesso em: 24 set. 2022.

⁷⁸LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada "cegueira deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 158.

⁷⁹RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 23.

⁸⁰RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 25.

⁸¹RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 33 ss.

⁸²ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 797/2006. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84316cf00fc3da35/20061214>. Acesso em: 23 set. 2022.

⁸³RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 46;47

⁸⁴ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Acesso em: 13 set 2022.

⁸⁵ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 310/2017. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c1287cfed792370e/20170525>. Acesso em: 13 set. 2022.

⁸⁶ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 395/2019. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8b23b412c9e52948/20190809>. Acesso em: 13 set. 2022.

⁸⁷ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 478/2019. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cf2486835d7c19fa/20191106>. Acesso em: 13 set. 2022.

Aspecto relevante sobre os referidos julgados é que, em hipóteses envolvendo tráfico de drogas, a teoria foi enfrentada por alegações da defesa de erro de tipo, quando os acusados afirmavam que transportaram entorpecentes, mas o fizeram diante de erro. Ademais, a teoria foi utilizada para suportar condenações com fundamento em dolo eventual.

5. Cegueira deliberada no Brasil

O caso líder no Brasil envolve o furto ao Banco Central em Fortaleza⁹⁰. Em 2005 uma organização criminosa furtou a quantia de R\$164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais), no que foi considerado o maior furto da história do país.

O crime teve como foco um setor do banco que armazenava notas de baixo valor (R\$50,00 – cinquenta reais) e que seriam, em sua quase totalidade, destinadas à incineração, uma vez que apresentavam rasgos e defeitos.

Logo após a consumação do delito, os agentes compraram 11 (onze) veículos de uma agência de automóveis, pagando o montante de R\$730.000,00 (setecentos e trinta mil reais). Os agentes deixaram um 'saldo' de R\$230.000,00 (duzentos e trinta mil reais) para aquisição futura de veículos.

Todo o pagamento, tanto do montante principal quanto do saldo para futuras aquisições, foi feito por meio de notas de R\$50,00 (cinquenta reais) e foram trazidas ao estabelecimento por meio de sacos de tecidos, de forma improvisada e com a maior discrição possível.

Em primeira instância houve condenação dos vendedores dos veículos por lavagem de dinheiro (dissimulação e ocultação da origem ilícita dos recursos)⁹¹. Entendeu o magistrado que, apesar dos vendedores jamais terem sido informados que o dinheiro decorria do furto ao Banco Central, certamente sabiam ser de origem ilícita. Afinal, não seria factível alegar que não sabiam da origem ilícita dos valores, quando a compra é feita de forma totalmente atípica.

O recurso ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região foi provido e os vendedores foram absolvidos, com o afastamento da teoria da cegueira deliberada. O Tribunal afirmou, em síntese, que a teoria pode ser aplicada no Brasil, mas o caso concreto não permitiria a condenação, pois não estaria demonstrado que os vendedores sabiam da origem ilícita ou possuíam alta probabilidade de conhecer a ilicitude. A absolvição foi fundada na ausência de comprovação dos requisitos e não na impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada.

Spencer Toth Sydow⁹², ao tratar do caso em questão, afirma que o Tribunal Regional Federal afastou a aplicação da teoria no Brasil, diante da sua proximidade com a responsabilidade penal objetiva. Discordamos parcialmente do autor, na medida em que a fundamentação do acórdão estava relacionada à forma com que o magistrado de piso interpretou a teoria e não com a teoria propriamente dita. O próprio autor⁹³ afirma que o julgado colegiado reconheceu a possibilidade de aplicação do instituto, desde que seja considerado como uma forma de dolo eventual.

⁸⁸ESPAÑA. Tribunal Supremo Español. STS 528/2019. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/80db097801e25bcb/20191119>. Acesso em: 13 set. 2022.

⁸⁹ESPAÑA. Tribunal Supremo Español. STS 494/2020. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/443426d8d4df910c/20201026>. Acesso em: 13 set. 2022.

⁹⁰BRASIL. Justiça Federal. *Furto ao Banco Central de Fortaleza*. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/noticias/noticias/2248-caso-do-furto-ao-banco-central-completa-10-anos>. Acesso em: 13 set. 2022.

⁹¹BRASIL. Justiça Federal. *Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0*, 11.a Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará, Sentença.

⁹²SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 219.

⁹³SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 220.

Outro caso envolvendo a teoria foi o chamado 'mensalão'⁹⁴, que envolve um sistema de corrupção envolvendo partidos políticos que, mensalmente, recebiam recursos financeiros para fornecer o número de votos necessários para aprovação de propostas encaminhadas pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional. Especificamente sobre o crime de lavagem de dinheiro, há a seguinte menção à teoria⁹⁵:

A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do art. 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico. O direito comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos. [...] 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. No Direito brasileiro, pratica crime doloso tanto quem age com consciência e vontade de realizar o tipo penal objetivo como aquele que assume o risco de produzir o resultado delitivo (art. 18, I, do Código Penal).

Trata-se, em nosso entender, de uma decisão fundamentada em uma leitura apressada da teoria originada no *common-law*. A corte máxima do Brasil simplesmente equiparou a cegueira deliberada ao dolo eventual e, uma vez que se admite, por construção dogmática, o conceito de dolo eventual no Código Penal Brasileiro (artigo 18), seria possível a plena aplicação da teoria no Brasil.

Em primeiro lugar, a teoria em debate não pode ser equiparada ao dolo eventual. O 'berço' do instituto (*common-law* da Inglaterra) sequer conhece o conceito de dolo eventual. Aliás, a teoria do delito é estranha à tradição costumeira, tanto da Inglaterra como dos Estados Unidos.

Essa transposição pura e simples, com uma tentativa de 'encaixe' da teoria em algum artigo do Código Penal Brasileiro, revela violação ao princípio da legalidade, na medida em que, ao Poder Judiciário, não cabe inovação do ordenamento jurídico, muito menos quando essa inovação implica ampliação do âmbito de incidência da norma penal.

Ana Lara Camargo de Castro⁹⁶ ressalta que, mesmo no sistema do *common-law* dos Estados Unidos, não se admite mais a criação de tipos penais pelo costume. Acolhe-se o *fair warning*, equivalente ao princípio da legalidade e anterioridade do modelo continental. Assim, a ampliação da incidência de um tipo penal pela aplicação de uma teoria gestada em ambiente totalmente diverso não é admissível.

Segundo pesquisa realizada diretamente no *site* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tomando decisões colegiadas proferidas

⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 407*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2389618>. Acesso em: 23 set. 2022.

⁹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 407*, p. 5288; 52912. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2389618>. Acesso em: 23 set. 2022.

⁹⁶CASTRO, A. L. C. *Plea Bargain. Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019, p. 24.

desde 2017 e utilizando os principais verbetes (*willful blindness*, cegueira deliberada e ignorância deliberada), podemos constatar o acolhimento da teoria. O Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp 1793377/PR⁹⁷, afirmou:

Ademais, consabido que a denominada teoria da cegueira deliberada, criação doutrinária e jurisprudencial, preconiza que é possível a condenação pelo crime de lavagem de capitais, ainda que ausente o dolo direto, sendo admitida a punição a título de dolo eventual, desde que presentes alguns requisitos, a saber, que o agente crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento da intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, se ela vier a ocorrer, quando teria plenas condições de investigar a proveniência ilícita dos bens.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisões colegiadas afirmando que a teoria é acolhida no Brasil no AgRg no AREsp 1810066/AL⁹⁸, APn 940/DF⁹⁹ e AgRg no REsp 1669311/SP¹⁰⁰. Verifica-se dos julgamentos uma equiparação da teoria em questão ao dolo eventual.

No Supremo Tribunal Federal, além do já citado caso 'mensalão', houve menção à teoria nas decisões colegiadas AP 975¹⁰¹ e AP 996¹⁰². Verifica-se, novamente, uma equiparação da teoria ao dolo eventual.

6. Críticas

O sucesso da teoria perante a Suprema Corte dos Estados Unidos e da Espanha não autoriza o afastamento das críticas. Afirma-se, em tom de repúdio, que a teoria implica presunção de conhecimento da ilicitude, o que seria inviável na esfera penal¹⁰³.

Em função da impossibilidade de presunção, a cegueira deliberada somente poderia ser equiparada a uma conduta culposa (grave negligência ou imprudência), mas jamais ao dolo, conforme manifestação de Juarez Tavares¹⁰⁴.

Sérgio Moro, ao tratar do tema¹⁰⁵, em sentido contrário ao exposto, reconhece a presença de dolo eventual quando verifica "presentes os requisitos

⁹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1793377/PR*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900206201&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 23 set. 2022.

⁹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1810066/AL*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202003500787&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set. 2022.

⁹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *APn 940/DF*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201903722302&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set. 2022.

¹⁰⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1669311/SP*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701066285&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set. 2022.

¹⁰¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 975*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4927582>. Acesso em: 29 set. 2022.

¹⁰²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 996*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5083040>. Acesso em: 29 set. 2022.

¹⁰³ROBBINS, I. P. "The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea", *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, passim.

¹⁰⁴TAVARES, J. *Fundamentos da Teoria do Delito*, Ed. Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018, p. 270-271.

¹⁰⁵MORO, S. F. "Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem". (Baltazar Júnior, J. P.; MORO, S. F. coords.), *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas*

exigidos pela doutrina da 'ignorância deliberada', ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza ilícita".

Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini¹⁰⁶, ao tratarem do fenômeno da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro, afirmam que é possível equiparar o instituto ao dolo eventual, desde que presentes dois requisitos. O primeiro é a criação consciente e voluntária de barreiras ao conhecimento para evitar ter ciência do caráter ilícito da operação e o segundo é ter a consciência (representação) de que essas condutas vão facilitar a prática de atos ilícitos, isto é, representação de que essas barreiras vão facilitar a ocorrência de crimes.

Sérgio Valladão Ferraz¹⁰⁷ ao tratar da aplicação da cegueira deliberada no âmbito da teoria do delito, de natureza continental, especialmente aos conceitos de dolo e culpa, afirma que só haveria que se falar na aplicação do instituto quando o agente possuísse conhecimento equivalente ao dolo eventual e organizasse sua conduta de modo a colocar em dúvida a configuração do dolo no momento da execução do delito futuro. Ou seja, propicia que o delito venha a ser praticado no futuro, sem que tenha qualquer representação sobre os elementos do tipo objetivo durante o cometimento dos atos executivos.

O autor afirma que, dada a necessidade de algum grau de conhecimento da probabilidade da ilicitude, bem como diante dos requisitos do dolo eventual, a cegueira deliberada só faz sentido para delito futuro.

Concordamos com Guilherme Brenner Lucchesi¹⁰⁸ quando afirma que "a equiparação do desconhecimento, ainda que diante de um dever legal de conhecimento, amplia o conceito legal de dolo, contrariando a regra geral que exige conhecimento para a configuração do dolo, diante da conjugação das regras dos arts. 18 e 20 do Código Penal".

Entendemos que a aplicação da cegueira deliberada no Brasil é indevida. O conceito amplo e abstrato de *mens rea* como equivalente a um elemento subjetivo do crime permitiu, no sistema costumeiro, a construção de uma teoria que permite tomar a probabilidade da ilicitude como conhecimento. Ainda que tenhamos críticas a essa construção que, simplesmente, presume um requisito essencial do crime, o fato é que ela decorre de uma interpretação histórica de um conceito aberto.

A dificuldade da aplicação de um instituto do *common-law* em um regime de direito continental demonstra as consequências dos transplantes entre sistemas jurídicos distintos¹⁰⁹.

Segundo a obra de Watson¹¹⁰, há uma estrita ligação entre as normas, a sociedade e a cultura. Contudo, os legisladores terminam por criar leis que não possuem uma ligação direta com a sociedade cujo comportamento se pretende regular, mas sim com a cultura jurídica da elite dominante. Cita¹¹¹, como exemplo, o caso da Turquia, onde a cultura jurídica da elite impôs a adoção da legislação da Suíça como modelo para o Código Civil, uma vez que os dirigentes do país possuíam laços com aquele país. O recurso ao modelo da Suíça não se deu porque,

especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 101.

¹⁰⁶BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e processuais penais: Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 144; 145; 146.

¹⁰⁷FERRAZ, S. V. *O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 282-283.

¹⁰⁸LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada "cegueira deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 228.

¹⁰⁹WATSON, A. *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2ª ed, Ed. University of Georgia, Athens, 1993, passim.

¹¹⁰WATSON, A. *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2ª ed, Ed. University of Georgia, Athens, 1993, passim.

¹¹¹WATSON, A. *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2ª ed, Ed. University of Georgia, Athens, 1993, p. 115.

do ponto de vista jurídico-social, seria a norma mais adequada para o contexto social.

A transposição de uma lei tomada de outra sociedade (outro contexto cultural) implica que, embora a estrutura normativa seja a mesma, os efeitos dessa norma podem ser diferentes. Anne Peter e Heiner Schwenke¹¹² reforçam a necessidade de contextualizar o estudo envolvendo regimes jurídicos distintos com a cultura legal de cada país.

É por essa razão que, quando utilizamos os transplantes de institutos jurídicos, esse trabalho deve ser feito sempre mediante a pesquisa do contexto social de onde a norma foi criada e de onde se pretende introduzi-la, de forma a realizar as adaptações necessárias para a finalidade e eficácia que se pretende. Conforme Guilherme Brenner Lucchesi¹¹³, “não se pode simplesmente querer transplantar ao Brasil – ou a qualquer outro sistema jurídico de matrizes distintas – a cegueira deliberada sem verificar o papel a ser desempenhado”.

6.1 Ativismo judicial e princípio da legalidade

Parece-nos que a introdução da cegueira deliberada no Brasil busca acolher o movimento de ‘lei e ordem’, mas sem a participação do Poder Legislativo e dos demais setores da sociedade. Referido movimento consiste na implementação de um direito penal máximo, praticamente uma antítese do abolicionismo penal, onde a proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos é ampliada, especialmente, com incremento na sanção penal correlata e o endurecimento das normas processuais penais de restrição cautelar de liberdade¹¹⁴.

Ocorre que esse movimento jamais pode se dar por incentivo do Poder Judiciário que, utilizando-se indevidamente da função legislativa, busca, por meio da interpretação, reescrever as normas jurídicas.

Da mesma forma não se pode permitir que o sentimento coletivo de insegurança autorize o Poder Judiciário, ainda que por construções teóricas elaboradas, como é o caso da teoria da cegueira deliberada, a ampliar a abrangência de normas de direito penal de caráter punitivo.

Há, no Brasil atual, um notório sentimento de insegurança (muitas vezes em função da divulgação de índices de criminalidade pela *mass media*), que estimula um movimento que imputa a solução da situação ao reforço da sanção penal, isto é, a ampliação das normas penais. A mesma opinião é compartilhada por Silva Franco¹¹⁵.

Essa situação se torna ainda mais grave quando constatamos a “disfunção narcotizante”, nos termos de Merton e Lazarsfeld¹¹⁶, onde o ser humano perde o protagonismo na construção de conclusões e passa a, passivamente, receber as informações fornecidas pela *mass media*.

No ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de lei ordinária para criar norma penal pode ser extraída da interpretação conjunta dos artigos 5º, II e XXXIX; 22, I; 62, §1º, “b”; todos do texto magno¹¹⁷.

¹¹²PETER, A.; SCHWENKE, H. “Comparative Law Beyond Postmodernism”, *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, Nº. 4, 2000, passim.

¹¹³LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 179.

¹¹⁴VALENTE, M. M. G. *Direito Penal do Inimigo e Terrorismo. O Progresso ao Retrocesso*, Almedina, São Paulo, 2016, p. 58.

¹¹⁵SILVA FRANCO, A. *Crimes Hediondos*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 32-34.

¹¹⁶MERTON, R.; LAZARFELD, P. “Comunicação de Massa, gosto popular e a organização da ação social”. (Lima, L. C. coord.), *Teoria da Cultura de Massa*, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2000, passim.

¹¹⁷BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar 2021.

A necessidade da chancela democrática para estabelecimento da norma penal tem sua origem muito antes da promulgação da atual Carta Magna. As primeiras manifestações do princípio da legalidade podem ser fixadas na Constituição de Maryland de 1776¹¹⁸ e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹¹⁹.

Cesare Bonesana¹²⁰, em 1764, afirmou que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.

O princípio da legalidade foi também inserido como premissa dos crimes do Direito Internacional Penal, conforme se verifica do Estatuto de Roma¹²¹. Trata-se de importante evolução na limitação do poder punitivo, na medida em que os Tribunais Internacionais anteriores ao Tribunal Penal Internacional utilizaram costumes para realizar a imputação penal¹²².

A norma penal, portanto, somente deve ser criada por lei, respeitando o princípio da legalidade estrita, garantindo a participação da vontade popular na formação e, sobretudo, observando a segurança jurídica do jurisdicionado. A afirmação de que ao Poder Judiciário é devido interpretar a lei não permite que o referido poder amplie a incidência de dispositivos de natureza penal com fins incriminatórios. Nesse sentido é a posição de Luis Regis Prado¹²³.

Não se desconhece a obra de David A. Strauss sobre a ‘Constituição Viva’¹²⁴ e a necessidade de interpretação das normas jurídicas diante do contexto socioeconômico, especialmente nos países de direito costumeiro. Mas, há limites que essa interpretação não pode ultrapassar. A liberdade humana é um direito natural¹²⁵ que se contrapõem a uma potente força do Estado (restrição de liberdade pelo *jus puniendi*).

Note-se que, para sustentarmos nossas afirmações, nem mesmo é preciso debater sobre o chamado ativismo judicial, que, sob o manto da interpretação das normas, pode ser definido como “participação intensa do Poder Judiciário, inclusive com ingerência sobre os demais poderes, através de decisões que interferem diretamente na regulamentação da vida em sociedade e nas políticas públicas estatais”¹²⁶.

Apesar de o ativismo judicial ser um campo fértil para estudo, parece pacífico que não há ativismo judicial capaz de justificar a criação de normas penais. Julgamos que, para quem admite sua validade, o ativismo judicial somente deve ser aceito nas hipóteses de definidas por Luis Roberto Barroso¹²⁷:

¹¹⁸ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição de Maryland de 1776*. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp. Acesso em: 14 jan. 2021.

¹¹⁹FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acesso em: 14 jan. 2021.

¹²⁰BECCARIA, C. B. *Dos Delitos e das Penas*, Tradução de Néelson Jahr Garcia, Ed. Ridendo Castigat Mores, São Paulo, 2001, p. 10;11.

¹²¹BRASIL. *Estatuto de Roma*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 03 abr 2020.

¹²²TRINDADE, A. A. C. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2005, passim.

¹²³PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*, 8ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 459.

¹²⁴STRAUSS, D. A. *The Living Constitution*, Ed. Oxford University Press, New York, 2010, p. 17.

¹²⁵RESENDE, A. J. “Conceito e Evolução Histórica do Direito Natural”, *JURÍDICA*, Ano III, nº 3, 2015, passim.

¹²⁶ANDRADE, M. D; BRASIL, C. “Delimitando o Ativismo Judicial: Acepções, Críticas e Conceitos”, *Quaestio Iuris*, v. 11, nº. 04, 2018, p. 3285.

¹²⁷BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 07 set. 2022, p. 06.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Ainda que se admita essa interferência do Poder Judiciário em temas que, diante da literalidade da Constituição, estariam a cargo do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, não se pode admitir, sob qualquer fundamento, interferência na esfera penal. Os princípios da legalidade e da anterioridade na criação de tipos penais são garantias fundamentais que não admitem redução pelo Poder Judiciário.

Nem mesmo a invocação da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy¹²⁸ poderia justificar ampliação de incidência de norma penal, na medida em que a aplicação da referida teoria não seria capaz de, sem violar o conteúdo material mínimo, reduzir o âmbito de incidência do princípio da legalidade de forma proporcional.

Afinal, uma situação é admitir que o Poder Judiciário, interferindo no âmbito de decisão do Poder Executivo, decida sobre a construção de um muro entre dois países¹²⁹, outra bem diferente é determinar, por meio de interpretação, o que se considera como crime.

6.2 Tomada de posição

Podemos afirmar que, em nosso entender, no direito brasileiro, a aplicação da teoria da cegueira deliberada é inconstitucional, pois implica uma interpretação que equipara condutas destinadas a evitar o conhecimento da ilicitude com o próprio conhecimento.

Toma uma conduta culposa (negligência ou imprudência) como dolo, gerando uma indevida ampliação da incidência penal. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma espécie de ativismo judicial que, ao arrepio da Constituição, cria tipos penais, uma vez que determina a incidência da sanção penal destinada a crimes dolosos em condutas culposas.

Essa afirmação encontra suporte em J. Edwards¹³⁰ e Ira P. Robbins¹³¹, quando, analisando o sistema do *common-law* e a teoria em debate, verificam uma aproximação com o *recklessness* e não com *knowledge*. Os referidos autores não vislumbram, na conduta acolhida pela cegueira deliberada, um comportamento capaz de se enquadrar no conceito de 'conhecimento' nos moldes do Código Penal Modelo dos Estados Unidos. O comportamento de quem age em cegueira deliberada seria compatível com a negligência ou até mesmo imprudência. Transportando esse raciocínio para o direito continental, vislumbram culpa e não dolo.

¹²⁸ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Ed. Malheiros, São Paulo, 2015, p. 93-94.

¹²⁹BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 07 set. 2022, p. 02.

¹³⁰EDWARDS, J. L. J. "The Criminal Degrees of Knowledge", *The Modern Law Review*, v. 17, Nº. 4, 1954, p. 303-306.

¹³¹ROBBINS, I. P. "The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea", *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, p. 223.

Ragués I Vallés¹³² afirma que:

ignorância deliberada *stricto sensu* parece cair em uma situação intermediária, especialmente quando o sujeito partiu da suspeita inicial de que ele possa prejudicar algum interesse indeterminado, mas tal suspeita não se mostrou motivo suficiente para ele confirmar a existência de tal risco e, se necessário, evitar conduta prejudicial.

Sérgio Valladão Ferraz¹³³ afirma que a cegueira deliberada, na estrutura do *common-law* dos Estados Unidos, está situada entre *recklessness* e *knowingly*, sendo indevida a afirmação de que o instituto deve ser sobreposto sobre qualquer um desses institutos jurídicos. Afinal, segundo o autor, os requisitos para aplicação da teoria, especialmente a ciência da probabilidade da ilegalidade e vontade de manter-se ignorante, afastam o autor do *recklessness*, mas não permitem afirmar a existência do *knowingly*.

Concordamos com a posição de Luis Greco¹³⁴ quando afirma que a teoria, dentre outros problemas, não permite determinar o início da tentativa (quando há o início da violação do bem jurídico protegido).

Entendemos que, seja no sistema do *common-law* ou no sistema continental (Espanha e Brasil), a aplicação da cegueira deliberada, nos moldes em que reconhecida pelos tribunais, é indevida. No sistema do *common-law*, não se pode acolhê-la, pois o comportamento é de negligência e não de conhecimento. No direito continental, trata-se de conduta que se amolda à culpa e não ao dolo. A ausência de definição legal de dolo e culpa, no ordenamento jurídico espanhol, embora permita uma aproximação com a teoria da cegueira deliberada nos mesmos moldes do *common-law*, não é suficiente para garantir o acolhimento do instituto nos termos em que a jurisprudência tem feito.

Por fim, é importante destacar que eventuais propostas de modificação dos critérios da cegueira deliberada, como as sugestões de Spencer Toth Sydow¹³⁵ (inclusão, dentre outros, da necessidade de uma motivação egoística e ilícita que manteve o agente em ignorância), são incapazes de solucionar a impossibilidade de aplicação da referida teoria no modelo continental, na medida em que, mesmo que referidas propostas reduzam o âmbito de incidência da cegueira deliberada, ao final, esbarram no princípio da legalidade, uma vez que é da essência da referida teoria modificar critérios de imputação de tipo penal com o viés ampliativo.

7. Due process of law

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, chamada de constituição cidadã, reestabeleceu as premissas democráticas do Brasil. A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado.

Processo Penal é matéria de ordem constitucional. Nelson Nery Junior¹³⁶ afirma que o processo deve ser analisado à luz das tarefas fundamentais da Constituição – integração, organização e direção jurídica – e do caráter dirigente e diretamente aplicável dos direitos fundamentais.

¹³²RAGUÉS I VALLÈS, R. "Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada en Derecho penal", *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, 2013, p. 32.

¹³³FERRAZ, S. V. *O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 189;191.

¹³⁴GRECO, L. "Comentario al artículo de Ramon Ragués", *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Seccion I, 2014, p. 75-76.

¹³⁵SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 202.

¹³⁶NERY JUNIOR, N. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 10ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 38.

José Frederico Marques¹³⁷ pondera que: “nesse conjunto de normas e preceitos agasalhados no texto constitucional é que a ciência processual vai haurir a seiva de que se alimentam seus postulados e regras fundamentais.”

Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço¹³⁸ afirmam que “as regras do jogo democrático devem ser garantidas de maneira crítica e constitucionalizada, até porque com ‘Direito Fundamental’ (e as normas processuais o são), não se transige, não se negocia, defende-se.”

Claus Roxin¹³⁹ afirma que “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição de um Estado” (tradução nossa). De fato, “é indubitável que o Direito Processual Penal é o Direito Constitucional em movimento”¹⁴⁰.

É obrigatória, pois, uma “harmonia conteudista” entre o Código de Processo Penal e a Lei Fundamental¹⁴¹. Por fim, Canotilho¹⁴² afirma que: “a ideia de garantia contra os próprios órgãos do Estado justifica a constitucionalização quer do procedimento e limites de revisão, quer das situações de necessidade constitucional”.

Aury Lopes¹⁴³ afirma que “o processo não pode mais ser visto como simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido”.

Hassemer¹⁴⁴ pondera que “as formalidades do processo penal não são meras formalidades. Em seu núcleo, são formas protetoras de interesses da totalidade dos intervenientes no processo penal e, antes de tudo, do imputado”.

É preciso questionar se a teoria da cegueira deliberada é compatível com o devido processo legal e pode ser inserida em um processo penal de cunho garantista, como aquele inaugurado pela Constituição do Brasil (artigo 5, LIV)¹⁴⁵ e presente nos Estados Unidos (emendas V e VI)¹⁴⁶, Reino Unido (Magna Carta)¹⁴⁷ e Espanha (artigo 24 e 25)¹⁴⁸.

No que tange ao *common-law*, tomando os Estados Unidos como paradigma, (onde o júri também pode decidir matéria de direito), Guilherme Brenner Lucchesi¹⁴⁹ elaborou estudo de como é feito o questionamento sobre o reconhecimento da cegueira deliberada. Como exemplo, podemos citar o seguinte grupo de quesitos:

- 1) A seguir, gostaria de explicar algo sobre a comprovação de conhecimento por um acusado. (2) Ninguém pode evitar responsabilidade por um crime ao deliberadamente ignorar o

¹³⁷MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*, v. 1, Ed. Bookseller, Campinas, 1997, p. 80.

¹³⁸ROSA, A. M.; SILVEIRA FILHO, S. L. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 71.

¹³⁹ROXIN, C. *Derecho procesual penal*, Ed. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 10.

¹⁴⁰TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*, 26ª. ed., v 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 32.

¹⁴¹ROXIN, C.; ARZT, G.; TIEDEMANN, K. *Introdução ao direito penal e ao processo penal*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 157.

¹⁴²CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª Ed, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 888.

¹⁴³LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*, 9ª. Ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 72.

¹⁴⁴HASSEMER, W. *Crítica al derecho penal de hoy*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colômbia, 1998, p. 82.

¹⁴⁵BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set 2022.

¹⁴⁶ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 24 set 2022.

¹⁴⁷MCLLWAIN, C. H. “Due Process of Law in Magna Carta”, *Columbia Law Review*, v. 14, nº. 1, 1914, Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1111001>. Acesso em: 24 set. 2022.

¹⁴⁸ESPAÑA. *Constituição*. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-40008. Acesso em: 24 set. 2022.

¹⁴⁹LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 163-171.

que é evidente. Se os Senhores se convencerem que o acusado deliberadamente ignorou uma elevada probabilidade que _____, então os Senhores podem decidir que ele sabia _____. (3) Para decidir de tal maneira, os Senhores devem se convencer para além de uma dúvida razoável que o acusado tinha ciência de uma elevada probabilidade que _____, e que o acusado deliberadamente fechou os olhos ao que era óbvio.

Quanto ao entendimento dos Tribunais dos Estados Unidos sobre o tema, diante da análise dos precedentes citados neste artigo, podemos concluir que, para reconhecimento da cegueira deliberada, é fundamental demonstrar que havia elevada probabilidade de o agente estar diante de uma ilicitude e que foram adotadas medidas para afastar esse conhecimento. Essa conclusão é referendada por Guilherme Brenner Lucchesi¹⁵⁰.

Sobre a Espanha, o estudo dos julgamentos do Tribunal Supremo Espanhol, especialmente nossa pesquisa diretamente no banco de dados do referido tribunal, tomando como data de corte o ano de 2017 em diante, permitiu constatar que a alegação de cegueira deliberada é contraposta com alegações de erro de tipo, o que demonstra a busca pela teoria como forma de sobreposição ao conceito de dolo eventual.

No Brasil, apesar da sua recente introdução, verifica-se, nos mesmos moldes da Espanha, uma equiparação com o dolo eventual. A jurisprudência chega a afirmar que a teoria teria suporte no Código Penal, na medida em que haveria previsão legal de dolo eventual.

Essa construção, em nosso entender, simplesmente anula o devido processo legal, pois realiza uma indevida equiparação entre probabilidade do conhecimento do ilícito e prova do conhecimento, impondo à defesa uma prova diabólica da inexistência de conhecimento. Logo, no Brasil, a aplicação da teoria não encontra suporte.

Quanto aos demais países estudados, nenhum regime jurídico afastou o ônus acusatório da prova dos elementos da cegueira deliberada. O problema que se constata é que, diante da grande abstração dos requisitos essenciais do instituto (elevada probabilidade de o agente estar diante de uma ilicitude e adoção de medidas para afastar esse conhecimento), a decisão sobre a presença dos requisitos não oferece um parâmetro objetivo seguro.

Assim, ao órgão acusatório caberia demonstrar a probabilidade de conhecimento da ilicitude e condutas que indiquem uma vontade de não conhecer o ilícito. Caberia à defesa afastar esses elementos, demonstrando que, de fato, o agente não conhecia as circunstâncias, o que, em nosso entender, como já afirmado, constitui indevida inversão do ônus probatório.

Rui Aido¹⁵¹, ao tratar dos julgados do Tribunal Supremo da Espanha, afirma que "não pode ser concebível a ausência de critérios e a forma desprovida de rigor com que o tribunal fez alusão à *willful blindness*". Essa constatação impõe o reconhecimento da violação ao *due process of law*, na medida em que a ausência de rigor na utilização do instituto dificulta, de forma demasiada, o contraditório.

Gisele Mendes de Carvalho e Gerson Faustino Rosa¹⁵² afirmam que "reduz-se consideravelmente as exigências de prova em alguns delitos, eximindo o julgador de indicar os indícios incidentes na verificação das regras de experiência que autorizam a condenação. Trata-se, portanto, de referencial demasiadamente elástico".

¹⁵⁰LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada "cegueira deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 171.

¹⁵¹AIDO, R. *Cegueira Deliberada*, Dissertação de Mestrado, Faculdade da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 81.

¹⁵²CARVALHO, G. M.; ROSA, G. F. "Uma análise Crítica da Teoria da Cegueira Deliberada à Luz do Princípio da Imputação Subjetiva", *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018, p. 1607.

De fato, com exceção de exemplos extremos, onde as circunstâncias revelam nitidamente os requisitos da cegueira deliberada, vislumbramos uma zona cinzenta (especialmente nos crimes de lavagem de dinheiro) que impossibilita superar o requisito da 'dúvida razoável' do *common-law*, o que, em nossa opinião, deveria atrair o princípio da presunção de inocência.

O que a teoria da cegueira deliberada promove é a possibilidade de a acusação provar uma negligência (ou imperícia) e obter a condenação por dolo eventual. Trata-se de uma indevida equiparação e que, como aqui demonstrado, viola o *due process of law*.

7.1 Propostas para transplante da teoria para o direito continental

Por fim, vamos responder ao questionamento sobre a viabilidade do transplante da teoria em questão para o direito continental (brasileiro e espanhol).

Inicialmente é preciso fazer uma observação em relação à aplicação do instituto no *common-law*. Conforme determinado no capítulo anterior, temos críticas à teoria. Julgamos que, para adequação da teoria ao princípio da legalidade e ao *due process of law*, é preciso realizar duas alterações.

Quanto ao direito material, é preciso relacionar a cegueira deliberada ao *recklessness*, afastando a invocação do *purposely* e do *knowingly*. Essa alteração é essencial para, em nosso entender, evitar uma indevida ampliação da incidência da norma penal.

No que tange ao processo penal, a alteração seria o estabelecimento de um *standard* probatório¹⁵³ rígido para reconhecimento da teoria, determinando o afastamento do instituto quando verificada dúvida com o mínimo de fundamento. Em outras palavras, a 'dúvida razoável' deve ser interpretada de forma favorável ao réu.

Sobre o direito continental (brasileiro e espanhol), é preciso ressaltar que, em capítulo precedente, já apontamos a razão pela qual a importação de institutos jurídicos não apresenta os resultados esperados, usando a obra de Alan Watson¹⁵⁴ como marco teórico.

A utilização da teoria da cegueira deliberada em ordenamentos de tradição de direito continental somente pode ser feita mediante transplante com modificação legislativa, sendo inviável recorrer à interpretação comparativa.

Assim, considerando a necessidade de adaptação do instituto ao ordenamento jurídico de direito continental, entendemos que a solução demanda, necessariamente, modificação na legislação vigente.

Quanto ao Brasil, nossa sugestão é uma modificação do artigo 18 do Código Penal, com a introdução de um parágrafo, com a seguinte redação: considera-se culposa a conduta do agente que demonstre elevada probabilidade de conhecimento da ilicitude e reste demonstrada a adoção de medidas voltadas a evitar o pleno conhecimento, ainda que tais medidas sejam de cunho omissivo.

Quanto ao processo penal, para respeito ao devido processo legal, é fundamental que a aplicação da teoria seja afastada diante de dúvidas razoáveis sobre a presença dos elementos acima apontados, sob pena de violação do princípio da inocência.

No Direito Espanhol, a sugestão é uma modificação do Código Penal¹⁵⁵, no seu artigo 5º. Embora julguemos que dolo e imprudência são conceitos que deveriam ter definição legal, para fins de viabilização da cegueira deliberada na Espanha, bastaria a inclusão do artigo 5 bis com a seguinte redação: considera-se imprudente a conduta do agente que, diante da elevada probabilidade de

¹⁵³RAMOS, J. G. G. *Curso de processo penal norte-americano*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 192-193.

¹⁵⁴WATSON, A. *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2ª ed, Ed. University of Georgia, Athens, 1993, passim.

¹⁵⁵ESPAÑA. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 05 set. 2022.

conhecimento da ilicitude, adote medidas para evitar o pleno conhecimento, ainda que ainda que tais medidas sejam de cunho omissivo.

Sobre o aspecto processual penal, bem como ponderamos em relação à legislação do Brasil, é imprescindível, sob pena de violação do princípio da inocência, que a verificação dos requisitos seja bastante rigorosa por parte do Poder Judiciário, com prevalência do princípio da presunção de inocência.

8. Conclusão

O artigo se propôs, através do método lógico-dedutivo, tendo como ponto de partida revisão bibliográfica nacional e estrangeira e seu cotejo com precedentes jurisprudenciais, analisar e definir o conceito do instituto da cegueira deliberada, que é uma criação do *common-law* da Inglaterra, com desenvolvimento nos Estados Unidos. Definido o conceito, houve análise da compatibilidade com os princípios fundamentais de processo penal, especialmente o devido processo legal e a presunção de inocência. Ato contínuo, analisou-se a aplicação perante o regime de direito continental, nos ordenamentos do Brasil e Espanha.

Como conhecimento prévio e necessário ao estudo do tema, houve análise da natureza da conduta humana e da existência do livre-arbítrio, bem como da presença do elemento subjetivo para a prática do fato típico. Restou demonstrado que, apesar das evoluções da neurociência e dos entendimentos sobre a inexistência de liberdade na conduta (o contexto social determinaria a conduta), foi possível concluir que o homem é livre, possui livre-arbítrio e, portanto, é responsável pelas suas condutas.

No direito costumeiro, berço do instituto em foco, o estudo revelou que não há uma teoria do delito nos moldes que conhecemos no direito continental, bem como não há o conceito de dolo e culpa. O equivalente ao elemento subjetivo (estados mentais) é tido como *mens rea*, embora não tenha uma definição geral.

Nos Estados Unidos verificou-se que o Código Penal Modelo pretendeu abandonar o conceito de *mens rea*, substituindo-os pelas seguintes categorias: (a) propósito (*purposely*), (b) consciência (*knowingly*), (c) imprudência (*recklessness*) e (d) negligência (*negligence*). Com fundamento em estudo bibliográfico, conclui-se que diversas unidades federativas dos Estados Unidos reformaram suas legislações com base no Código Modelo. A *mens rea* foi abandonada e o termo substituído por '*culpability*' que, em termos de comparação com o modelo continental, pode ser equiparado ao elemento subjetivo.

A teoria da cegueira deliberada é aplicada quando uma pessoa tem ciência da elevada probabilidade da existência de um fato elementar de um delito, mas deliberadamente adota condutas voltadas a impedir a efetiva ciência. Nessa situação, considera-se presente o conhecimento (*knowledge*), ou seja, considera-se satisfeito o requisito mental dos crimes que exigem *knowledge*.

O estudo revelou que o instituto, com mais de 150 (cento e cinquenta) anos, sofreu modificações. Sua aplicação teve início, na esfera penal, com a abstenção da busca do reconhecimento da ilegalidade como elemento suficiente para reconhecimento do *mens rea*. Ato contínuo, acolheu-se a teoria não somente na abstenção, mas também diante da conduta deliberada de impedir o conhecimento da ilicitude e, por fim, ampliou-se a teoria para todas as áreas do direito onde o agente deixa deliberadamente de diligenciar quanto à ilicitude ou o faz de forma ineficaz.

No direito continental aqui estudado (Brasil e Espanha), o instituto passou a ser utilizado nos anos 2000, como forma de reconhecer a existência de dolo (eventual) quando existissem fundadas razões para suspeitar da ilicitude de uma conduta, mas o agente adotasse posturas para, deliberadamente, evitar o conhecimento.

É importante constatar que, tanto no Brasil quanto na Espanha, a teoria foi aplicada pelos órgãos jurisdicionais sem um amplo estudo dogmático. Na Espanha, se verifica a aplicação, no Tribunal Supremo, em casos envolvendo tráfico de

drogas e em crimes econômicos. No Brasil, chama a atenção a utilização do instituto como uma forma de permitir a punição por lavagem de dinheiro, na medida em que o país não prevê a forma culposa do crime. Importante constatar que, na Espanha, apesar de existir a figura culposa do crime de lavagem de dinheiro, a teoria também foi invocada nessa hipótese.

Revelou-se que a teoria, mesmo no sistema do *common-law*, é passível de críticas. Foi possível, em nosso entender, demonstrar que, ao fim e ao cabo, se determina a punição por dolo quando, na verdade, estamos diante de uma conduta culposa. Em termos de *common-law* dos Estados Unidos, pune-se por *knowledge* uma conduta que se coaduna com o *recklessness*.

No que tange ao direito processual penal, foi possível concluir que a aplicação da teoria pode gerar uma verdadeira inversão do ônus da prova. A partir do momento que se admite a sanção diante da demonstração da alta probabilidade do conhecimento do ilícito, transfere-se à defesa a prova (diabólica) de que não se tinha conhecimento (nem mesmo provável).

O estudo revelou que, especialmente no Brasil, a teoria foi usada como um 'verniz teórico' para viabilizar um movimento de expansão penal (praticamente um movimento de 'lei e ordem') gestado pelo Poder Judiciário. Utilizou-se de notícias divulgadas pela *mass media*, especialmente sobre a impunidade e corrupção, como suporte para, por meio de interpretação, promover um ativismo judicial com enfoque na ampliação da incidência das normas penais incriminadoras.

Portanto, a teoria da cegueira deliberada, nos moldes em que é atualmente aplicada, tanto no *common-law* como no direito continental, não encontra suporte no princípio da legalidade e no princípio do devido processo legal.

Quanto ao *common-law*, o estudo formulou uma proposta de modificação, determinando a aplicação da teoria em questão como equivalente ao *recklessness*. Sobre o aspecto do direito processual penal, a aplicação da teoria demanda a reformulação do *standard* probatório, com postura rigorosa das cortes sobre a 'dúvida razoável'.

No Brasil e na Espanha a teoria somente seria possível mediante a modificação dos Códigos Penais dos respectivos países. Haveria necessidade de previsão legal da aplicação da teoria e sempre relacionada à culpa consciente e não ao dolo eventual. O processo penal deveria ser modificado para acomodar a 'dúvida razoável' nos termos determinados no *common-law*.

Essas providências seriam necessárias para que o 'transplante' da teoria para o regime continental fosse feito com respeito aos princípios constitucionais vigentes, especialmente a estrita legalidade e o *due process of law*.

9. Referências

- AIDO, R. *Cegueira Deliberada*, Dissertação de Mestrado, Faculdade da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.
- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Ed. Malheiros, São Paulo, 2015.
- ANDRADE, M. D; BRASIL, C. "Delimitando o Ativismo Judicial: Acepções, Críticas e Conceitos", *Quaestio Iuris*, vol. 11, nº. 04, 2018, pp. 3279-3297.
- ARAÚJO, T. C. M. "O Pensamento de Karl Marx e a Criminologia Crítica: Por uma Criminologia do Século XXI", *Revista EMERJ*, v. 18, n. 67, jan - fev. 2015, p. 356 - 375.
- BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e processuais penais: Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Disponível em:

- https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_p ara_Selecao.pdf. Acesso em: 07 set. 2022.
- BECCARIA, C. B. *Dos Delitos e das Penas*, Tradução de Nélon Jahr Garcia, Ed. Ridendo Castigat Mores, São Paulo, 2001.
- BECK, F. "A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In) Aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro", *Revista de Estudos Criminais*, n. 41, set. 2011, p. 45-68.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*, 14ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2014.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. 2021.
- _____. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 23 set. 2022.
- _____. *Lei 9.613 de 1998*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- _____. Justiça Federal, *Furto ao Banco Central de Fortaleza*. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/noticias/noticias/2248-caso-do-furto-ao-banco-central-completa-10-anos>. Acesso em: 13 set. 2022.
- _____. Justiça Federal, *Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0*. 11.a Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará, Sentença.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 407*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2389618>. Acesso em: 23 set. 2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *AP 975*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4927582>. Acesso em: 29 set. 2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *AP 996*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5083040>. Acesso em: 29 set 2022.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1793377/PR*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900206201&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 23 set. 2022.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1810066/AL*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202003500787&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set 2022.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *APn 940/DF*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201903722302&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set. 2022.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1669311/SP*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701066285&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set. 2022.

- _____. *Estatuto de Roma*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 03 abr. 2020.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2003.
- CARVALHO, G. M.; ROSA, G. F. "Uma análise Crítica da Teoria da Cegueira Deliberada à Luz do Princípio da Imputação Subjetiva", *Revista Quaestio Iuris*, vol. 11, nº. 03, 2018, pp. 1592-1612.
- CASTRO, A. L. C. *Plea Bargain. Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.
- COELHO, J. G. "Livre-arbítrio e a relação mente e cérebro em Benjamin Libet", *Principia*, v. 18, n. 1, 2014, p. 153-174, Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/135483>. Acesso em: 29 set. 2022.
- DRESSLER, J; GARVEY, S. P. *Criminal Law: Cases and Materials*, 7ª ed., Ed. West, St. Paul, 2016.
- EDWARDS, J. L. J. *Mens rea in statutory offences*, Ed. Macmillan, London, 1955.
- _____. "The Criminal Degrees of Knowledge", *The Modern Law Review*, Vol. 17, No. 4, 1954, pp. 294-314.
- ESPAÑA. *Constituição*. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-40008. Acesso em: 24 set. 2022.
- _____. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 05 set. 2022.
- _____. Tribunal Supremo Espanhol. *STS 33/2005*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Acesso em: 23 set. 2022.
- _____. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 797/2006*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84316cf00fc3da35/20061214>. Acesso em: 23 set. 2022.
- _____. Tribunal Supremo Espanhol. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Acesso em: 13 set. 2022.
- _____. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 310/2017*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c1287cfed792370e/20170525>. Acesso em: 13 set. 2022.
- _____. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 395/2019*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8b23b412c9e52948/20190809>. Acesso em: 13 set. 2022.
- _____. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 478/2019*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cf2486835d7c19fa/20191106>. Acesso em: 13 set. 2022.
- _____. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 528/2019*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/80db097801e25bcb/20191119>. Acesso em: 13 set. 2022.
- _____. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 494/2020*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/443426d8d4df910c/20201026>. Acesso em: 13 set. 2022.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Código Penal Modelo*, Disponível em: https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC_Provisions/model_penal_code_default_rules.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

- _____. *Constituição de Maryland de 1776*. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp. Acesso em: 14 jan. 2021.
- _____. *Constituição*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 24 set. 2022.
- _____. Supreme Court. *United States v. Morissette*, v.342, p. 246, 1952.
- _____. Supreme Court. *Turner v. United States*, 396 U.S. 398. 15 out. 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/396/398/>. Acesso em: 24 set. 2022.
- _____. Supreme Court. *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/>. Acesso em: 05 set. 2022.
- _____. Supreme Court. *United States v. Bank of New England, NA*, 640 F. Supp. 36 (D. Mass. 1986). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/640/36/1452052/>. Acesso em 23 set. 2022.
- _____. Supreme Court. *Global-Tech Appliances, INC. v. SEB S.A.* (nº 10-6) 594 F. 3d. 1360. Disponível em: <https://law.cornell.edu/supct/html/10-6.ZO.html>. Acesso em: 23 set. 2022.
- FERRAZ, S. V. *O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.
- FERRI, E. *Teorica della imputabilità e negazione del libero arbitrio*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1881.
- _____. *Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime*, 2ª ed., Tradução de Paulo Capitanio, Ed. BookSeller, Campinas, 1999.
- FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acesso em: 14 jan. 2021.
- GRECO, L. "Algumas observações introdutórias à "distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe". (Puppe, I. coord), *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco, Ed. Manole, Barueri, 2004.
- _____. "Comentário al artículo de Ramon Ragués", *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Seccion I, 2014, p. 67-78.
- GUARAGNI, F. A. *As Teorias da Conduta em Direito Penal. Um Estudo da Conduta Humana do Pré-Causalimos ao Funcionalismo Pós-Finalista*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
- HASSEMER, W. *Crítica al derecho penal de hoy*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colômbia, 1998.
- HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, 1ª ed, Tradução de Orlando Vitorino, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997.
- _____. *Fenomenologia do Espírito*, Volume único, 2ª ed, Tradução de Paulo Meneses, Ed. Vozes, Petrópolis, 2003.

- HUSAK, D. N.; CALLENDER, C. A. "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality," *Winconsin Law Review*, 1994, p. 29-70.
- LARENZ, K. H. *Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, 4ª ed, Ed. Scientia Verlag, Germany, 1970.
- LIBET, B. "Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action", *The behavioral and brain sciences*, v. 8, 1985, p. 529-566.
- LOMBROSO, C. *L'uomo Delinquente*, Ed. Passerino Editore, Lazio, 1897.
- LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*, 9ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012.
- LOVELESS, J. *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 4ª ed, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2014.
- LUBAN, D. "Contrived Ignorance", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, v. 87, 1999, p. 957-980, Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1751>. Acesso em: 24 set. 2022.
- LUCCHESI, G. B. *A Punição da Culpa a Título de Dolo. O Problema da Chamada "Cegueira Deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.
- LUIZI, L. *Os princípios Constitucionais Penais*, 2ª ed, Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2003.
- MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*, v. 1, Ed. Bookseller, Campinas, 1997.
- MARX, K. *Contribuição à Crítica da Economia Política*, 3ª ed, Tradução de Maria Helena Barreiros Alves, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- MAURACH, R. *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1971.
- MCLLWAIN, C. H. "Due Process of Law in Magna Carta", *Columbia Law Review*, v. 14, nº 1, 1914, pp. 27-51, Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1111001>. Acesso em: 24 set. 2022.
- MELLO, S. B. de A. "Da Psicanálise à Neurociência: Do Fim ao Fim da Culpabilidade na Doutrina Ibérica? Uma Visão Crítica", *Conpedi Law Review*, v. 1, 2015, p. 72-100.
- MERTON, R.; LAZARFELD, P. "Comunicação de Massa, gosto popular e a organização da ação social". (Lima, L. C. coord.), *Teoria da Cultura de Massa*, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2000, p. 109-131.
- MORO, S. F. "Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem". (Baltazar Júnior, J. P.; MORO, S. F. coords.), *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.
- MUNANGA, K. "O anti-racismo no Brasil". (Munaga, K. coord.), *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*, Ed. Edusp, São Paulo, 1996, p. 79-94.
- NERY JUNIOR, N. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 10ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
- NUCCI, G. S. *Código Penal Comentado*, 14ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- PACHUKANIS, E. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, Tradução de Sílvio Donizete Chagas, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1988.
- _____. *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. Tradução de Edith Hajós, Ed. Verlag, Freiburg, 2003.

- PETER, A.; SCHWENKE, H. "Comparative Law Beyond Postmodernism", *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, nº. 4, 2000, pp. 800-834.
- PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*, 8ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2019.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.
- _____. "Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada en Derecho penal", *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, 2013, p. 11-38.
- RAMOS, J. G. G. *Curso de processo penal norte-americano*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- RESENDE, A. J. "Conceito e Evolução Histórica do Direito Natural", *JURÍDICA*, Ano III, nº 3, 2015.
- ROBBINS, I. P. "The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea", *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, p. 191-234.
- RODRIGUES, R. N. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*, Ed. SciELO - Centro Edelstein, São Paulo, 2011.
- RODRÍGUEZ, V. G. *Livre Arbítrio e Direito Penal. Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, Ed. Marcial Pons, São Paulo, 2018.
- ROSA, A. M.; SILVEIRA FILHO, S. L. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.
- ROXIN, C. *Derecho procesual penal*, Ed. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- _____; ARZT, G.; TIEDEMANN, K. *Introdução ao direito penal e ao processo penal*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007.
- SALES, S. J. S. "Anotações sobre o estudo da Recklessness na Doutrina Penal Italiana: Por uma Terceira Forma de Imputação Subjetiva?", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 137, 2017, p. 125-149.
- SANTOS, J. C. *A Criminologia Radical*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981.
- SARTRE, J. P. *L'existentialisme est un humanisme*, Ed. Gallimard, Paris, 1996.
- SILVA FRANCO, A. *Crimes Hediondos*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.
- SILVEIRA, J. R. M. "A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato", *Revista de Ciências Criminais*, ano 24, v. 122, ago 2016, p. 255-280.
- SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017.
- STRAUSS, D. A. *The Living Constitution*, Ed. Oxford University Press, New York, 2010.
- TAVARES, J. *Fundamentos da Teoria do Delito*, Ed. Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018.
- TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*, 26. ed., v 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004.
- TRINDADE, A. A. C. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2005.
- VALENTE, M. M. G. *Direito Penal do Inimigo e Terrorismo. O Progresso ao Retrocesso*, Ed. Almedina, São Paulo, 2016.
- VERAS, R. P. *Os crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

- WATSON, A. *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2ª ed, Ed. University of Georgia, Athens, 1993.
- WELZEL, H. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- WILLIAMS, G. *Criminal Law: The General Part*, 2ª ed., Ed. Stevens & Sons Ltd., London, 1961.