



VINÍCIUS RODRIGUES AROUCK FERREIRA

**A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA
E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Trabalho final de Especialização em
Direito Penal e Processual Penal da
Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

**Brasília
2016**

VINÍCIUS RODRIGUES AROUCK FERREIRA

**A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA
E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Trabalho final de Especialização em
Direito Penal e Processual Penal da
Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

**Brasília
2016**

VINÍCIUS RODRIGUES AROUCK FERREIRA

**A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA
E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Trabalho final de Especialização em
Direito Penal e Processual Penal da
Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Prof. Doutor. José Carlos Porciúncula
Professor Orientador

[Nome do membro da Banca]
Membro da Banca Examinadora

[Nome do membro da Banca]
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTO

Agradeço à minha família, principalmente à minha mãe, Neusa Maria Lobato Rodrigues, a qual nunca mediu esforços para ajudar-me em meus estudos e em meu crescimento profissional. Ao meu mestre e orientador, José Carlos Porciúcula, que sempre muito atencioso me ajudou e me ajuda todos os dias com inesquecíveis lições de Direito Penal e da vida.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a viabilidade da aplicação da chamada Teoria da Cegueira Deliberada, também conhecida como teoria da ignorância deliberada, *willfull blindness* ou teoria do avestruz, sob o aspecto legal e extralegal no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, faz-se uma análise acerca da legislação vigente, principalmente no tocante aos elementos subjetivos do tipo penal. A teoria, objeto do presente estudo, porquanto importada do direito norte-americano, que se vale do direito costumeiro, ao que tudo indica, não é compatível com o ordenamento jurídico de muitos países latino-americanos em que se adota o direito positivado, em que dentre eles insere-se o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, observar-se-á que o encaixe da referida doutrina para sua efetiva aplicação demandaria uma drástica alteração legislativa ou uma interpretação deveras arbitrária das leis já existentes, manobra esta não autorizada pelo Direito Penal, que visa a proteção das garantias individuais do cidadão.

Palavras-chave: Teoria da Cegueira Deliberada. *Willfull blindness*. Dolo. Dolo Eventual. Erro de tipo. Responsabilidade penal objetiva. Compatibilidade. Ordenamento Jurídico

ABSTRACT

This paper analyses the legal and extralegal consequences of judicial application of the Willful Blindness theory under Brazilian law. Conducted through the review of Brazilian criminal law statutes, specially those about criminal intent, this research demonstrates that the Willful Blindness theory, if specially invoked in Common Law countries, is incompatible with Latin-American Civil Law systems, and specially with Brazilian Law, unless extensive changes in the law itself - or unreasonably liberal interpretation of legal statutes - takes place.

Keywords: Willful Blindness doctrine. Criminal Intent. Intention. Criminal Liability. Strict Liability. Error facti. Legal order. Compatibility. Conditional Intent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. A ORIGEM DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA.....	7
1.1. A teoria no Direito anglo-saxão.....	7
1.2. Na Espanha.....	9
1.3. No Brasil.....	9
2. O PROBLEMA DO DOLO FRENTE À TEORIA.....	12
2.1. A Teoria da Assunção e do Consentimento — o dolo no ordenamento jurídico pátrio.....	12
2.2. O dolo eventual no ordenamento jurídico brasileiro e a Cegueira Deliberada — o problema do déficit cognitivo.....	13
2.3. A incerteza dos elementos cognitivos do dolo — o problema da responsabilidade penal objetiva.....	15
3. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E DEMAIS PROBLEMAS PRÁTICO-NORMATIVOS.....	19
3.1. Teoria da Cegueira Deliberada e o princípio da legalidade – a proibição da analogia e a interpretação extensiva <i>in malam partem</i>	19
3.2. O afastamento imotivado do erro de tipo – a violação do artigo 20 do Código Penal brasileiro.....	24
3.2.1. A crítica de Gunther Jakobs.....	27
3.3. A Teoria da Cegueira Deliberada sob a perspectiva da presunção de inocência – a inversão do ônus da prova.....	29
4. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA – UMA INCOMPATÍVEL SOLUÇÃO EFICAZ..	32
4.1. Propostas de implementação – uma possibilidade <i>de lege ferenda</i>	33
4.1.1. Dolo e erro de tipo – os limites interpretativos de seus conceitos.....	34
4.1.2. A Teoria da Cegueira Deliberada – aplicação nos delitos em espécie.....	36
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada, também conhecida como Teoria da Ignorância Deliberada, *willfull blindness*, *willfull ignorance* ou *ostrich instructions* – instruções do avestruz –, de origem anglo-saxônica, vem ganhando cada dia mais força no cenário jurídico brasileiro, sendo aplicada, principalmente, em casos de delitos contra o sistema financeiro, como a lavagem de capitais, e também em casos de tráfico de entorpecentes e crimes contra a Administração Pública.

A Teoria alude situações em que o agente se põe deliberadamente em uma situação de cegueira a respeito de circunstâncias fáticas penalmente relevantes.

Diante do recente interesse de alguns países, como Brasil e Espanha, pela Teoria, os debates acerca de sua compatibilidade nos ordenamentos adeptos à *civil law* ou ao direito positivo têm se intensificado ainda mais.

Muito embora essa tese tenha origem no direito consuetudinário, diversos países adeptos à *civil law* vêm aplicando a Teoria. Contudo, pouco se tem discutido a respeito de sua aplicabilidade, mormente no que diz respeito à sua adequação e compatibilização com elementos subjetivos do tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro.

As Supremas Cortes de países como Brasil e Espanha têm aplicado a Teoria como uma extensão do dolo eventual, entendendo que assume o risco da causação do resultado aquele que intencionalmente se põe em uma situação de ignorância a respeito dos fatos¹. Todavia, existem poucos estudos que analisam sua compatibilidade com essa espécie de elemento subjetivo e poucas análises têm sido feitas a respeito do conceito de dolo adotado nesses ordenamentos e da viabilidade de adoção desta Teoria sob o aspecto legal².

Nesse contexto, deve-se dar maior atenção a essa nova figura, valorando a possibilidade e a conveniência de incorporá-la no Direito Brasileiro. Para tanto, será

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1203758/PR – 5ª Turma. Relator: ministro Jorge Mussi. Brasília, 11 de setembro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico [do] Superior Tribunal de Justiça, 18 set. 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

² Países como o Brasil e Espanha, que são adeptos à *civil law*, no que diz respeito à matéria penal, devem observância à estrita legalidade e, uma vez adotado um conceito legal acerca dos elementos subjetivos do tipo penal (dolo e culpa), deve-se interpretá-los de maneira restritiva, uma vez que é vedado a interpretação extensiva em prejuízo do acusado. O presente trabalho analisará a viabilidade de adoção da Teoria da Cegueira Deliberada principalmente sob esse enfoque.

necessário traçar os contornos dessa nova e nebulosa teoria e os problemas que ela pretende solucionar.

Nesse sentido, a hipótese inicial do trabalho reside na incompatibilidade da teoria com o ordenamento jurídico pátrio, porquanto importada de ordenamento jurídico cujos costumes e precedentes possuem especial relevância. Com isso, no confronto da teoria sob o aspecto da legalidade com o ordenamento jurídico brasileiro, nota-se barreiras insuperáveis que demandariam, para sua incorporação, efetivas alterações legislativas.

Nesse diapasão, objetiva-se com este trabalho, valendo-se principalmente da metodologia bibliográfica, doutrinária e da análise jurisprudencial comparada, identificar as teorias do elemento subjetivo do tipo penal utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro para, então, confrontá-las com a Teoria da Cegueira Deliberada importada do Direito anglo-saxônico, verificando-se sua compatibilidade e, *de lege ferenda*, quais os meios para a implementação adequada dessa Teoria.

1. A ORIGEM DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Este capítulo visa traçar o aspecto histórico da teoria da cegueira deliberada, desde o seu *leading case*,³ que foi embrião da teoria na Inglaterra, caso este que deu contornos ainda muito obscuros acerca do que seria a teoria, até sua utilização efetiva pelas Supremas Cortes Norte-Americana e Espanhola e sua chegada nada indiscreta no ordenamento jurídico brasileiro, no famoso caso do furto do Banco Central.

1.1. A teoria no Direito anglo-saxão

Historicamente, a Teoria da Cegueira Deliberada surgiu na Inglaterra, em sentença datada de 1861, no caso *Regina v. Sleep*.⁴ Nesse casuístico, o senhor *Sleep* colocou em uma embarcação mercantil barris que continham parafusos de cobre, alguns dos quais estavam marcados com um sinal em forma de flecha, fato que indicava que eram de propriedade do Estado. Dessa forma, o júri da primeira instância lhe condenou como autor do delito de malversação de bens públicos.

Em grau de recurso, *Sleep* afirmou que não tinha conhecimento de tal circunstância, e o juiz *Willes* concluiu que a decisão do júri deveria ser revogada ante a inexistência de provas de que o acusado sabia que os bens marcados eram de propriedade estatal, bem como por não haver elementos que atestassem que ele se absteve intencionalmente de obter tal conhecimento.⁵

Na decisão, verifica-se o que seria o embrião da teoria da *willful blindness* anglo-saxônica, uma vez que, embora não tenha sido aplicada no caso, ficou claro que se houvesse elementos indicando que o recorrente se absteve intencionalmente

³ Segundo Guido Fernando Silva Soares, em sua obra **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA, *leading case* é a decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam; que cria precedente”.

⁴ ROBBINS, Ira P. **The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea**. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 81, (1990), p.196; ver também: MARCUS, Jonathan L. **Model Penal Code Section**. *The Yale Law Journal*. Vol.102. June, 1993, p. 2233-2234; e EDWARDS, J. LI. J. (1954) *Criminal Degrees of Knowledge*. **The Modern Law Review** 17, p.298 ss.

⁵ ROBBINS, Ira P. **The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea**. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 81, (1990), p.196.

de obter tais conhecimentos acerca da origem dos bens, a condenação seria mantida, equiparando-se o desconhecimento intencional com o conhecimento pleno.

A decisão do caso *Regina v. Sleep* foi seguida de diversas outras sentenças em sentido similar e, em meados do século XIX, a doutrina inglesa era pacífica acerca da equiparação da *willful blindness* (Cegueira Deliberada) com o conhecimento.⁶

No Direito Estadunidense, em 1899, a teoria aparece pela primeira vez em uma resolução da Suprema Corte Norte-Americana⁷, no caso *Spurr v. United States*.⁸ Nesse caso, era revisada a condenação do sr. *Spurr*, presidente do *Commercial National Bank of Nashville*, condenado por ter certificado cheques emitidos por um cliente cuja conta carecia de fundos. De acordo com a lei aplicável, para sancionar penalmente tal conduta, era necessária a violação intencional dos preceitos que regulavam a emissão desse título de crédito.

Em recurso perante o Tribunal Supremo, a defesa de *Spurr* questionou se o júri havia sido bem instruído, pois o magistrado que o presidia não informou ao conselho de sentença que o delito aplicável ao caso exigia que o acusado atuasse com efetiva intenção de certificar o cheque sem fundos. É dizer, a conduta de quem atua com a crença errônea de que a conta tinha fundos no momento de emitir a certificação não é penalmente relevante.

Em resposta a semelhantes alegações, o Tribunal Supremo entendeu que tudo dependeria do propósito do agente. Caso sua intenção fosse certificar os cheques para que o emissor, não tendo fundos, obtivesse dinheiro do banco, a certificação não só seria ilícita, como também poderia lhe ser imputada a vontade específica de violar a lei.

Ademais, segundo a decisão, esse propósito pode ser presumido caso o agente se mantenha deliberadamente em estado de ignorância acerca da existência

⁶ Segundo EDWARDS, J. LI. J. (1954) *Criminal Degrees of Knowledge*. *The Modern Law Review* 17, esta equiparação partia da ideia de que “quem fecha os olhos ante meios óbvios de conhecimento possui a mesma *mens rea* requerida com base nos termos como 'permitindo', 'tolerando' e 'sabendo'”.

⁷ Embora já existissem alguns precedentes de Tribunais inferiores que traziam implicitamente a ideia da teoria.

⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Atelier. 2007. P. 65 e 66.

de fundos na conta do cliente ou mostre indiferença crassa (*grossly indifferent*) a respeito de seu dever de assegurar-se de tal circunstância.⁹

No caso *Spurr v. United States*, o Tribunal Supremo acatou o recurso de *Spurr* e entendeu que realmente o júri não havia sido bem instruído pelo magistrado acerca da exigência da intenção do agente.

1.2. Na Espanha

Na Espanha, a primeira decisão de Tribunal Superior que menciona expressamente a Teoria da Cegueira Deliberada foi proferida em 10 de janeiro de 2001.

Nessa decisão, analisou-se a alegação de um sujeito, condenado pelo crime de receptação por ter transportado à cidade de Andorra importantes quantidades de dinheiro, que afirmou não ter consciência de que os valores transportados eram provenientes do tráfico de drogas. A Turma rebateu a alegação por intermédio dos seguintes argumentos, que seriam constantemente utilizados em decisões posteriores:

En la entrega del dinero a José J., Miguel estuvo acompañado de Hebe, y José J. cobrara un 4% de comisión. La Sala extrae la conclusión de que José J. tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de drogas -cosa que él niega- de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone **en situación de ignorancia deliberada**, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación -cobraba un 4% de comisión-, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio em que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias.¹⁰

1.3. No Brasil

No Brasil, a primeira vez que um tribunal tratou da Teoria da Cegueira Deliberada de maneira explícita foi no julgamento da Apelação Criminal ACR nº 5520/CE pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja relatoria foi do Desembargador Rogério Fialho Moreira. Trata-se de acórdão que julgou recurso de

⁹ 174 U.S. 728 (1899), p. 735.

¹⁰ RAGUÈS I VALLÈS, Mejor no saber, *sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona. 2013. p. 20.

gerentes de uma concessionária que teriam vendido onze automóveis aos agentes responsáveis pelo furto ao Banco Central na cidade de Fortaleza, sendo a transação feita em dinheiro em espécie.

O crime foi um dos mais emblemáticos que já ocorreram no Brasil. No caso, houve o furto de R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta de reais) do Banco Central da cidade de Fortaleza. Os criminosos, então, teriam se dirigido à concessionária e comprado diversos automóveis para transportar os valores furtados para outros estados da federação a fim de despistar as autoridades policiais.

Ao aceitar o pagamento, o juiz de primeira instância entendeu que os gerentes intencionalmente teriam se cegado a respeito do que estava diante de seus olhos, ou seja, os agentes deveriam presumir que aqueles valores eram de origem ilícita e ter tomado alguma atitude, como informar a transação suspeita às autoridades. No entanto, segundo o juiz, eles preferiram se beneficiar daquela situação mantendo-se ignorantes acerca das circunstâncias que eram penalmente relevantes. Com isso, os gerentes foram condenados pelo crime de lavagem de dinheiro.

Em recurso, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região reformou a decisão do magistrado, entendendo que:

[...] a imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva.¹¹

No mais, inobstante ter primeiramente afastado a Teoria entendendo que a sua recepção traria uma espécie de responsabilização penal objetiva, a Segunda Turma consignou em sua decisão a impossibilidade de condenação dos agentes por crime de lavagem de dinheiro em razão também da atipicidade formal, uma vez que à época existia um rol taxativo de delitos precedentes exigidos pela lei para a configuração desse crime¹² e o furto não fazia parte desse rol. Ademais,

¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Processo nº 200581000145860, ACR5520/CE – 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Julgado em: 09 de setembro de 2008. **Diário da Justiça**, 22 out. 2008, p. 207.

¹² Consta da decisão que “não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98”.

fundamentou-se, ainda, que a conduta descrita no tipo penal a qual se pretendia imputar aos gerentes não admitia o dolo eventual¹³.

Percebe-se, portanto, o terreno pantanoso do qual emerge a teoria no ordenamento jurídico pátrio, verificando-se, na mesma decisão, a insinuação de que se trata de teoria que “beira a responsabilidade objetiva”, que é manifestamente combatida pelo Direito Penal no Brasil e em diversos outros países.

Diante das decisões históricas citadas, percebe-se certa instabilidade acerca dos fundamentos legitimadores dessa Teoria nos mais variados ordenamentos jurídicos.

O problema, no entanto, não para por aí, seguindo tais decisões, surgiram diversas outras que, embora partam da mesma ideia, incluem ou excluem certos requisitos para sua aplicação. A verdade é que, independentemente do ordenamento jurídico aplicado, a Teoria da Cegueira Deliberada tem sido alvo de debates, mormente acerca de seus requisitos e da atual tendência jurisprudencial de equipará-la ao dolo eventual.

¹³ Segundo consta da decisão, “o inciso II do PARÁGRAFO 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do PARÁGRAFO 2º”.

2. O PROBLEMA DO DOLO FRENTE À TEORIA

Uma das maiores características da teoria da cegueira deliberada certamente é a equiparação da ausência de consciência proposital por parte do agente frente a uma circunstância penalmente relevante com a assunção da vontade de praticar aquele fato - dolo eventual -. Acontece que tal equiparação, *data máxima vênia*, parece discutível do ponto de vista legal e dogmático, porquanto em confronto com a legislação vigente, demandaria uma interpretação demasiadamente extensiva do conceito de dolo já prévia e taxativamente tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, o que não é permitido.

No intuito de clarear o tema, passa-se à análise da teoria do dolo adotada no ordenamento jurídico brasileiro para verificar a sua possível incompatibilidade com a teoria da cegueira deliberada que equipara a ausência de conhecimento com o dolo eventual.

2.1. A Teoria da Assunção e do Consentimento — o dolo no ordenamento jurídico pátrio

Segundo a doutrina brasileira clássica¹⁴, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 18, adota a Teoria do Consentimento ou da Anuência para tratar do dolo, que nada mais é do que uma das várias teorias da vontade existentes¹⁵.

Consigna-se que, embora os manuais brasileiros não sejam claros e precisos ao tratarem dessa tese, Luís Greco adverte que a Teoria Volitiva adotada pelo Código Penal Brasileiro não é “nem a mais atual, nem a mais importante, figurando humildemente ao lado de muitas outras”¹⁶.

¹⁴ Assim, DE JESUS, Damásio. **Direito Penal**. vol. I, 19.ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.146, para o qual, contudo, o CP teria adotado a teoria da vontade; PRADO, PRADO, Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte Geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p.188, que ainda fala numa quarta teoria, a da probabilidade.

¹⁵ GRECO, Luís. **Algumas Observações Introdutórias à “Distinção Entre Dolo e Culpa” de Ingeborg Puppe**. In: PUPPE, Ingeborg. A distinção Entre Dolo e Culpa. Barueri: Manole, 2004. p. XV.

¹⁶ Nesse sentido, GRECO, Luís. **Algumas Observações Introdutórias à “Distinção Entre Dolo e Culpa” de Ingeborg Puppe**. In: PUPPE, Ingeborg. A distinção Entre Dolo e Culpa. Barueri: Manole, 2004, p. XV.

Insta ressaltar que no presente estudo não serão tratados os diversos tipos de teorias volitivas e cognitivas existentes.¹⁷ Contudo, ressalta-se que, em que pese as críticas a respeito da teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro – principalmente a título de *lege ferenda* —, o legislador adotou expressamente a teoria do consentimento¹⁸, positivando-a na parte geral do Código Penal. Assim, a partir desse tipo penal, será analisada a viabilidade da adoção da Teoria da Cegueira Deliberada em respeito ao princípio da legalidade *latu sensu*.

Como ponto de partida, é importante registrar que a teoria da vontade adotada pelo ordenamento jurídico do Brasil exige o conhecimento para a caracterização do dolo, conforme se extrai do artigo 20 do Código Penal Brasileiro, que trata do erro de tipo. Esse conhecimento – ou a falta dele – será determinante para a análise da viabilidade de adoção da Teoria da Cegueira Deliberada.

2.2. O dolo eventual no ordenamento jurídico brasileiro e a Cegueira Deliberada — o problema do déficit cognitivo

No Direito Brasileiro, pela definição do Código Penal, o crime é considerado doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”¹⁹. Essa previsão legal equipara o dolo direto ao dolo eventual.

Ademais, pela sua definição, o conceito de dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade ou, no caso do dolo eventual, a assunção do risco de realizá-la.²⁰ O primeiro elemento, o conhecimento (representação), é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele.²¹

¹⁷ Sobre o assunto, sugere-se a leitura de PUPPE, Ingeborg. **A distinção Entre Dolo e Culpa**. Barueri: Manole, 2004.

¹⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.122.

¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Art. 18, I.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²¹ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal** — fundamentos e teoria do delito. Trad. de Claudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 210-211.

Outrossim, a consciência elementar do dolo deve ser atual, efetiva, não basta o “conhecimento potencial dos elementos do tipo objetivo”²². Ademais, esta abrange somente a representação dos elementos integrados do tipo penal. Ao contrário da consciência da ilicitude, que pode ser potencial.

Não por outro motivo que Welzel entende que “é insuficiente a potencial consciência das circunstâncias objetivas do tipo, uma vez que prescindir da atualidade da consciência equivale a destruir a linha divisória entre dolo e culpa, convertendo aquele em mera ficção”.²³

Dessa forma, entende-se que “a previsão ou representação deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais e constitutivos do tipo, sejam eles descritivos ou normativos”.²⁴

Já a consciência (elemento cognitivo) abrange:

a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexa causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto (tipo qualificado ou privilegiado) e dos elementos acidentais do tipo objetivo.²⁵

O Professor Cezar Roberto Bitencourt sintetiza o conceito de dolo como “a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto”.²⁶

Admite-se, porém, que, ao se tratar de dolo eventual, há evidente diminuição nos elementos volitivo e cognitivo quando comparado com o dolo direto de primeiro grau. Inclusive, *Roxin*, ao tratar dos requisitos para a caracterização do dolo eventual, conclui que:

²² No mesmo sentido, GALVÃO DA SILVA, Robson A.; LAUFER, Christian. A cegueira deliberada na lava-jato. **Empório do Direito**. Disponível: <<http://emporiododireito.com.br/tag/teoria-da-cegueira-deliberada/>>. Acesso em: 16 jun. 2016..

²³ WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Chile: Juridica de Chile, 1997, p. 96.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 429.

²⁵ PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cesar Roberto. **Elementos de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 86.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Livro digital, p. 768.

en dolo eventual hay no solo una disminución del elemento volitivo respecto al elemento volitivo del dolo directo de primer grado (lá intencion), sino también una reducción del elemento cognitivo del dolo directo de segundo grado.²⁷

Todavía, tal diminuição não é o mesmo que ausência. Por isso, parte-se do pressuposto que toda e qualquer espécie de dolo tratada em teorias volitivas exige o mínimo de conhecimento.

Assim, sabendo-se que o conhecimento das circunstâncias do fato típico é indispensável para a imputação a título de dolo — seja direto ou eventual —, questiona-se seu emprego na Teoria da Cegueira Deliberada²⁸ nos casos em que não se tem o conhecimento efetivo das circunstâncias do fato típico, ainda que por culpa do agente, mesmo que muitas vezes haja mera suposição.

2.3. A incerteza dos elementos cognitivos do dolo — o problema da responsabilidade penal objetiva

Os aplicadores da Teoria da Cegueira Deliberada sustentam que aquele que deliberadamente se coloca em uma situação de ignorância frente a uma situação penalmente relevante deve responder por dolo eventual devido às consequências de sua atuação.

Ocorre, no entanto, que, aquele que, por qualquer que seja o motivo, desconhece determinadas circunstâncias de um fato típico terá, no máximo, uma elevada suspeita de eventuais circunstâncias fáticas penalmente relevantes, mas nunca a certeza. Assim, será que o agente poderá ser responsável por toda e qualquer consequência de sua atitude deliberada de desconhecer as elementares do fato típico?

Imagine-se, a título de exemplo, um agente que recebe uma razoável em quantia em dinheiro para levar uma maleta fechada a um determinado quarto de hotel. Embora o agente suspeitasse de que poderia haver algo de ilícito naquela

²⁷ PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo 'objetivo' y lo 'subjetivo' en el tipo penal:hacia la 'exteriorización de lo interno'*. Barcelona: Atelier, 2014.

²⁸ A comparação foi feita de maneira singela no bojo do julgamento da Ação Penal nº 470 e mais recentemente foi utilizada para fundamentar a condenação de Ivan Vermon Gomes Torres Júnior no âmbito da operação Lava-Jato.

maleta, precisava muito do dinheiro e, então, aceitou o serviço. A maleta, por sua vez, estava trancada e em nenhum momento o agente teve interesse em abri-la para ver seu conteúdo, ao contrário, recebeu ordens expressas para não abri-la.

Ao chegar ao hotel, o agente é abordado pela Polícia Federal, que encontra dentro da maleta cinco quilos de cocaína. Nesse caso, aqueles que sustentam a aplicação da teoria da Cegueira Deliberada diriam que o agente deveria responder pelo crime de tráfico de entorpecentes, pois deliberadamente fechou os olhos para uma situação penalmente relevante com o fim de se beneficiar de alguma forma.

No exemplo supracitado, aborda-se uma situação de tráfico de entorpecentes que, embora não fosse plenamente conhecida pelo agente, era provável. Por outro lado, imagine que, em vez de o agente ter sido pego pela Polícia Federal assim que entrou no hotel, ele tivesse logrado êxito em deixar a mala no quarto, como solicitado, e, cinco minutos depois de deixar o local, ocorre uma explosão no hotel que leva dez pessoas a óbito, pois na maleta havia explosivos em vez de entorpecentes. Nesse caso, deveria o agente responder pelo homicídio doloso consumado de dez pessoas?²⁹

Veja-se agora outro exemplo.

Atualmente, estão em evidência no Direito Penal crimes de caráter transnacional, chamados também de crimes de colarinho branco, muitas vezes praticados por agentes sob a proteção de complexos e poderosos grupos econômicos ou do aparelhamento estatal. Tais crimes são marcados principalmente pela dificuldade de obtenção de provas acerca do dolo e da individualização das condutas dos agentes, no entanto, os Tribunais Superiores de diversos países, como Espanha e Brasil, estão utilizando a Teoria da Cegueira Deliberada para contornar essas dificuldades.³⁰

No entanto, tem-se como exemplo a seguinte situação hipotética: há uma *holding* cujos diretores estão envolvidos em casos de corrupção, fraude à licitação e lavagem de dinheiro. O presidente da empresa, embora desconfie de certos

²⁹ Problemática trazida por FEIJOO SÁNCHEZ. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una perigrosa doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Indret, 2015, p. 7.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal AP nº 470/MG – Plenário. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <www.stf.jus.br>; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1262752. Relatora: ministra Laurita Vaz. Disponível em: <www.stj.jus.br> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). ACR – Apelação Criminal nº 5008479-45.2010.404.7000. Relator: desembargador Sebastião Ogê Muniz. Disponível em: <www.trf4.jus.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

repasses para terceiros, prefere não adotar nenhuma atitude para tomar conhecimento do que está realmente ocorrendo em sua empresa, pois os lucros estão aumentando como nunca.

Nesse caso, para os defensores da teoria, o presidente da *holding* deveria responder a título de dolo eventual pelos crimes de corrupção e fraude à licitação juntamente com os diretores, pois, mesmo suspeitando de ocorrências de fatos penalmente relevantes, preferiu fechar os olhos à realidade evidente.

Por outro lado, se, além desses crimes, os diretores também estivessem concomitantemente financiando, por meio da empresa, uma facção terrorista que atua na Europa e na América do Sul. Nesse caso, deve o presidente da *holding* também responderia pelo crime de financiamento ao terrorismo?

Percebe-se que a aplicação dessa Teoria abre margens para infinitas possibilidades e consequências formalmente típicas que muitas vezes passam despercebidas pelo agente, até mesmo como probabilidade.

Sem embargo, a aplicação dessa Teoria, em certas ocasiões, gera a legitimação, já muito combatida pelo Direito, da responsabilidade penal objetiva. Afinal, por certo que, aquele que aceita levar uma maleta, a qual propositalmente desconhece seu conteúdo, ainda que suspeite da existência de drogas ou, eventualmente, de dinheiro ilícito em seu interior, não estaria assumindo, por vezes, o risco de matar dez pessoas. Da mesma forma, o presidente de uma *holding* que fecha os olhos para os atos de seus diretores não pode responder por todo e qualquer crime que estes praticam no âmbito de sua empresa.

Longe de ser um mero exemplo, no Brasil, algumas pessoas já vêm sendo condenadas e outras estão respondendo processo criminal, principalmente no âmbito da operação Lava Jato³¹, por diversos crimes contra a administração pública e de âmbito empresarial em razão da aplicação dessa Teoria.³²

³¹ A operação denominada Lava-Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve.

³² “Cláudia Cruz tornou-se ré em ação penal por evasão de divisas e lavagem de dinheiro com base na teoria da ‘cegueira deliberada’, quando o agente da infração ignora propositalmente a origem dos bens de que desfruta”. KRAMER, Dora. Cegueira Deliberada. Blog Dora Kramer. **O Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/dora-kramer/cegueira-deliberada/>> Acesso em: 16 jun. 2016; “Em sentença proferida no dia 29/10/2015, Ivan Vermon Gomes Torres Júnior foi condenado a cinco anos de reclusão e 16 dias-multa pela prática, por 98 vezes, do crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, caput, inc. V, da Lei n. 9.613/98) sendo usado como fundamento a teoria da cegueira deliberada.” GALVÃO DA SILVA, Robson A.; LAUFER, Christian. A cegueira deliberada na lava-jato. **Empório do Direito**. Disponível: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/teoria-da-cegueira->

Dessa forma, muitas vezes, os defensores da Teoria da Cegueira Deliberada, por desvincular a vontade ou a deliberação do tipo objetivo, não analisam profundamente a heterogeneidade dos injustos possíveis que podem se concretizar, nem estabelecem distinções necessárias entre os tipos que não são homogêneos.³³

deliberada/>. Acesso em: 16 jun. 2016.

³³ FEIJOO SÁNCHEZ. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una perigrosa doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Indret, 2015, p. 8.

3. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E DEMAIS PROBLEMAS PRÁTICO-NORMATIVOS

Por mais louvável que seja a intenção da importação da teoria da cegueira deliberada para ordenamento jurídico brasileiro, mormente para agir frente aos corriqueiros casos de impunidade em situações onde é difícil a comprovação plena do dolo, não podemos olvidar que se trata de uma teoria estranha quando confrontada ao ordenamento jurídico vigente.

Para além disso, é indiscutível que se trata de uma teoria relativamente recente aos olhos dos Tribunais brasileiros, o que acarreta disfuncionalidades e instabilidade acerca dos critérios para sua aplicação.

Nesse sentido, assim como ocorre quando uma espécie nova é colocada em um ecossistema, a qual provavelmente terá dificuldades para se adaptar, o mesmo ocorre com a teoria da cegueira deliberada quando colocada em ordenamentos jurídicos ditos positivados.³⁴

Para além do dolo, a teoria esbarra em incompatibilidades inafastáveis do ponto de vista prático-normativo, como se verá.

3.1. Teoria da Cegueira Deliberada e o princípio da legalidade – a proibição da analogia e a interpretação extensiva *in malam partem*

Como já intuía há tempos Wolfgang Naucke, o Direito Penal, como qualquer manifestação da razão, inclina-se na direção de uma contínua e desenfreada expansão³⁵, desviando-se, portanto, de algumas regras elementares³⁶. Nada obstante, justamente para que a razão punitiva não incorra em erros e excessos é

³⁴ No mesmo sentido FEIJOO SÁNCHEZ. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una perigrosa doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Indret, 2015, p. 6.

³⁵ Como afirma Kindhäuser, *Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft in Universitas* 3, 1992, pág. 227. Sobre as razões dessa «expansão desenfreada» cfr. as clássicas monografias de Prittitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993, passim, Silva Sánchez, *La Expansion del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, 1999, passim e José Carlos Porciúncula em *reflexões críticas acerca do tipo penal de obstrução de investigação de organização criminosa* (art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/13)

³⁶ NAUCKE, *Negatives Strafrecht in Negatives Strafrecht*. 4 Ansätze, Berlin, 2015, págs. 27 e ss.

preciso submetê-la a um Direito Penal negativo (*negatives strafrechts*), é dizer, a um ceticismo fundado em razões de princípios.³⁷

Acerca do tema José Carlos Porciúncula³⁸ lembra que:

Conquanto existam no âmbito científico respeitáveis estratégias de contenção de uma desenfreada e irrefletida expansão do Direito Penal (tendo-se como exemplos eloqüentes o apelo ao Direito Natural ou mesmo, em sentido análogo, o recurso a determinadas estruturas lógico-materiais [sachlogische Strukturen] que por seu caráter meta-positivo imporiam certos limites ao legislador), parece indubitável, como sustenta o próprio Naucke, que as bases de um «Direito Penal negativo» já podem ser encontradas no próprio Direito positivado, mais especificamente na Constituição. Aliás, num Estado Democrático de Direito, o legislador não pode ser concebido sem suas amarras constitucionais³⁹. Para tanto, contamos com inúmeros princípios: (a) legalidade, taxatividade e irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XXXIX, da CF); (b) presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF); (c) devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF); (d) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF); (e) *nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum accusare* (como emanção lógica dos três últimos princípios mencionados), etc.”

No âmbito do Direito Penal, o princípio da legalidade prevê basicamente que ninguém será punido sem que haja uma lei prévia, escrita, estrita e certa (*nullum crimen nulla poena sine lege*). E é desse princípio que emanam os princípios da proibição da analogia⁴⁰ ou da interpretação extensiva *in malam partem*.⁴¹

Em matéria penal, a analogia somente deve ser utilizada para o julgador preencher as lacunas legislativas de forma a delimitar a interpretação fiel à lei e desde que, com isso, não traga consequências ao acusado. Por outro lado, não pode o julgador valer-se dessa manobra hermenêutica para criar ou modificar direitos, mormente quando trazer algum prejuízo ao réu.⁴²

³⁷ NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, págs. 27 e ss. De acordo BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 2009, pág. 25.

³⁸ PORCIÚNCULA, José Carlos em *reflexões críticas acerca do tipo penal de obstrução de investigação de organização criminosa* (art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/13). 2016. Disponível em <http://www.pauloqueiroz.net/reflexoes-sobre-o-tipo-penal-de-obstrucao-de-investigacao-de-organizacao-criminosa/#sdfootnote5anc> Apud Naucke, *Negatives Strafrecht*, págs. 35 e ss;

³⁹ No mesmo sentido APPEL, *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998, pág. 330.

⁴⁰ No sentido de ser um princípio de conectário lógico e evidente do princípio da legalidade PACELLI e CALLEGARI em *Manual de Direito Penal*, 1ª Ed, Editora ATLAS, 2015, p. 99, e DAMÁSIO DE JESUS, *Direito Penal Parte Geral*, 2011, 32º Ed, p. 51.

⁴¹ Além de se tratar de Direito Penal Negativo (*negatives strafrecht*) que visam a proteção dos direitos e garantias individuais, trata-se de princípio essencial para a garantia da segurança jurídica.

⁴² ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 147.

Atualmente, despende-se bastante estudo e cuidado quando o assunto é interpretação no âmbito do Direito Penal. Por se tratar de Direito que intervém diretamente nos direitos e garantias essenciais do homem, como a liberdade e a vida, tem-se mais restrições interpretativas que devem ser levadas em consideração pelo intérprete.

No entanto, as técnicas hermenêuticas nem sempre foram tão utilizadas. Durante o Iluminismo, entendia-se que o juiz não tinha o que interpretar, mas tão somente deveria aplicar de maneira inequívoca o sentido literal da lei.⁴³

No mesmo sentido, Montesquieu afirmava que “os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”.⁴⁴ Já Beccaria (1738-1794), o penalista seguramente mais influente do Iluminismo, compartilhava o entendimento de que o juiz era um impessoal “autômato da subsunção”, pois não lhe diz respeito o exercício da interpretação.

Sob a mesma perspectiva, Frederico II asseverava que “nem sequer a faculdade de interpretar a lei penal pode ser atribuída aos juízes criminais, pela simples razão de não serem legisladores”⁴⁵. Em sua opinião, o juiz só pode utilizar o “silogismo completo” (um procedimento de dedução lógica). O autor ainda acrescenta que “não há nada mais perigoso que esse axioma que diz que se deve consultar o espírito da lei”.

Atualmente, sabe-se que essa forma mecanizada de aplicação da lei é impraticável. Por óbvio, pelo fato de vivermos em uma sociedade plural e em constante evolução, é absolutamente impossível que o legislador preveja todos os fatos e circunstâncias possíveis da vida humana.

Da mesma forma, é evidente que os conceitos jurídicos utilizados no ordenamento jurídico admitem em maior ou menor grau vários significados. Isso, inclusive, não ocorre só com conceitos normativos, mas também com conceitos legais descritivos que, por seu objeto, são perceptíveis sensorialmente, como, por exemplo, “animal” (Lei de Crimes Ambientais), “alguém” (artigo 121 do CP).

⁴³ KÜPER, 1967 *apud* ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1997**, p. 147.

⁴⁴ MONTESQUIEU. **Vom Geist der Gesetzm.** Libro 11, Cap. 6 (crf. Nm. 21, n.24). 1748. Em suas palavras: “*les juges ne sont que la bouche que prononce les paroles de la loi*”.

⁴⁵ Em sua obra, que segue sendo importante atualmente, “*Dei delitti e dele pene*” (versão Alemã: *Über Verbrechen und Strafen*), cit pela Ed de W. Alff, 1966, 55s, *apud* ROXIN, Claus, 1997. p. 148.

No entanto, maior cautela é exigida no âmbito do Direito Penal, com o fim de se evitar a criação ilegítima de lei por parte do juiz, principalmente quando esta criação prejudica de alguma forma o agente. Há autores, inclusive, que advogam no sentido de que o juiz criminal deve dar especial atenção ao sentido literal da lei, pois só assim se terá um mecanismo concreto de controle frente ao *jus puniendi* do Estado.

Nesse sentido, Claus Roxin defende que:

La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y jurídicopenales del principio de legalidade (nm. 18-25), En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no “rige”, Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado em la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática.⁴⁶ Además el ciudadano sólo podrá incluir em sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, unicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación.⁴⁷

Acerca da interpretação extensiva é oportuno consignar que embora não seja comum os Códigos Penais advindos do direito positivado tratem da matéria, o Código do Equador, em seu artigo 4º, dispõe que “prohíbese em materia penal la interpretación extensiva”. O Código da Costa Rica preceitua que a interpretação deve ser feita de maneira “menos gravosa al reo” (artigo 1º). Na Argentina, a Constituição peronista rezava que “los jueces no podrán ampliar por analogía las incriminaciones legales, ni interpretar extensivamente la ley en contra del imputado” (art. 29).⁴⁸

Em contrapartida, há doutrinadores que negam que o juiz penal está vinculado à interpretação literal da lei.⁴⁹ Para Jakobs, por exemplo, é possível que o limite da interpretação literal da lei seja ultrapassado quando existirem quatro requisitos: (1) continuidade da evolução conceitual; (2) arbitrariedade na valoração

⁴⁶ No mesmo sentido, Neuner, 1992, 134 ss. (138).

⁴⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 149-150.

⁴⁸ DE JESUS, Damásio. Direito Penal Parte Geral, 2011, 32º Ed, p. 84.

⁴⁹ Sax, 1953, 147 ss, 152ss; Arth. Kaufmann, 1965, 3-5, 31, 47; W. Hassemer, 1968, 162 ss, 165; Schmidhäuser, LB AT, nm. 98 ss; Jakobs, AT, 4/35 ss.

que do contrário existiria; (3) igual (na classificação) necessidade de regulamentação; e (4) aptidão para solucionar o problema⁵⁰.

De certa forma, assiste razão Jakobs em alguns casos. O primeiro requisito, por exemplo, que trata da continuidade da evolução conceitual, é bastante utilizado na Alemanha, o que garante maior celeridade e eficiência na evolução do ordenamento jurídico alemão.

No entanto, é importante frisar que se trata de ordenamento distinto do ordenamento jurídico brasileiro. Na Alemanha, por exemplo, não existe um conceito fixo de dolo como ocorre no Brasil — artigo 18 do Código Penal. Assim, há maior possibilidade de o conceito ser construído e, de certa forma, evoluir por meio da doutrina e da jurisprudência, o que de fato ocorre.

Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da existência de um conceito positivado de dolo, não se pode permitir interpretação que venha a estender este conceito (interpretação extensiva), de forma que amplie o *jus puniendi* Estatal, alcançando e legitimando um maior número de condutas delitivas de modo a prejudicar em maior ou menor grau o agente, principalmente porque, como já dito, o julgador estaria invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo.

Neste ponto merece razão Bacigalupo⁵¹ quando diz que:

“el derecho penal contiene las consecuencias más graves para los derechos de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, cualquier restricción a la libertad – incluso aquellas restricciones dispuestas para proteger libertades y derechos de terceros y de la comunidad – tendrían un carácter extraordinario⁵². Por ello, semejante restricción debe estar siempre apoyada en razones válidas y además debe ser dispuesta por um órgão con suficiente legitimidade democrática, como lo es el parlamento⁵³”.

Dito isto, feita uma breve análise do tema frente à teoria da cegueira deliberada, não se pode negar que sua implementação demanda uma interpretação extensiva do conceito de dolo, pois, uma vez que o dolo é conceituado na parte geral do Código Penal Brasileiro como querer e conhecer, não pode o intérprete da lei (o juiz) considerar um eventual não conhecimento de determinado pressuposto

⁵⁰ JAKOBS, AT, 4/41.

⁵¹ BACIGALUPO, *Über Gerechtigkeit and Rechtssicherheit im Strafrecht*, em Kudlich/Montiel/Schuh (ed), *Gesetzlichkeit and Strafrecht*, 2012, p. 380.

⁵² Dentre outros, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 10ª Ed., 2005, p.131.

⁵³ No caso do Brasil, em razão do sistema presidencialista adotado, quem teria legitimidade democrática para a implementações de restrições à liberdade do cidadão seria o Congresso Nacional.

fático, por qualquer razão que seja, como conhecimento para fundamentar um decreto condenatório.

A proibição da interpretação extensiva, assim como ocorre na proibição analógica, é uma forma de evitar a criação de preceitos que ampliem de alguma maneira a punibilidade do agente - como é o caso de conceitos como a de tentativa (art. 14, II, CP), participação (art. 29 do CP), dolo (art. 18, I, CP) e etc. -.

Dessa forma, quando o legislador, por exemplo, exige que para a participação haja um fato principal doloso, não é possível valer-se da analogia ou da interpretação extensiva para castigar como partícipe aquele que erroneamente acredita existir conduta dolosa por parte do autor.

Do mesmo modo, é proibido restringir as causas de excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade previstas na parte geral do Código Penal, podendo-se tão somente ampliá-las, pois é possível a interpretação extensiva ou a analogia *in bonam partem*. Em suma, a impossibilidade absoluta de se valer da analogia ou da interpretação extensiva *in malam partem* é uma garantia fundamental do cidadão, porquanto substanciada em proibições específicas de agravar direitos individuais por fora da lei.⁵⁴

Nesse sentido, é inconcebível, diante dos ditames básicos do Direito, tanto a extensão do conceito de dolo para prejudicar o agente quanto a supressão da excludente de tipicidade (erro de tipo), prevista no artigo 20 do Código Penal Brasileiro, sem que haja, pelo menos, uma previsão legislativa para tanto. Por isso, mostra-se incoerente e incompatível a importação da Teoria da Cegueira Deliberada para o ordenamento jurídico pátrio, frente aos princípios consagrados, tentáculos do princípio da legalidade.

3.2. O afastamento imotivado do erro de tipo – a violação do artigo 20 do Código Penal brasileiro

O conceito de dolo, definido como conhecer e querer as circunstâncias de fato do tipo legal, está ligado à relação de exclusão lógica entre conhecimento e erro: se o dolo exige conhecimento das circunstâncias de fato do tipo legal, então o erro

⁵⁴ MONTIEL, Juan Pablo. *Regulaciones de excepción y prohibición de analogía*. Indret. 2013, p. 6-7.

sobre tais circunstâncias exclui necessariamente o dolo.⁵⁵ Em qualquer caso, “erro de tipo significa defeito de conhecimento do tipo legal e, assim, exclui o dolo, porque uma representação ausente ou incompleta não pode informar o dolo de tipo”.⁵⁶

O artigo 20 do Código Penal brasileiro, que trata do erro de tipo, dispensa a obrigatoriedade um trato mais benigno àqueles que atuam com uma errônea representação dos elementos do fato típico e o faz independentemente de quais sejam as razões que levaram a essa errônea representação.

A única diferenciação existente no artigo 20 do CP⁵⁷ diz respeito à inevitabilidade ou não do erro, uma vez que, quando evitável, ou seja, quando o erro ocorre por falta de prudência do autor que não tomou as cautelas necessárias para ter a plena representatividade de um fato juridicamente relevante, o agente deverá responder a título de culpa, caso haja previsão legal para tanto.

Acontece que, como já dito, o artigo não traz condicionantes para a aplicação do erro de tipo em determinadas causas de desconhecimento, mesmo quando este desconhecimento se deva única e exclusivamente ao próprio agente – situação de cegueira deliberada.

Sem embargo, é evidente que a relativização da norma, afastando-a com o intuito de fundamentar uma punição a título de dolo – ainda que eventual – ao agente que age dessa maneira, geraria uma nítida violação aos princípios basilares do Direito, como o da legalidade, consistente na realização de uma interpretação extensiva ou na analogia in *mallam partem*, como já defendido em tópico anterior⁵⁸.

Diante o exposto, tem-se que, a título de *lege data*, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma espécie de erro no qual o sujeito não queria ou não estava interessado em saber determinado fato juridicamente relevante e que, por isso, deveria ser responsável por seu desconhecimento respondendo pelo fato a título de dolo. Isso seria uma normatização *contra legem*.

⁵⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, § 12, n. 86, p. 405.

⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 142.

⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Art. 20 do Código Penal Brasileiro rege que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

⁵⁸ Ver tópico 3.1.

No direito positivo brasileiro, assim como no direito positivo espanhol⁵⁹, o erro sobre os elementos do tipo e do dolo, ainda que eventual, são incompatíveis, ao ponto que sua eventual equiparação só pode ser feita por meio de uma reforma legislativa expressa, nunca pelas vias judiciais.⁶⁰

Em sua crítica a Ramon Ragués y Vallès, defensor da aplicação da teoria no direito continental, Luís Greco assinala:

Vislumbro poucas possibilidades de reler dispositivos que disponham que o erro sobre o elemento do tipo exclua o dolo, no sentido de que erro sobre o elemento do tipo justifiquem o dolo. A tese da ignorância deliberada pode, no máximo, ser sustentada *lege ferenda*, como proposta de reforma legislativa.⁶¹

Dessa forma, torna-se inconcebível que um órgão do Poder Judiciário eleja uma *vis interpretativa* que modifica radicalmente o sentido do texto positivado, uma vez que tais interpretações encontram barreiras no próprio texto legal (*lege data*).

Agrega-se a tais limitações, ainda, o fato de que todo e qualquer tipo de interpretação feita em prejuízo do réu no âmbito do Direito Penal, por se tratar de normas manifestamente limitadoras de direitos e garantias fundamentais, deve ser feita com critérios restritivos e nunca ampliativos, sob pena de violação ao princípio da legalidade.⁶²

⁵⁹ Nesse sentido: FEIJOO SÁNCHEZ. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Indret, 2015, p. 7.

⁶⁰ Para o Direito Alemão, conforme ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, §12, nm. 34). No mesmo sentido FEIJOO SÁNCHEZ. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Indret, 2015. Em perspectiva mais ampla GRECO, Luís. **Comentario al artículo de Ramón Ragués**. Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y derecho penal. EdiUNS, 2013.

⁶¹ GRECO, Luís. **Comentario al artículo de Ramón Ragués**. Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y derecho penal. EdiUNS, 2013, p. 77

⁶² O Direito Penal Brasileiro filia-se à teoria da literalidade da lei penal segundo a qual o que está conforme à literalidade da lei penal constitui interpretação permitida; o que está desconforme à literalidade da lei penal constitui analogia proibida (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlim: 1996, p. 159; ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 5, n. 28) – Trata-se, pois, de teoria adequada ao princípio da legalidade do Estado Democrático de Direito, porque as palavras possuem significados objetivos responsáveis pela comunicação social. A teoria da literalidade também resolve o dilema entre interpretação restritiva e interpretação extensiva da lei penal: o princípio da legalidade proíbe qualquer interpretação extensiva da lei penal, resolvendo todos os casos de dúvida conforme a interpretação restritiva da lei penal – aliás, a única compatível com o princípio in dubio pro reo, hoje de aplicação universal no Direito Penal. Nesse sentido CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 63; ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro W. **Direito penal brasileiro**. Revan, 2003, § 10, III, 8.

Conclui-se, contudo, que o Judiciário tem papel de intérprete da lei, e não de legislador que, em matéria penal, é exclusiva do Poder Legislativo Federal. O Judiciário, para a efetivação de seu papel de intérprete, deve agir com compromisso metodológico.

Acontece que, notadamente, quaisquer que sejam os possíveis métodos interpretativos aplicados — literal, sistemático, histórico, teleológico —, não há método conhecido que admita um giro interpretativo de 180° (cento e oitenta graus) de um elemento normativo como o dolo. Não importa o que se faça, preto nunca será branco, assim como o conhecimento nunca pode ser comparado ao não conhecimento, por qualquer que seja a causa desse desconhecimento.⁶³

Destaca-se que em momento algum se sustenta a impossibilidade de aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico, apenas reforça-se a necessidade de uma legislação que autorize a sua aplicação, não podendo essa incumbência ficar a cargo do Judiciário, pois este deve satisfação aos métodos interpretativos, até para que haja segurança jurídica. Ao agir de outra maneira, igualando o conhecimento ao não conhecimento, o Judiciário estaria efetivamente invadindo esfera de competência alheia, o que não é permitido em um sistema no qual impera a tripartição de poderes.

3.2.1. A crítica de Gunther Jakobs

Jakobs foi o precursor da Teoria da Cegueira Deliberada, quando a aludiu em seu Tratado de Direito Penal. Em sua obra, o autor questiona o contrassenso existente na legislação alemã, a qual dá tratamento diferenciado ao conhecimento inerente ao tipo penal e ao conhecimento da ilicitude.

No ordenamento jurídico alemão, fica a critério do juiz verificar a incidência ou não da minorante prevista em casos de erro de proibição evitável, pois, quando verificado que o erro quanto à ilicitude de um fato se deu em razão de atitudes que

⁶³ Nesse sentido, Umberto Eco: dizer que um texto é potencialmente sem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz. Até mesmo o desconstrucionismo mais radical aceita a idéia de que existem interpretações clamorosamente inaceitáveis. Isso significa que o texto interpretado impõe restrições a seus intérpretes. Os limites da interpretação coincidem com os direitos do texto, o que não quer dizer que coincidem com os direitos do seu autor. ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. XXII.

só podem ser atribuídas ao próprio autor, este não poderá ser beneficiado com a referida causa de diminuição de pena.

No tocante ao dolo, o legislador alemão emprega um tratamento distinto. O Código alemão (art. 16.1, inciso 1) dispõe que “*el dolo es excluido cuando hay desconocimiento en la realización del tipo, sin importar la evitabilidad del desconocimiento*” (art. 16.1, inciso 1, Código alemão), o que significa, em síntese, que, em qualquer caso de erro de tipo evitável, o dolo será afastado. Essa diferenciação, segundo Jakobs, é incorreta.

Para Jakobs, tal distinção não é plausível, pois certos casos de desconhecimento provocado seriam tratados de forma demasiadamente benigna, casos esses que o autor denomina “cegueira ante os fatos”.

A crítica reside no fato de que, na falta de conhecimento acerca do fato típico, o agente no máximo terá uma punição a título de culpa — na hipótese de erro de tipo evitável —, sem levar em conta o motivo do déficit cognitivo, o que poderia dar margem à impunidade.

Sobre o assunto, Jakobs dedica sua atenção aos estados de desconhecimento provocados por desinteresse, indiferença ou falta de escrúpulos. Segundo o autor:

[...] resulta inaceitável que estes desconhecimentos obtenham um tratamento tão benigno, já que isso constitui um benefício que não se pode justificar axiologicamente, se não a partir do interesse do legislador em estabelecer uma fronteira clara e não complicada entre dolo e imprudência; resulta um contrassenso que o desconhecimento atribuível a indiferença exonere e, em contrapartida, os conhecimentos devidos a um excesso de escrúpulos por parte do sujeito permitam fundamentar uma condenação por delito doloso.⁶⁴

Em que pese sua crítica, o autor admite que sua proposta só poderia ser implementada a título de *lege ferenda* e sugere a substituição da legislação vigente, a respeito do erro de tipo, por um modelo similar ao de erro de proibição, a fim de que certos tipos de desconhecimentos sejam tratados em matéria punitiva da mesma forma que em casos de pleno conhecimento.⁶⁵

⁶⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada em Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 124 e 125.

⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teorías de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 314-316.

Insta frisar, contudo, que a implementação da proposta de Jakobs, ainda que no ordenamento jurídico alemão, que já prevê um tratamento diferenciado em casos de desconhecimento provocado no erro de proibição⁶⁶, demandaria a realização de uma analogia em *malam partem*, o que é vedado em respeito ao princípio da legalidade.⁶⁷

3.3. A Teoria da Cegueira Deliberada sob a perspectiva da presunção de inocência – a inversão do ônus da prova

A Teoria da Cegueira Deliberada gera facilidades para o detentor do *jus persecutio* na medida em que se faz desnecessária a prova contundente do elemento subjetivo do agente. Com a aplicação dessa Teoria, a imputação seria baseada em uma valoração sem suporte fático, que geraria inevitavelmente uma inversão da carga probatória.⁶⁸

A princípio, deve o órgão acusador, no caso, o Estado, por meio do Ministério Público, nos casos de ações penais públicas, fazer prova da existência do fato, bem como do elemento subjetivo do agente, para conseguir um decreto condenatório. No entanto, nos casos em que se aplicam a Teoria da Cegueira Deliberada, o agente, mesmo não conhecendo a dimensão fática de sua conduta, responderá pelo crime de maneira dolosa, ao menos que faça prova ou apresente um contraindício de que seu desconhecimento não foi por falta de interesse intencional ou por uma grave indiferença a um fato penalmente relevante que lhe era possível conhecer.

Nesse caso, percebe-se uma verdadeira presunção de dolo que pesa em desfavor do agente, cabendo ao próprio agente fazer prova de que ele não teria fechado intencionalmente os olhos para uma realidade aparentemente evidente.

Verifica-se, contudo, que, além da inversão do ônus probatório manifestamente arbitrário que se legitima, retirando das mãos do órgão acusador o ônus de produzir a prova da culpa *latu sensu* do acusado, a eventual absolvição do

⁶⁶ Diferentemente do que ocorre no Brasil, que não há previsão legal para este tratamento, mas ao contrário, há a obrigatoriedade de imposição de causa de diminuição de pena em casos de evitabilidade do erro, conforme consta no artigo 21 do Código Penal Brasileiro.

⁶⁷ Nesse sentido o próprio Gunther Jakobs em seu Tratado de Direito Penal, Parte Geral e, ainda, Luiz Greco em sua crítica ao trabalho de Ramon Ragués y Vallès.

⁶⁸ No mesmo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una perigrosa doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Indret, 2015, p. 8.

agente por inexistência de dolo fica condicionada à produção de uma prova manifestamente diabólica⁶⁹ por parte deste, haja vista tratar-se de um fato negativo.

Dessa forma, verifica-se que a teoria acaba permitindo a condenação de um sujeito de maneira dolosa sem que o órgão acusador precise fazer prova do elemento subjetivo, sendo suficiente a prova de uma suposta provocação voluntária de cegueira frente ao fato que se julga penalmente relevante.

Tal inquietude não paira tão somente no mundo hipotético. Pode-se exemplificar o alegado com um caso concreto que ocorreu na Espanha⁷⁰.

Na ocasião, a Corte espanhola, ao julgar o caso de um caminhoneiro que foi pego transportando mercadorias roubadas e artefatos explosivos, entendeu pela manutenção da condenação pelo crime de receptação, mas absolveu o caminhoneiro pelo crime de tráfico de explosivos que a ele era imputado. Isso porque o Tribunal entendeu que ficou provado que o agente conhecia ou, pelo menos, deveria conhecer, a origem ilícita das mercadorias objeto da receptação, mas havia sérias dúvidas acerca de seu real conhecimento quanto à existência de artefatos explosivos no interior do veículo.

Irresignado, o Ministério Público recorreu da sentença, defendendo, em síntese, que deveria ser aplicada ao caso a Teoria da Cegueira Deliberada, sob a alegação de que a mesma argumentação dada pelo Tribunal para a configuração do conhecimento quanto às mercadorias roubadas deveria ser aproveitada para afirmar o conhecimento por parte do caminhoneiro do transporte de explosivos, pois o agente, ao fechar os olhos para aquela realidade, teria admitido o transporte também daqueles artefatos.

Mesmo diante do recurso do *parquet*, o Tribunal manteve a absolvição pelo crime de tráfico de explosivos, em razão basicamente de três circunstâncias: (1) os

⁶⁹ São chamadas de diabólicas as provas de difícil ou impossível produção. Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça tem afastado sistematicamente este tipo de prova. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 96864/MC. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28 de novembro de 2008. Diário da Justiça Eletrônico [do] Supremo Tribunal Federal, 4 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2016.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 823.122/DF — 5ª Turma. Relator: ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 14 de novembro de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 18 fev. 2008, p. 59.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp nº 1187970/SC — 3ª Turma. Relatora: ministra Nancy Andrighi. Brasília, 05 de agosto de 2010. Diário da Justiça Eletrônico [do] Superior Tribunal de Justiça, 16 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

⁷⁰ STS nº 496/2006, de 3 de maio. Caso retirado do artigo de FEIJOO SÂNCHEZ, Bernardo. **La teoría de la ignorancia deliberada em Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial**. Barcelona: Indret, 2015.

artefatos explosivos estavam em um local oculto no caminhão; (2) as alegações do acusado de que ele não tinha conhecimento do conteúdo do material, uma vez que foi transportado em caixas para garantir a segurança da mercadoria; e, sobretudo, (3) foi realizada de uma interceptação telefônica na qual um acusado rebelde fala para uma terceira pessoa que a mercadoria estava bem embalada para que o caminhoneiro não tivesse conhecimento de seu conteúdo.

No caso real apresentado havia, por acaso, uma contraprova – interceptação telefônica - que favoreceu o motorista do caminhão, razão pela qual ele não ele respondeu pelo crime de tráfico de explosivos. No entanto, tudo leva a crer que caso o caminhoneiro não tivesse em seu favor tal prova de seu concreto desconhecimento – a qual seria muito difícil de ele próprio produzir⁷¹ -, ele também seria condenado pelo crime de tráfico de explosivos, o que enfatiza um verdadeiro problema no tocante ao ônus probatório no processo penal.

⁷¹ Assim como no Brasil, na Espanha as interceptações telefônicas têm reserva de jurisdição, ou seja, só podem ser autorizadas por meio de decisão judicial.

4. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA – UMA INCOMPATÍVEL SOLUÇÃO EFICAZ

Embora o presente trabalho aluda às incompatibilidades da Teoria da Cegueira Deliberada com o Direito Brasileiro, principalmente em seu aspecto legal, não se pode olvidar que se trata de teoria que tem de ser mais bem analisada, inclusive no tocante à possibilidade de eventual implementação futura, também em razão de sua notória efetividade e contraposição às atitudes moralmente discutíveis de desconhecimento intencional por parte do agente, que, por vezes, apenas pretende se eximir de uma eventual responsabilidade criminal.

Sabe-se que diante da evolução e do aperfeiçoamento da criminalidade, os métodos de busca de prova e teorias mais conservadoras acerca do dolo têm se mostrado cada vez mais ineficazes para combater a criminalidade moderna. Evidencia-se tal ineficácia principalmente em relação à chamada criminalidade organizada, que geralmente se vale do aparelhamento estatal ou de grandes complexos empresariais para a realização do delito⁷².

Nesse contexto de criminalidade, é comum que aqueles que detêm o poder de comando coordenem terceiros com o intuito de concretizar o ilícito e, por isso, torna-se tão difícil a comprovação do dolo desses agentes. Da mesma forma, como geralmente não são os mesmos agentes que comandam e praticam diretamente as condutas típicas, há uma grande dificuldade na individualização e comprovação de suas condutas.

Pois bem, a Teoria da Cegueira Deliberada seria de importante contribuição para o ordenamento jurídico, uma vez que tais problemas certamente seriam diminuídos com sua implementação, atuando a toda evidência como facilitadora para o *jus puniendi* estatal ou para a acusação *latu sensu*.⁷³

A Teoria também ajudaria na persecução penal dos chamados delitos omissivos impróprios, os quais o agente tem o dever legal de agir – chamados também de delitos comissivos por omissão –, e dos delitos de agentes que detêm o

⁷² Tais crimes também são conhecidos como crimes de colarinho branco ou “*White collar crimes*”.

⁷³ Não por acaso que a Teoria da Cegueira Deliberada vem sendo utilizada de maneira frequente para fundamentar a condenação de agentes em inúmeros processos da chamada operação “Lava Jato”.

dever de informação⁷⁴, pois quando evidenciado que o agente se omitiu quando deveria tomar uma providência legal ou buscar conhecimento de determinada informação, alegando o desconhecimento de algo que deveria ter conhecimento em razão de seu cargo, ofício ou função, a teoria funcionaria como um facilitador de sua reprovação criminal, inclusive, a título de dolo eventual. O que, na prática, certamente poderia ensejar algumas injustiças, como já abordado em tópicos anteriores.

Sobre o assunto, André Callegari afirma que:

[...] quando uma pessoa ocupa determinados cargos em órgãos diretivos que pressupõem dever de informação, o direito de alegar desconhecimento não poderia ser usado em seu favor [e] quem não se informa propositalmente acerca de um fato penalmente relevante assume o risco pelo resultado.⁷⁵

A Teoria ainda visa preencher as lacunas legais acerca das imputações subjetivas de sorte que possa haver punição para aqueles sujeitos que, mesmo contando com um nível básico de conhecimento sobre as características de seu comportamento, renunciaram conhecer mais daquilo que já sabiam ou suspeitavam⁷⁶, o que, na prática, não possui previsão legal a respeito de qual a forma de punição deverá ser aplicada, se será a título de dolo eventual ou de imprudência.

De qualquer forma, embora ainda não pareça ser a melhor saída para aperfeiçoar a efetividade da *jus persecutio* estatal, uma vez que não há ainda uma delimitação exata dos limites de incidência dessa Teoria, notadamente pode servir como fonte de inspiração para futuras alterações legislativas no âmbito do Direito Penal.

4.1. Propostas de implementação – uma possibilidade *de lege ferenda*

Não obstante os problemas extralegis da Teoria da Cegueira Deliberada exaustivamente tratados em tópicos anteriores, não se pode negar que os maiores obstáculos da Teoria residem no aspecto legal, principalmente no conceito restritivo

⁷⁴ CALLEGARI defende a utilização da teoria no Direito Brasileiro, principalmente para a busca da responsabilização penal daqueles agentes que mesmo possuindo o dever de informação.

⁷⁵ CALLEGARI, André, *Jornal do Comércio* – Porto Alegre. 14 de maio de 2016.

⁷⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada em Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 99.

de dolo sob a ótica da teoria da vontade e do consentimento adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e na previsão do erro de tipo como ausência de conhecimento acerca de uma elementar do tipo penal, seja qual for a razão desse desconhecimento, conforme o artigo 20 do Código Penal.

Destarte, por ser tratar de obstáculo legal, sabe-se que qualquer tipo de alteração demandaria uma manifestação de vontade por parte do Poder Legislativo, o qual detém o poder constitucional de editar ou modificar leis.

Todavia, em que pese a clareza da teoria da tripartição de poderes de Montesquieu⁷⁷, o que se observa é um recorrente ativismo judicial, que vem modificando conceitos e afastando determinações legais com a equivocada intenção de dar mais efetividade às persecuções penais.

De qualquer forma, caso haja um real interesse de gradativamente incorporar os preceitos da dita Teoria no ordenamento jurídico pátrio, pode-se sugerir, a título de *lege ferenda*, algumas alternativas, sem prejuízo da necessidade de um amadurecimento jurisprudencial para contornar os problemas extralegais já mencionados, como, por exemplo, o ônus probatório e a responsabilidade penal objetiva.

4.1.1. Dolo e erro de tipo – os limites interpretativos de seus conceitos

Como já visto no tópico 3, o artigo 18, inciso I, do Código Penal apresenta um conceito bastante simplificado de dolo, uma vez que dispõe que ocorre crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Por meio desse conceito, vislumbra-se o dolo como vontade (dolo direto) e assentimento (dolo eventual), o que, inclusive, leva-se a crer que Código Penal brasileiro adotou uma das teorias da vontade⁷⁸ para tratar do dolo.

Sob esse aspecto, há um consenso doutrinário de que toda teoria volitiva acerca do dolo pressupõe a consciência ou a representação acerca dos elementos do fato típico. No ordenamento jurídico pátrio, chega-se a tal conclusão não só em

⁷⁷ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 1748.

⁷⁸ Assim, JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. vol. I, 19.ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.146, para o qual, contudo, o CP teria adotado a teoria da vontade; PRADO, Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p.188, que ainda fala numa quarta teoria, a da probabilidade.

razão da doutrina, mas também devido ao artigo 20 do Código Penal, que trata do erro de tipo.

Segundo o artigo 20, *caput*, do Código Penal “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. Diante de tal redação, conclui-se que a consciência acerca do elemento constitutivo do tipo legal de crime é indispensável para a caracterização do dolo.

Acontece que o artigo, ao tratar do erro de tipo, não inclui qualquer condicionante para tal ausência de representação. Dessa forma, verifica-se a ausência de respaldo normativo para o afastamento ou para a mitigação da aplicação do erro de tipo quando verificada a existência da cegueira deliberada acerca de um fato penalmente relevante por parte do agente.

Dito de outra forma, diante da existência de um artigo que trata o erro de tipo como ausência de uma representação acerca de um elemento constitutivo do tipo, não pode o Judiciário afastar a aplicação dessa norma, ainda que verificada a existência de um erro provocado pelo próprio agente, por inexistir previsão legal para essa manobra.

Ademais, como já exaustivamente demonstrado neste trabalho, a interpretação no âmbito do Direito Penal deve ser a mais restritiva possível, mormente quando visa atingir ou prejudicar o acusado de alguma maneira. Por isso, também parece desarrazoada eventual interpretação extensiva de tais determinações legais, sem alteração do texto legal.

Ante o exposto, percebe-se que tais conceitos (dolo e erro de tipo), taxativamente postos no ordenamento jurídico brasileiro, representam verdadeiras barreiras para a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, o que não ocorreria, por exemplo, caso não tivéssemos tais conceitos tão engessados, como é o caso do ordenamento jurídico alemão, que não possui um conceito definido de dolo.

Nesse cenário, uma das propostas a título de *lege ferenda* a ser implementada é a extensão do conceito de dolo presente no artigo 18, inciso I, do Código Penal ou então a aplicação da proposta sugerida por Jakobs⁷⁹ sobre a

⁷⁹ Vide tópico 3.2.1.

relativização expressa da aplicação do erro de tipo, quando houver indiferença ou cegueira ante os fatos.

4.1.2. A Teoria da Cegueira Deliberada – aplicação nos delitos em espécie

Talvez o legislador brasileiro, na confecção do Código Penal e de seus crimes em espécies, não tivesse o conhecimento da Teoria da Cegueira Deliberada, mas, ainda que sem intenção, acredita-se que a teoria foi implementada quando o legislador tratou da receptação privilegiada do artigo 180, §3º, do Código Penal, o qual prevê o referido crime e sua respectiva punição “adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.”

Explica-se, segundo a Teoria da Cegueira Deliberada, aquele que prefere se manter deliberadamente em situação de cegueira frente a circunstâncias penalmente relevantes deve ser apenado como se tivesse representação do fato típico.

Nesse diapasão, pode-se dizer que o agente se mantém em cegueira em razão de sua inércia em relação às cautelas ou precauções necessárias à obtenção do conhecimento acerca de determinado fato penalmente relevante. Nesse caso, há quem diga que o agente “prefere não saber” pois é “melhor não saber”.⁸⁰

Para melhor exemplificar, imagine situação na qual um gerente de um banco percebe vultuosas movimentações atípicas, altamente suspeitas, por parte de um de seus clientes, porém, por ter interesse em eventuais comissões, não toma as precauções exigidas pelas normas internas da instituição financeira, a qual exige, entre outras medidas, a notificação da movimentação suspeita à COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras).

Nesse caso, o gerente, em tese, estaria fechando os olhos para um fato penalmente relevante, consubstanciado em um possível crime de lavagem de dinheiro ou crime contra a ordem tributária. Assim, para os entusiastas da Teoria da

⁸⁰ Nesse sentido, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada em Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

Cegueira Deliberada, em razão da ausência de condutas que auxiliariam a obtenção da consciência e cessariam suas omissões, o gerente deveria também ser responsabilizado pelos crimes cometidos por seu cliente.

Entretanto, ainda assim, seria discutível, sob o aspecto legal, tal conclusão, uma vez que seria necessária uma norma de caráter penal que traçasse a necessidade de condutas acautelatórias por parte do agente, não podendo estas serem suprimidas por normas secundárias administrativas que não possuem força de lei ordinária. O que não é o caso, por exemplo, da norma prevista no artigo 180, §3º, do Código Penal na qual o próprio tipo penal incriminador apresenta regras preventivas em relação à conduta que o agente deve ter, sob pena de ser responsabilizado pelo crime ali definido.

Explica-se, segundo o 180, §3º, se o agente adquirir coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, devesse presumir se tratar de bem de origem ilícita, responderá pelo crime de receptação.

Nesse caso, percebe-se que o tipo penal incriminador prevê situações que exigem maior precaução por parte do agente acerca do bem que pretende adquirir, de modo que, se não tomar as cautelas sugeridas, poderá responder pelo crime de receptação.

Verifica-se, aqui, uma estratégia legal que dificulta sobremaneira a possibilidade de alegação de erro por parte do agente que não observou a norma. Em última análise, o afastamento do erro de tipo é nada mais, nada menos, que a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada.

Merece atenção, ainda, o fato de que o legislador, ao definir o crime de receptação privilegiada, fez questão de apená-la de maneira mais amena do que a receptação dolosa, prevista no *caput* do artigo 180 do Código Penal. Isso porque o legislador entendeu que aquele que não toma as medidas necessárias para identificar a origem ilícita do bem (mesmo suspeitando ou devendo suspeitar de sua ilicitude) não merece ser apenado da mesma forma que aquele que sabia, ou seja, que atuou com dolo direto.

É justamente por esse motivo que muitos autores, principalmente norte-americanos, defendem que a teoria de cegueira deliberada ou *willfull blindness*

deveria receber um tratamento distinto do dolo eventual, mas também não tão benevolente quanto à culpa.⁸¹

De qualquer modo, há de se notar que nada impede que o legislador, de *lege ferenda*, utilizando-se tal artigo como inspiração, preveja tipos penais incriminadores com circunstâncias que, caso não observadas pelo agente, façam com que ele responda pelo crime como se as tivesse observado.

Pois bem, no exemplo do gerente do banco que não toma as medidas exigidas em caso de transações suspeitas por parte de seus clientes, se houvesse previsão na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 12.683/12) de que “responde pelo crime de lavagem de capitais o gerente de instituição financeira que, percebendo movimentações financeiras suspeitas nos moldes do que determina o órgão competente, não as notifica ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras” haveria, pelo menos sob o aspecto legal, uma norma compatível com o ordenamento jurídico pátrio, aplicando aquilo que a Teoria da Cegueira Deliberada visa impedir: a declaração de ausência de conhecimento acerca de um fato penalmente relevante.

Trata-se, pois, de técnica legislativa que poderia ser perfeitamente aplicada para os mais distintos tipos penais existentes. Sendo necessário apenas que tais alterações sejam feitas pelo Poder Legislativo e nunca pelo Poder Judiciário.

⁸¹ Defendem a aplicação de uma terceira forma de imputação ou *mens rea*, prevista no direito norte-americano como “recklessness”.

CONCLUSÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada notadamente encontra resistências no ordenamento jurídico pátrio, mormente quanto ao seu amparo normativo.

Ao que parece, a invocação da referida teoria surge a partir do afã de dar maior efetividade à persecução penal do Estado, principalmente para contornar a falta de provas acerca do elemento subjetivo do agente, no caso, o dolo⁸².

Acontece que, por mais interessante e efetiva que uma teoria seja, deve-se analisar a viabilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico, cujos limites de uma eventual aplicação serão dados pelo próprio sistema (normas e princípios regentes).

Todavia, não é raro deparar-se com aplicações de teorias estrangeiras por parte do Judiciário com o intuito de fortalecer ou fundamentar determinada decisão. Como exemplo, pode-se citar a Teoria do Domínio do Fato⁸³, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*) e mais recentemente a corriqueira aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada (*willfull blindness*), que, assim como a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, também foi importada do ordenamento jurídico norte americano.

Não há como negar que esta é uma tendência derivada da proliferação dos delitos globais, que acabam por conduzir, como afirma Feijoo Sánches⁸⁴, a uma “americanização do Direito Penal” (lavagem de dinheiro, terrorismo, corrupção, transações internacionais).

⁸² Notadamente no Brasil, essa necessidade veio à tona no âmbito da operação Lava-Jato, operação que busca a persecução e punição penal de agentes do Estado e de grandes empresários envolvidos em casos de crimes de “colarinho branco”. Sabe-se que em razão da blindagem dos investigados – seja em razão de sua posição no aparelhamento estatal, seja em razão de sua influência político-econômica - e dos esquemas criminosos complexos adotados, seria muito difícil a obtenção de prova acerca do elemento subjetivo de cada agente sem se valer da teoria da cegueira deliberada de algum modo.

⁸³ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Hamburg: 1963. Utilizada no caso da Ação Penal 470 do STF (Mensalão) e utilizada para fundamentar diversas condenações no âmbito da Operação Lava Jato. No entanto, é relevante esclarecer que segundo Claus Roxin, em palestra realizada em São Paulo em 1 de setembro de 2014, a teoria vem sido aplicada, por vezes, de maneira equivocada no Brasil, em total dissonância com aquilo que ele pretendia. E assim ocorre em diversas outras teorias.

⁸⁴ FEIJOO SÁNCHEZ. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una perigrosa doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Indret, 2015..

Dessa forma, em que pese a relevância doutrinária dessas teorias e o interesse do Judiciário em dar a melhor decisão no caso concreto, a fim de se combater a impunidade, é indiscutível que por vezes a aplicação de determinadas teorias acabam sendo equivocadas, seja pela errônea interpretação da teoria, seja pela ausência de sustentabilidade normativa ou prática para sua aplicação. Não é o caso, por exemplo, da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*), que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro formalmente no artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal brasileiro, dando a ela sustentáculo normativo para sua aplicação.

Sem embargo, qualquer que seja a teoria importada de outros ordenamentos jurídicos, só haverá espaço no ordenamento jurídico pátrio se forem compatíveis com os critérios estabelecidos na norma constitucional e infraconstitucional, principalmente em se tratando de teorias que geram uma perigosa *vis expansiva* na intervenção criminal (extensão do conceito de dolo), sob pena de violação irreversível do princípio da legalidade ou, mais especificamente, do *nullum crimen nulla poena sine lege*⁸⁵.

Ao que tudo indica, trata-se de uma equivocada equiparação por parte da jurisprudência entre dolo eventual e cegueira deliberada. Afinal, caso só se tratasse de uma teoria que fomenta a existência de dolo eventual, não haveria necessidade de perder tanto tempo com debates sobre esse “elemento estranho” que vem se expandindo cada vez mais nas sentenças penais condenatórias.⁸⁶

Desta forma, verifica-se que a hipótese inicial do trabalho se confirma na medida que a utilização dessa Teoria não só se apresenta como um perigoso e movediço terreno no âmbito normativo (princípio da legalidade), gerando uma enorme dose de insegurança jurídica e arbitrariedade, que só violam direitos e garantias fundamentais, como também acarreta perigos e consequências indesejáveis no âmbito prático (inversão do ônus da prova, dificuldades acerca da confirmação do elemento subjetivo etc.).

Destarte, nada impede que haja o amadurecimento dessa Teoria perante os Tribunais brasileiros. Contudo, é indiscutível que deve haver inicialmente uma

⁸⁵ Teoria inaugurada por FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. Giessen, 1801, p. 20.

⁸⁶ No mesmo sentido FEIJOO SÁNCHEZ. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una perigosa doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Indret, 2015, p. 6.

alteração legal que dê sustentáculo normativo para sua implementação no ornamento jurídico pátrio. Não se nega, porém, que, em que pese existirem inúmeros problemas extralegais presentes na Teoria da Cegueira Deliberada, trata-se de uma interessante teoria que deve ser mais bem estudada para que em um futuro próximo se promova uma melhor delimitação de suas características e consequências à luz do ordenamento jurídico vigente, a fim de que seja possível a sua utilização, de maneira eficaz e razoável, na incessante luta contra a impunidade.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Über Gerechtigkeit and Rechtssicherheit im Strafrecht, em Kudlich/Montiel/Schuhr (ed), Gesetzlichkeit and Strafrecht, 2012.

BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht, Frankfurt a. M., 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1203758/PR – 5ª Turma. Relator: ministro Jorge Mussi. Brasília, 11 de setembro de 2012. Diário da Justiça Eletrônico [do] Superior Tribunal de Justiça, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp nº 1187970/SC — 3ª Turma. Relatora: ministra Nancy Andrighi. Brasília, 05 de agosto de 2010. Diário da Justiça Eletrônico [do] Superior Tribunal de Justiça, 16 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1262752. Relatora: ministra Laurita Vaz. Brasília, Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 823.122/DF — 5ª Turma. Relator: ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 14 de novembro de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 18 fev. 2008, p. 59.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal AP nº 470/MG – Plenário. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 96864/MC. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28 de novembro de 2008. Diário da Justiça Eletrônico [do] Supremo Tribunal Federal, 4 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2016

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). ACR – Apelação Criminal nº 5008479-45.2010.404.7000. Relator: desembargador Sebastião Ogê Muniz. Disponível em: <www.trf4.jus.br> Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Processo nº 200581000145860, ACR5520/CE – 2ª Turma. Relator: desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Julgado em: 09 de setembro de 2008. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 22 out. 2008, p. 207.

- CALLEGARI, André. **Jornal do Comércio**. Porto Alegre, 14 de maio de 2016.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.
- DAMÁSIO DE JESUS, Direito Penal. Parte Geral, 2011, 32º Ed.
- ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- EDWARDS, J. LI. J. (1954) Criminal Degrees of Knowledge. **The Modern Law Review** 17.
- ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 10ª Ed., 2005.
- FEIJOO SÁNCHEZ. **La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal**: una perigrosa doctrina jurisprudencial. Barcelona: Indret, 2015.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts**. Giessen, 1801.
- GALVÃO DA SILVA, Robson A.; LAUFER, Christian. A cegueira deliberada na lavajato. **Empório do Direito**. Disponível: <<http://emporiododireito.com.br/tag/teoria-da-cegueira-deliberada/>>. Acesso em: 16 jun. 2016.
- GRECO, Luís. **Algumas Observações Introdutórias à “Distinção Entre Dolo e Culpa” de Ingeborg Puppe**. In: PUPPE, Ingeborg. A distinção Entre Dolo e Culpa. Barueri: Manole, 2004.
- GRECO, Luís. **Comentario al artículo de Ramón Ragués**. Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y derecho penal. EdiUNS, 2013.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teorias de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts**. Berlin: 1996.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. vol. I, 19.ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- KRAMER, Dora. Cegueira Deliberada. Blog Dora Kramer. **O Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/dora-kramer/cegueira-deliberada/>> Acesso em: 16 jun. 2016.
- KÜPER, 1967 apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

MARCUS, Jonathan L. **Model Penal Code Section**. The Yale Law Journal. Vol.102. June, 1993.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal** — fundamentos e teoria do delito. Trad. de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 1748.

MONTESQUIEU. **Vom Geist der Gesetzem**. Libro 11, Cap. 6 (crf. Nm. 21, n.24). 1748.

MONTIEL, Juan Pablo. Regulaciones de excepción y prohibición de analogía. Indret. 2013, p. 6-7.

NAUCKE, Negatives Strafrecht in Negatives Strafrecht. 4 Ansätze, Berlin, 2015.

PACELLI, Eugênio e CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal, 1ª Ed, Editora ATLAS, 2015.

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

PORCIÚNCULA, José Carlos. **Reflexões críticas acerca do tipo penal de obstrução de investigação de organização criminosa** (art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/13). Disponível em <http://www.pauloqueiroz.net/reflexoes-sobre-o-tipo-penal-de-obstrucao-de-investigacao-de-organizacao-criminosa/#sdfootnote5sym>. Acesso em 21/12/2016.

PRADO, Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cesar Roberto. **Elementos de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção Entre Dolo e Culpa**. Barueri: Manole, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **La ignorancia deliberada em Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007.

RAGUÈS I VALLÈS, Ramón. **Mejor no saber, sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona: 2013.

Robbins, Ira P. **The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea**. The Journal of Criminal Law and Criminology, 81, (1990).

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

ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. Hamburg: 1963.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA, 1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, 40-42p.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Chile: Juridica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro W. **Direito penal brasileiro**. Revan, 2003.