

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

CLOVIS ALBERTO VOLPE FILHO

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Clovis Alberto Volpe Filho; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-737-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Em uma tarde de Sábado, em pleno dia 24 de junho, por ocasião das festividades de São João no início do inverno brasileiro, o Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I reuniu-se, em breve, porém produtivo intervalo no arrasta-pé, com o escopo de debater temas modernos e interdisciplinares das Ciências Penais, que resultou na confirmação de que o Conpedi é hoje uma associação que contempla grandes profissionais, docentes e acadêmicos do direito. Com grande capacidade crítica, os estudiosos de ecléticos temas do universo do direito e do processo penal, corroboraram o sucesso dos eventos remotos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Diversas Instituições, de norte a sul do país, estiveram representadas nos debates, culminando com um livro, de consulta imprescindível, que é composto dos seguintes artigos/capítulos, ora apresentados por título, autoria e síntese.

O texto “Justiça restaurativa: conjugação da eficiência penal com a finalidade retributiva da pena”, escrito por Carlos Augusto Machado De Brito e Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, analisa a inovação da justiça restaurativa e promove um resumo histórico sobre o direito penal e a sua evolução até os dias atuais, com a ideia da constitucionalização do direito penal e a inserção das garantias. Para além disso, identifica os movimentos evolutivos do sistema penal e suas velocidades, colocando o desenrolar da importância da atuação da vítima para a resolutividade da lei penal. Ainda, o texto faz o cotejo da necessidade de um direito penal eficiente, mas sem deixar de lado a observância da finalidade retributiva do direito penal, e ressalta a importância do papel da vítima na justiça restaurativa, em especial nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher objetivando a busca do cumprimento da função retributiva da pena conjugada com a eficiência do direito penal.

O trabalho “Justiça restaurativa: aplicabilidade prática no judiciário brasileiro”, de autoria de Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, Allan Vítor Corrêa de Carvalho e Mariana Soares de Moraes Silva, aborda a temática da Justiça Restaurativa concebida por Howard Zehr, e em quais âmbitos do judiciário brasileiro suas práticas poderiam ser adotadas a fim de melhorar a cultura de não somente punir e prender, no intuito de desafogar o judiciário e diminuir a superlotação dos presídios. Com os resultados obtidos, os autores revelaram que há diversos estudos acerca da implantação de práticas restaurativas em diversos âmbitos do judiciário

brasileiro, como nas varas de violência doméstica, infância e juventude e delegacias de polícia, mas que o grande obstáculo para uniformização das práticas consiste na ausência de normatização sobre o assunto.

O texto “Lei Maria da Penha: extensão do bem jurídico protegido e a transexualidade”, dos autores Marcela Da Silva Pereira e Antônio Carlos da Ponte, revela que, diante do contexto cultural e histórico vivenciado, grupos feministas se rebelaram contra a limitação de direitos, exigindo que estes fossem iguais aos dos homens; lutaram também por sua autonomia e liberdade, para que não houvesse mais sua submissão e dependência, inclusive quanto ao seu papel social, a uma figura masculina. Conceitos, como família, tiveram que ser revistos diante das mudanças nas relações interpessoais, de forma que o Direito estava se tornando um limitador da proteção e se via em desconformidade com a realidade vivida. O conceito mulher, prematuramente visto como sexo feminino, conceito biológico, mostrou-se insuficiente, devendo ser ampliado para assegurar a proteção do gênero, bem jurídico da lei 11.340/06. Dados apontam que a vulnerabilidade em razão do gênero feminino consiste em tema que exige uma maior atenção e cuidado, bem como uma política e garantias mais eficientes, tratando-se de problemática que clama atenção. Não diferente da situação dos transexuais, do gênero feminino, os quais, através das estatísticas, percebe-se que são alvos constantemente violados, vistos a margem da proteção. Revelam os autores que os Tribunais vêm decidindo pela ampliação do conceito, entendendo pelo gênero, além do sexo feminino, para que se possa alcançar situações diferentes ou até mesmo próximas, mas com o mesmo intuito e bem jurídico.

O intitulado “Mandados de criminalização e a tutela penal dos bens jurídicos difusos”, dos autores Antônio Carlos da Ponte e Cíntia Marangoni, discorre sobre a teoria dos mandados constitucionais de criminalização e suas implicações na proteção penal aos interesses difusos, diante do crescimento desta espécie de bens jurídicos universais, a partir do fenômeno da globalização e da sociedade pós-moderna. Com efeito, os bens jurídicos penais difusos devem ser tutelados por meio de instrumentos diversos dos utilizados no combate à criminalidade comum (que ataca bens jurídicos individuais), notadamente porque sua eventual lesão tem a capacidade de atingir um número indeterminado de pessoas e causar danos irreversíveis à sociedade. Para tanto, aborda-se o princípio da proporcionalidade (pelo viés da proibição da proteção deficiente) e a necessidade de reformas legislativas condizentes com a criminalidade contemporânea.

“Maternidade no cárcere privado: uma análise acerca do desenvolvimento adequado da criança a partir da teoria do apego”, com autoria de Jéssica Cindy Kempfer e Isadora Malaggi, busca analisar se o ambiente prisional é o mais adequado para a criança conviver

com a mãe no pós-parto, a partir da teoria do apego e das atuais estruturas e instalações do sistema prisional. Diante disso, com o objetivo de concluir, através da teoria do apego e do atual sistema carcerário, o ambiente adequado para a criança, indaga-se a seguinte questão: a partir da teoria do apego e das atuais estruturas e instalações do sistema prisional, é possível afirmar juridicamente que, durante o tempo estabelecido na legislação, o convívio no pós-parto do filho com a mãe no ambiente prisional é o mais adequado? Desta forma, para responder à referida pergunta, é contextualizado o cárcere feminino no Brasil e o aumento significativo do encarceramento feminino. Ressalta-se, ainda, a maternidade e a teoria do apego, apresentando a importância do vínculo da criança com a figura de apego. Por fim, busca realizar de forma específica as relações entre mãe e filho com base na teoria do apego e as divergências frente ao ambiente prisional adequado. Como resultado final, o artigo externa que o ambiente prisional não é o lugar mais adequado para criança conviver com a mãe.

“Necropolítica e ressocialização no sistema prisional: impactos no direito à educação do apenado”, de Flavia De Paiva Medeiros De Oliveira e Drielly Cinthya Alves Nogueira, externa que o sistema prisional brasileiro ampara-se na punição e ressocialização do apenado, em que devem ser respeitados os princípios constitucionais de cumprimento da pena. No entanto, as prisões brasileiras estão permeadas por estruturas inadequadas e regimes disciplinares diferenciados que constantemente ferem a dignidade das pessoas privadas de liberdade e impedem a ressocialização. Assim, o artigo objetivou analisar a relação do conceito de necropolítica com o direito à educação do apenado no contexto prisional brasileiro. Para tanto, utilizou o conceito de necropolítica de Achille Mbembe na tentativa de problematizar o racismo e a política de morte do Estado brasileiro para com a população carcerária. Ao final, concluiu-se que, em uma análise necropolítica, não existiria uma coincidência na formatação da população carcerária e das motivações para a negação de seus direitos dentro e fora do contexto prisional brasileiro, inclusive no direito à educação como processo de ressocialização do apenado.

Já o artigo “O crime de lavagem de dinheiro nas transferências de atletas de futebol e a implementação preventiva de programas de criminal compliance em clubes brasileiros”, de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e João Menezes Canna Brasil Filho, examina os impactos concernentes à implantação de programas de criminal compliance com foco de prevenção à lavagem de capitais, principalmente em transferências de atletas de clubes brasileiros de futebol. Inicialmente, aborda-se o fenômeno da globalização no mercado futebolístico, corresponsável pela multiplicação de investimentos internos e externos no esporte, o qual determina o incremento do risco do cometimento do delito de lavagem de capitais. Assim, discute-se ferramentas de governança utilizadas por entidades relacionadas

ao esporte com o fito de coibir essas práticas criminosas, bem como as especificidades oriundas da instituição de programas de criminal compliance dentro de clubes de futebol, com características distintas de empresas de outros ramos, salientando a independência de um sistema de compliance como atributo essencial para elevar o êxito na prevenção desses delitos. Destaca-se, ainda, que o texto analisa os deveres de compliance que precisam ser observados por agentes envolvidos no setor e identificados na legislação vigente, tendo em vista a alta vulnerabilidade das operações nacionais e transnacionais envolvendo transações de atletas, particularmente em relação ao delito de lavagem de dinheiro.

Na sequência, Bruna Vidal da Rocha, Dani Rudnick e Tatiane Lemos Nascente apresentaram o texto "Reflexões históricas acerca do Tribunal do Júri", reiterando a historicidade e abordando, a partir de critérios delineados, a relevância e os aspectos controvertidos que envolvem o tribunal popular.

O artigo Educação no sistema prisional como efetivação da cidadania para os encarcerados no Estado da Paraíba, de autoria de Rômulo Rhemo Braga, Mariana Morais Silva e Allan Vitor de Carvalho, traz à baila os postulados fundamentais para a dignidade humano por meio do direito à educação efetivado no cárcere, por meio de importante estudo de caso.

A temática do poder probatório do juiz penal foi analisada por Américo Bedê Freire Junior e Vanessa Maria Feletti; e o ambiente prisional brasileiro como locus de violações de direitos humanos e apropriado para a estruturação das facções criminosas foi abordado por Luan Fernando Dias e Maria Aparecida Lucca Caovilla.

A provisoriedade da prisão e a morosidade judicial como violação de direitos fundamentais foi o objeto de análise do texto de autoria de Débora Simões Pereira; e o protocolo para a higidez do reconhecimento de pessoas como dimensão estruturante do procedimento probatório foi alvo da abordagem feita por Eduardo Garcia Albuquerque.

Seguindo a mesma toada, Luciano Santos Lopes e Pedro Afonso Figueiredo analisou a teoria da cegueira deliberada aplicada aos crimes tributários, com ênfase em suas repercussões e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Luciana Machado Teixeira Fabel e Lélío Braga Calhau apresentaram e trouxeram para a pauta as discussões sobre os desafios opostos ao Direito Penal pelo ESG, Greenwashing e pelos programas de integridade.

Sem dúvidas, aqui uma grande obra que é produto de construção coletiva, oriunda de diversos bancos acadêmicos e profissionais desse país marcada por novas discussões, intensas transferências de tecnologias e práticas de inovação que, em muito, redimensionam a

ciência do Direito, a dogmática jurídica-penal e a produção do conhecimento científico na área desse já tradicional grupo de trabalho.

Convidamos, pois, à leitura; cumprimentando, todos e todas, pelo êxito de mais um GT em um encontro virtual do CONPEDI.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder Escola Superior/MG

Professor Doutor Clovis Alberto Volpe Filho

Faculdade Dr. Francisco Maeda/Faculdade de Direito de Franca

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão, Universidade Ceuma e Universidade de Salamanca.

TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E CRIMES TRIBUTÁRIOS

“WILLFUL BLINDNESS” DOCTRINE E TAX CRIMES

Luciano Santos Lopes ¹

Pedro Afonso Figueiredo de Souza ²

Resumo

O uso da teoria da cegueira deliberada, no Brasil, iniciou-se em 2007, a partir do julgamento do furto ao Banco Central. Posteriormente utilizada Ação Penal 470, ganhou adeptos e passou a ser utilizada nos mais variados processos do sistema de justiça pátrio. Entretanto, em uma análise crítica sobre a incompatibilidade da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro vigente, passa-se à demonstração de sua equivocada utilização nos crimes contra a ordem tributária. A partir da análise qualitativa de três julgamentos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, examinou-se a hipótese mencionada, concluindo-se que nos referidos casos, o judiciário proferiu decisões condenatórias, ignorando o standard de prova construído pelo legislador, bem como assumiu outros papéis. Desse modo, a medida impositiva é a sua rejeição, dada a insegurança jurídica decorrente do seu uso. Finalmente, importa ressaltar que a análise que se faz é relacionada, especificamente, ao modo como a jurisprudência brasileira tem aplicado a citada teoria nos crimes contra a ordem tributária.

Palavras-chave: Cegueira deliberada, Crime tributário, Prova, Dolo, Direito penal

Abstract/Resumen/Résumé

The use of the willful blindness doctrine in Brazil began in 2007, after the Central Bank theft trial. Subsequently used Penal Action 470, it gained supporters and began to be used in the most varied processes of the national justice system. However, in a critical analysis of the incompatibility of the theory with the current Brazilian legal system, it moves on to demonstrate its mistaken use in crimes against the tax order. Based on the qualitative analysis of three judgments handed down by the Federal Regional Court of the 4th Region, the hypothesis was examined, concluding that in these cases, the judiciary issued condemnatory decisions, ignoring the standard of proof constructed by the legislator, as well as assuming other roles. Thus, the mandatory measure is its rejection, given the legal uncertainty resulting from its use. Finally, it is important to emphasize that the analysis that is carried out is specifically related to the way in which Brazilian jurisprudence has applied the theory in crimes against the tax order.

¹ Professor da Graduação e do Programa de Mestrado da Faculdade Milton Campos. Mestre e Doutor pela FDUFG. Advogado. E-mail: luciano@animaeducacao.com.br

² Graduado em Direito pela PUC - MG. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Mestrando pela Faculdade Milton Campos. Advogado e Professor. E-mail: pedroafigueiredos@gmail.com

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Willful blindness doctrine, Tax crime, evidence, Intent, criminal law

1. INTRODUÇÃO

A questão ora enfrentada se relaciona a sobre como a jurisprudência brasileira tem aplicado a teoria da cegueira deliberada nos crimes contra a ordem tributária.

Desse modo, parte da análise da aplicação acrítica realizada pelos tribunais brasileiros em relação a uma teoria importada, de matriz *common law*” e que não foi devidamente adaptada ao ordenamento jurídico pátrio.

Argumenta-se que o uso da teoria pode provocar condenações, a título de dolo, sem a necessária comprovação do preenchimento dos requisitos legais exigidos para essa categoria de imputação subjetiva (sobretudo a presença do conhecimento).

Verifica-se que há uma confusão, desde a importação da teoria para o direito brasileiro, quanto aos requisitos que formularam a cegueira deliberada no seu seio original. A partir da confusão da presença do elemento semântico “*indiferença*”, percebeu-se uma falsa aproximação com o entendimento consolidado sobre o dolo eventual. Esse desacerto propiciou um déficit na produção probatória em diversos crimes.

Pelo estudo comparado (no sistema jurídico originário), examinou-se os requisitos da teoria, cotejando eventual compatibilidade com o direito nacional. Assim, com o entendimento sobre as premissas originais, passa-se ao estudo da teoria do dolo vigente no ordenamento brasileiro, alinhando os limites legais com a noção probatória exigível nas decisões judiciais.

Importa compreender qual deve ser o conteúdo necessário de prova, apto a autorizar a condenação a título de dolo nos crimes contra a ordem tributária. É vital discutir, ainda, como está teoria tem sido utilizada como ferramenta retórica.

Desse modo, a pesquisa se desenvolve de modo qualitativo com o objetivo de examinar decisões em que a cegueira foi utilizada como fundamento de condenação. A busca foi restrita ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a partir da busca processual pública e disponibilizada pelos *sites* dos tribunais com os termos “*cegueira*” e “*deliberada*”. Em ato consequente, a partir das decisões encontradas nos portais eletrônicos, passou-se a análise do conteúdo de mérito dos processos (já findos).

2. A “*WILLFUL BLINDNESS*” NO SISTEMA DA *COMMOW LAW*

Como demonstra Ramon Vallés i Ragués (2007), a primeira decisão decorre no sistema anglo-saxão, da qual se originou as bases do que viria a ser o entendimento em relação à toeira. Esse caso remonta à Inglaterra de 1981, nomeado de “*Regina v. Sleep*”.

Em apertada síntese (VALLÉS I RAGUÉS, 2007), consta que Sleep, comerciante de metais, estava em uma embarcação mercantil com parafusos de cobre, dentre alguns com a marca do Império Britânico. Esta conduta lhe rendeu a acusação de malversação de bens públicos. Ao ser abordado, Sleep alegou não saber da existência das marcações do Império nos objetos, apesar de admitir ser o responsável por empacotá-los.

Sleep foi condenado pelo Júri, sob o fundamento de que apesar de não ter restado comprovado o seu conhecimento da existência das marcas nos pregos, atestou-se que havia a possibilidade de ele saber. Irresignado, o Réu recorreu à Corte, que reformou a sentença, argumentando a não constatação de que Sleep tinha o real conhecimento, nem tampouco, que ele intencionalmente escolheu não ter este conhecimento (HERNANDES, 2018).

Ao final do julgamento, passou-se a admitir a responsabilização penal de um indivíduo nas situações em que, embora não houvesse a comprovação do conhecimento efetivo, restasse demonstrada a presença de ciência da elevada probabilidade de estar incurso em uma conduta ilícita, bem como que o agente não tomou conhecimento pleno por uma ação voluntária de se manter ignorante (HERNANDES, 2018).

Posteriormente, essa tese foi incorporada nos procedimentos perante a Justiça dos Estados Unidos da América¹, encontrando terra fértil para prosperar. Essa proliferação ocorre a partir de uma problemática particular daquele sistema, em que se verificava uma lacuna de punibilidade quando não estava demonstrada a presença de um dos elementos subjetivos previstos na norma: o “*knowledge*”.

O início da aplicação da “*willful blindness*” no direito norte-americano remete ao ano de 1899, no caso “*Spurr v. United States*”. De acordo com os autos, Spurr, na condição de Presidente de um banco, foi acusado por certificar quatro cheques sem provisão de fundos, emitidos por comerciantes correntistas. Restou comprovado que essa ausência de lastro era de conhecimento apenas do funcionário caixa do banco que, ao repassar informações ao acusado, omitia a real situação financeira. (COURT LISTENER)

¹ Com efeito, a dinâmica em que ocorrem os julgamentos é bastante diverso do que é a praxe no Tribunal do Júri brasileiro. Além das diferenças referentes às matérias tratadas nos referidos tribunais, há também divergência no tocante à forma de realização do julgamento. Nos Estados Unidos, ao invés dos jurados julgarem a partir de quesitos formulados pelo Magistrado, como ocorre no Brasil, os jurados se reúnem e discutem entre si, devendo chegar a uma decisão unânime. (FARLEY, 1932)

Além disso, os jurados norte-americanos podem ir além da representação de direito proposta pela acusação. Isto, porque cabe ao Magistrado a análise de direito, enquanto aos populares fica a responsabilidade de análise dos fatos. Desse modo, os Juízes apresentam instruções (“*jury instructions*”) aos jurados a partir das regras jurídicas postas pelas partes. Essas orientações buscam facilitar a compreensão dos jurados sobre as normas apresentadas. (FARLEY, 1932)

A partir desse julgamento, a teoria ganhou adeptos nos Tribunais norte-americanos, culminando na expansão da utilização da tese nos julgamentos. Houve, inclusive, o uso das bases de conhecimento para solução de julgamento de mérito cível.

A despeito do sistema jurídico dos Estados Unidos ser marcado pela desunificação, é possível extrair que a cegueira deliberada assumiu um papel como substitutivo ao elemento “*knowledge*”, reunindo as hipóteses em que não havia a possibilidade de imputação plena do conhecimento por parte do acusado. Assim, impôs-se a criação da tese como forma de presumir a presença desse elemento cognitivo na conduta. E, assim, firmou-se a seguinte compreensão dos requisitos essenciais para configurar a cegueira deliberada:

o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. (LUCHESSI, 2017, p. 258)

Cumprido ressaltar que durante todo esse desenvolvimento da teoria, houve fortes posicionamentos de dissensos sobre o entendimento da tese, argumentando pelo descabimento de aplicação diante do sistema jurídico norte-americano. Há, pois, há sérios argumentos sobre a incompatibilidade de adoção dessa teoria, mesmo no sistema norte-americano.

O julgamento do caso “*Jewell v. United States*” foi emblemático. O Juiz Anthony M. Kennedy – posteriormente alçado à Juiz da Suprema Corte – liderou uma importante crítica. Anthony dispôs que, na análise de crime que exigem expressamente o conhecimento em seu tipo (no caso, o delito imputado era tráfico de drogas) não era possível substituí-lo por um outro elemento diverso não previsto. (LUCHESSI, 2017)

3. DESENVOLVIMENTO DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL

O primeiro caso de aplicação judicial da teoria no Brasil foi proferido pela Justiça Federal da 5ª Região, Subseção Judiciária de Fortaleza em 2007, no julgamento de uma das ações penais referentes ao furto do Banco Central. Contudo, a maior repercussão para disseminação da tese no território nacional decorreu do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em âmbito originário, da Ação Penal 470, em 2012.

Do mencionado julgamento, destaca-se o voto proferido pela Ministra Rosa Weber. Para ela, os benefícios dos pagamentos indevidos dispostos no processo, haviam adotado um comportamento indiferente e de ignorância frente as circunstâncias suspeitas da origem dos

valores. Recorrendo ao direito comparado, a Ministra assenta que a intencionalidade na conduta do crime de lavagem de capitais poderia ser verificada também nas ações com indiferença ao resultado possível. (BRASIL, 2013)²

Essa discussão teórica é derivada da celeuma existente na dogmática penal brasileira sobre a controvérsia do elemento subjetivo então exigido na Lei de Lavagem de Capitais. Havia importante debate sobre possibilidade de imputação de algumas condutas previstas na legislação a título de dolo eventual.

Dentre os adeptos da vertente de possibilidade dessa atribuição do dolo eventual, encontra-se Sérgio Fernando Moro (2007). O autor recorre ao direito comparado, frisando a crescente aceitação pelo judiciário norte-americano da responsabilização pelo crime de lavagem nas ocasiões que ocorre dolo eventual, por meio da cegueira deliberada.

Nesse ponto, Guilherme Lucchesi (2017) acentua sobre a gravidade dessa sentença (AP 470), em razão do recorrente erro na análise comparativa entre o direito brasileiro e o norte-americano. Isto porque não há no segundo a figura do dolo eventual propriamente dita. Portanto, essa subsunção de institutos não se mostra possível.

O direito criminal norte-americano tem suas próprias formas de delimitação consubstanciado nos elementos “*knowledge*”, “*purpose*”, “*recklessness*” e “*negligence*”, que de forma alguma se equiparam ao dolo e a culpa do direito penal brasileiro. Como alerta Guilherme Lucchesi (2017), qualquer tentativa de equivalência desses institutos é errônea.

A cegueira deliberada nos Estados Unidos se confunde com a própria imputação subjetiva desse sistema. Substitui o “*knowledge*” nas situações em que o conhecimento de algum elemento do crime – segundo sistemática própria – não foi verificado em razão de uma ação voluntária de permanecer em desconhecimento, quando se tinha elevada probabilidade de se ter ciência (LUCCHESI, 2017). Já a cegueira deliberada, nos moldes da construção brasileira, é apresentada como uma subespécie do dolo eventual.

Ainda de acordo com Lucchesi (2017), outro erro evidenciado na construção doutrinária de Moro se refere à tradução de uma premissa básica retirada do direito norte-americano. Ao citar alguns julgados como argumento para equiparação da cegueira deliberada e dolo eventual, o autor (2007) traduz a figura do “*awareness*” (consciência), como sendo “indiferença”. A partir desta imprecisão na tradução, vê-se que não deve prosperar a

² Enquanto a “*willful blindness doctrine*” se insere no âmbito subjetivo do agente, em seu próprio âmago de ciência das elementares do delito, a Ministra compreende a teoria a partir de elementos objetivos, ao balizar a sua aplicação ao dever de saber do agente. (BRASIL 2013)

correspondência que permitiria que a cegueira deliberada englobasse os casos possíveis de aplicação do dolo eventual.

Isto porque no direito criminal norte-americano não há a integração do elemento “indiferente” na descrição do “*knowledge*”, nem tampouco do “*recklessness*”. Com essa introdução incorreta do entendimento, busca-se contextualizar a cegueira como correspondente ao dolo eventual brasileiro, no qual percebe a indiferença como elemento.

Na construção original da teoria há uma exigência muito maior do que a indiferença do autor acerca do conhecimento. Neste caso, deve-se demonstrar o domínio do agente sobre a situação, que se satisfaz com a comprovação que ele agiu de forma comissiva e voluntária para evitar o conhecimento pleno.

Diante desse contexto constitutivo, a Ministra Rosa Weber dispõe que o direito norte-americano delinea três pressupostos para a aplicação da cegueira deliberada:

Para a configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, que o agente tenha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime, que o agente atue de forma indiferente a esse conhecimento, e que o agente tenha deliberadamente escolhido permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando era possível a alternativa. (BRASIL, 2013, p. 1297)

Então, apesar das provas dos autos não demonstrarem a ciência de fato dos operadores dos supostos atos de lavagem sobre a origem ilícita dos bens, restou comprovado de que estes tinham consciência da elevada probabilidade desses valores derivarem de ação ilícita, e mesmo assim, mantiveram-se indiferentes.

Desse paradigma iniciado pelo Supremo Tribunal Federal, a teoria da cegueira deliberada ganhou corpo e passou a ser utilizada no dia a dia forense, desde casos envolvendo grandes operações aos casos mais triviais.

A teoria ganhou novos contornos, a depender do modo em que é operada pelo julgador. Em diversos casos foi possível verificar o uso da cegueira deliberada como tese de direito material, estendendo o conceito de dolo para abarcar situações típicas de culpa, como uma espécie de dolo eventual. Em outros, a cegueira deliberada assume papel de apenas retórica argumentativa, como forma de dar sofisticação para a decisão. E por fim, foi possível verificar o uso da cegueira como verdadeiro instrumento probatório.

4. TEORIA DO DOLO NO DIREITO BRASILEIRO

Como já delimitado antes, a aplicação da cegueira deliberada incide sobre o elemento subjetivo do crime, especialmente, no direito americano, no que toca ao elemento “*knowledge*”. Assim, é essencial delimitar os elementos subjetivos presentes na ordem jurídica brasileira.

O Código Penal optou por seguir o conceito analítico de crime em sua vertente tripartida (conduta típica, ilícita e culpável). E, para a análise da aplicação da “*willfull blindness*”, importa a compreensão específica do plano subjetivo do tipo.

Desde Welzel (2004), passou-se a entender a conduta humana apoiada no entendimento acerca da finalidade do agente.³ Tornou-se impreterível examinar os estados anímicos e psíquicos que envolvem a tomada de decisão do agente.⁴

Para a análise ora proposta, restringe-se a apresentar as assimilações sobre o dolo, afastando os estudos sobre o tipo culposos, uma vez que o emprego da teoria da cegueira deliberada incide sobre este elemento subjetivo.

O Código Penal Brasileiro apresenta expressamente a definição esperada de dolo. A partir da conceituação do que seria o crime doloso, o artigo 18, inciso I, do Código Penal, define este como a ação humana em que o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo.

No entanto, este conceito só se torna completo se analisado com o artigo 20 do Código Penal, responsável por disciplinar o erro de tipo. Ao dispor que o “erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo”, exige-se que para a configuração desse elemento subjetivo que o autor tenha conhecimento sobre todos estes elementos (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2010)

Da análise das doutrinas modernas é possível verificar que o entendimento majoritário indica que o dolo é formado por dois elementos: o cognitivo e o volitivo (BRANDÃO, 2000). Nesse sentido, o conhecimento é entendido como a percepção interna do agente sobre os elementos do tipo objetivo (SANTOS, 2012). Já o elemento volitivo é representado na vontade em realizar a conduta tipificada na norma penal. Esta vontade não deve ser entendida como um simples desejo, é essencial que ele ocorra premeditadamente à ação e que seja de fato efetiva para a compreensão do comportamento humano dirigido ao resultado.

³ “O tipo penal se tornou estrutura complexa no injusto penal. Definiu-se com clareza (sem a ideia anterior de excepcionalidade) a sua parte objetiva (ação; eventual resultado; condições e características objetivas do agente) e parte subjetiva (vontade do agente: dolo e, por vezes, os elementos subjetivos do injusto).” (LOPES, 2017, p. 70/71)

⁴ “Foi o finalismo que trouxe, definitivamente o dolo (e a culpa em sentido estrito) para o tipo penal, completando o caráter subjetivo do injusto penal. O dolo normativo do causalismo se transformou em um conceito naturalístico, sendo por excelência os elementos subjetivos do tipo penal. A consciência da ilicitude, que antes integrava o dolo, agora é potencial e permanece compreendida no âmbito da culpabilidade.” (LOPES, 2017, p. 77)

Dessa concepção é possível extrair três espécies diversas de dolo: dolo direito de primeiro e de segundo grau, e o dolo eventual. O primeiro está ligado à intenção do autor com o resultado a ser provocado. O segundo se relaciona aos efeitos colaterais da sua conduta. O sujeito ativo da conduta tem a concepção de que estes efeitos são necessários para a concretização daquele resultado desejado, ainda que não sejam absolutamente desejados na vertente psicológica. E o terceiro, é constatado “quanto o resultado típico constitui um efeito apenas possível dos meios escolhidos pelo agente, que, não obstante, o incorpora a sua vontade” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2010, p. 276).

Partindo dessa definição, a dogmática penal apresenta diversas teorias com escopo a explicar os conteúdos do dolo. Somente com esta diferenciação é que torna possível, por exemplo, delinear o campo de incidência do dolo e da culpa.

As teorias propostas são subdivididas de acordo com o relevo que se dá a cada um dos componentes do dolo, constituindo as teorias volitivas e as teorias cognitivas. As primeiras, como explica Luís Greco (2004, p. XV), reúnem as proposições que concebem a existência do dolo para além do elemento cognitivo. Para estas é necessário também a presença da vontade, entendida em diversas modalidades, de acordo com a teoria adotada.

A primeira teoria retratada é a do Consentimento, adotada pelo Código Penal brasileiro para diferenciar o dolo da culpa. Segundo Juarez Tavares (2000), a configuração do dolo ocorreria com o conhecimento do autor da possibilidade de o resultado ocorrer, bem como que ele tenha consentido com este sucesso.

Na teoria da indiferença há a verificação interna do sujeito representada pelo signo da indiferença. Assim como na teoria do consentimento, aqui, o autor também tem o conhecimento da situação, porém, ao executar a conduta se mantém em estado de indiferença quanto aos resultados possíveis. (SANTOS, 2012, p.195).

A última teoria demonstrada é chamada da não comprovada vontade de evitação do resultado. Juarez Cirino dos Santos explica que a verificação da existência do dolo eventual ou da culpa decorre de apreciar se na determinada situação, o agente fez uso de “contrafatos para evitar o resultado representado como possível” (SANTOS, 2012, p.136).

Noutro norte, em resposta às críticas lançadas contra as teorias volitivas, de sobremaneira, no que toca à dificuldade de se comprovar a existência ou não de um elemento de prova interno ao agente, foram desenvolvidas as teorias cognitivas.

A primeira a se apresentar é a teoria da representação. Nesta acepção, o dolo já estaria caracterizado na situação em que o indivíduo representando ser possível obter um resultado

determinado, segue na execução da conduta (SANTOS, 2012). Destarte, parte-se do conhecimento do resultado pelo agente para determinar a incidência do dolo ou da culpa.

A teoria da probabilidade dispõe que o dolo estaria fundamentado quando o indivíduo tivesse representação da probabilidade de que um resultado ofensivo pudesse ser realizado ou não (SANTOS, 2012). Já a teoria do risco define o dolo a partir do conhecimento pelo autor do risco decorrente de uma conduta tipificada. Aqui não há preocupação com o conhecimento acerca do resultado decorrente.

Qualquer que seja a teoria adotada, é certa a proeminência do elemento cognitivo para a delimitação do dolo. O conhecimento é entendido a partir de duas vertentes: psicológico-descritivo e atributivo normativo (LUCCHESI, 2017). O primeiro se refere ao estado mental do agente, portanto, interno a seu intelecto, não sendo verificável por agentes externos. O segundo é a visão interpretativa externa ao intelecto do agente (GRECO, 2009).

Dessa importância extraída da presença obrigatória do conhecimento, na dimensão psicológica, em abstenção à vontade, é que Luís Greco apresenta uma concepção, segundo a qual o elemento ressaltante da definição de dolo é o conhecimento:

“Dolo é, ab initio, conhecimento, porque só o conhecimento gera domínio, e só o domínio fornece razões suficientemente fortes para fundamentar o tratamento mais severa dispensa aos casos de dolo. Estas razões são a maior necessidade de prevenção diante dos riscos que se dominam e a maior responsabilidade do autor por aquilo que ele realiza sob seu domínio.”. (GRECO, 2009, p. 903)

Alicerçado em contundentes críticas sobre as teorias volitivas, Luís Greco (2009) defende a possibilidade de conceituar o dolo abstendo-se do elemento da vontade. A imprescindibilidade do conhecimento para configurar dolo é vista a partir da impossibilidade de conceber um direito penal democrático sem verificar a existência de domínio. Caso contrário, partir-se-ia para responsabilização pela vontade particular do agente.

Além disso, Luís Greco (2009) assenta que o componente da vontade não apresenta valoração suficiente para gerar qualquer alteração no trato jurídico da conduta. Sendo assim, Greco propõe que seja unificado o conceito de dolo, não havendo que diferenciar dolo direto e dolo eventual. não a partir de fatos, como deve ser.

Lucchesi (2017) ressalta a dificuldade de o Direito adotar uma teoria cuja concepção central é baseada no conceito psicológico-descritivo. Isto ocorre dada a impossibilidade de se verificar no plano externo, um elemento que está intrínseco à consciência do sujeito. No fim, verificar-se-ia uma impossibilidade de efetivar o ônus probatório.

Do mesmo modo, todavia, o autor também assevera os perigos da adoção de uma teoria “normatizadora” do tipo, como a concepção explicitada por José Carlos Porciúncula (2014). Segundo o autor, utilizar um conceito fundamentalmente normativo-atributivo somente autenticaria a arbitrariedade da magistratura na imputação do dolo, posto que se trata de uma parametrização em definições abstratas e vagas.

Portanto, a ação dolosa deve ser concebida pela eminência do conhecimento apto a gerar o domínio pelo autor, conforme exigem os artigos 18 e 20 do Código Penal. Por outro lado, é necessário que não atribua a uma experiência empírica a demonstração do conhecimento efetivo, que pode ser suplantada pela concepção normativa-atributiva.

5. A CEGUEIRA PERANTE OS FATOS

Em diversos campos consolidou-se o posicionamento da imprescindibilidade do elemento conhecimento no dolo. Em diversos locais, como o Brasil, há uma exigência expressa contida na legislação. Já em outros, houve a construção jurisprudencial amparada pelos estudos doutrinários (RAGUÉS I VALLÉS, 2022).

Contudo, há um intenso debate sobre a urgência dos elementos necessários para a configuração do tipo doloso. Nesse sentido, intensificaram-se as análises sobre a essencialidade sobre o elemento cognitivo. Desse modo, surgiram posicionamentos doutrinários que passaram a questionar a intocabilidade do conhecimento.

Sobre essa concepção, Ramon Ragués i Valles (2022, p. 269) assevera:

Assim, recorrendo à antiga doutrina do *dolus indirectus*, segundo entendimento desse autor, o que deve importar para o dolo não são os dados psíquicos presentes no momento do agir, mas o déficit volitivo manifestado em determinados fatos: um déficit idêntico ao daquele que sabe que infringe a norma e ao de que não sabe porque lhe é indiferente sabê-lo.

É exatamente nesse ponto que reside o fundamento de aplicação da cegueira perante os fatos. Porque caso o desconhecimento decorra de ação própria do autor, haveria um benefício punitivo de indubitável contrassenso com o ordenamento.

Essa composição doutrinária é também amparada por Michael Pawlik. Como fundamento de suas disposições, o autor alemão parte do entendimento de que a delimitação do dolo e da culpa não deve ter tamanha diferenciação, porquanto ambas as previsões destinam ao tratamento da ilicitude da conduta. Assim, a diferenciação das duas possibilidades de imputação é quantitativa (PAWLIK, 2012). Desse modo, Pawlik (2012, p. 362) parte do pressuposto que

“o dolo e a culpa se apresentam como critérios para medir a contrariedade ao dever de atuação do sujeito infrator”.

Assim, a caracterização de uma conduta dolosa não está ligada ao resultado desejado, mas sim ao perigo que deveria ter sido representado no momento da conduta. Portanto, a não observância desse cenário de risco, ainda que esse fosse o exigível.

As bases dessa compreensão também foram asseveradas por Gabriel Pérez Barberá (2011), que entende a atribuição responsabilidade penal subjetiva como:

comunicação de uma regra que *prima facie* se afasta da regra estabelecida no tipo penal, sendo necessária a intervenção punitiva quando tal conduta alcance uma ‘intensidade comunicativa’ suficiente para desestabilizar as expectativas associadas à regra questionada. (BARBERÁ, 2011, p. 127)

Portanto, a incidência a título de dolo ou culpa dependerá exclusivamente da análise dessa intensidade comunicativa. Dando sequência a esse entendimento, o autor argentino expõe que os casos em que ocorra o desconhecimento ou ausência de representação quanto a uma situação regularmente observável, também devem ser tratados com a mesma intensidade.

um desconhecimento ou uma falta de representação irracional, por desafiar regularidades empíricas óbvias e/ou normas de condutas elementares desse âmbito específico de atuação (seja porque ele tenha se motivado por manifesto desinteresse pela proteção dos bens alheios ou por qualquer outro motivo), reprova intensamente ao seu autor e corresponde, portanto, à forma de punição mais grave (dolosa), ainda que mediante ameaça ou possibilidade de *poena naturalis*. (BARBERÁ, 2011, p. 139-140)

Logo, percebe-se que a imputação do dolo ou da culpa dependerá do cenário prévio à conduta, no qual o agente está inserido. Isto é, se haverá maior possibilidade de previsão da contrariedade à norma ou menor. Contudo, há importante questionamento quanto aos processos de verificação da conduta indiferente do agente. Como ocorrerá a valoração dessa ação.

A despeito das similitudes encontradas entre a teoria alemã e a teoria da cegueira deliberada, é possível aduzir importantes diferenças. Em relação ao equivalente entre as construções, destaca-se que o princípio de imposição, em ambas, decorre de uma representação do risco esperada ao agente, ao invés da concepção do que foi representado. Sobre essa igualdade, assevera Ramon Ragués I Vallés (2022, p. 277):

A teoria de origem germânica é mais enfática, em que, para merecer a pena do dolo, esse desconhecimento deve ser expressão da indiferença do sujeito por conhecer; por sua vez, a teoria anglo-saxã destaca a decisão voluntária do sujeito de não querer

saber, isto é, de não querer obter (mais) informação sobre alguns detalhes de sua conduta.

Ademais, quanto às especificidades, cumpre destacar que a cegueira deliberada tem aplicabilidade mais ampla do que a cegueira perante os fatos. Isto porque no cenário de sua origem não há uma previsão equivalente ao dolo eventual. Como visto, o sistema norte-americano é formatado com figuras de imputação subjetiva bem definidas. Dentre esse espectro de responsabilização, por exemplo, há o “*knowledge*”, cuja imposição é expressamente a prática da conduta com conhecimento.

Essas particularidades, contudo, dificilmente são encontradas nos sistemas com previsão binária dos elementos, como o ordenamento brasileiro. Em casos em que há a representação da possibilidade de o resultado ocorrer, normalmente há a imputação dolosa.

Portanto, é necessário revisar os posicionamentos sobre quais os benefícios decorrem do abandono do conhecimento como elemento imprescindível da caracterização do dolo. É cediço as críticas elaboradas quanto ao tratamento benigno em certas circunstâncias de incidência de erro de tipo. Noutra norte, é essencial que a atribuição da responsabilidade pela conduta coadune com as construções sobre o dolo e o erro.

Em legislações em que não se atribui significado expreso ao entendimento sobre o dolo e a culpa (Espanha, etc) é possível que construções doutrinárias e jurisprudenciais sejam efetivadas e consolidadas com posicionamentos diversos. Ocorre que nos casos em que há conceituação determinada, como no ordenamento Brasileiro, admitir o tratamento diferenciado implica no alargamento do dolo para situações anteriormente não previstas.

Nesse panorama é essencial a definição do que se entende por erro, assim como se torna vital delimitar a prova necessária para atribuição dos campos de responsabilidade. A determinação do desconhecimento implica substancialmente na delimitação das ações pregressas para assegurar as condições do se colocar em erro.

Nesse sentido, ao menos no que diz respeito ao sistema brasileiro, é impositiva a observância do princípio da legalidade, de modo que a construção de uma jurisprudência não pode, ao fim e ao cabo, determinar uma terceira via de imputação subjetiva.

6. O USO DA CEGUEIRA DELIBERADA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

A partir dos estudos empreendidos anteriormente, é possível verificar que a cegueira deliberada assumiu, no Brasil, um papel diverso daquele originariamente pensado. Nas

situações em que foi aplicada, apresentou o papel de adorno retórico, extensão do dolo ou ainda como substitutivo de prova.

A análise de uma decisão judicial requer a verificação de consonância desta com os ditames constitucionais. No processo penal, tal adequação é ainda mais importante, considerando o imperioso controle social sobre o poder punitivo. Ela (decisão) é determinada a partir das provas produzidas nos autos, tornando exigente um controle epistêmico de todo o processo de validação da prova, o qual abarca a produção, admissão e a sua valoração.

Essa verificação envolve o que se denomina “*standard de prova*”.

Para a discussão proposta no presente trabalho, é essencial a análise sobre a valoração da prova. Isto é, a consonância entre a gestão da prova apresentada com a sentença proferida é pedra basilar na efetivação do processo democrático, porquanto evita a proliferação de decisões sem racionalidade (KNIJKIK, 2021). Sobre o tema, Nereu José Giacomolli (2015, p.39) aduz:

Provar no processo é demonstrar ao julgador, dar-lhe a conhecer a existência de um determinado fato (que), num espaço (onde) e tempo (quando) razoáveis. Também é proceder a verificação dos impulsos criadores do fato (porque) e as circunstâncias deste (como), para que possa ser emitido um juízo acerca das situações processuais que se desenvolvem nos autos, bem como acerca da responsabilidade criminal do acusado. Assim, a prova, na perspectiva totalizante, vincula-se ao resultado.

A escolha entre os diversos padrões probatórios, que se diferenciam pelo nível de exigência de convencimento, é uma opção de política criminal. Da leitura do processo penal brasileiro, ante os ditames constitucionais, é possível extrair que o legislador selecionou um nível de maior exigência para a prolação de decisões condenatórias, sendo requerida a demonstração da prova para além da dúvida razoável.

Essa preferência coaduna com o princípio constitucional da presunção de inocência, que deve ser aplicado como um verdadeiro estado de tratamento, o que acarreta implicações também na carga probatória (MORAES, 2008).

Alexandre Morais da Rosa (2017, p.707) evidencia a íntima relação entre as garantias supramencionadas e a exigência probatória:

Cabe ao Ministério Público comprovar, step by step, os requisitos legais para verificação da conduta e prolação da decisão condenatória. Isso porque no processo penal constitucionalizado a carga probatória é da acusação. Ao acusado não cabe provar qualquer conduta descrita na narrativa da denúncia. Compete ao autor da ação penal a obrigação de produzir todas as provas necessárias à formação de convicção do julgador, no círculo hermenêutico prova/fato.

Todavia, a constatação da necessidade de critérios lógicos e racionais para valoração das provas no contexto decisório, por si só, não são suficientes para garantir o controle das decisões. Isto é comprovado a partir da análise dos julgados que utilizaram a cegueira deliberada como fundamento para imputação da prática de crimes contra a ordem tributária.

Para compreender essa atuação da jurisprudência, é preciso regressar às compreensões básicas sobre os delitos contidos na Lei n.º 8.137/90. Esta é a norma responsável pela prescrição dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Em relação aos delitos em desfavor do primeiro bem jurídico, as previsões constam do artigo 1º ao 3º.

Dentre os tipos penais previstos, dar-se-á importância ao delito de sonegação fiscal, configurado como a conduta dolosa de omitir, mediante fraude, o recolhimento de impostos perante a autoridade tributária.

Nesse sentido, apresentam-se três decisões escolhidas para ilustrar o que se sustenta. Verifica-se no primeiro caso percebe-se que a teoria da cegueira deliberada é usada como fundamento probatório. Na segunda situação há a sua utilização como adorno retórico. Finalmente, o terceiro julgamento apresenta a teoria como equivalente ao dolo eventual.

Quanto ao primeiro julgamento, houve denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, e que tramitou perante a 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Na acusação formal, imputava-se aos acusados a prática dos crimes previstos no artigo 1º, incisos I e IV, da Lei n.º 8.137/90, artigo 21, *caput*, e artigo 22, parágrafo únicos, ambos da Lei n.º 7.492/86, e artigos 288 e 289 do Código Penal. Um dos acusados, como responsável por uma casa de câmbio, teria suprimido tributos, a partir de condutas fraudulentas.

Em primeira instância, o Magistrado proferiu sentença julgando procedente a denúncia para condenar os acusados. Chama a atenção, contudo, que o julgador lançou mão da teoria da cegueira deliberada como fundamento probatório.

Em relação à imputação do delito de sonegação tributária do valor imputado aos demais acusados, consubstanciada na apresentação de cinco declarações de rendimentos falsas à Receita Federal, a tese defensiva foi pela ausência de conhecimento do réu responsável pela escrita fiscal, acerca da falsidade das informações declaradas e ausência de dolo na conduta.

Não há declaração de outros bens, salvo pequenas disponibilidades em moeda nacional. Ora, afigura-se evidente a disparidade, pois pessoa com renda de cerca de cinquenta mil reais usualmente não dispõe de milhões de dólares no exterior. Tal disparidade era suficiente para indicar a existência de fraude na declaração, com omissão ou falsidade de dados. Quer o acusado tenha sido informado diretamente da fraude ou não por XXXXXXXX, parece óbvio que fechou deliberadamente os olhos para ela. O crime é doloso não só quando o agente deseja o resultado, mas também quando assume o risco de produzi-lo (artigo 18, I, do CP). Adotando-se a terminologia

consagrada no Direito norte-americano, pode-se afirmar que o acusado agiu com ‘cegueira deliberada’ (willful blindness”, cf exposição extraída de USA v, Jewell, 532 F.2d 697, 10 (9th Cir. 1976):

‘A justificação substantiva para a regra é que ignorância deliberada e conhecimento positivo são igualmente culpáveis. A justificativa textual é que, segundo entendimento comum, alguém ‘conhece’ fatos mesmos quando ele está menos do que absolutamente certo sobre eles. Agir ‘com conhecimento’, portanto, não é necessariamente agir apenas com conhecimento positivo, mas também agir com indiferença quanto à elevada probabilidade da existência do fato em questão, Quando essa indiferença está presente, o conhecimento ‘positivo’ não é exigido’.

A willful blindness doctrine tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas quando há prova de: a) que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo inferente a esse conhecimento. No caso em concreto, pode-se afirmar que a presença dos dois requisitos, pois um, o conteúdo da declaração era indicativa de que algo estava incorreto e que as informações não poderiam corresponder à realidade dos fatos e dois, tinha o acusado, como contador de xxxxxxxxxx, condições de aprofundar seu conhecimento sobre os fatos. Se o acusado, como alega, escolheu, mesmo dentro destas circunstâncias, permanecer ignorante sobre o que estava fazendo, responde pelo crime de falsidade por dolo eventual, o que é equivalente em nosso direito da ‘Willful blindness. (BRASIL, 2010)

Neste primeiro caso apresentado, pode-se evidenciar, por exemplo, que os critérios estabelecidos pelo Magistrado no presente julgado são bastante semelhantes àqueles que seriam posteriormente elencados pelo Supremo Tribunal Federal. Inclusive, no que diz respeito ao erro de tradução que originou a inserção do elemento indiferença na teoria da cegueira deliberada.

Na fase de apelação manteve-se a condenação do acusado (BRASIL, 2010).

Há um segundo caso a ser apresentado. Nele, o Ministério Público Federal imputou ao acusado a prática do artigo 1º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90. O acusado, na condição de sócio proprietário de uma empresa teria dolosamente suprimido tributos federais. A sentença proferida julgou procedente a pretensão punitiva estatal, assim fundamento a autoria e o dolo:

“Nos crimes tributários respondem pelos fatos delituosos, a princípio, os administradores das pessoas jurídicas por intermédio dos quais são praticados, tendo em vista serem eles os dirigentes da prática empresarial decidindo dia-a-dia sobre os rumos e políticas a serem adotadas pela sociedade, ai incluindo o não pagamento de tributos, a prática de atos tendentes à redução (lícita ou ilícita) da carga tributária, os novos investimentos, etc. (...)

Quanto ao dolo do tipo penal do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, para a perfectibilização do delito, basta que o sujeito ativo, com consciência e vontade e empregando fraude (omitindo informações ou prestando de declaração falsa) queira não pagar tributo, reduzindo-o ou suprimindo-o.

Por tudo o que consta nos autos, restou provado o dolo do réu.

Não restam dúvidas sobre a condição de administrador do réu xxxxxxxxxxxx e em seu poder de decisão para determinar o intercâmbio das contas bancárias conforme narrado na denúncia.

O dolo emerge, principalmente, da constatação de que o réu era o maior interessado na omissão de informações às autoridades fazendárias e supressão dos tributos, conforme foi narrado supra no tópico sobre autoria.

A hipótese é de dolo direto, pois havia consciência e vontade em sua conduta. No caso, pode se considerar, ao menos, a configuração de dolo eventual do réu, visto que a elevada relevância de seu cargo não permitiria concluir pela alegada falta de

cuidado, mas, em verdade, que teria assumido o risco de produzir o resultado. A alegação de que havia um acordo entre seu sócio e seu pai e que não teria ciência não pode ser aceita, ainda mais quando foram realizados depósitos de valores para a conta pessoal do réu.

A linha defensiva de que não possuía conhecimento algum sobre os fatos não encontra guarida, forte na teoria da cegueira deliberada.” (BRASIL, 2022)

Na apelação defensiva questionou-se, entre outras teses, a aplicação da cegueira deliberada. O acórdão enfrentou o tema e, na oportunidade, o Relator reconheceu a posição assumida pela cegueira deliberada como adorno retórico. Em seu voto asseverou:

Não se trata de mera cegueira deliberada, na qual o sujeito intencionalmente fecha os olhos para os fatos como se nada estivesse acontecendo, como interpretou o juízo de origem e agora a defesa questiona.

A prova dos autos demonstra que o réu não foi apenas negligente na gestão da empresa, pois mesmo quando supostamente teria deixado a gestão do negócio nas mãos do seu pai (o que não foi provado) o réu continuou decidindo em nome da empresa, firmando documentos e tendo ciência das necessidades financeiras da pessoa jurídica que lhe pertencia. Nesse sentido, está comprovada a autoria do réu, sendo desnecessárias normas penais que diferenciem autor de partícipe, tampouco teorias jurídicas que permitam a punição do autor que, apesar de distante dos acontecimentos, tem o poder de controlar sua ocorrência, como é o caso da teoria do domínio do fato.”. (BRASIL, 2022)

Por fim, analisa-se um último caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com a imputação da conduta prevista no artigo 1º, incisos I, II e III, da Lei n.º 8.137/90.

Neste julgado há importantes considerações sobre o uso da cegueira deliberada nos crimes tributários realizadas pelo Desembargador Relator. No seu voto, extrai-se a possibilidade de aplicação da teoria, como equivalente ao dolo eventual.

A propósito, faz-se necessário, ainda, considerar a doutrina da cegueira deliberada, descrita nas lições de Vlamir Costa Magalhães, Christian Laufer e Robson A. Galvão da Silva (...)

‘A teoria da cegueira deliberada (willful blindness, também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (ostrich instructions) e doutrina da evitação da consciência (conscious avoidance doctrine), consiste em construção jurisprudencial assemelhada à formulação do dolo eventual e por meio da qual se afigura possível o enquadramento, por lavagem de dinheiro, daquele que, mesmo ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento.

Dessa forma, embora seja possível checar a natureza dos bens, o indivíduo que detém o dever de impedir o resultado (ex.: compliance officer ou agente econômico-financeiro) opta pela ignorância confortável, comportando-se como o avestruz que enterra a cabeça para não ver a luz do sol. Em bom português, o garante ou quem se encontra nessa posição faz 'vista grossa' e 'ouvidos de mercador', viabilizando, dessa sorte, a ocultação de patrimônio ilícito pelo que responderá por lavagem de dinheiro, ainda que com base em dolo eventual.

Ainda que considerada a origem inglesa e norte-americana, a tese tem proliferado mesmo em países que adotam o sistema civil Law e consagram textualmente a possibilidade de punição por dolo eventual, como é o caso da Espanha, na qual, a partir do ano de 2000, foram prolatadas dezenas de decisões pelo Tribunal

Supremo acolhendo a teoria da cegueira deliberada. Apesar de se tratar de assunto ainda pouco discutido no Brasil, não se vislumbra obstáculo que impeça o acolhimento da teoria da cegueira deliberada, sendo este, ao revés, um imperativo de cunho moral com base legal (art., 18, I, in fine, do CP). (Vlamiir Costa Magalhães, in Emerj, RJ, v. 17, n.64, pag. 164-186)

(...)

Nos casos em comento, entendo estar evidenciada que a conduta do réu xxx de fazer ‘vista grossa’ ao procedimento das ‘notas fiscais calçadas’, admitido por ele em seu depoimento (fls. 398/399), ignorando deliberadamente as consequências dessa prática, deixando de impedir o resultado e assumindo, portanto, o risco de produzi-lo, razão pela qual, não merece reforma a r. sentença”. (BRASIL, 2014)

Nos julgados supramencionados percebe-se que a cegueira deliberada assume papéis diversos: transformação de uma teoria de direito penal em fundamento de prova; mero adorno retórico; ou equivalência da teoria com o dolo eventual.

É necessário refletir sobre a importação descuidada da cegueira deliberada. Apesar dos discursos conceituais apresentados, é válido recordar que a cegueira deliberada surge na “*common law*” como uma teoria substitutiva do elemento “*knowledge*”, que por sua vez é elemento essencial de imputação do delito. Não há qualquer identidade entre o conhecimento anglo-saxão, com a formação dos tipos de dolo do direito brasileiro.

Verifica-se que a disposição dos tribunais norte-americanos nada equivale com a percepção de indiferença extraída do estudo do dolo brasileiro. A construção jurisprudencial norte-americana que possibilitou a aplicação da cegueira deliberada exige fundamentalmente que o autor: tenha conhecimento elevado da subsistência de um dos elementos do crime, de modo que não reste dúvida subjetiva, e evite o conhecimento efetivo através de uma conduta deliberada para tanto. Não há, portanto, qualquer apontamento à figura de indiferença.

Pelo contrário, no direito norte-americano exige-se muito mais do que indiferença do autor acerca do conhecimento. Neste caso, há de se demonstrar inequivocamente o domínio do agente sobre a situação, que se satisfaz com a comprovação que ele agiu de forma comissiva e voluntariosa para evitar o conhecimento pleno. Se o sujeito demonstrava elevada ciência de probabilidade em incorrer em ação delitativa e preferiu não obter esse conhecimento efetivo por uma ação própria, há, ainda que incipiente, um prenúncio de domínio. Este é o esteio basilar que diferencia a teoria norte-americana da brasileira.

Há uma dissonância entre a decisão e o disposto nos artigos 18 e 20 do Código Penal, no qual há a imposição da figura do conhecimento para a configuração do dolo. Nesse sentido, somente se tem uma decisão condenatória por conduta dolosa se restar demonstrado indubitavelmente a presença de conhecimento do risco criado pelo autor.

A celeuma existente nesse sentido e razão pela qual a cegueira deliberada assume o papel ora criticado decorre da (im)possibilidade de determinação do conhecimento no sentido

psicológico-descritivo, enquanto conteúdo ontológico. Isto é, trata-se de quesito a ser verificado internamente ao sujeito. Por isso, surgem requisitos externos que auxiliam na verificação desse elemento. É exatamente sobre esse indicador externo que centra o uso da cegueira deliberada, funcionando como um critério de identificação.

Assim leciona Guilherme Ceolin (2021, p. 123):

(...) a teoria da cegueira deliberada é utilizada como uma tese probatória, respondendo ao problema relacionado à premissa menor do silogismo jurídico. A sua finalidade é rejeitar a alegação defensiva de erro de tipo ao estabelecer inferências probatórias aptas a comprovar que essa alegação é inverídica – isto é, que o réu de fato detinha conhecimento sobre os elementos do tipo e que agira com o elemento volitivo exigido para o dolo eventual.

Certo é que responsabilização subjetiva no direito brasileiro compreende exclusivamente a imputação a título de dolo e culpa. Com efeito, é certo que esta segunda forma somente ocorre nas situações prescritas na lei.

Assim, se o poder punitivo somente poderá se efetivar se comprovado os requisitos destes elementos. Logo, a cegueira deliberada somente poderia ser lançada nos casos em que houve o verdadeiro preenchimento dos requisitos do dolo, sobretudo, o conhecimento, que é parte irrefutavelmente essencial do conceito.

Consoante assentado os crimes contra a ordem tributária exigem necessariamente a demonstração do dolo configurado na conduta. Desse modo, somente poderão ser considerados autores ou partícipes do delito, aqueles cujas ações influenciaram de alguma forma o resultado. Logo, é imprescindível a demonstração da intenção da supressão dos tributos.

Ocorre que, a partir dos julgados analisados, verificou-se que a fase cognitiva sobre a intenção da conduta não é evidentemente demonstrada. Usou-se a cegueira deliberada como forma de alargar a concepção de dolo. Isto porque, o Código Penal adota a teoria do consentimento como sinalizador do dolo e da culpa, no artigo 18, sendo a indiferença, característica do dolo eventual.

Nesse sentido, confunde-se desconhecimento com indiferença, colmatando eventual lacuna de punibilidade com a teoria da cegueira deliberada, já que essa serve como instrumento para presumir o conhecimento. Há, portanto, a confusão existente e ressaltada da cegueira deliberada com o próprio dolo eventual.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou, em suas exposições, aprofundar o exame de uma das hipóteses utilizadas pela jurisprudência brasileira quando aplicam a cegueira deliberada.

Compreendeu-se, desde a análise comparada dos institutos em seu nascedouro, que o que se entende por cegueira deliberada nas decisões nacionais não guarda qualquer relação com a sua teoria original. De plano, a própria formação do instituto originário decorre de uma influência normativa advinda de um sistema judicial – “*common law*” – bastante diverso daquele encontrado na ordem legal brasileira.

Verificou-se, nesse sentido, que a criação e evolução do que se compreendeu como “*willful blindness*” nos sistemas britânico e norte-americano – principalmente – decorre de uma derivação já existente no rol de imputações subjetivas, conhecido como “*knowledge*”. O próprio desenvolvimento das hipóteses de imputação subjetiva em cada um dos sistemas é absolutamente diverso.

Enquanto, os tribunais norte-americanos partem de elementos de tradição anglo-saxã, a teoria brasileira é influenciada pela tradição romano-germânica. Logo, qualquer sobreposição de condições de um sistema ao outro não deve ocorrer.

Portanto, e sem previsão legal, não é autorizado o poder judiciário criar uma possibilidade de criminalização, devendo-se limitar a aplicar o dolo e a culpa. Aliás, o sistema legal nacional faz a importação de um instituto que sequer é unânime em sua origem.

Com o estudo de 3 casos de aplicação no Brasil, mostrou-se que a “*willful blindness*” pode assumir três papéis, que possibilitam visualizar a total ausência de correspondência entre a teoria brasileira e a norte-americana. Pode ser usada como reforço para deficiência na produção probatória; como mero adorno retórico ou como equivalência do dolo eventual.

Por fim, ambas as vertentes utilizadas pela jurisprudência parecem se direcionar ao terceiro campo de atuação da cegueira deliberada no Brasil: estender os campos de punição para além dos legalmente previstos, ampliando a incidência do dolo.

Por fim, o que se concebeu com o presente trabalho é que além de não ser compatível a sua aplicação (conforme os parâmetros jurisprudenciais brasileiros) com o ordenamento jurídico brasileiro, nas hipóteses cabíveis, esta teoria é absolutamente dispensável, dada a cobertura da teoria do dolo brasileira.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da Conduta no direito penal. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, v. 37, n. 148, pg. 89-95, out/dez.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n.º 470**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF. 24, 26, e 27 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/ZJeXiV>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal n.º 2003.70.00.056661-8**. Relator: Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha. Órgão Julgador: Sétima Turma. Porto Alegre/RS. 12/08/2010

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **ACR n.º 0005403-89.2001.4.04.7105**. Relator: Desembargador Federal Leandro Paulsen. Órgão Julgador: Oitava Turma. Porto Alegre/RS. 16/10/2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **ACR n.º 5027258-59.2021.4.04.7001**. Relator: Juiz Federal Convocado Danilo Pereira Júnior. Órgão Julgador: Sétima Turma. Porto Alegre/RS. 19/12/2022.

CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada: Uma análise dos precedentes dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais (2012-2019). In: **Revista de Estudos Criminais**. v.20, n.80, Jan/Mar. p.93-140 Porto Alegre: Tirant Lo Blanch Brasil, 2021.

COURT LISTENER. Disponível em: https://www.courtlistener.com/opinion/95097/spurr-v-united-states/?court_ca4=vpekohsru&page=926. Acesso em 14/04/23.

FARLEY, R.J. **Instructions to Juries: Their Role in the Judicial Process**. Yale Law Journal, v. 42. 1932. p. 203 – 206.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. IX-XXI

_____. Dolo sem vontade. In: D’Almeida, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Souza; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João Antônio (Orgs.) **Liber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70a aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 886-903.

HERNANDES, Camila Ribeiro. **A impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais no direito penal brasileiro**. Dissertação (Dissertação em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. Valor da Prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo. GIACOMOLLI, Nereu José. Et. Al (Orgs.). **Prova Penal: Estado Democrático de Direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Revista Forense, v 353, jan/fev, 2021.

LOPES, Luciano Santos. **Injusto penal; a relação entre o tipo e a ilicitude**. 2 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

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

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 2008. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008.

MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. MORO, Sérgio Fernando (Org). **Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PAWLIK, Michael. **Das Unrecht des Bürgers**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PORCIÚNCULA, José Carlos. **Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal: hacia la “exteriorización de lo interno”**. Barcelona: Atelier, 2014.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. **La ignorancia deliberada em derecho penal**. Barcelona: Atelier Livros Jurídicos, 2007.

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

ROSA, Alexandre Morais. **Guia de Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**; una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. e notas por José Cerezo Mir. Segunda reimpressão de la 1ª ed. en Castellano. Montevideo / Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito penal Brasileiro, segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.