

ACERTANDO POR ACASO: UMA ANÁLISE DA CEGUEIRA DELIBERADA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO POR LAVAGEM DE DINHEIRO NO VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER NA APN 470

GETTING IT RIGHT BY CHANCE: AN ANALYSIS OF WILLFUL BLINDNESS AS BASIS FOR CONVICTION OF MONEY LAUNDERING IN THE OPINION BY JUSTICE ROSA WEBER IN APN-470

GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Doutor em Direito pela UFPR. *Master of Laws (LL.M.)* pela Cornell Law School. Professor de Direito Penal do UNICURITIBA. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE), Gestão 2018/2020. Diretor da Revista do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP), Gestão 2017/2019. Advogado criminal e *Attorney-at-Law* (NY). E-mail: guilherme@lxp.adv.br

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o voto da ministra Rosa Weber na Ação Penal n.º 470 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à adoção da cegueira deliberada como elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro. A partir de apontamentos críticos embasados no Direito Comparado e na dogmática penal, defende-se que, muito embora fosse possível a condenação por dolo, não é possível utilizar a cegueira deliberada com fundamento para a condenação por crime doloso, diante de sua incompatibilidade com o Direito brasileiro. Diante da influência do julgamento originário no Supremo Tribunal Federal, a decisão permitiu que outros órgãos julgadores alargassem o conceito legal de dolo, levando à punição de condutas culposas como se dolosas fossem.

PALAVRAS-CHAVE: Cegueira deliberada. Lavagem de dinheiro. Mensalão. Direito Comparado. Dolo eventual.

ABSTRACT: This article has the purpose of analyzing the opinion written by Justice Rosa Weber in Case No. 470 tried before the Brazilian Supreme Court, regarding the use of willful blindness as the mental element for the crime of money laundering. Based on critical notes arising from comparative law and criminal law theory, it is argued that, even though a conviction based on *dolus* was possible, the use of willful blindness as basis from conviction under *dolus* is not possible due to its incompatibility with Brazilian law. Considering the influence of the trial and judgement conducted directly by the Supreme Court, the ruling allowed other courts to broaden the legal definition of *dolus*, leading to the punishment of negligent conducts as if they were committed with *dolus*.

KEYWORDS: Willful blindness; Money laundering; Mensalão case; Comparative law; *Dolus eventualis*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve análise da cegueira deliberada no voto da ministra Rosa Weber. 3. A cegueira deliberada à brasileira *versus* a *willful blindness* da *common law*. 4. Indiferença e dolo eventual na formulação do conceito de cegueira deliberada. 5. Conclusão.

1. Introdução

O julgamento da Ação Penal n.º 470 pelo STF em 2012 foi um importante marco jurídico, não apenas pela relevância político-institucional de um julgamento criminal de alta complexidade realizado pela

mais alta corte jurídica do país, como pelos peculiares precedentes firmados. Ao longo das milhares de páginas do acórdão publicado, muitas foram as questões controversas levantadas, convidando a crítica doutrinária aos fundamentos da decisão.¹ Em que pesem alguns equívocos na aplicação da dogmática penal pelo STF, a influência do julgamento é inegável, fazendo com que as instâncias judiciais inferiores persistissem em muitos dos erros cometidos naquela ocasião.²

Dentre as discussões inauguradas com o julgamento do caso “Mensalão”, como ficou conhecido, está a aplicação da chamada “teoria da cegueira deliberada”. É certo que a Ação Penal n.º 470 não foi o primeiro caso em que a cegueira deliberada foi discutida no Brasil, mas é notável o quanto a sua menção naquele julgamento alçou tal “teoria” à notoriedade no debate jurídico-penal,³ vindo a ser mencionada inclusive fora do meio jurídico.⁴

Segundo apurado em pesquisa empírica,⁵ ainda que o primeiro caso julgado no Brasil aplicando cegueira deliberada tenha sido o célebre furto à sede do Banco Central em Fortaleza⁶, ainda em 2007, foram poucas as decisões judiciais que mencionavam a expressão “cegueira deliberada” até o ano de 2012. A partir da publicação dos Informativos n.º 677 e 684 do STF,⁷ passou a haver um aumento significativo de casos em que a cegueira deliberada foi aplicada, muitas delas invocando o julgamento do caso “Mensalão” como fundamento.

Por tal motivo, em vista da importância do marco que representou o julgamento da Ação Penal n.º 470 para a aplicação da cegueira deliberada no Direito Penal, busca-se no presente artigo analisar criticamente os fundamentos daquela decisão. Como se demonstrará adiante, ainda que a condenação de alguns autores por crime de lavagem de dinheiro tenha sido acertada, os fundamentos da decisão ao

¹ Ver, por todos, GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p.386-393, 7-8/2015. Disponível em: <<https://goo.gl/8LNZcw>>. Acesso em: 8 jul. 2018.

² Acerca da história judicial da aplicação da cegueira deliberada no Brasil, ver LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 29-60.

³ Não faltam exemplos caricatos de captação indevida da cegueira deliberada pela imprensa, até mesmo para casos extrapenais. Veja-se, por exemplo: SANTANDER cobra dívida milionária de escola por meio de boleto fraudulento. *Jornal Correio de Notícias*, 7 dez. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/pfKwPM>>. Acesso em: 20 jul. 2017; MORENO, Jorge Bastos. Surdez deliberada. *O Globo*, 31 maio 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/XBH8HH>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴ LUCCHESI, op. cit., p. 58-60, 211-257. Dos 65 casos pesquisados entre 2007 e 2017, até 2013 apenas sete acórdãos haviam mencionado “cegueira deliberada”.

⁵ Sentença proferida na Ação Penal n.º 2005.81.00.014586-0, 11.a Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. Disponível em: <<http://goo.gl/9iB8qJ>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

⁶ “O Min. Celso de Mello, por sua vez, [n]o tocante ao crime de lavagem de dinheiro, observou possível sua configuração mediante dolo eventual, notadamente no que pertine ao caput do art. 1.º da referida norma, e cujo reconhecimento apoiar-se-ia no denominado critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470/MG – 52. *Informativo STF*, n. 677, 27-31 ago. 2012); “Ato contínuo, o decano da Corte, Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na teoria da cegueira deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470/MG – 142. *Informativo STF*, n. 684, 15-19 out. 2012).

⁷ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.295.

invocar cegueira deliberada não o foram. Há, portanto, incoerências lógicas na decisão decorrentes da incompatibilidade da cegueira deliberada com o Direito Penal brasileiro.

2. Breve análise da cegueira deliberada no voto da Ministra Rosa Weber

Em síntese, 38 pessoas de alguma forma ligadas à cúpula do Governo Federal durante o mandato do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva foram condenadas pelo STF em razão da compra de apoio político de parlamentares de outros partidos por meio de uma sorte de mesada. De tal mesada derivou o nome “Mensalão”, como foi apelidado o caso. Segundo restou apurado no processo, tais pagamentos visavam influenciar as votações na Câmara dos Deputados em favor da posição do Governo Federal, a fim de comprar uma maioria estável para aprovação dos projetos de interesse do Governo. Foi apurado ainda que os pagamentos feitos a parlamentares eram realizados a partir de instituições financeiras e agências de publicidade.

A cegueira deliberada foi invocada como fundamento para identificar a presença de dolo eventual no contexto da imputação de lavagem de dinheiro a acusados beneficiários de pagamentos considerados “extravagantes”, feitos por agência de propaganda de propriedade do acusado Marcos Valério Fernandes de Souza, contratada pela Administração Pública Federal, por solicitação do Partido dos Trabalhadores, recebidos “sem qualquer ressalva ou tentativa de esclarecer a origem deles”.⁸ Segundo apurado, os pagamentos – além de constituírem vantagem indevida, constitutiva de crime de corrupção passiva – possuíam origem ilícita, pois originários de peculato praticado por integrantes das empresas SMP&B Comunicação e DNA Propaganda, entre outras condutas ilícitas.

Sem adentrar o exame da tipicidade objetiva do crime de lavagem de dinheiro na imputação,⁹ chama atenção como a alegação dos acusados de desconhecimento da origem dos pagamentos foi utilizada para construir a fundamentação referente ao dolo no voto da ministra Rosa Weber.¹⁰

Alude-se especificamente ao voto da ministra Rosa Weber pois, de todo o julgamento feito em instância originária pelo Supremo, o seu voto foi o único¹¹ a fornecer parâmetros objetivos para a aplicação da cegueira deliberada no Direito brasileiro, em que pese tenha sido citado por apenas uma decisão dentre os acórdãos pesquisados.¹² Os excertos dos debates orais daquele julgamento referentes ao voto do ministro Celso de Mello, publicados nos Informativos n.º 677 e 684 do STF, embora citados por diversas decisões como precedente para a aplicação da cegueira deliberada,¹³

⁸ Para análise detalhada, ver BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro na APN 470/MG*. Revista dos Tribunais, n. 933, São Paulo, jul. 2013. p.383-400.

⁹ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.061-1.478.

¹⁰ Em sentença proferida na “Operação Lava Jato”, o juiz federal Sergio Fernando Moro equivocadamente alude à existência de manifestações pelos ministros Luiz Fux e Carlos Ayres Britto invocando “incidentemente a doutrina da cegueira deliberada”, equiparando-a ao dolo eventual (Sentença proferida na Ação Penal n.º 5013405-59.2016.4.04.7000, 13.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná. Disponível em: <<https://goo.gl/WzJfm4>>. Acesso em: 6 jun. 2017. Ver n.375). O magistrado cita como fonte artigo eletrônico publicado por Pierpaolo Cruz Bottini (A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Consultor Jurídico*. Edição online, 30 jul. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/KmtnjN>>. Acesso em: 6 jun. 2017). Em verdade, o levantamento feito por Bottini se refere à admissão da figura do dolo eventual como elemento subjetivo dos crimes de lavagem de dinheiro anteriormente às alterações pela Lei Federal n.º 12.683, de 2012, e não de cegueira deliberada.

¹¹ TRF-3, Ap. Crim. n.º 0001123-17.2008.4.03.6181, Rel. Denise Avelar, DJe 3 dez. 2015. Para a pesquisa completa, ver LUCCHESI, op. cit., p.211-257.

¹² Para a relação completa de casos, ver LUCCHESI, op. cit., 2018. p.47.

¹³ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297.

pouco acrescentam, apenas noticiando a existência da cegueira deliberada e sua possível aplicação no Brasil, não provendo qualquer critério para a sua configuração. Tais manifestações de Celso de Mello não constaram do voto escrito ou mesmo da transcrição dos debates orais publicados no acórdão. Da leitura da decisão se verifica que o ministro requereu o cancelamento de boa parte de suas intervenções nos debates orais.

Segundo o voto de Rosa Weber na Ação Penal n.º 470, indentifica-se na conduta dos parlamentares beneficiários dos pagamentos “a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada”.¹⁴ Como se vê, há ênfase ao elemento “indiferença”, como se de tal elemento decorresse necessariamente a presença de dolo eventual.

A partir da identificação de indiferença, passa Rosa Weber a tecer considerações a respeito do crime de lavagem de dinheiro na experiência comparada anglo-saxã, afirmando haver-se admitido naquela tradição a responsabilização criminal a título de cegueira deliberada, citando como exemplos os casos *United States v. Campbell*¹⁵, *United States v. Rivera-Rodriguez*¹⁶ e *United States v. Cunan*¹⁷. Explica a ministra que a cegueira deliberada permite estabelecer que “age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta”.¹⁸ Pontua, assim, a ministra que as Cortes americanas exigem três requisitos para a admissão da cegueira deliberada nos casos envolvendo lavagem de dinheiro: (i) a ciência pelo autor da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) a atuação indiferente do autor quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) a escolha deliberada pelo autor de permanecer ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.¹⁹

Embora Rosa Weber reconheça a origem e a construção da cegueira deliberada em sistema jurídico da tradição *common law*, o que poderia trazer problemas estruturais em seu transplante ao Brasil, busca desfazer eventuais preocupações a respeito da possível incompatibilidade ao noticiar que a cegueira deliberada foi acolhida pelo Supremo Tribunal de Espanha – vinculado à tradição *civil law* –, que equiparou a cegueira deliberada ao dolo eventual, categoria de imputação também existente no Direito brasileiro.²⁰ Transcreve, para tanto, trecho da Sentença n.º 33/2005,²¹ proferida por aquele tribunal em caso envolvendo lavagem de dinheiro, no qual decidiu-se não ser necessário que o autor aja com dolo direto, bastando o dolo eventual, sendo suficiente situar-se o autor na posição de ignorância deliberada. Entende a corte espanhola, assim, que aquele que podendo e devendo conhecer a natureza do ato solicitado por terceiro se mantém em situação de não querer saber o que se faz, prestando sua colaboração aos fatos, incorre nas consequências penais de sua atuação ilícita.

¹⁴ *United States v. Campbell*, 977 E2d 854 (4th Cir., 1992).

¹⁵ *United States v. Rivera-Rodriguez*, 318 F3d 268 (1st Cir., 2003).

¹⁶ *United States v. Cunan*, 152 F3d 29 (1st Cir., 1998).

¹⁷ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297. A afirmação é problemática, na medida em que trata de intenção, categoria que no direito americano melhor se assemelha a *purpose* que a *knowledge*, elemento subjetivo passível de substituição pela *willful blindness* (ver LUCCHESI, op. cit., p. 65-86).

¹⁸ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297.

¹⁹ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297.

²⁰ A referência feita no voto foi à “Sentencia 22/2005 do Supremo Tribunal Espanhol” (STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297). Acredita-se que, por um lapso, a ministra tenha se equivocado quanto à numeração da sentença citada, visto que a Sentença n.º 22/2005, proferida pela 1.ª Sala do Supremo Tribunal de Espanha em 3 de fevereiro de 2005, se refere a danos causados pela ingestão de soda cáustica, e não a matéria penal.

²¹ Segundo Renato de Mello Jorge Silveira (A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.122, p. 267, set./out. 2016), “[n]ão se pode, nunca, simplesmente ter a referência da previsão da norma estrangeira, como se dissesse ela respeito à mesma ordem de coisas que a legislação nacional.”

É interessante notar como a passagem transcrita por Rosa Weber em seu voto pouco tem a ver com os requisitos para a configuração da cegueira deliberada, segundo ela exigidos pelas cortes americanas. De acordo com o trecho transcrito, os requisitos para a responsabilização penal baseada na cegueira deliberada exigidos pelo Supremo Tribunal espanhol aparentam ser (i) a solicitação de atuação ou colaboração do autor por terceiro; (ii) a possibilidade e o dever de conhecimento da natureza dessa atuação ou colaboração pelo autor; (iii) a decisão por se manter em situação de não querer saber o que se faz e (iv) a efetiva contribuição para os fatos. Ademais, o fato de a cegueira deliberada ter sido aplicada na Espanha contribui em muito pouco para a análise de compatibilidade de tal figura ao Direito brasileiro, pois, em que pese serem ambos países da tradição *civil law*, há peculiaridades e vicissitudes inerentes aos respectivos sistemas de imputação criminal de cada país, notadamente a delimitação do conceito legal de *dolo*, presente no Brasil, mas ausente na Espanha.²²

Após brevíssima análise do Direito Comparado, Rosa Weber passa a tratar do elemento subjetivo necessário para a imputação de crime de lavagem de dinheiro, ressaltando o conceito legal de *dolo* previsto no art. 18 do CP, enquanto vontade consciente de produção do tipo penal objetivo ou a assunção do risco de produzir o resultado delitivo, e a inexistência de vedação quanto à admissibilidade no tipo penal básico de lavagem de dinheiro, insculpido no *caput* do art. 1.º da Lei n.º 9.613, de 1998.

Aduz a ministra ser necessário reconhecer que, nos casos de lavagem de dinheiro em que o autor dos atos de lavagem não for o autor do crime antecedente, é incomum que o autor dos atos de lavagem tenha conhecimento pleno e absoluto quanto à origem dos bens ocultados ou dissimulados. Entende, assim, que a vedação à imputação a título de *dolo* eventual conduziria invariavelmente à impunidade desses crimes, em especial aqueles praticados por profissionais da lavagem.²³ Com a possibilidade de se imputar a prática de lavagem a título de *dolo* eventual, seria possível viabilizar uma resposta penal julgada apropriada para esse feixe de casos, sem que se necessite “ir ao extremo de prescindir da ciência pelo agente da lavagem da elevada probabilidade da procedência criminosa do objeto da transação”.²⁴

Analisando as provas do caso do “Mensalão”, Rosa Weber pondera ser difícil afirmar que os dirigentes das empresas responsáveis pelas transações de ocultação e dissimulação do dinheiro recebido das empresas de Marcos Valério agiram com *dolo* direto, isto é, “cientes, com absoluta certeza, da procedência criminosa dos valores envolvidos”.²⁵ Entende a ministra, contudo, parecer “óbvio que tinham ciência da elevada probabilidade da origem criminosa dos valores envolvidos e, mesmo assim, persistiram na conduta, evitando se aprofundar a respeito e assumindo o risco de lavar produto de crime”.²⁶ Por tal motivo, conclui terem agido com *dolo* eventual.

Buscando vacinar-se contra eventuais críticas, Rosa Weber ressalta não estar buscando “ampliar indevidamente o alcance do tipo”²⁷ de lavagem, mas somente aplicar ao crime “institutos *consagrados* do Direito Penal brasileiro”²⁸, por entender que a conduta é dolosa não apenas quando o autor quer

²² STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.299.

²³ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.299-1.300.

²⁴ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

²⁵ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

²⁶ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

²⁷ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300. Itálico não original.

²⁸ “Exige-se, para reconhecimento do *dolo* eventual, cumulativamente, (i) que o agente pratique condutas de ocultação e dissimulação (também exigidas no *dolo* direto).” (STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300-1.301).

o resultado delitivo, como também quando assume o risco de produzi-lo agindo de maneira indifferente ao resultado de sua conduta.

O ponto crucial do voto da ministra Rosa Weber quanto à aplicação da cegueira deliberada aos casos de lavagem de dinheiro reside no grau de ciência que possui o autor no momento da conduta, entendendo que não basta “mera suspeita” da procedência ilícita dos bens envolvidos na transação. Defende a ministra serem necessários três requisitos cumulativos para a existência de dolo eventual nos casos de lavagem de dinheiro em que o autor esteja em situação de cegueira deliberada. Primeiro, deve o autor realizar o *tipo objetivo* do crime de lavagem, isto é, praticar condutas de ocultação ou de dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores envolvidos.²⁹ Segundo, ao praticar as condutas típicas, o autor deve ter ciência da *elevada probabilidade* de que os bens, direitos ou valores envolvidos tenham por origem algum crime antecedente de lavagem.³⁰ Terceiro, deve o agente, mesmo ciente da probabilidade de origem criminosa, persistir indifferente a essa suposta origem na conduta delitiva de ocultação ou de dissimulação, *evitando propositadamente aprofundar seu conhecimento* quanto à origem dos bens, direitos ou valores envolvidos quando estiver em condições de fazê-lo.³¹

A justificativa para a condenação dos beneficiários do chamado “Mensalão” residiria no argumento de que alguém “minimamente razoável” *recusaria* o pagamento de vultoso numerário em espécie nas condições pagas ou, ao menos, preocupar-se-ia em investigar a origem do dinheiro e o motivo pelo pagamento da maneira como foi pago.³² Com isso, conclui ser desnecessário o conhecimento específico quanto à procedência do numerário, bastando o conhecimento de sua origem criminosa, perceptível até mesmo pela forma como o dinheiro fora entregue, em malas e em quartos de hotel.³³

Tem-se no voto da ministra Rosa Weber, portanto, o principal marco judicial fundamentando a aplicação da cegueira deliberada no Brasil. É possível, no entanto, identificar dois principais problemas com a decisão, um de ordem comparada e outro de ordem dogmática.

²⁹ “Exige-se [...] (ii) que o agente, ao realizá-las, tenha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crimes antecedentes.” (STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.301).

³⁰ “Exige-se [...] (iii) que o agente, mesmo tendo presente a probabilidade da origem criminosa, persista indifferente na conduta delitiva de ocultação ou dissimulação, deliberadamente evitando aprofundar o conhecimento acerca da origem criminosa dos bens, direitos ou valores envolvidos, a despeito de em condições de fazê-lo.” (STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.301).

³¹ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.301. Há, no caso do “Mensalão” uma circunstância complicadora, pois o pagamento poderia configurar também crime de corrupção passiva, como deduzido pela ministra Rosa Weber no início dessa parte de seu voto, ao discorrer sobre o crime antecedente de lavagem de dinheiro (p.1.292-1.295). Diante do concurso aparente de crimes, haveria um dever de recusa do numerário pelo fato de o pagamento configurar corrupção, podendo-se evitar por inteiro a discussão quanto à lavagem de dinheiro. Como reconhece a própria ministra, o propósito específico dos beneficiários era receber o dinheiro sujo, e não lavá-lo.

³² “Não é necessário, para configuração do dolo, que tivessem conhecimento específico de que proveniente, o numerário, de peculatos de recursos do Visanet, de bônus de volume, da Câmara ou de crime financeiro praticado no âmbito do Banco Rural. Suficiente o conhecimento da procedência criminosa dos recursos. E, do modo como entregues, inclusive em espécie, em malas e quartos de hotel, não é possível afastar a inferência do agir doloso, senão direto, então eventual.” (STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.301).

³³ Tal análise depende invariavelmente de um estudo aprofundado das premissas da imputação penal nos Estados Unidos. Para tanto, ver LUCCHESI, op. cit., p. 65-132.

3. A cegueira deliberada à brasileira *versus* a *willful blindness* da *common law*

Primeiramente, de um aspecto comparado, o voto da ministra Rosa Weber quanto à cegueira deliberada possui defeitos insuperáveis. A comparação entre a *willful blindness* utilizada no sistema jurídico-penal dos Estados Unidos depende de extensa e aprofundada análise não apenas do desenvolvimento e aplicação dessa categoria nos tribunais dos Estados Unidos da América, como do próprio desenvolvimento das categorias de *imputação subjetiva* nos principais sistemas jurídicos da tradição *common law*. Isso porque a realidade jurídica daquela tradição em muito difere da realidade do sistema jurídico-penal brasileiro, eis que se trabalha em cada qual com categorias de imputação absolutamente distintas, com matrizes jurídico-filosóficas diferentes.³⁴

O Direito Penal americano desconhece as categorias jurídicas do dolo e da culpa utilizadas nos sistemas jurídico-penais de bases continentais. Ainda que não exista “um” sistema jurídico americano,³⁵ em geral são utilizadas as categorias *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*, identificadas no Código Penal Modelo,³⁶ que não podem ser simplesmente sobrepostas às categorias de dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau, dolo eventual e culpa inconsciente.³⁷ Há pontos de tangência entre tais noções, no entanto não há correspondência. Tal leitura não passaria de grosseira simplificação de conceitos, predisposta a encontrar pontos de comunicação na análise comparada dos sistemas. Quando se parte da premissa de que serão encontradas equivalências, a probabilidade de encontrar equivalências aumenta. É de fundamental importância que não se contamine o trabalho de pesquisa comparada com expectativas de tal natureza, sob pena de, ao projetar sobre a *common law* as categorias jurídicas da *civil law*, fazer da pesquisa comparada um processo de preparação das conclusões já traçadas de antemão.

Não é correto, portanto, afirmar levemente que *purpose*, tal como definida no Código Penal Modelo dos Estados Unidos, corresponde ao dolo direto de primeiro grau, e que *knowledge* corresponde ao dolo direto de segundo grau.³⁸ Da mesma forma, *recklessness* não é dolo eventual ou culpa consciente, tampouco uma categoria intermediária entre ambos. O Direito Penal americano não conhece o dolo eventual ou a culpa consciente, não havendo como desenvolver uma categoria intermediária entre tais conceitos que possa ser simplesmente transplantada ao Direito Penal continental como alguma espécie de resolução da recorrente discussão sobre o limite entre dolo e culpa. O que se chama de *culpa grave* ou *leviandade*³⁹ não se confunde com *recklessness*; trata-se de categorias de conteúdos e alcances distintos. *Recklessness* é uma categoria bem definida no Código Penal Modelo americano, que exige para sua configuração diversos elementos, estando fundada no conhecimento do risco pelo autor.⁴⁰

³⁴ MEADOR, Daniel John. *American courts*. 2.ed. St. Paul: West, 2000. p.1.

³⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model penal code*. Filadélfia: American Law Institute, 1962. Ver também DUBBER, Markus D. *An introduction to the model penal code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015.

³⁶ DUBBER, Markus D. Comparative criminal law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p.1320.

³⁷ Equívoco comum, cometido, entre outros por Luís Jiménez de Asúa (*Tratado de derecho penal*. T I. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. p. 669) e Spencer Toth Sydow. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.75, nota 85.

³⁸ A tradução do termo alemão *Leichtfertigkeit* como “leviandade” é proposta por Luís Greco (Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.13-14. nota 5).

³⁹ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal law: A comparative approach*. Oxford: Oxford, 2014. p. 247.

⁴⁰ Ver acima nota 19 e texto correspondente.

Assim sendo, não se pode simplesmente querer transplantar ao Brasil – ou a qualquer outro sistema jurídico de matrizes distintas – a cegueira deliberada sem verificar se o papel a ser desempenhado corresponde àquele desempenhado no seu sistema jurídico originário. É preciso que se atue com algum método ao realizar esforços de Direito Comparado.

A cegueira deliberada em seu sistema originário esteve desde sempre situada como um substituto para o elemento subjetivo *knowledge* nos crimes que exigem do autor conhecimento a respeito de alguma circunstância elementar do delito. O elemento *knowledge*, nos sistemas influenciados pelo Código Penal Modelo americano, é um requisito adicional imposto pela legislação com relação ao elemento padrão de responsabilidade subjetiva, a *recklessness*. Significa dizer que no Direito Penal americano, em geral, toda vez que o legislador não inclui na definição de crime algum modo de responsabilidade subjetivo, presume-se que o autor será responsabilizado se agir no mínimo com *recklessness*. Isto é, se o autor conscientemente ignorar algum risco substancial e injustificável de que alguma circunstância elementar do delito exista ou resultará de sua conduta. Alguns crimes podem exigir mais: que o autor – em vez de ignorar o risco existente ou criado – aja sabendo da presença de alguma elementar do crime ou sabendo que o resultado criminoso de sua conduta é praticamente certo. A cegueira deliberada em tais sistemas serve para permitir que o autor possa ser condenado mesmo quando tal conhecimento a respeito da certeza do resultado, da natureza de sua conduta ou da presença de alguma circunstância elementar concomitante não esteja plenamente configurada. Vale dizer, aplicando-se a cegueira deliberada, os tribunais podem condenar um indivíduo nos crimes que exigem conhecimento mesmo que tal indivíduo não tenha conhecimento dele.

Desde seu remoto surgimento no Direito inglês, a noção de que pudesse ser imputada a um autor a prática de um delito que exige conhecimento como elemento subjetivo, mesmo que o autor não tivesse conhecimento de fato, sofreu transformações até que viesse a ser estabelecida de forma mais ou menos estável. Essas transformações se deram no campo processual, com o constante resgate de decisões anteriores e reiterada aplicação até se estabelecer uma regra não positivada. Convencionou-se denominar essa regra “cegueira deliberada”. Devido à inexistência de uma fonte central e unificadora do Direito Penal americano, não é possível se estabelecer um enunciado único e preciso do que se pode entender por cegueira deliberada. Há, no entanto, elementos comuns encontrados nas decisões dos principais tribunais americanos que permitem extrair alguma síntese de sua aplicação: a partir das sucessivas aplicações dessa regra e a remissão ao Código Penal Modelo, pode-se afirmar que uma pessoa age com cegueira deliberada quando tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Quando os três elementos enunciados estão presentes, é possível condenar o autor por um crime que exige *knowledge*, mesmo que ele não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito. Isso é cegueira deliberada nos Estados Unidos da América.

Nesse ponto, há clara inconsistência entre a definição de cegueira deliberada encontrada no voto da ministra Rosa Weber e a regra extraída a partir da análise dos precedentes americanos. Diferentemente do que restou exposto no voto do caso “Mensalão”,⁴¹ *cegueira deliberada* nos Estados Unidos

⁴¹ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. Apurou-se que ao tempo do julgamento da APN 470, havia sido cedido pelo TRF-4 ao STF para atuar como magistrado instrutor no gabinete da

é utilizada como substituto do elemento *knowledge*, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito; (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, amparada direta ou indiretamente nos escritos de Sergio Fernando Moro,⁴² convencionou aplicar o que se chama “cegueira deliberada” a partir do reconhecimento de dolo eventual na lavagem de dinheiro quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.

Embora os enunciados contenham pontos em comum, nota-se de plano uma distinção relevante. A construção americana da “cegueira deliberada” trata da subjetividade do autor, ao exigir que ele não acredite que a circunstância elementar era inexistente. Com isso, afasta-se o recurso a algum critério objetivamente estabelecido, como da pessoa média, utilizado para a responsabilidade a título de *recklessness* e *negligence*. Incorreu em erro, portanto, a ministra Rosa Weber ao aplicar a cegueira deliberada em conjunto com um pretense dever de conhecimento por parte do autor, que seria fundamento para o dolo eventual caso comprovado seu desconhecimento.

Por outro lado, o conceito de cegueira deliberada delineado na Ação Penal n.º 470 inclui um requisito inexistente no enunciado americano: a indiferença do autor quanto à elevada probabilidade de ocorrência do resultado.⁴³ Naturalmente, a exigência de indiferença não é feita no Direito anglo-americano, pois a indiferença não é uma categoria fundamental para a identificação de *knowledge* ou *recklessness*. Como há a crença equivocada de que o CP teria adotado no inciso I do seu art. 18 a teoria do consentimento, a indiferença do autor pelo resultado é característica marcante do dolo eventual, em oposição ao propósito, de um lado, e o mero descuido, de outro. Com isso, buscou-se aparentemente introjetar artificialmente um componente do dolo eventual na definição de cegueira deliberada, visando facilitar a acomodação da cegueira deliberada enquanto dolo eventual no Direito brasileiro.

Cotejando o teor dos enunciados de cegueira deliberada nos Estados Unidos da América e no Brasil, verifica-se não haver coincidência. Comparando-se tais formulações, demonstrou-se serem conceitos diferentes, aplicados com finalidades diferentes – nos Estados Unidos, como substituto do elemento

ministra Rosa Weber (TRF-4, Portaria n.º 63, DJe 30 jan. 2012), havendo muita similitude entre os argumentos e referências utilizadas, ainda que a obra de Moro não tenha sido diretamente citada.

⁴² “Exige-se [...] (iii) que o agente, mesmo tendo presente a probabilidade da origem criminosa, persista indiferente na conduta delitativa de ocultação ou dissimulação, deliberadamente evitando aprofundar o conhecimento acerca da origem criminosa dos bens, direitos ou valores envolvidos, a despeito de em condições de fazê-lo.” (STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.301). Aponta-se, aqui, um grave erro de tradução cometido por Sergio Fernando Moro, ao traduzir trecho da decisão do caso *United States v. Jewell* (532 F.2d 697 (9th Cir., 1976): “To act ‘knowingly,’ therefore, is not necessarily to act only with positive knowledge, but also to act with an awareness of the high probability of the existence of the fact in question”) como “Agir ‘com conhecimento’, portanto, não é necessariamente agir apenas com conhecimento positivo, mas também agir com indiferença quanto à elevada probabilidade da existência do fato em questão” (MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ____ (Org.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.98).

⁴³ TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. *Modern Law Review*, London, v. 61, p.12, 1998.

subjetivo *knowledge*; no Brasil, como subespécie de dolo eventual –, não havendo identidade entre tais categorias, apesar da insistência pela jurisprudência nacional.

Se os critérios para identificação da cegueira deliberada no Brasil são diferentes daqueles enunciados em seu sistema de origem, e se cegueira deliberada pode ser considerada equivalente ao dolo eventual, não se vislumbra sentido em desenvolver uma teoria sobre cegueira deliberada no Brasil. Não há motivo algum para se denominar pelo mesmo nome categorias distintas. Se o enunciado da cegueira deliberada “à brasileira” não corresponde ao enunciado da cegueira deliberada em seu sistema de origem, evidentemente não são a mesma coisa. Com isso, cegueira deliberada no Brasil não é o mesmo que *willful blindness* nos Estados Unidos. É preciso que se atue com algum método ao realizar esforços de Direito Comparado.

A disciplina do Direito Comparado identifica importante fonte de desenvolvimento jurídico nos chamados “transplantes jurídicos”, metáfora que identifica o processo de transposição orgânica de dispositivos legais de um ordenamento jurídico para o outro. Assim como em um transplante de órgãos, normas jurídicas não podem ser carregadas de um contexto legal para o outro sem os devidos cuidados em manter o destinatário intacto, pois é necessária cuidadosa implantação e cultivo em seu novo habitat.⁴⁴ A esse método foram feitas importantes críticas,⁴⁵ que apontam à necessidade de adaptação do dispositivo legal ao novo ordenamento, de modo que este frequentemente imporá àquele novas funções, muitas vezes não condizentes com aquelas desempenhadas em sua origem. Muitas vezes, o “transplante” pode produzir “irritações” – isto é, desencadear uma série de efeitos colaterais inesperados pelo jurista, que perturba a sintonia interna do sistema, o qual não se adapta à inserção do elemento alienígena.⁴⁶

Tais críticas não levam necessariamente à conclusão de que é impossível a importação bem sucedida de normas jurídicas estrangeiras ao ordenamento jurídico nacional. Todavia, é importante que nesse processo sejam observadas as transformações que podem sofrer o dispositivo ou a categoria ao ser realocada de um sistema para o outro, mantendo o foco particularmente sobre o texto a ser traduzido.

Entende-se, assim, não ser possível a adoção indiscriminada de institutos jurídicos estrangeiros, pois é necessário observar as vicissitudes dos ordenamentos jurídicos originário e destinatário, a fim de perquirir a compatibilidade da norma (ou conceito) transplantada com o sistema em que se pretende a inserir. Esse cuidado deve ser tomado por todo e qualquer estudo da legislação comparada antes de se tentar introduzir conceitos e categorias alienígenas no Direito nacional, principalmente por meio da jurisprudência.

Ademais, é preciso que se olhe para a utilidade ao sistema nacional da categoria transplantada. Não se deve fazer Direito Comparado por simples diletantismo ou para dar aparência de cientificidade às decisões. E mais: o transplante não pode ir de encontro com as garantias legais existentes no sistema

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p.11. LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v. 45, n.1, p. 30-31, inverno de 2004.

⁴⁵ TEUBNER, *op. cit.*, p.12.

⁴⁶ Não há uniformidade na legislação penal dos países de tradição jurídica continental. Há países em que não há qualquer definição de dolo na legislação. Por outro lado, há países como o Brasil que trazem alguma definição de dolo e de culpa em seus respectivos códigos penais.

jurídico destinatário. Nesse ponto, a criação da “cegueira deliberada” pela jurisprudência não sobrevive a um rigoroso escrutínio dogmático.

Como se vê, a ausência de método para o estudo comparado no voto da ministra Rosa Weber levou a sérias distorções na apresentação do contexto americano da *willful blindness*, o que contamina a definição do conceito de cegueira deliberada proposto no voto. Isso resultou na inclusão artificial do elemento indiferença na cegueira deliberada. No entanto, como se passa a expor, indiferença e dolo eventual não estão intimamente ligados, sintoma de desconhecimento do conceito de dolo no Direito Penal brasileiro.

4. Indiferença e dolo eventual na formulação do conceito de cegueira deliberada

Ao contrário de muitos sistemas jurídico-penais da tradição *civil law*, o Código Penal brasileiro, ao dispor sobre os elementos subjetivos dos crimes em sua parte geral, fornece uma definição mais ou menos precisa de *dolo* e de *culpa*. Sob a rubrica “crime doloso”, o CP estabelece que o autor age com dolo quando ele quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Por outro lado, a lei penal nacional indica haver “crime culposo” quando o autor dá causa a um resultando ao agir com imprudência, negligência ou imperícia.

Embora não seja usual,⁴⁷ a partir da redação do art. 18 pode-se dizer que o legislador brasileiro adotou uma das diversas teorias desenvolvidas pela doutrina para definição de dolo. Segundo Nelson Hungria, o Código Penal adotou a teoria do consentimento.⁴⁸ O consentimento da ofensa ao bem jurídico pelo autor, contudo, não decorre diretamente do texto legal. Sendo dolo eventual uma modalidade de dolo, cujo conceito convencionou-se atrelar ao conhecimento e à vontade, foram desenvolvidas diversas teorias para delimitar o espaço entre dolo e culpa, sendo a teoria do consentimento – segundo a qual o autor age com vontade no dolo eventual em razão de uma vinculação emocional com o resultado, pois além de o representar como possível, também se conforma com ele ou aceita a sua produção – apenas uma delas.⁴⁹ Andou mal, portanto, a decisão de Rosa Weber ao atrelar a configuração do dolo eventual à existência de “indiferença” por parte do autor.

Analisando-se o teor da definição de dolo fornecida pelo legislador brasileiro no art. 18 do CP, logo percebe-se que se definiu muito pouco. Não basta simplesmente tomar o sentido comum das expressões “quis o resultado” e “assumiu o risco de produzi[r o resultado]”. É preciso definir o que pode ser entendido por *querer* um resultado, se há algum grau de volição e de cognição nesse querer. Da mesma forma, a *assunção de risco* de um resultado precisa ser definida, principalmente porque todo aquele que conscientemente cria um risco de lesão a bens jurídicos de alguma forma assume o risco de produzir a lesão representada como possível – ainda que se esteja atuando de forma imprudente, tomando as precauções necessárias para evitar que o resultado venha a ocorrer. Por tal motivo, mesmo quem atua culposamente assume o risco de produzir o resultado delitivo de sua conduta. É necessário, assim, que a dogmática do Direito Penal estabeleça a delimitação do alcance da expressão

⁴⁷ “Pela leitura da *Exposição de motivos*, não padece dúvida que o Código adotou a *teoria do consentimento*.” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. T II. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.122). Como demonstra Luís Greco (Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.xi), o entendimento de Hungria foi repetido pelas obras nacionais posteriores.

⁴⁸ Para uma visão aprofundada e posição crítica sobre as teorias do dolo, ver VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017; PUPPE, op. cit.

⁴⁹ GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. PUPPE, op. cit., p. xvii.

definida pelo legislador, de modo a orientar a correta aplicação do Direito Penal. Greco, inclusive, defende que a “lei não resolveu nada” com relação ao conceito de dolo.⁵⁰

Tomando-se os próprios dispositivos do CP, pode-se perceber, em verdade, que o art. 18 não esgota o conceito de dolo; deve ser complementado pelo *caput* do art. 20, que define erro de tipo. Ao estabelecer a lei penal que “[o] erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo”, coloca-se o conhecimento do autor a respeito das circunstâncias elementares do crime como elemento essencial do dolo.⁵¹

Greco aponta que é o conhecimento – e não a vontade – o elemento essencial para se estabelecer o dolo, pois *conhecimento* é o fator fundamental para se estabelecer a atuação pelo autor com domínio ou controle sobre a sua conduta.⁵² A partir de uma análise das situações de dolo direto e dolo eventual, defende não haver relevância na vontade do autor, propondo um conceito unitário de dolo, fundado em parâmetros puramente cognitivos.⁵³

Em se tratando o conhecimento de uma circunstância elementar do dolo, não pode ter o seu alcance ampliado indevidamente para situações de desconhecimento a partir de interpretação doutrinária ou jurisprudencial. Pode-se considerar conhecimento tanto a noção tradicional enquanto dado psicológico-descritivo quanto uma construção jurídica a partir de parâmetros normativo-atributivos. Não há vedação legal ou dogmática nesse sentido.

Vale dizer, não há uma definição legal de conhecimento. Isso não é necessariamente algo ruim, pois permite que o conceito de conhecimento possa ser preenchido pela academia, desde que atendidos os parâmetros mínimos estabelecidos pelo inciso I do art. 18 e pelo *caput* do art. 20 do CP. Por outro lado, não se pode dizer que há conhecimento em situações de desconhecimento.

Não se pode ampliar o âmbito da punibilidade delimitado pelo conhecimento para situações de desconhecimento, ainda que o conhecimento seja potencial. Situação diversa ocorreria quando se estabelece que o conceito de conhecimento engloba alguma situação distinta daquela que normalmente se tem por “conhecimento real” ou “conhecimento efetivo”, a partir de uma noção psicológico-descritiva. Utilizando critérios normativo-atributivos, pode-se dizer haver conhecimento mesmo nos casos em que não há necessariamente comprovação empírica pelo autor de determinada situação. Conhecimento, para o Direito Penal, pode ser menos que o conhecimento pleno e efetivo, desde que não extrapole os limites cognitivos estabelecidos pela legislação, como no regramento do erro.

Nesse sentido, algumas situações idênticas na jurisprudência como casos de cegueira deliberada poderiam integrar o âmbito de alcance do conhecimento a partir de critérios bem definidos, sendo este o caso da imputação de lavagem no julgamento da Ação Penal n.º 470. Tivessem sido bem analisados os fundamentos do dolo nas condutas imputadas, não haveria reparos a serem feitos a este aspecto da condenação. O que não se pode admitir, porém, é que a noção de “cegueira deliberada” seja indevidamente transplantada do Direito americano, onde desempenha uma função de expansão da punibilidade a partir do conhecimento, que impede a imputação dolosa no Direito Penal brasileiro. Essa atuação acrítica da

⁵⁰ Idem, *ibidem*.

⁵¹ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Org.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 891.

⁵² Idem, *ibidem*, p. 902.

⁵³ Para casos de mau uso da cegueira deliberadas, ver LUCCHESI, *op. cit.*, p.183-187.

jurisprudência, que acolhe ideias incompatíveis com o Direito pátrio, sem os devidos ajustes e prévias considerações metodológicas, contribui para o empobrecimento do Direito e da dogmática nacional.

Defende-se, ademais, que dolo eventual não coincide com cegueira deliberada. Pode haver situações de sobreposição, mas nem toda situação de desconhecimento provocado pelo autor preencherá os requisitos cognitivos exigidos pelos arts. 18 e 20 do CP para formação do dolo eventual. Apesar dos esforços teóricos despendidos para dar à cegueira deliberada status de compatibilidade com o sistema de imputação desenhado na legislação nacional e na doutrina jurídico-penal de matriz germânica, percebe-se do aprofundado estudo do dolo e de seus fundamentos que as construções teóricas feitas sobre a cegueira deliberada em nada acrescentam para distinguir “cegueira deliberada” de dolo.

Vale dizer, tomando uma situação em que estão presentes os fundamentos do dolo, pode-se reconhecer a presença de dolo. Não há nenhum ganho em chamar algumas destas situações onde estão presentes os fundamentos do dolo de “cegueira deliberada” ou de qualquer outro conceito. Muito pelo contrário, dar denominação diversa a um feixe de situações em que se reconhece a existência de dolo obscurece os critérios de imputação, criando insuperável confusão.

De acordo com o disposto no art. 18 do CP, somente pode haver imputação se o autor tiver agido com dolo ou com culpa. Ademais, segundo o parágrafo único de tal dispositivo, só se admite a punição na modalidade culposa nos casos em que houver expressa permissão legal. Desse modo, a regra para a punibilidade no Direito Penal brasileiro é o dolo. Isso significa que, excetuadas as excepcionais situações de punibilidade a título de culpa, somente é possível a punição se estiver identificado o dolo. A lógica adotada é binária. Não se admitem modalidades intermediárias.

Diante de tais considerações sobre o dolo, salvo a superveniência de alguma alteração legislativa, a punição das situações envolvendo uma possível cegueira deliberada pressupõem que estejam presentes os pressupostos para a punibilidade dolosa. Não pode a doutrina criar um *tertium genus* de categoria de imputação subjetiva. Portanto, é imprescindível que no Direito brasileiro qualquer conduta em que se reconheça a existência de cegueira deliberada pelo autor seja praticada dolosamente, caso contrário não poderá ser considerada punível. A cegueira deliberada, dessa forma, se limita a identificar situações em que pode ser reconhecido o dolo.

A aplicação da teoria do dolo é suficiente para alcançar as situações envolvendo cegueira deliberada, tratando-se de uma teoria desnecessária para fundamentar a punibilidade. Ademais, não se verifica lacuna de punibilidade na aplicação da teoria do dolo que necessite ser colmatada por uma “teoria” da cegueira deliberada. Não possuem consequência dogmática as considerações a respeito do merecimento de punição de determinadas condutas. Diante da ausência de previsão de modalidade culposa, ou há dolo e, conseqüentemente, punibilidade, ou não há dolo e não se pode punir a conduta.

5. Conclusão

O voto da ministra Rosa Weber no caso do “Mensalão” é um nítido exemplo do mau uso do Direito Comparado e da conseqüente aplicação indiscriminada da cegueira deliberada no Brasil, de modo incompatível com teoria do dolo. Invocando indevidamente a cegueira deliberada como fundamento da condenação, de alguma forma buscou-se fornecer um adorno retórico à decisão, quando bastaria analisar a conduta sob o aspecto do dolo e das provas produzidas no processo. Ainda que se possa permitir a

punição dolosa nesse caso – desde que, evidentemente, presentes os elementos objetivos necessários –, a decisão erra ao legitimar a invocação da cegueira deliberada como se fosse necessária para identificar dolo eventual no caso. A condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber acerta por acaso, errando naquilo que é fundamental: o fundamento da decisão.

Nos casos em que há dolo, pode haver a condenação por crime doloso, diante da demonstração de conhecimento do risco criado pelo autor – seja conhecimento “efetivo” ou conhecimento normativamente atribuído a partir de critérios precisos de imputação – de modo que tal conhecimento permita inferir que a produção do resultado típico é algo que o autor domina. Não é necessário afirmar que o autor agiu com cegueira deliberada.

As distorções decorrentes do mau uso do Direito Comparado pela jurisprudência, que insiste em apegar-se à “cegueira deliberada”, defendendo sua aplicação a partir das pretensas “soluções” trazidas por essa categoria no Direito americano, provocam a violação de garantias fundamentais no Direito brasileiro. O voto da ministra Rosa Weber acaba por legitimar o uso da cegueira deliberada pela jurisprudência, autorizando o seu uso para permitir a punibilidade de condutas em que seria impossível a atribuição de conhecimento ao autor, de modo a obstar o reconhecimento de dolo. Permite, ainda, que a cegueira deliberada seja aplicada de modo a superar a ausência efetiva de prova desfavorável ao autor, presumindo – e não atribuindo – conhecimento.⁵⁴ Nenhuma dessas aplicações é juridicamente permissível. Não há categoria dogmático-penal que possa influir na interpretação judicial de provas ou ultrapassar os limites de punibilidade impostos pelo legislador.

Tem-se, portanto, que o uso adequado do Direito Comparado, realizado a partir de parâmetros metodológicos bem definidos, poderia evitar as distorções ora criadas pela jurisprudência. Houvesse um estudo cuidadoso, e não distorcido ou seletivo, do Direito americano, restaria evidente a impossibilidade de se simplesmente transplantar a cegueira deliberada ao Direito Penal brasileiro. Tal cuidado seria reforçado pelo profundo conhecimento da dogmática penal, cujos fundamentos não deixam lacunas de punibilidade que necessitariam ser colmatadas. A necessidade de uma “teoria da cegueira deliberada” é produto do desconhecimento do próprio Direito por segmentos da jurisprudência.