

FELIPE FERNANDES DE CARVALHO

A CONFORMAÇÃO DA CEGUEIRA DELIBERADA
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

PREFÁCIO
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

PREFÁCIO DE PIERPAOLO CRUZ BOTTINI	11
1. INTRODUÇÃO	15
2. A CEGUEIRA DELIBERADA	19
2.1. A origem da cegueira deliberada	24
2.2. As <i>culpabilities</i> do sistema estadunidense	34
3. AS CARACTERÍSTICAS DO ELEMENTO SUBJETIVO NA DOGMÁTICA PENAL	73
3.1. As teorias do dolo no sistema romano-germânico: o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual	77
3.2. A teoria do consentimento	85
3.3. A teoria da indiferença	94
3.4. A teoria da possibilidade	98
3.5. A teoria da probabilidade	103
3.6. A teoria do perigo subjetivo	107
3.7. A teoria do perigo objetivo	111
3.8. A teoria do perigo doloso	115
3.9. Conclusão intermediária	119

4. A INTROJEÇÃO DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	121
4.1. A análise de precedentes da Justiça Federal brasileira que invocam a cegueira deliberada.....	127
4.2. A resolução de outros casos concretos.....	183
4.2.1. A resolução de casos doutrinários	185
4.2.2. A resolução de casos da jurisprudência estadunidense: <i>United States v. Jewell e Heredia v. United States</i>	199
4.3. A relação dos elementos da cegueira deliberada e as teorias do dolo	205
5. CONCLUSÃO	217
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	223
ANEXO – ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO COM MENÇÃO À CEGUEIRA DELIBERADA.....	243

PREFÁCIO

É uma satisfação prefaciá o livro de Felipe Fernandes de Carvalho, obra que coroa sua atividade acadêmica de pesquisa, estudos e reflexões, e já nasce como referência sobre um tema relevante e atual.

Trata-se da cegueira deliberada, instituto desenvolvido na cultura jurídica da common law para o reconhecimento da imputação subjetiva da prática delitiva. Fruto de um pragmatismo metodológico, o objeto de estudo do autor da presente obra foi construído ao largo das intensas discussões europeias sobre a estrutura do elemento subjetivo do tipo, o dolo, e todas as nuances e detalhes que acompanharam tais debates acadêmicos.

Criada para resolver problemas concretos, dentro de uma metodologia particular do sistema inglês e norte-americano, a ideia da cegueira deliberada foi desenvolvida aos poucos, incorporando, ao longo do tempo, requisitos e elementos necessários para a solução adequada de casos específicos, e sofisticando sua aplicação prática. Se, no início, apresentava-se apenas como uma forma de imputação do resultado criminoso àquele que desconhecia o contexto no qual atuava, passou, com os anos, a ser reconhecida apenas nos casos em que o agente tomou a decisão consciente de não aprofundar o seu conhecimento das circunstâncias fáticas.

O interesse de Felipe Carvalho pelo tema decorre da adoção recente da cegueira deliberada por parte da jurisprudência brasileira, que incorporou o instituto como instrumento para fundamentar – ou

ao menos reconhecer – o dolo eventual, sem atentar às suas peculiaridades e, muitas vezes, sem o cuidado e o ajuste necessários e exigidos para o manejo de elementos criados em sistemas com tradição jurídica distinta da nossa.

A adoção de institutos dogmáticos desenvolvidos no exterior não deve ser rechaçada de plano. Como dizia Ihering: “Só um louco recusará as laranjas com a desculpa de que não amadureceram em seu jardim”. Porém, o uso de tais instrumentos exige atenção ao contexto nos quais foram criados, à sua compatibilidade com a legislação nacional e às consequências que sua incorporação aporta ao sistema jurídico como um todo.

A título de exemplo, a admissão da teoria finalista por grande parte dos juristas brasileiros na seara penal, exigiu uma reflexão detida sobre seus impactos em diversos setores dogmáticos, e até mesmo uma revisão da legislação, em especial no que se refere aos erros de tipo, de proibição e aqueles referentes às causas de justificação.

Da mesma forma, o uso da cegueira deliberada impõe uma análise apurada de sua compatibilidade legislativa e de seus impactos dogmáticos. É preciso notar, por exemplo, que o instituto apresenta um considerável âmbito de abrangência, abrigando, para além do dolo eventual, casos de culpa consciente. Ou seja, sua esfera de incidência é ampla, não se limita a fundamentar a tipicidade apenas dos crimes dolosos, incorporando também parte dos culposos. Trata-se, por isso, de um instrumento de imputação menos preciso, com contornos menos rigorosos, que passa ao largo das sutilezas desenvolvidas pela dogmática penal continental, e mesmo da classificação assertiva prevista na legislação pátria. Por isso, qualquer proposta de uso ou incorporação do instituto deve ser cautelosa e atenta.

E é justamente essa cautela e atenção que norteiam a análise do autor da presente obra. Em sua exposição, Felipe Carvalho leva o leitor às origens britânicas da cegueira deliberada, ao seu desenvolvimento em terras americanas (em especial a partir da decisão do caso paradigma *United States vs. Jewell*, em 1976) e à redação do Código Penal Modelo estadunidense. Analisa a evolução da jurisprudência estrangeira relacionada ao instituto, e verifica sua compatibilidade

com as diferentes teorias do dolo desenvolvidas pela doutrina romano-germânica. Para isso, expõe a avalia cada uma das posições doutrinárias sobre os elementos do dolo, desde a mais tradicional teoria da vontade, até as modernas propostas de normatização do conceito.

Mais adiante, analisa de forma detida os julgados nacionais que se utilizam da cegueira deliberada, e os classifica em diferentes espécies: aqueles que manejam o instituto para fundamentar o reconhecimento do dolo e aqueles que o utilizam apenas para reconhecer indícios da existência do elemento subjetivo.

Após uma cuidadosa análise histórica e crítica, o autor chega à conclusão de que não é possível equiparar a cegueira deliberada, construída na perspectiva norte americana, ao dolo eventual previsto em nosso Código Penal, que ampara a imputação subjetiva nos casos em que não existe intenção direta de resultado, mas mera assunção de risco. Para o Felipe Carvalho, a cegueira deliberada é um instituto que pode auxiliar na análise probatória da existência de dolo, mas não substitui os tradicionais elementos usados para fundamentar juridicamente a imputação subjetiva em nosso país, por ser insuficiente, menos sofisticada, ou mesmo incompatível com o marco legal em determinados casos.

A obra merece ser lida com atenção porque vai além dos debates superficiais que muitas vezes acompanham o tema em questão. Mergulha na história, na análise dogmática, na jurisprudência, com competência e cuidado, para apresentar argumentos lógicos, sistemáticos e jurídicos que sustentam suas bem lançadas conclusões, que devem ser conhecidas por todos aqueles que atuam na prestação jurisdicional na seara penal.

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

1.

INTRODUÇÃO

Construído sob influxos de matriz romano-germânica, o Código Penal brasileiro elencou de forma expressa os requisitos para a responsabilização criminal. Como cediço, no âmbito dogmático, a responsabilização subjetiva está consagrada no direito brasileiro sobretudo no artigo 18 do Código Penal,¹ o qual estatui os elementos básicos para a categorização de uma conduta como dolosa ou culposa.

De forma diversa, o direito penal estadunidense não apresenta matizações claras a respeito dos elementos subjetivos necessários para a configuração de um ilícito de natureza penal. Nesse sentido, no início da década de 1960, um grupo de juristas empreendeu esforços para conferir mínima padronização para a questão, elaborando uma proposta de legislação denominada Código Penal Modelo, o qual veicula quatro formas de responsabilização penal, notadamente as *culpabilities purpose, knowledge, recklessness e negligence*.

1. Art. 18 – Diz-se o crime:

Crime doloso

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposos

II – culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Sem embargo da baixa sistematização dos elementos subjetivos essenciais para a configuração de um delito sob o prisma estadunidense, magistrados brasileiros têm, cada vez mais, utilizado a cegueira deliberada em suas decisões. Entre o ano de 2007 e setembro de 2013, foram identificados 11 acórdãos de Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que a mencionaram ao longo do *decisum*. De outra sorte, entre setembro de 2013 e primeiro de maio de 2019 – ou seja, em período um pouco inferior a seis anos –, foram localizados 554 acórdãos citando-a. Por sua vez, entre 01/05/2019 e 31/12/2020 – isto é, em lapso temporal de pouco mais de um ano e meio –, foram proferidos novos 413 acórdãos².

No ponto, a cegueira deliberada foi conceituada pela primeira vez em nível nacional no Código Penal Modelo e sua utilização, nos Estados Unidos, foi chancelada por vários Tribunais, inclusive pela Suprema Corte desse país. Nesse contexto, são questões essenciais para a compreensão da sua aplicação por parte dos operadores jurídicos brasileiros o exame dos pressupostos de aplicação da cegueira deliberada, de sua função no âmbito da sistemática erigida no Código Penal Modelo e da forma com que as Cortes estadunidenses a utilizam.

Referida análise será empreendida ao longo do primeiro capítulo deste trabalho. Para tanto, serão discriminados a origem da cegueira deliberada, os conceitos estatuídos no Código Penal Modelo para a responsabilização criminal de agentes, os precedentes estadunidenses a propósito do tema e as lições de doutrinadores estadunidenses acerca de sua aplicação. Como recorte do objeto do estudo, analisar-se-ão precedentes de todas as Cortes de Apelação dos Circuitos Federais dos Estados Unidos da América, bem como segmentar-se-ão os seus pressupostos de aplicação, cotejando-os com aqueles elencados pelo Código Penal Modelo e pela doutrina estadunidense.

Situado o estado da arte da cegueira deliberada no âmbito estadunidense e delineadas as várias acepções que esta possui nesse sistema jurídico, o trabalho buscará sedimentar as balizas nas quais o direito

2. Vale pontuar, de início, que, ao longo deste trabalho, será exposto que, até 01/05/2019, foram proferidos 545 acórdãos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que a cegueira deliberada é mencionada. Enquanto de 01/05/2019 a 31/12/2020, foram proferidos novos 396 acórdãos por esta mesma Corte Regional.

brasileiro fincou os seus alicerces para viabilizar a responsabilização penal. Como será demonstrado ao longo do segundo capítulo deste trabalho, malgrado o artigo 18 do Código Penal elenque os requisitos para essa finalidade, existem algumas interpretações possíveis a respeito do conceito de dolo no direito brasileiro. Nessa esteira, o segundo capítulo apresentará as balizas conceituais das principais teorias do dolo que permeiam o sistema romano-germânico e, por conseguinte, que influenciam a interpretação do conceito de dolo no Brasil.

Estabelecidas as premissas para aplicação da cegueira deliberada nos Estados Unidos da América e as possíveis matizações do dolo no Brasil, analisar-se-ão os casos concretos em que o Poder Judiciário brasileiro mencionou a cegueira deliberada. O objetivo dessa análise é compreender em que medida a cegueira deliberada é utilizada como razão de decidir em sentenças judiciais, como o Poder Judiciário tem abordado os pressupostos de aplicação da cegueira deliberada e o tratamento por ele conferido à cegueira deliberada à luz do anteparo legal e dogmático brasileiro. A partir desse exame, será possível, também, compreender a relevância da cegueira deliberada para a aferição do dolo no âmbito do Direito brasileiro.

O resultado do exame proposto evidenciará que, no âmbito estadunidense, a cegueira deliberada possui a precípua função de elevar *standard* probatório necessário para admissão da arguição defensiva de uma situação que, no âmbito romano-germânico, seria designada de erro de tipo³. Com efeito, a conceituação mais aceita nos Estados Unidos da América declina que a cegueira deliberada é uma forma equiparada à *culpability knowledge*, a qual, para a responsabilização penal do agente, demanda, apenas, que ele tenha a consciência da existência das circunstâncias essenciais para a caracterização do delito.

Nesse espeque, as teorias do dolo sobre as quais a dogmática romano-germânica foi erigida não permitem a responsabilização

3. Não se nega que, no direito estadunidense, exista instituto específico para designar o que se concebe como “erro de tipo”, a saber o “mistake of fact”. Sem prejuízo, é por meio da figura do “willful blindness” que se veda a possibilidade de a mera arguição de desconhecimento do plano fático por parte do acusado ensejar o reconhecimento de que ele não tinha conhecimento dos elementos necessários para a aferição do tipo penal subjetivo. Sob o prisma probatório, a “willful blindness” desempenha papel complementar e essencial para a aplicação do “mistake of fact”.

criminal do agente apenas pela ciência dos elementos do tipo penal. Por essa razão, conclui-se que não é possível equiparar a cegueira deliberada – tal como aplicada no âmbito estadunidense – ao conceito de dolo, ainda que na modalidade eventual.

Essa conclusão também poderá ser extraída da análise dos julgados no Brasil, os quais, de uma forma geral, analisam parca e equivocadamente o conceito de cegueira deliberada, tergiversando daquelas acepções erigidas no direito estadunidense, e utilizam-na como argumentação processual subsidiária para a formação da convicção, sendo aquela categoria, a rigor, despicienda como *ratio decidendi*. No ponto, os julgados analisados revelam que a resolução dos casos concretos deriva não da invocação da cegueira deliberada, mas da análise dos elementos probatórios e indiciários a partir dos quais se deduz o dolo do agente delitivo.

Nessa direção, será possível concluir, ainda, que os elementos constitutivos da cegueira deliberada podem ser utilizados como relevantes indicativos para aferição do dolo por parte do julgador. Os reflexos desses elementos para a identificação do dolo dependerão do arcabouço teórico que se utiliza como parâmetro, tal como será pormenorizado no último capítulo deste trabalho.

Por fim, cabe pontuar que o presente trabalho detém escopo diverso das relevantes monografias brasileiras que examinam a introjeção da cegueira deliberada no Direito brasileiro. Isso não somente pela ampla análise de casos emanados do Poder Judiciário brasileiro, como também pela busca de exame crítico da cegueira deliberada face às principais acepções de dolo no sistema romano-germânico.⁴

4. A despeito de a monografia de Sydow ter inaugurado a discussão acadêmica a respeito da cegueira deliberada, nela foram promovidos alguns equívocos conceituais que serão abordados doravante (SYDOW, 2016). Por sua vez, malgrado profundas, as análises de Lucchesi e Pardini possuem enfoques distintos deste trabalho. Enquanto Lucchesi propõe o enfrentamento da cegueira deliberada sob o prisma de uma específica concepção do dolo – estritamente cognitiva –, este trabalho realiza exame mais amplo sob diversas teorias do dolo, além de examinar recorte mais amplo de acervo jurisprudencial pátrio (LUCCHESI, 2018-A). Por fim, o trabalho de Pardini centraliza as problemáticas da cegueira deliberada em problemas de imputação de crime omissivo impróprio ao empresário, preocupação que, malgrado relevante, não condiz com problemas mais rotineiros que gizam à cegueira deliberada, conforme será evidenciado doravante a partir da análise de precedentes da Justiça Federal brasileira (PARDINI, 2019).

2.

A CEGUEIRA DELIBERADA

Como já indicado, o sistema jurídico brasileiro foi erigido a partir de matrizes romano-germânicas. Os institutos essenciais para a consecução de uma imputação penal no Brasil foram fundados sob essa lógica. De outra sorte, o conceito de cegueira deliberada foi construído sob a égide do modelo jurídico *common law*, que parte de premissas fundamentalmente distintas das do sistema romano-germânico⁵.

Sem embargo disso, é possível verificar, no Brasil, que as decisões judiciais têm, cada vez mais, invocado a cegueira deliberada como *ratio decidendi*. A cegueira deliberada, no entanto, não está devidamente institucionalizada no ordenamento jurídico brasileiro.⁶ Não há um preceito legal que lastreie a cegueira deliberada, tampouco doutrina exauriente a propósito do tema. Apenas recentemente os

5. Consoante Luiz Vicente Cernicchiaro, no âmbito do modelo jurídico *common law* “se uma situação fôr regida pela norma costumeira, em sendo elaborada uma escrita, esta será sempre interpretada de conformidade com a outra”. Nesse espeque, “Corolário do sistema da ‘Common Law’ é o pormenor de que a lei redigida é exceção – e como tal – inadmite a analogia”. Por sua vez, nos sistemas romano-germânicos, estabelece-se “a regra de que a norma legislativa é preeminente em confronto com a norma costumeira. Esta somente incidirá supletivamente e enquanto não contrastar com a primeira” (CERNICCHIARO, 1971, p. 12-13).

6. Conforme será evidenciado adiante, a cegueira deliberada tampouco está presente no ordenamento jurídico federal dos Estados Unidos da América.

doutrinadores brasileiros passaram a se preocupar com a cegueira deliberada.⁷

A introdução da cegueira deliberada no Brasil ocorreu a partir de decisões judiciais, as quais, muitas das vezes, olvidaram-se do contexto no qual ela foi concebida, seus propósitos e finalidades no sistema jurídico estadunidense.

Como será demonstrado adiante, embora tenha como gênese o sistema inglês, foi nos Estados Unidos da América que a cegueira deliberada se desenvolveu e se difundiu. Buscar-se-á, então, analisar a evolução histórica da cegueira deliberada e compreender como ela vem sendo atualmente aplicada, com especial enfoque nos Estados Unidos.

Referida análise possui dificuldades, na medida em que, mesmo no âmbito estadunidense, não há uma uniformidade de premissas teóricas a respeito do tema, seja do ponto de vista jurisprudencial, teórico ou legal⁸. Não é por outra razão que, no âmbito deste trabalho, a cegueira deliberada não será classificada como uma teoria, um instituto ou uma doutrina.⁹

7. Embora a cegueira deliberada tenha sido primeiramente mencionada em uma sentença brasileira no ano de 2007, as monografias brasileiras específicas a respeito do tema foram publicadas apenas a partir de 2016, com Sydow (SYDOW, 2016). Mais recentemente, com análises mais profundas, sobrevieram os trabalhos de Lucchesi (LUCCHESI, 2018-A) e Pardini (PARDINI, 2019).

8. Sob o prisma jurisprudencial, tal como o presente trabalho conclui, Pardini reconhece que “a jurisprudência dos EUA permanece sem uniformidade entre os diversos tribunais regionais, havendo inobservância das teses firmadas especialmente no que tange à não equiparação da *willful blindness* com *recklessness* e à adoção de medidas ativas para se evitar o conhecimento” (PARDINI, 2019, p. 43). Já sob o viés teórico, as análises de Ira Robbins, Charlow e Sarch, que serão adiante explanadas, permitem concluir que as principais conceituações sobre a cegueira deliberada, assim como as suas consequências jurídicas, são bastante distintas, inexistindo uniformidade nas aproximações promovidas. Por fim, quanto ao aspecto legal, de se notar que, a despeito dos esforços do Código Penal Modelo no sentido de padronizar a legislação penal dos Estados Unidos da América, as legislações das unidades da federação estadunidense possuem autonomia para abordá-la de forma distinta, como efetivamente fazem.

9. A respeito disso, Lucchesi pontua que “não é incomum ver tal regra ser tratada como alguma espécie de ‘teoria’ ou uma ‘doutrina’ desenvolvida no direito penal anglo-americano. Trata-se de equívoco ocasionado do falso cognato entre o vocábulo ‘doutrina’ e a expressão em inglês ‘doctrine’. Doctrine não se confunde com doutrina; o conjunto de escritos acadêmicos sobre determinado tema é chamado de literature ou scholarship