

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS EDUARDO EDINGER DE SOUZA SANTOS

A CEGUEIRA DELIBERADA COMO INDICADOR DE DOLO EVENTUAL

Porto Alegre
2018

CARLOS EDUARDO EDINGER DE SOUZA SANTOS

A CEGUEIRA DELIBERADA COMO INDICADOR DE DOLO EVENTUAL

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Odone Sanguiné

Porto Alegre
2018

CARLOS EDUARDO EDINGER DE SOUZA SANTOS

A CEGUEIRA DELIBERADA COMO INDICADOR DE DOLO EVENTUAL

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: 26 de fevereiro de 2018

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Prof. Dr. Ricardo Ferreira Breier

Prof. Dr. Umberto Guaspari Sudbrack

Dedico este trabalho aos que assumem o
risco em não se cegar.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Odone Sanguiné, pela orientação e pelo diálogo. Aos Professores Doutores Pablo Alflen e Ângelo Ilha, pelos apontamentos. À família, pelo apoio. Ao Bruno Menegat, à Elisa Corrêa da Rocha, à Marina Nogueira de Almeida, ao Pedro Antunes e ao Rafael Folador, pela paciência. Ao Harold Hoppe e ao Lucas Willadino, pela companhia nessa estrada. À Ana Carolina Spinelli, pela parceria nos últimos dias anteriores ao depósito deste trabalho. Aos amigos e amigas do Knijnik Advocacia, pelo debate e pela compreensão. Aos amigos e amigas, pela troca de ideias. Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela excelência e pela assistência. Aos colegas, pelo auxílio. Aos que se foram, aos que vieram, e aos que virão.

“Essa lição é dialética. A literatura nos ensina a notar melhor a vida; praticamos isso na vida, o que nos faz, por sua vez, ler melhor o detalhe na literatura, o que, por sua vez, nos faz ler melhor a vida”.

(James Wood)

RESUMO

Este trabalho investiga a conformidade do conceito de cegueira deliberada com o ordenamento pátrio. A análise a ser empreendida abarcará tanto os aspectos substanciais da cegueira deliberada quanto seus reflexos processuais. Esse fenômeno pode ser interpretado como uma situação em que se constata o agir imbuído de dolo eventual, encontrando-se em consonância com o dolo normativo, a partir de uma visão interpretativa cética-moderada. Via de consequência, a cegueira deliberada pode ser situação fática objeto de prova. Busca-se, também, neste trabalho, a conformidade do que proposto com as exigências dos princípios constitucionais balizadores de um instituto de direito penal. Mostra-se, assim, que a cegueira deliberada é um conceito que se encontra em conformidade com nosso ordenamento, cuja aplicabilidade se mostra possível.

Palavras-chave: Cegueira Deliberada, Dolo Eventual, Standard de Prova.

ABSTRACT

This work investigates willful blindness. To do so, it's going to thread through Brazilian law, specially its criminal aspects: both substantive and procedural. In our rule of law, willful blindness can be interpreted as a situation in which *dolus eventualis* is present, in accordance to a certain view of a criminal system. Thus conceptualized, willful blindness can be something to be proven. As it's going to be shown, the Brazilian version of willful blindness satisfies the requirements of constitutional principles that define and limit a criminal law institute. It is thus shown that willful blindness is a concept that can be applied in accordance with our rule of law.

Keywords: Willful Blindness, Dolus Eventualis, Standard of Evidence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP - Código Penal de 1940

CPP - Código de Processo Penal de 1941

Inc. – Inciso

MPC – Model Penal Code

SCOTUS – Supreme Court of the United States

TRF3 – Tribunal Regional Federal da 3ª Região

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

TS – Tribunal Supremo de España

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	11
1 CONTEXTUALIZAÇÃO.....	17
1.1 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS PENAIS	18
1.1.1 Enunciado Normativo e Norma	19
1.1.2 O Significado Intersubjetivado das Normas	24
1.2 A <i>WILLFUL BLINDNESS</i>	30
1.2.1 <i>Mens Rea, Culpability</i> e o <i>Model Penal Code</i>	31
1.2.2 <i>Jewell, Heredia</i> e <i>Global-Tech</i>	39
2 A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA	50
2.1 DOLO COMO QUALIFICAÇÃO NÃO-MENSURÁVEL.....	51
2.1.1 Dolo Psicológico e Dolo Normativo.....	53
2.1.2 Elementos e Indicadores do Dolo	61
2.2 DOLO EVENTUAL.....	68
2.2.1 Assumir o Risco.....	69
2.2.2 A Distinção da Culpa Consciente	74
3 PROVA.....	78
3.1 O JUÍZO FÁTICO NO PROCESSO PENAL	78
3.1.1 A Verdade como Correspondência.....	78
3.1.2 <i>Standards</i> Probatórios.....	83
3.2 A PROVA DO DOLO	90
3.2.1 Provas Indiretas como Indicadores	91
3.2.2 Motivação	96
4 BALIZAS PRINCIPIOLÓGICAS.....	101
4.1 OS PRINCÍPIOS NA ENUNCIÇÃO DO CONCEITO	103
4.1.1 Culpabilidade.....	103
4.1.2 Legalidade.....	108
4.2 OS PRINCÍPIOS NA UTILIZAÇÃO DO CONCEITO	112
4.2.1 Presunção de Inocência.....	113
4.2.2 Contraditório e Ampla Defesa	116
5 CEGUEIRA DELIBERADA.....	119
5.1 COMO HIPÓTESE A SER TESTADA	120
5.1.1 A Cegueira Deliberada como Dolo Eventual	120
5.1.2 À luz da culpabilidade e da legalidade	123
5.2 COMO ACUSAÇÃO A SER PROVADA.....	124
5.2.1 A Prova como Indicadora da Cegueira Deliberada	125
5.2.2 À luz da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	128
REFERÊNCIAS	130

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A cegueira deliberada pode ser considerada um fenômeno não só jurídico, pois uma imagem de seu conteúdo logo nos vem à mente: encontra-se em estado de cegueira deliberada aquele que escolhe não enxergar a realidade à qual está exposto. Uma definição, assim, vaga, permite que muitos fenômenos, jurídicos ou não, encaixem-se sob ela. Por exemplo, posso analisar os porquês, sob o corte da psicologia, de um sujeito se colocar e se manter nesse estado; ainda, sob o viés da ciência da administração, posso analisar os reflexos no ambiente de trabalho e nas relações interpessoais de um líder que se coloca nessa posição.

No entanto, neste trabalho, analiso esse fenômeno sob um prisma jurídico: mais especificamente, analiso como ele se aplica à apuração de crimes no Brasil.¹ Portanto, o tema desta investigação é a constatação do fenômeno da cegueira deliberada, no que diz respeito aos seus reflexos no âmbito penal, à luz do ordenamento jurídico nacional.

Não analisarei a sua ocorrência em seara administrativa ou cível. Igualmente, não verificarei sua ocorrência em outros países. Com isso, não resumirei ou sintetizarei ideias de outros autores, sejam eles alemães, espanhóis ou brasileiros; outros trabalhos, publicados inclusive no Brasil, fizeram e fazem isso muito bem.² Isso não quer dizer, no entanto, que não utilizarei de aportes da constatação desse fenômeno em outras searas, ou, também, de aportes desses mesmos outros trabalhos.

Utilizá-los-ei, sim, mormente aqueles que dizem respeito a esse fenômeno nos Estados Unidos e na Espanha, pois, nesses países, verifica-se maior debate e desenvolvimento do instituto. No entanto, trabalharei com esses aportes com um enfoque específico, delimitados pela seguinte lente: a hipótese de sua aplicação ao nosso ordenamento, abaixo discriminada.

Então, para fins de introdução do assunto, de maneira superficial e perfunctória, conceituo a cegueira deliberada como criar, deliberadamente, barreiras, de forma a não se

¹ Embora o tema não seja novo, encontrando-se há, no mínimo, 20 (vinte) anos em voga nos Estados Unidos (conforme capítulo 1.2, abaixo), a escolha desse tema é produto da deflagração do debate em nosso País nos últimos anos, à luz de sua utilização em casos de criminalidade econômica, conforme relatado no quinto capítulo. Além disso, a nota de rodapé abaixo exemplifica esse surgimento recente de trabalhos sobre o tema.

² Em ordem alfabética, sem qualquer preferência: GEHR, Amanda. *A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Penal Brasileiro*. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A Punição da Culpa a Título de Dolo: O problema da chamada “cegueira deliberada”*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017; MARTINS, Luiza Farias. *A Doutrina da Cegueira Deliberada na Lavagem de Dinheiro: Aprofundamento Dogmático e Implicações Práticas*. *Revista de Estudos Criminais*, [s. l.], n. 135-162, out./dez. 2014; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007; ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as Criminal Mens Rea*. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. [s. l.], v. 81, n. 2, 1990; SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

atingir maior grau de conhecimento de determinado fato.³ O objeto desse trabalho, assim, são as consequências da constatação desse fenômeno no âmbito penal.

Nesse contexto, o problema que tratarei é, de um lado, descritivo e, de outro, prescritivo, ambos necessariamente imbricados. Quanto ao primeiro, descreverei as consequências das incidências das regras e princípios de Direito Constitucional, de Direito Penal e de Direito Processual Penal sobre esse fenômeno constatado. Quanto ao segundo, prescreverei um conceito de cegueira deliberada em conformidade com essas normas, útil para a prática, partindo da definição do parágrafo acima.

No entanto, os dois aspectos permeiam-se, de forma que a divisão do trabalho não está estruturada em um momento descritivo e outro prescritivo. Isso se dá, principalmente, porque a tônica deste trabalho é a tomada de posição e o teste de uma hipótese, eixo principal do que será escrito.⁴

Assim, cumpre pormenorizar a hipótese a ser testada. Ela é dividida em três etapas: em primeiro lugar, esse fenômeno se encaixa na definição de dolo eventual; em segundo lugar, sua constatação em processo criminal, como forma de agir doloso, depende de prova acima de qualquer dúvida razoável, devidamente valorada pelo juízo; e, em terceiro lugar, esse conceito a ser proposto e utilizado se conforma à legalidade, à culpabilidade, à presunção de inocência, à ampla defesa e ao contraditório. A hipótese, assim, é a seguinte: criar, deliberadamente, barreiras, de forma a não se atingir maior grau de conhecimento de determinado fato se encaixa na definição de dolo eventual, sendo que sua constatação em processo criminal, como forma de agir doloso, depende de prova acima de qualquer dúvida razoável, devidamente motivada, conformando-se, assim, às regras e princípios constitucionais.

Antes de, efetivamente, entrar no desenvolvimento do trabalho, cumpre resumir os capítulos acima descritos. Delimitei o problema e a hipótese em cinco capítulos, cada um dividido em dois subcapítulos que, por sua vez, estão divididos em outros dois.

O primeiro capítulo situa o tema. Não se trata, advirto, de contextualização histórica que, usualmente, conta com dúbia utilidade em trabalhos que não se proponham a resolver problemas históricos.⁵ É um capítulo de aproximação, a partir de dois distintos pontos. O

³ Uma definição posta nesses termos pode ensejar, inclusive, a hipótese de dolo direto. No entanto, como adiante se verá, não soa cabido falar em dolo direto em casos de cegueira deliberada. Sobre isso, ver subcapítulo 2.2.

⁴ O quinto capítulo está, efetivamente, dessa forma estruturado, dividido em um primeiro subcapítulo sobre o conceito de cegueira deliberada e em um segundo subcapítulo sobre a aplicação da cegueira deliberada. Ele está assim particionado por se tratar de uma síntese das ideias trazidas ao longo dos outros capítulos.

⁵ Ainda que se possa falar em interpretação histórica, a qual se dá com lastro em documentos, estudos prévios, manifestações legislativas à época da produção do texto legal, basta verificar que, na análise da cegueira deliberada, o fator histórico não modifica as conclusões às quais os autores que se debruçaram sobre o tema

primeiro deles é a distinção entre texto e norma, que servirá para a interpretação do enunciado normativo de dolo eventual e do conceito que se proporá a respeito da cegueira deliberada. O segundo deles é um preenchimento do significado mínimo já existente a respeito da cegueira deliberada; é uma aproximação da *willful blindness* norte-americana.⁶ Com isso, darei ao leitor o ferramental necessário, em primeiro lugar, em termos de premissa de interpretação adotada e, em segundo lugar, em termos de ponto de partida da hipótese, desde logo exprimindo minhas compreensões e abrindo a possibilidade de crítica ao trabalho.

No segundo capítulo, falarei sobre o dolo. Em um primeiro momento, explicitarei a diferença entre uma visão psicológica do dolo e uma visão normativa desse mesmo conceito.⁷

Adianto, desde logo, que adotarei essa última.⁸ Partilho do entendimento de que afirmar que o dolo existe no ato é uma redução do que, efetivamente, ocorre: o dolo é imputado a partir do que se tem por existente no contexto, constatado no processo. É normativo, não psicológico. Mas isso é me adiantar.

Em um segundo momento, falarei sobre dolo eventual, à luz do que narrado no subcapítulo acima. Trarei uma interpretação do que se extrai do ordenamento jurídico pátrio sobre o conceito de dolo eventual e a distinção do dolo eventual da culpa consciente.

chegaram. Efetivamente, o traçado de um panorama histórico, em suas obras, serviu, tão somente, para pontuar posições, visões, as quais não se vinculavam a qualquer dado histórico relevante. Ver SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, *passim*, e RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 63/94.

⁶ A interpretação não se dá a partir de um grau zero de significado. Não somos ilhas, e não interpretamos em nossas ilhas. A alusão à *willful blindness* é feita pelos significados que ela pode nos trazer. Não pretendo, com isso, um transplante do instituto. Ver subcapítulo 1.2.

⁷ O significado a que se refere quando se afirma que o dolo é psicológico (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 205/211; PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Barueri: Manole, 2004, p. 31) é o mesmo a que se referem determinados autores da ciência jurídica quando afirmam que o dolo é ontológico (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 400/402; HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 63 e 67). O uso desses dois conceitos para o mesmo fenômeno está claro em FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El Dolo Eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 15. Ambas as utilizações, seja de dolo psicológico, quanto de dolo ontológico são criticáveis: a primeira, porque dolo é um conceito jurídico, dentro de um campo científico não-psicológico e não é, portanto, normatizável; a segunda, porque o significado de ontológico acima referido melhor se aproxima do que Heidegger refere ser ôntico, e não ontológico (HEIDEGGER, Martin. *Caminos de Bosque*. Madrid: Alianza Editorial. 2010, p. 134/135). Ainda, a utilização do termo normativo também pode ser criticada, pois se pode tender a atribuir consequências jurídicas inarredáveis a simples padrões de conduta (COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240/263 e 269/280; criticando essa normatização, ver RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 320/321). Apesar disso, utilizarei, indistintamente, ontológico e psicológico para me referir ao significado melhor descrito no subcapítulo 2.1.1. Utilizarei, igualmente, o conceito de dolo normativo, fazendo coro à ressalva de Ragués i Vallès acima mencionada. O motivo dessas escolhas é um só: à prática jurídica, tais significantes são mais usuais.

⁸ Espero, com essa tomada de posição, desde logo, fazer soçobrar objeções que tem por premissa o dolo ser constituído tão somente de um elemento cognoscitivo. Caso o leitor, no entanto, queira aprofundar o tema, ver VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. Esse ponto é melhor detalhado no segundo capítulo.

Estabelecida a definição em termos de Direito Penal, falarei, no terceiro capítulo, da prova no processo penal: mais especificamente, da prova do dolo eventual e, via de consequência, da prova da cegueira deliberada. Para tanto, em primeiro lugar, explicitarei temas a respeito do juízo fático no processo penal: a busca da verdade, o *standard* probatório vigente e a motivada valoração da prova. Em segundo lugar, falarei sobre a prova do dolo, a partir da prova indiciária e da necessária motivação para a atribuição de conhecimento e para a atribuição de vontade. Se dolo é imputação – um terceiro afirma que “a ação é dolosa” -, ele o é a partir de determinado contexto fático. O contexto fático da cegueira deliberada pode ser especificado e deve ser provado a fim de se indicar dolo eventual. É o que se fará nesse subcapítulo.

No quarto capítulo, interpretarei o que se tiver como definição de cegueira deliberada à luz das normas constitucionais. Mais especificamente, falarei a respeito dos princípios constitucionais que devem nortear a interpretação do conceito proposto. Então, abordarei, em um primeiro momento, princípios que instruem o conceito no que diz com seu aspecto material: a culpabilidade e a legalidade. Em um segundo momento, abordarei princípios que instruem a aplicação do instituto, relacionados ao seu aspecto processual: a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório.

O quinto e último capítulo será uma síntese do que até lá tratado. Esse, sim, será dividido conforme a hipótese: criar, deliberadamente, barreiras, de forma a não se atingir maior grau de conhecimento de determinado fato se encaixa na definição de dolo eventual, sendo que sua constatação em processo criminal, como forma de agir doloso, depende de prova acima de qualquer dúvida razoável, devidamente fundamentada, conformando-se, assim, às regras e princípios constitucionais. Ou seja, o primeiro subcapítulo será a adequação às normas penais, vistas sob uma perspectiva constitucional. O segundo capítulo será a adequação às normas processuais penais, também vista sob uma perspectiva constitucional.

Este trabalho, portanto, é a reconstrução de um significado e, não por outro motivo, é essa a estrutura a ser seguida. Ao fim, concluo por um conceito aplicável na prática brasileira: um instituto em conformidade com nossas normas, solvendo-se, assim, o problema descritivo e o problema prescritivo.

De resto, trabalharei determinadas premissas ao longo do trabalho e cumpre, desde logo, salientar algumas delas a fim de situar o leitor no contexto em que esse trabalho se insere. É outro flanco que se abre para eventuais críticas.

Em primeiro lugar, no que diz com aspectos penais, a visão de ação adotada não guarda reflexos no que determinado nesse trabalho a respeito do tipo subjetivo.⁹ No entanto, a visão do dolo seguida parte de indicadores fáticos, ou, ainda, de uma visão interpelada pela linguagem comum, pelo social,¹⁰ a partir da gramática do finalismo.¹¹ Nesse contexto, os aportes do funcionalismo moderado,¹² por se tratar de visão complementar, não excludente, também serão referidos, como ponto de partida. No que diz com aspectos processuais, farei propostas instruídas por uma interpretação cética-moderada.¹³ O corolário mais importante dessa tomada de posição é a sua reflexão na interpretação em graus a ser proposta, a partir de um contexto já existente de significados atribuídos, afastando-se, desde logo, por outro lado, o ideal de conhecimento pleno de determinado fato e de verdade alcançável pelo processo. Acredito que essa é a postura mais propositiva a fim de se concretizar uma possível interpretação constitucionalmente adequada do tema.¹⁴

Em segundo lugar, adoto como método a interpretação das ideias de determinado autor, e não a leitura e aplicação como simples descrição de seu pensamento. No entanto, não subverterei o que escrito por determinado autor – até porque isso contraria os mais comezinhos princípios de honestidade intelectual –, mas sim interpretarei determinada ideia a fim de sedimentar a hipótese trabalhada. A diferença, assim, do que o autor escreveu e do que eu interpretei e escrevi nesse texto a respeito disso é tênue: dificilmente, a linha de distinção entre o autor que escreve e o autor referido é claramente marcada em trabalhos científicos que se baseiam, necessariamente, em ideias de outros autores. E a ciência jurídica é proeminente nessa forma de trabalho. Por isso, remeto o leitor, sempre, às fontes consultadas e

⁹ Muito embora me utilize dos aportes de Vivés Antón e de Paulo Busato sobre o dolo, a visão desses autores sobre a concepção de ação, à qual também atribui a ela um cariz significativo (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 221/224; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, *passim*), não influi no deslinde desse trabalho.

¹⁰ Ver HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 80/83; COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237/279 (cuja visão de dolo não é a apresentada aqui); RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 323 e ss. (exclusivamente sobre a atribuição de conhecimento).

¹¹ A gramática do finalismo referida, mais especificamente, é o conhecimento e a vontade como elementos do dolo (WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p. 73). Ver subcapítulo 2.1.

¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 423/430.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 394/396; SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 254/255. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 33/37. Ainda que as alusões nesses autores ao ceticismo-moderado sejam referentes ao órgão interpretador (e não ao intérprete-cientista, que é o caso desse trabalho), suas premissas, mormente aquelas a respeito da equivocidade e da vagueza das normas, são aqui adotadas.

¹⁴ Não adoto as premissas do neoconstitucionalismo, mas os princípios de cariz constitucional continuam sendo relevante critério para a interpretação proposta.

devidamente arroladas, a fim de que eventual equívoco de interpretação possa ser pontuado e consignado.

Esse proceder talvez leve a um exagerado número de citações. No entanto, o trabalho só se mostra assim pois erigido, justamente, a partir dessas citações. *Assim, adianto que esse trabalho se encontra, sinteticamente, na quadra de uma visão de dolo que contempla conhecimento e vontade,¹⁵ ligada a uma verdade contingenciada e a seus indicadores,¹⁶ influída por um ceticismo moderado,¹⁷ por uma concepção de verdade como correspondência,¹⁸ e, ao fim, por uma visão juspositivista do Direito.¹⁹*

Não obstante, como dito, não considerarei determinada tomada de posição do autor como óbice intransponível ao que se pretende com esse trabalho, embora a ela, por certo - caso exista - farei alusão. Em outras palavras, a interpretação que farei neste trabalho, de um lado, não se limitará a descrever determinada posição e, de outro, não adotará o posicionamento determinado de certo autor como verdade iniludível, limitadora da premissa adotada.

Ou seja, não farei revisão bibliográfica crítica de teorias sobre textos e normas, sobre visões do dolo, sobre verdade no processo, sobre princípios e regras. A posição já está tomada nos parágrafos acima e estará abaixo delimitada.

Palavras estrangeiras estarão em itálico. Todas as traduções são de minha responsabilidade. Adianto que preferi manter o texto original em algumas passagens, em inglês ou espanhol, no corpo do texto, com a tradução correspondente em nota de rodapé.

¹⁵ Não contemplando todo o significado disso, mas fornecendo um norte: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 415/416.

¹⁶ Igualmente, fornecendo uma guía interpretativa: HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 80/83 e PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El Dolo Eventual – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 592/599 e 623/630.

¹⁷ SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 254/255.

¹⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As Lógicas das Provas no Processo – Prova Direta, Índícios e Presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 42/48.

¹⁹ *A contrario sensu, cum grano salis*, sobre o neoconstitucionalismo e teorias ecléticas, ver nota de rodapé nº 29 em FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35/36.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

“Essa dificuldade é a marca autêntica da originalidade, a qual precisa parecer excêntrica até que usurpe o espaço psíquico e estabeleça a si própria como um novo centro”.

(Harold Bloom)

Nesse capítulo, em um primeiro momento, falo sobre as premissas teóricas que permitem a interpretação que se fará de dolo eventual e de cegueira deliberada. Estabeleço que a previsão de dolo e, mais especificamente, de dolo eventual é um enunciado normativo aberto à interpretação como qualquer outro enunciado normativo, e que essa interpretação se deve servir de significados delimitados por limites constitucionais, penais e processuais, os quais já se encontram no repositório intersubjetivo de referências usualmente atribuídas a esses significantes.²⁰

Para tanto, parto da distinção entre texto e norma, entre lei e norma, entre enunciado normativo e norma. Descolados esses significados, fornecerei um indicativo de como podem eles ser preenchidos. É uma interpretação moderada, mas cética.

Em um segundo momento, situo o debate a respeito da *willful blindness* na prática jurídica norte-americana. Parto da definição dada pelo que se tem de mais impositivo em termo de interpretação do instituto.

Também, perpasso três casos que bem definem e delimitam esse conceito. Assim, extraio significados usualmente atribuídos, genéricos, não limitados por institutos próprios daquele ordenamento, para que possamos falar nas primeiras constatações a respeito da cegueira deliberada.

São os primeiros indicativos do fenômeno que permitem um debate racional a seu respeito, que se desenvolverá nos capítulos ulteriores. É o primeiro degrau na escada da construção de um conceito: a contextualização das bases em cima das quais a escada é construída.

Ao fim desse capítulo, restará contextualizado o necessário e o suficiente para se ter uma aproximação ao fenômeno da cegueira deliberada, penalmente relevante. Entendo ser esse passo - quiçá descritivo em demasia - necessário para se falar em dolo, prova do dolo e

²⁰ É, em síntese, uma visão cética-moderada. A construção do sentido se dá em cima dos sentidos já construídos, limitados, de certa forma. Ver SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 254; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 33/37; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da Persuasão à Vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 76/77.

conformidade constitucional da conceituação de cegueira deliberada, tema dos próximos capítulos.

1.1 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS PENAIS

Esse capítulo pode ser considerado uma extensão da introdução. No entanto, é ele necessário para se marcar as premissas teóricas que envolverão os próximos capítulos.

Assim, no primeiro subcapítulo, trato da abertura dos enunciados e das interpretações possíveis que escolhemos a partir deles. As previsões legais de dolo direto, o dolo eventual e a culpa não escapam disso. Portanto, de início, respeitosamente, fazer crer que determinada interpretação de enunciado normativo não é plausível ou possível, pois não se encontra dentro de um sistema dogmático proposto por determinado autor, é restar desatento ao sistema de enunciados normativos como um todo, guiado pela possibilidade de interpretações constitucionalmente adequadas que pode abarcar mais de uma visão, ainda que contingenciada. Em outras palavras, delimitar, ferrenhamente, o limite de um sistema e a partir disso negar a afirmação de cegueira deliberada em um caso concreto não se mostra como a melhor das atitudes no trato do tema e, efetivamente, não é o caminho trilhado por esse trabalho.²¹

Até por isso, o título desse trabalho não é “a cegueira deliberada na visão de Ramón Ragués i Vallès e sua inaplicabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro” ou, ainda, “a impossibilidade da aplicação da cegueira deliberada, como conceituada por Spencer Toth Sydow, ao ordenamento pátrio”.²² O título escolhido já é indicativo do que se defende: a cegueira deliberada como indicador de dolo eventual, o qual não é limitado pela visão de um desses autores – ou de qualquer outro.

No segundo subcapítulo, afirmarei que o norte dos desenvolvimentos dogmáticos na seara penal não se encontra dissociado da prática, mais especificamente, do processo penal. Ao contrário, pelo fato de as Ciências Jurídicas serem uma ciência social aplicada, é que, necessariamente, devem os institutos jurídicos serem, sempre, revistos a partir do que com eles é feito no dia-a-dia, a partir de como eles são utilizados e manuseados.²³ Por isso, o

²¹ No mesmo sentido de crítica dessa atitude, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 395/397.

²² Referi esses dois autores pois possuem dois livros sobre o tema, com posicionamentos críticos a respeito do uso da cegueira deliberada: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007 e SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D'plácido, 2016.

²³ Sem pretensão de circunscrever significados científicos relevantes a isso, é uma visão que se pode afirmar pragmática.

conceito de cegueira deliberada proposto contará, também, com uma gramática processual, a fim de não cair no deserto dos conceitos penais inaplicáveis.

Além disso, nesse mesmo segundo subcapítulo, pontuo a atenção às normas de cariz constitucional na definição do tema. Assim, sempre respeitosamente, mais do que atentar a determinado sistema proposto por determinado autor, é importante que se atente às interpretações possíveis de determinado enunciado normativo dentro de um contexto de um Estado Social e Democrático de Direito.

1.1.1 Enunciado Normativo e Norma

A prática da interpretação das leis começa, tipicamente, com as palavras da lei promulgada – “as marcas de tinta na página impressa”.²⁴ Nesse sentido, a abertura que se espera do enunciado normativo, seja ele qual for, e, no nosso caso, seja ele, especificamente, dolo e dolo eventual, pressupõe a distinção de enunciado normativo, ou lei, e norma. Com efeito, a equivalência de lei e norma – e, ainda, pressupor que a lei conteria um significado unívoco e pré-determinado para determinado conceito (*i.e.*, dolo eventual a partir de determinado sistema fechado) é artifício muitas das vezes utilizado a fim de se afastar uma proposta de cegueira deliberada constitucionalmente adequada.²⁵

Dito de outra forma, critica-se o proceder de (i) atribuir determinado significado à lei, (ii) afirmar que esse é o significado natural, extraído da lei, e, assim, (iii) afastar qualquer possibilidade de debate sobre outras interpretações possíveis. Essa equivalência, enfim, trata-se de artifício retórico, pois, efetivamente, lei – enunciado normativo - não corresponde à norma.²⁶

É, portanto, necessário que se tenha em mente que a interpretação da lei, consubstanciada em determinada norma, decorre de uma escolha, posteriormente racionalizável, dentro de um amplo espectro de possibilidades. Essas interpretações, essas normas extraídas, podem ser melhores, ou piores, mais consentâneas com determinada visão constitucional ou menos.

Ou seja, *lei não é norma e norma é o resultado da interpretação possível do enunciado normativo a partir de um amplo espectro de possibilidades*. Em outras palavras,

²⁴ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 151.

²⁵ É uma visão cognitiva da interpretação. SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 252/254.

²⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 351.

“[normas] não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.²⁷ Ou seja, “o exposto também exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos: é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação”.²⁸

Em outras palavras, a reconstrução de um significado a partir de um texto não faz unir texto e significado, lei e norma. Da mesma forma, não faz unir a disposição do art. 18 do CP e dolo e, mais especificamente, sistema finalista adotado pelo CP e dolo eventual.

Reitero: satisfarei dois objetivos. O primeiro deles é descolar uma interpretação dogmática do dolo ao que está posto em termos legais, como se fosse essa a única alternativa possível. O segundo deles é propor uma interpretação possível, na qual se insira o fenômeno da cegueira deliberada, dentro desses mesmos termos legais.

Desse estado de coisas não escapa o Direito Penal.²⁹ E, assim, a ponte dessas assertivas para a ciência do Direito Penal começa a se construir. Nesse sentido, “a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção do seu autor”.³⁰ A função do cientista é, inclusive, “evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica [para esse trabalho, um enunciado normativo] apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’”.³¹ Parte da crítica a ser feita neste trabalho se revela aqui: *meramente delinear um conteúdo para cegueira deliberada e afirmar que ele não cabe na descrição de um sistema finalista*³² é o ponto do qual me afasto.

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30. Ver: SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 251.

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 34.

²⁹ Os ramos do direito positivo, invariavelmente, encontram influxos de parâmetros constitucionais (FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 41/68). A esse respeito, exemplificativamente, ver a eficácia vertical dos direitos fundamentais e a necessidade de se tentar interpretar a partir de uma visão constitucional (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 382 e 390; MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 85).

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 395.

³² É a definição que se atribui ao ordenamento penal pátrio. Ver WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 199; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 71/72.

Nesse contexto, a dogmática jurídica expressa um paradigma, “um modo de compreender e de valorar a sociedade”.³³ A dogmática, assim, mostra um determinado “modo de argumentar sobre alguns tópicos que não são senão determinações do que entendemos por ação, do que entendemos por norma e do processo pelo qual podemos subsumir ações às normas e do que entendemos por valores aos quais as normas servem de veículo”.³⁴ Veja-se: “modo de argumentar”, não modo de descrever. Atribuir-se essa qualificação à própria interpretação que se faz, por exemplo, do que se entende por cegueira deliberada, é, portanto, como acima visto, forma de argumentar, como se em determinados significantes se encerrasse, em si, a verdade – o que não é exato.

Com efeito, embora tenha essa pretensão: (i) a dogmática penal não é estanque e (ii) o ato de se encerrar em um sistema e se fechar a outros fenômenos demonstra uma clara sobrecarga do papel atribuído a ela. Muito respeitosamente, acredito que à dogmática penal tenha se atribuído um papel que dela, sozinha, não se mostra exigível, pois nela acabamos por procurar não apenas conceitos e institutos, mas também dela extraímos conteúdos e, apenas a partir dela, tentamos produzir conceitos.³⁵ E, ao assim procedermos, cegamo-nos à prática.

Imputar essa hercúlea tarefa a apenas um segmento do sistema jurídico é injusto e se afasta de uma postura científica. Conceitos e aplicações surgem a partir de constatações genéricas de fenômenos na prática, os quais se moldam a partir da lente e do ferramental de determinada área, que, no caso, é o Direito, e não o Direito Penal.

Ainda, fiar-se apenas em uma dessas searas é negar a imbricação entre as áreas do Direito que se dá na prática jurídica e negar os aspectos positivos que essas imbricações podem trazer em termos científicos. Ou seja, a norma que prevê o dolo, o dolo eventual e a culpa não são simples atribuições unívocas de sentido a partir da dogmática penal: são enunciados normativos inseridos dentro do sistema jurídico, efetivamente utilizados na prática.

Assim, querer que a interpretação de dolo, de dolo eventual e de culpa se subsuma a uma única descrição de seus significados a partir da descrição de um sistema abstratamente considerado não se coaduna com a premissa adotada por este trabalho, pois “o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso

³³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 475. É o que também se denomina de teoria: “um conjunto de doutrinas, representações e ideologias presentes na atividade interpretativo-jurídica que nos auxiliam em sua compreensão como atividade” (SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 251).

³⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 489.

³⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 551.

e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal”.³⁶ Sendo interpretar um ato que “constitui a significação e os sentidos de um texto”,³⁷ construir esse significado apenas a partir de um sistema exclusivo de Direito Penal é, respeitosamente, com o perdão da comparação, estar-se em cegueira deliberada.

Ao fim e ao cabo, atribuímos significados normativos ao texto³⁸ e não só significados exclusivamente penais a esse texto. Sabidamente, uma descrição de uma norma, a qual exprime um comando, não se fecha no sistema jurídico penal exclusivamente: ela conta com repercussões no processo, delimitada por uma visão constitucional, e, mais importante, influi no modo de uma pessoa conduzir sua vida.

Exemplificativamente, ao se afirmar que dolo eventual é assumir risco de produção de determinado resultado típico, ainda que se esteja utilizando de significados pertencentes ao Direito Penal, estamos propondo uma interpretação de uma norma que conta com reflexos em outras searas, pois também pertinente a análise do fenômeno na seara do direito administrativo sancionador, na gestão de uma empresa e, até, na forma em como dirigimos um veículo, por exemplo. Ainda, saliente-se: muito embora seja essa descrição que esteja contida, literalmente, no texto, no enunciado normativo, no dispositivo, escolher esse significado – dolo eventual é assumir um risco penalmente relevante - não deixa de ser uma forma de interpretação - quiçá literal à demasia - mas, ainda assim, interpretação.³⁹

Por essa razão, descrever e narrar outras visões, de outros autores, não é o fim desse trabalho, que, se assim fosse, não se trataria de proposta de interpretação, mas sim de lacônica descrição. *Esse trabalho é reconstrução de significados,⁴⁰ a partir da premissa de que no campo específico do Direito, ciência social aplicada, a possibilidade de conhecimento teórico se encontra na possibilidade de conhecimento prático,⁴¹ razão pela qual, para além do Direito Penal, é de rigor que se fale em Direito Processual Penal e Direito Constitucional.*

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 32.

³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da Persuasão à Vinculação*. São Paulo: RT, 2016, p. 77.

³⁹ Sobre interpretação literal ou gramatical, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 252/254 e SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 261/264.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33.

⁴¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 475. Ainda, sobre a apreensão do sentido social, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 323/324.

Por certo, não é a partir da interpretação de um só dispositivo – como é o art. 18 do CP – que se interpreta um conteúdo suficiente para se antever o dolo eventual e para se antever a cegueira deliberada. No entanto, ao assim se proceder, surge-nos à mente a possibilidade de que essa tomada de posição incentivaria uma incerteza e uma insegurança.

Isso não é verdade. A interpretação a ser feita neste trabalho parte de uma necessária vinculação: a vinculação à coerência e consistência dos argumentos, explícitos e atacáveis.⁴² São esses – e não apenas os limites da gramática finalista utilizada – que servem de baliza para o conceito.

Por fim, a interpretação que se faz é vinculada a enunciações constitucionais, pois “o dever de interpretar a lei e aplicar o direito [deve ser feito] consciente de que [se] está fazendo uso ativo e dinâmico dos direitos fundamentais estabelecidos na constituição como valores fundamentais positivados, [estando-se] vinculado à lei e aos precedentes que exerceram antes a mesma tarefa”.⁴³

Assim o é, inclusive, pois a interpretação que faz reconstruir a norma, mesmo que possa se esgotar em apenas um dispositivo – em outras palavras, um dispositivo corresponder a uma só norma -, como regra, depende da análise, necessária, de mais de um dispositivo.⁴⁴ É isso que se empreende neste trabalho: uma visão de cegueira deliberada que parta de uma lei, de um dispositivo, do art. 18 do CP, mas que também contemple aspectos processuais e constitucionais.

De resto, visto que a construção desses sentidos específicos que se pretende nesse trabalho depende, outrossim, de significados intersubjetivados a partir de sentidos “que preexistem ao processo particular de interpretação [no caso, da cegueira deliberada]”,⁴⁵ é necessário se aproximar, primeiramente, desses significados.⁴⁶

A possibilidade de um texto, desde a primeira vez que nos debruçamos sobre ele, trazer-nos à memória determinado significado pressupõe as convenções de uso desse texto, as

⁴² ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 137.

⁴³ ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 138.

⁴⁴ ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 130.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33.

⁴⁶ Visão diferente guardaria traços similares a um ceticismo radical, segundo o qual “o significado dos textos legais é devido unicamente à atividade livre dos intérpretes que podem atribuir, a eles, qualquer significado” (SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 254).

quais atrelam – a esse mesmo texto – algum mínimo significado em momento anterior.⁴⁷ *E.g.*, cadeira se refere à cadeira, e não a bancos ou a banquetas. Esses três significantes remetem o leitor a algum significado intersubjetivado que dê sentido distinto a cada um desses referentes. Para mim e para você, uma cadeira não é um banco e não é uma banquetas, graças a usualidade na atribuição de significado a esses significantes. A visão é ceticista, mas não é radical.⁴⁸

E, não por outra razão, esse é o tema do segundo subcapítulo desse capítulo: não móveis nos quais nos sentamos, mas sim a aproximação de significados que dizem com a *willful blindness*. A partir desses mínimos significados é que os outros capítulos se desenvolverão.

O conceito de interpretação é, então, refinado: “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir”.⁴⁹ O conceito de cegueira deliberada pode, nesse sentido, ser considerado uma reconstrução da *willful blindness*.

Isso não significa que apenas a prática norte-americana forneça indícios nesse sentido. Efetivamente, a aproximação poderia se dar, como referido no início, por cortes psicológicos ou por cortes da ciência da administração. No entanto, a escolha pelas definições norte-americanas se deu pela prevalência da prática e pelo desenvolvimento científico do tema.

A passagem seguinte bem encerra esse subcapítulo: “se a doutrina penal é um saber sobre normas, os únicos dogmas que pode admitir são os direitos e as garantias que derivam da norma suprema, que formam sem dúvida um sistema que se projeta tanto sobre o direito penal material como sobre o processo penal”.⁵⁰ Há uma relação entre, no mínimo, três cortes epistemológicos de fenômenos, todos interessantes para a ciência jurídica em geral: o Direito Constitucional, o Direito Processual Penal e o Direito Penal. Aqui, afirmo que o conceito a ser proposto se vincula a esses três cortes.

1.1.2 O Significado Intersubjetivado das Normas

Descolados texto e norma, cumpre preencher o máximo possível o invólucro que é fornecido pelo significante de cegueira deliberada. Na pesquisa empreendida para este trabalho, deparei-me, mais de uma vez, com afirmativas, de autores brasileiros, a respeito da

⁴⁷ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 155.

⁴⁸ SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 255.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33.

⁵⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 551.

impossibilidade de adoção, por nós, desse instituto, pois ele não teria espaço dentro do sistema dito de *civil law*, comparado ao sistema dito de *common law*.⁵¹ Mais de uma vez, a análise do tema parou nesses termos. É dizer, muito respeitosamente, que se adotou determinada interpretação restritiva do que se entende por um sistema e, a partir dessa moldura já fechada, excluiu-se um fenômeno que deve ser, sim, objeto de conceito específico na prática penal brasileira.

Quanto a isso, concordo com a assertiva de que adotar a *willful blindness*, conceito da prática norte-americana abaixo descrito, não só é impossível dentro sistema finalista, mas também não é possível dentro do nosso sistema jurídico.⁵² No entanto, isso, de forma alguma, impede de se propor um conceito que contemple a cegueira deliberada a partir da abertura dos enunciados normativos brasileiros à interpretação, – e, aqui, mais importante – a partir de uma interpretação que leve em consideração aportes constitucionais ao Direito Penal.⁵³

⁵¹ Sobre a impossibilidade de aplicação da cegueira deliberada no ordenamento brasileiro: CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira de. *A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro do tipo no modelo finalista de ação*. Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia) – Instituto de Criminologia e Política Criminal. Curitiba, 2015; BONA JR., Roberto. *É preciso discutir a teoria da cegueira deliberada em crime de lavagem de dinheiro*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/e-preciso-discutir-teoria-da-cegueira-deliberada-em-crime-de-lavagem-de-dinheiro/>. Acesso em: 24 abr. 2017; MARTINS, Luiza Farias. *A Doutrina da Cegueira Deliberada na Lavagem de Dinheiro: Aprofundamento Dogmático e Implicações Práticas*. *Revista de Estudos Criminais*, [s. l.], n. 135-162, out./dez. 2014 (sob a premissa de que não há falar em dolo eventual em casos de lavagem de dinheiro); NASCIMENTO, André Ricardo Neto. *Teoria da Cegueira Deliberada: Reflexos de sua aplicação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98)*. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2015; SILVA, Robson Galvão da; LAUFER, Christian. *A cegueira deliberada na lava-jato*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-cegueira-deliberada-na-lava-jato-por-robson-a-galvao-da-silva-e-christian-laufer/>. Acesso em: 24 abr. 2017; BARROS, Marco Antonio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. *Lavagem de Ativos: Dolo Direto e a Inaplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada*. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 957, jul. 2015; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos Julgamentos da Operação Lava Jato*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], v. 12, set./out. 2016. Bem enuncia essa visão Guilherme Brenner Lucchesi: “[Se] o dolo eventual já é capaz de resolver por si as situações colocadas pela jurisprudência como cegueira deliberada, sem qualquer espécie de alteração legislativa, tal formulação seria de todo desnecessária. Não há porque se desenvolver uma teoria para colmatar lacuna inexistente” (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A Punição da Culpa a Título de Dolo: O problema da chamada “cegueira deliberada”*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 187). Discorda-se dessa visão, pois limitada exclusivamente ao Direito Penal. O fato de a cegueira deliberada ser albergada pelo dolo eventual não afasta a necessidade de sua teorização, assim como, por exemplo, é feito a respeito da embriaguez e dos crimes de trânsito: não se trata, por óbvio, de instituto que mereça lugar especial no ordenamento – como se de conceito ao lado de dolo eventual e culpa consciente se tratasse - mas se trata de situação fática que, efetivamente, deve ser contemplada pela doutrina. Em outras palavras, a constatação de que se trata de hipótese de dolo eventual não deve afastar o olhar científico sobre a questão.

⁵² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos Julgamentos da Operação Lava Jato*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], v. 122, set./out. 2016, *passim*.

⁵³ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, *passim*. Essa tentativa de proposta de cegueira deliberada como indicador de dolo eventual, não obstante, é qualificada de “absolutamente supérflua e desnecessária” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos Julgamentos da Operação Lava Jato*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], v. 122, set./out. 2016, p. 12).

De novo, sempre respeitosamente, se ao legislador não é possível antever todas as necessidades de direito material, também não é dado ao cientista propor um sistema fechado, estanque, que não só não anteveja todas as necessidades de direito material, mas também se feche a elas. Por essa razão, mostra-se necessário dar ao enunciado normativo do dolo eventual a abertura que lhe é devida, pois é ele minimamente aberto a interpretações, sendo que “nessas hipóteses, o próprio legislador reconhece a sua impotência para regular todas as situações concretas”⁵⁴ e, isso mesmo, por abertura ao debate científico, é o que permite a realização deste trabalho.

Assim, no que é importante, parto da interpretação de que dolo eventual, assumir um risco, não possui interpretação fechada, consensual, com a qual podemos simplesmente assentir cegamente. Talvez ressoe mal essa assertiva, mormente à luz dos princípios que norteiam a interpretação da norma penal. Mas reitero: é ela acertada, pelo que referido no subcapítulo acima, e necessária, pois é o primeiro passo a fim de, efetivamente, dar-se controle ao que se interpreta a respeito da cegueira deliberada, sem se cair – respeitosamente – em um niilismo dogmático exacerbado, postura que de forma alguma atribuo aos autores que prestaram contribuições relevantes ao tema.

O que importa, aqui, é reconhecer que a dogmática penal fornece balizas interpretativas, mas ela não é a única que assim o faz, pois também encontramos no sistema balizas processuais e balizas constitucionais, as quais não podem ser esquecidas e que, efetivamente, mostram-se mais salientes na prática, na decisão judicial, e, mais especificamente, no juízo condenatório pela constatação de cegueira deliberada. De uma forma ou de outra, “o que realmente importa é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas [dentre as quais encontramos o dolo eventual e a cegueira deliberada] está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei”⁵⁵.

Infelizmente, nesse contexto, a prova do dolo é relegada a segundo plano – não é levada a sério -, prevalecendo, em um primeiro plano, considerações a respeito de autoria e de materialidade. Nesse sentido, a prática do direito penal, o processo penal, mostra-se de todo relevante. Conquanto se concorde com a assertiva de que “a dogmática [exerça] papel fundamental na segurança jurídica, uma vez que veste o Direito Penal de alguma carga de

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 67.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 67.

previsibilidade”,⁵⁶ não é só a dogmática penal que limita o campo dos significados que se pode escolher a determinado enunciado normativo.

Com efeito, como “núcleo duro de interpretação e aplicação”,⁵⁷ as garantias constitucionais e processuais se mostram muito mais efetivas do que a norma penal geral. Essa é uma das principais perspectivas aqui adotadas: a norma penal, a previsão do dolo legalmente estabelecida, é apenas uma das balizas na subsunção do fato a determinado tipo.

“[A] tônica do fenômeno jurídico-penal recai no Processo, ao invés de no Direito material”.⁵⁸ Nesse contexto, em termos de eficácia, “o Processo é que vem a ser o *prius*, ou melhor dizendo o Direito Penal retira toda sua eficácia do processo”.⁵⁹ Em outras palavras, os conceitos da parte geral do Direito Penal nada seriam e nada deles se poderia interpretar, eficazmente, senão pela mediação do processo. Em síntese: “a consideração isolada das normas penais é acientífica, revelando-se pois inadequada à obtenção de resultados válidos”.⁶⁰ *É a mediação da prática na possibilidade de se conhecer.*

Por isso é que, para além dos aportes constitucionais, posteriormente referidos, a “visão dicotômica do fenômeno penal [...] é a única metodologicamente profícua, capaz de ensejar o progresso dogmático do Direito Penal”.⁶¹ Ou seja, “só o tratamento conjunto da problemática penal e processual é que resultará proveitoso, superando-se destarte a grave crise em que se debate hodiernamente o Direito Penal substantivo”.⁶²

Vale continuar: em termos mais abertos, a pragmática se mostra importante. Aqui, entende-se pragmática como “a relação dos signos com aqueles que os usam, com o que fazem ao usá-los e com a estrutura nas quais encontramos esses usos”.⁶³

[A] pragmática [é] conexão situacional de uso dos signos (abrangendo a retórica, a comunicação, a narração).

[Ela] se ocupa dos contextos de uso dos signos pelos falantes. Ela ‘é a área da linguística ou da semiótica (...) que se ocupa dos fenômenos relativos à influência do contexto na determinação do sentido dos enunciados.’⁶⁴

Não há como interpretar, criteriosa e cientificamente, a norma penal fora disso. Assim, a respeito da pragmática, no caso das normas jurídicas, o contexto de uso se faz cheio de

⁵⁶ SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 30.

⁵⁷ Isso não quer dizer que essas garantias não sejam, em si, interpretáveis.

⁵⁸ SILVA, Juary C. *A Macrocriminalidade*. São Paulo: RT, 1980, p. 62.

⁵⁹ SILVA, Juary C. *A Macrocriminalidade*. São Paulo: RT, 1980, p. 62.

⁶⁰ SILVA, Juary C. *A Macrocriminalidade*. São Paulo: RT, 1980, p. 62.

⁶¹ SILVA, Juary C. *A Macrocriminalidade*. São Paulo: RT, 1980, p. 63.

⁶² SILVA, Juary C. *A Macrocriminalidade*. São Paulo: RT, 1980, p. 63.

⁶³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 409.

⁶⁴ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 212.

exposições e argumentos que justificam determinada interpretação. As normas jurídicas não existem no contexto de um sistema fechado, senão são defendidas, atacadas e interpretadas nos distintos locais “em que se produz sua aprovação, interpretação ou aplicação”.⁶⁵ Essa discussão, que, no caso desse trabalho, é a discussão a respeito da possibilidade de utilização de um conceito de cegueira deliberada, gira em torno, em termos gerais, da pretensão de que se possa “racionalmente querer adotar a regra como lei universal e que, conforme essa pretensão, entende-se e se aplica a norma”.⁶⁶

Esse tema também pode ser vertido em termos constitucionais, pois os enunciados normativos constitucionais também dizem com a interpretação de enunciados normativos penais. Exemplificativamente, os enunciados normativos constitucionais limitam, valoram e fundamentam os enunciados normativos penais,⁶⁷ sendo que, ainda exemplificativamente, a delimitação do princípio da culpabilidade, adiante tratado, é efetiva baliza que limita a responsabilidade penal.⁶⁸ Com efeito, se se admite – o que se faz nesse trabalho – que a interpretação do Direito não se dá em compartimentos fechados – Direito Penal, Direito Processual Penal, *e.g.* -, não se pode realizar determinada interpretação às luzes, apenas, de um sistema de Direito Penal, pois referido proceder carece de lógica.⁶⁹

Não por outro motivo, “a justiça é o valor central de todo ordenamento. No entanto, sua materialização tem de satisfazer outros requisitos: segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade, etc.”.⁷⁰ Todos esses valores não são absolutos – embora devam ser levados a sério – e se encontram em xeque na interpretação de se atribuir responsabilidade penal a partir da interpretação de determinada norma e da escolha de significado ao enunciado normativo. Assim, no que diz com o dolo, com a cegueira deliberada, esses valores pautam, em termos principiológicos, a atribuição de responsabilidade no que diz com a intenção, pois se julga que

⁶⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 412.

⁶⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 412.

⁶⁷ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40/68.

⁶⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 455.

⁶⁹ Sobre interpretação sistemática, ver: SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013 e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 456.

⁷⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 489.

ela “não se ajustava às exigências do ordenamento, determinando que ela procederia de alguém que sabia que não deveria atuar assim e poderia atuar de outro modo”.⁷¹

A passagem seguinte é significativa: “para se julgar a validade de uma norma penal [da cegueira deliberada como dolo eventual, por exemplo], é preciso articular sua pretensão global de justiça em pretensões parciais e mais concretas”.⁷² Ou seja, “[uma] forma de se sintetizar isso é afirmar que o Estado de Direito é respeitado somente quando aqueles que se engajam na interpretação jurídica são fiéis às visões do Estado de Direito que o sistema jurídico pressupõe e incorpora”.⁷³

Não obstante, o que interessa pontuar é que, assim como o processo, também faz parte do “núcleo gravitacional” do Direito Penal os princípios penais, “que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita no texto constitucional”.⁷⁴ Ou seja, são o princípio e o fim do Direito Penal: “o eixo da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias - [...] oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição”.⁷⁵

A teoria a ser levada em consideração aqui é, portanto, de matiz social, pois há “uma relação de complementaridade entre o social e o normativo”,⁷⁶ que se mostra traduzida não só por meio das normas penais, mas também por meio de normas constitucionais e processuais penais. Ou seja, “[o] discurso sobre a legitimação do Direito Penal [nisto incluído conceitos como o dolo] é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição”,⁷⁷ pois um segmento (Direito Penal) é derivado, ao menos axiologicamente, das normas constitucionais.⁷⁸ No ponto, a fim de se produzir um conhecimento científico útil a respeito do Direito, essa vinculação também deve pautar o olhar do intérprete-cientista. Em outras palavras, tendo em vista a proposição de um conceito útil para a prática, de nada adianta se propor conceitos, em última hipótese, inconstitucionais.

⁷¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 490.

⁷² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 490.

⁷³ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. London: Harvard University, 2011, p. 398. Essa visão, no entanto, também é produto de determinada interpretação.

⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2014, p. 69.

⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2014, p. 69.

⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2014, p. 67.

⁷⁷ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

⁷⁸ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

Assim, pode-se falar que determinadas normas com assento constitucional regem a “organização e [o] funcionamento do sistema jurídico-penal”.⁷⁹ Mais especificamente, neste trabalho, as normas constitucionais serão interpretadas como limites ao possível conceito de cegueira deliberada.

Efetivamente, salvo por elaborada construção interpretativa, respeitosamente, não se extrai desses enunciados normativos constitucionais demandas de criminalização de quem se encontra nesse estado de cegueira deliberada. Extrai-se, ao contrário, hipóteses de valoração e de limitação. Dessa constatação, não obstante, vale salientar, não se pode inferir que as normas constitucionais proibam essa construção.

E, aqui, uma crítica pontual: “o Estado de Direito irrompe, então, apenas quando os intérpretes jurídicos [...] resistem ao impulso de levar a interpretação jurídica como um convite para filosofar sobre as grandes questões morais e políticas”.⁸⁰ Pensar, dentro da caixa jurídica (mas não tão somente dentro da caixa do Direito Penal), é a grande virtude do intérprete jurídico. No entanto, compartimentalizar a caixa e não ver tudo que se encontra nela e como ela se relaciona com outras caixas, parece-me, muito respeitosamente, um dos pontos pelos quais a dogmática penal é passível de crítica.

Veja-se, então, que a etapa desse subcapítulo se encerra: *primeiro, pontuei que a norma extraída não só do art. 18 do CP – mas dele também derivada – é resultado de interpretação que escapa a uma proposta de sistema penal dogmático fechado e, em seguida, afirmo que aquilo que preenche o ato de interpretar a cegueira deliberada é a correlação entre Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional, a partir de determinados significados já intersubjetivados.*

O que se faz, nos capítulos seguintes, é, portanto, mediar esse diálogo para se reconstruir um conceito de cegueira deliberada. Parto, primeiro, no entanto, do que a experiência norte-americana pode nos trazer em termos de significados já construídos do fenômeno analisado.

1.2 A WILLFUL BLINDNESS

Não acho que o leitor imagine isso, mas afastado, desde logo, a ideia de que haveria um suposto consenso a respeito do conceito de *willful blindness* nos Estados Unidos, de sua

⁷⁹ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 60.

⁸⁰ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. London: Harvard University, 2011, p. 398.

aplicação e de seu alcance.⁸¹ Não há, e, certamente, se houvesse, não haveria razão para se problematizar o que nesse capítulo se quer trabalhar.

Efetivamente, pontuar as visões do instituto nesse país nos auxilia por fornecer um ponto de partida para a análise a ser empreendida no contexto brasileiro. Assim, o primeiro subcapítulo diz com as bases da imputação subjetiva naquele contexto. O segundo subcapítulo traz análises a respeito de três julgados relevantes: dois do *9th Circuit*; um da Suprema Corte. Não se tratam de precedentes vinculantes, mas de casos seminais que bem definiram visões sobre o instituto.

Nesse sentido, de relevo salientar da discussão nos Estados Unidos o problema da equiparação entre graus de conhecimento, bem como as instruções dadas aos jurados em casos em que se analisa a ocorrência de *willful blindness*. Adiante-se que há, sim, problemas na aplicação do instituto nos Estados Unidos. Eles, no entanto, não são transplantáveis para cá – assim como o conceito do instituto lá também não é, de imediato.

1.2.1 *Mens Rea, Culpability e o Model Penal Code*

Constatado o delito, objetivamente considerado, começa-se a se perquirir: a quem se deve atribuir determinada pena à luz do investimento subjetivo naquela determinada conduta. Atribuindo-se o ato a determinado sujeito, verifica-se se é ele subjetivamente responsável.⁸² A premissa desse juízo de culpabilidade – a razão pela qual o realizamos – é a seguinte, talvez óbvia: crimes não são responsáveis por si mesmos e o criminoso não é responsável apenas pela qualificação que lhe é atribuída pelo sistema. É necessária, portanto, a conjugação de elementos objetivos e subjetivos.

O ponto a se prestar atenção é o seguinte: assim como no Direito Penal brasileiro, no Direito Penal norte-americano também encontramos a divisão basilar entre elementos objetivos e elementos subjetivos.⁸³ Afinal, seja em um sistema, seja em outro, “a análise do tipo subjetivo pressupõe que previamente a conduta analisada tenha superado o filtro do tipo

⁸¹ Sobre a discussão, ver HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Criminal Law. Willful Blindness. Ninth Circuit Holds That Motive Is Not an Element of Willful Blindness. *United States v. Heredia*, 4893 F. 3d 913 (9th Cir.) (*en banc*), cert. denied, 76 U.S.L.W. 3303 (U.S. Dec. II, 2007. (No 07-5762). *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 121, n. 4, fev. 2008, p. 1.245 (na primeira nota de rodapé); ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as Criminal Mens Rea. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. [s. l.], v. 81, n. 2, 1990, p. 209/210.

⁸² FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University, 1998, p. 81/82.

⁸³ FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University, 1998, p. 84.

objetivo”.⁸⁴ Essa é a constatação que permite a eventual ponte a se formar entre *willful blindness* e cegueira deliberada: *falamos de elementos objetivos e falamos de elementos subjetivos*.

Nesse sentido, entende-se, no sistema norte-americano que a *culpability*, a possibilidade de ser culpável, pode ter origens ou morais ou psicológicas. A primeira teoria, dita moral, relaciona-se com critérios sociais a fim de se atribuir a culpa determinado sujeito;⁸⁵ a segunda, por sua vez, relaciona-se com a consciência, com o estado mental de determinada pessoa. Em outras palavras, simplificando-se: uma diz com o exterior; outra, com o interior.

Em relação à teoria psicológica, a questão que se coloca é a seguinte: sabia o sujeito, ou, ao menos, estava ele minimamente ciente de que suas ações resultariam em um crime?⁸⁶ Se sim, pode ele ser considerado culpado pelo delito. Afinal, “um ato não faz de um homem culpado, salvo se sua mente também é culpada”.⁸⁷ O investimento subjetivo, portanto, é a chave interpretativa para a atribuição de responsabilidade criminal.

Culpability e *mens rea*, conceitos que albergam o aspecto subjetivo do tipo, são interpretadas dentro dessa moldura psicológica. Por *mens rea*, entende-se a conjugação de *voluntas*, *foresight* e *ulterior intent*. O primeiro dos conceitos, *voluntas*, engloba a voluntariedade na prática do ato. O segundo, *foresight*, pode ser entendido como previsibilidade das consequências criminosas de seu ato. O terceiro, *ulterior intent*, nem sempre se faz presente, pois corresponde à determinação de específico estado subjetivo que se encontra em determinado tipo penal.⁸⁸ Esses termos, portanto, implicam um julgamento a respeito: (i) do suficiente conhecimento sobre o ato imputado ao acusado e (ii) de sua volitiva adesão a ele. O *Model Penal Code* (MPC) dá concretude a essa visão do elemento subjetivo do tipo.⁸⁹

Nesse sentido, o *Model Penal Code* possui regra geral que define os graus de *culpability* que tornam suficiente a imputação subjetiva de determinado ato delituoso a

⁸⁴ Ver RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 179. Mais um motive pelo qual, ainda que adira a alguns dos fundamentos trazidos por Vives Antón e por Paulo Busato, suas concepções de ações não influem no deslinde desse trabalho.

⁸⁵ Um posicionamento ligado ao social, o qual guarda similaridades com RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 328/333.

⁸⁶ FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University, 1998, p. 82.

⁸⁷ CARVELL, Ian George; GREEN, Ernest Swinfen. *Criminal Law and Procedure*. Londres: Sweet & Maxweel, 1970, p. 12.

⁸⁸ CARVELL, Ian George; GREEN, Ernest Swinfen. *Criminal Law and Procedure*. Londres: Sweet & Maxweel, 1970, p. 12.

⁸⁹ O MPC se trata de legislação modelo, não de lei. No entanto, seus dispositivos são nortes interpretativos, razão pela qual cumpre examiná-lo.

determinado sujeito, ao pontuar quatro deles: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*. Ou seja, há quatro níveis para se aferir a imputação subjetiva, o investimento subjetivo do acusado em determinado ato.

Como desde logo se vê, a *willful blindness*, não se encontra prevista no MPC, entre esses termos. Logo mais, delimitarei em qual contexto ela se encontra. Antes, no entanto, esclarece-se essas quatro divisões.

Esses graus de culpabilidade se fundamentam em determinada visão realista das intenções, do estado psicológico, como se elas fossem apreensíveis pelo julgador, da mesma forma que apreendemos a existência de um objeto (uma cadeira, por exemplo). Em outras palavras, conheceríamos e interpretaríamos um estado mental como se estivéssemos diante de uma cadeira ou de um livro.⁹⁰ Analogamente, apreenderíamos o estado mental como Roland Barthes apreende uma foto:⁹¹

“Se a Fotografia não pode ser aprofundada, é por causa de sua força de evidência. Na imagem, o objeto se entrega em bloco e a vista está certa disso – ao contrário do texto ou de outras percepções que me dão o objeto de uma maneira vaga, discutível, e assim me incitam a desconfiar do que julgo ver”.

Nesse contexto, com essa premissa em mente, pode-se graduar os estados mentais, pois, afinal, seriam eles apreensíveis da mesma forma clara pela qual apreendemos qualquer outro objeto. A hierarquia referida pressupõe, nesse sentido, que *purpose* se mostra mais culpável que *knowledge*, que, por sua vez, mostra-se um estado mental mais culpável que *recklessness*, que, por fim, seria determinado estado mental mais culpável que *negligence*.⁹²

Por partes. *Purpose* há quando ou o acusado busca realizar, conscientemente, determinada conduta que consista em determinado elemento do crime ou, ainda, quando engaja em uma conduta cujo resultado será um elemento do crime. Também se fala em *purpose* quando o acusado está ciente das circunstâncias em torno de determinado elemento do delito, ou, ainda, acredita ou espera que elas existam, conforme a *Section 2.02, 2, “a”*, do MPC. A palavra-chave, para esse grau, é buscar.

Knowledge, por sua vez, há quando o acusado conhece determinado elemento do crime ou está ciente de que sua conduta ensejará um resultado que se trate de elemento do crime, conforme a *Section 2.02, 2, “b”*, do MPC. Em outras palavras, pode-se falar em *knowledge* quando se tem ciência ou quando se está praticamente certo de determinado

⁹⁰ Sobre cadeiras, vale salientar que a atribuição primeira de significado, a partir do que relatado no subcapítulo 1.1.2, não é a única interpretação possível e plausível, senão um primeiro indício do que se está a apreender.

⁹¹ BARTHES, Roland. *A Câmara Clara*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 89.

⁹² ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability – A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 24.

elemento do delito. Assim, um *knowledgeable defendant* é aquele que age conhecendo, sem que, necessariamente, tenha um “conhecimento sobre o qual se está absolutamente certo, mas que tenha uma ciência da alta probabilidade da existência do fato em questão”,⁹³ conforme *Section 2.02, “7”*, do MPC. A palavra-chave é conhecer.

Recklessness há quando o acusado age desconsiderando conscientemente o substancial e injustificável risco de que o elemento do crime, efetivamente, existe ou resultará de sua conduta,⁹⁴ conforme *Section 2.02, 2, “c”*, do MPC. A palavra-chave é desconsiderar.

Negligence há quando o acusado ignora um substancial e injustificável risco de que o elemento do crime exista ou resultará de sua conduta, desde que o descumprimento desse dever envolva um crasso desvio do “standard de cuidado” que se esperaria de uma pessoa razoável na situação do acusado, conforme *Section 2.02, 2, “d”*, do MPC. A palavra-chave é ignorar.

Buscar, conhecer, desconsiderar e ignorar. A gradação de culpa se dá a partir desses verbos no MPC.

Tendo em vista que, talvez, queira o leitor buscar fontes que não sejam traduzidas por mim, segue excertos a respeito do assunto, contextualizado e útil, por certo, mas na língua original: “*purpose requires that the forbidden result be one’s conscious object or that one is aware – or hopes or believes – that a forbidden circumstance (e.g., that the property one is receiving is stolen) exists*”.⁹⁵ *Knowledge*, por sua vez, no que diz com o resultado do ato, “*requires that one be practically certain that one’s conduct will bring about such results*”.⁹⁶ Em relação às circunstâncias do ato, *knowledge* “*requires that one be aware that such circumstances exist*”.⁹⁷

⁹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Jewell. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

⁹⁴ SARCH, Alexander. Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law. *St. John’s Law Review*, [s. l.], v. 88, n. 4, out. 2015, p. 1.032/1.033.

⁹⁵ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability – A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 23. Ainda assim, é de bom tom traduzir: “quando se fala em propósito, requer-se que o resultado proibido seja objeto do pensar do sujeito, ou, ainda, que esse sujeito esteja ciente – ou creia ou acredite – que uma circunstância proibida (por exemplo, a origem ilícita de um bem) exista”.

⁹⁶ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability – A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 23. Traduzindo: o conhecimento requer que o sujeito tenha praticamente certeza de que a conduta certos resultados”.

⁹⁷ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability – A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 24. Traduzindo: o conhecer “requer que o sujeito esteja ciente da existência de tais circunstâncias”.

Recklessness, por sua vez, “*entails the conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk that a forbidden result may occur or that relevant circumstances exist*”.⁹⁸ Finalmente, *negligence* “*requires that one is unreasonably unaware of a substantial and unjustifiable risk that the forbidden result may occur or that the relevant circumstances exist*”.⁹⁹

Ainda, em português: “especificamente, *mens rea* compreende quatro estados mentais diferentes: (i) intencional (*purposeful*), quando o autor direciona sua conduta para causar um resultado particular; (ii) consciente (*knowing*), quando o autor está ciente de que sua conduta irá causar um resultado com praticamente certeza; (iii) inconsequente (*recklessness*), quando o acusado está ciente de um risco [...] e (iv) negligente (negligente) [*sic*], quando o autor deveria ter previsto o risco de que sua conduta pudesse causar um resultado particular”.¹⁰⁰ Bem se pontua que esse sistema adota uma visão psicológico-normativa da possibilidade de se verificar estados mentais.¹⁰¹

Não defendo que esses quatro estados mentais normativamente previstos, dentro de um instituto norte-americano, sejam transplantáveis para nosso ordenamento jurídico. Não são.

No entanto, a premissa do estabelecimento dessas definições se mantém: é possível falarmos em graus de investimento subjetivo de determinada pessoa em determinado ato. Consoante o modelo do MPC, quanto maior o conhecimento de determinado elemento do crime, mais próximo de *purpose* se está e, simplificadamente, adiantando-me, traduzindo para o nosso sistema, mais próximo do dolo direto se está.¹⁰²

Esse é o panorama para se entender a *willful blindness*. Ela, como visto, não se encontra nos limites dos graus de *culpability* definidos pelo MPC. O próprio MPC, no

⁹⁸ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability – A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 24. Traduzindo: a inconsequência “implica a desconsideração consciente de um risco substancial e injustificável a respeito da ocorrência de um resultado proibido que possa ocorrer ou, ainda, a respeito da existência de uma circunstância relevante”.

⁹⁹ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability – A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 24. Traduzindo: a negligência “requer que o sujeito esteja desarrazoadamente ignorante de um risco substancial e injustificável a respeito da ocorrência do resultado proibido, ou, ainda, a respeito da existência de uma circunstância relevante”.

¹⁰⁰ CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira de. *A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira*. Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia) – Instituto de Criminologia e Política Criminal. Curitiba, 2015, p. 67.

¹⁰¹ CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira de. *A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira*. Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia) – Instituto de Criminologia e Política Criminal. Curitiba, 2015, p. 70.

¹⁰² Essa comparação se dá tão somente para fins lúdicos, sem pretensão de cientificidade. Adianto, também, nesses termos, que, em princípio, não há nenhuma definição penal que impeça que se fale de dolo direto de cegueira deliberada. Esse tema é melhor especificado no subcapítulo 2.2.1.

entanto, a ela faz alusão, em dispositivo posterior, quando define que é suficiente para se admitir como *knowledge* uma consciência da alta probabilidade do acontecimento de determinado elemento do crime.¹⁰³

Ou seja, a *willful blindness* não é *recklessness*, mas sim se encontra dentro de *knowledge*, conforme *Section 2.02, 7*, do MPC. Segundo essa norma, é suficiente para se constatar um grau de *knowledge* que o sujeito tenha ciência da alta probabilidade da existência do fato particular – a não ser que ele, efetivamente, acredite que o fato não exista.

Com isso, o MPC abala seu rigor técnico, normativo, já dúbio por conta da adoção de uma visão psicológica, como adiante se verá no segundo capítulo. Ao se introduzir a *high probability* de conhecimento de determinado elemento entre *knowledge* e *recklessness*, faz-se confusão entre os conceitos, sem, no entanto, explicitar-se o porquê de se realizar essa equiparação e essa distinção.¹⁰⁴ Em outras palavras, agora, *conhecer, em absoluto, está no mesmo grau de conhecer com alta probabilidade e ambos se distinguem de desconsiderar*.

Vale salientar: desde, no mínimo, 1954 há vozes dissonantes a respeito da possibilidade se dizer que a culpa de quem se encontra em *willful blindness* é equiparável àquela de quem se encontra em *knowledge*.¹⁰⁵ A consequência, para a prática, entretanto, continua sendo a mesma: *willful blindness* é *knowledge*, e, como se verá no subcapítulo seguinte, é a essa teoria que os tribunais se filiam.

A visão psicológica do fenômeno, como referido, não nos auxilia no ponto. A já árdua tarefa de se normatizar estados mentais se transforma em hercúlea, pois precisamos, agora aferir aspectos subjetivos a partir de determinadas regras legalmente postas e encaixar nas sutilezas de cada um desses graus.¹⁰⁶ A ficção jurídica, no ponto, muito respeitosamente, parece ter alçado voos muito perto do Sol e aqui ter encerrado sua contribuição.

No entanto, a visão externa do fenômeno, a visão dita moral, auxilia-nos, no ponto. Ela, com efeito, não cuida da imagem que o sujeito forma em sua consciência, como se ela fosse apreensível como um livro ou uma cadeira. Trata-se de posição valorativa, que leva em

¹⁰³ SARCH, Alexander. Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law. *St. John's Law Review*, [s. l.], v. 88, n. 4, out. 2015, p. 1.038.

¹⁰⁴ MOORE, Michael. Intention as a Marker of Moral Culpability and Legal Punishability. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (Eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011, p. 194.

¹⁰⁵ EDWARDS, John. The Criminal Degrees of Knowledge. *The Modern Law Review*, [s. l.], v. 17, n. 4, p. 294-314, jul. 1954, p. 305.

¹⁰⁶ Acredito ser ilusório intentar normatizar todo e qualquer aspecto do investimento subjetivo em determinada conduta.

consideração o contexto social e todos os elementos externos ao sujeito que podem influir em sua culpa.¹⁰⁷

A chave interpretativa aqui é a seguinte: o que podemos, legitimamente, enquanto sociedade, esperar de cada um?¹⁰⁸ Pode-se dizer, a partir disso, que a responsabilidade, a responsabilização, é uma questão valorativa de atos e relações humanas, de atos e de práticas. A visão é relacional.¹⁰⁹

Essa visão nos traz uma constatação importante: *responsabilizar é imputar, é descrever e qualificar e, nessa qualificação, agregar um juízo valorativo negativo*. Muito embora não se trate de coletivizar uma responsabilidade individual, essa responsabilização individual, efetivamente, não existe independentemente daquele que a interpreta. Ou seja, “devemos pensar em ‘responsabilidade criminal’ como algo que necessariamente envolve agentes outros que não o indivíduo acusado”.¹¹⁰ Essas características, sozinhas, não são suficientes a fim de se explicar a responsabilização criminal, o que não significa “negar que essas características do indivíduo acusado sejam importantes para se aferir a eventual responsabilidade”.¹¹¹ O ponto a se salientar é que “quando falamos de responsabilidade, devemos aclarar que ela é sempre adscrita e alguém a está adscrevendo”.¹¹² É com base nisso que podemos, cientificamente, afirmar a distinção entre *willful blindness* e *recklessness*, pois os estados mentais, em si, vistos sob um prisma psicológico, não nos auxiliam, no ponto, ao passo que a valoração contextualizada, sim.

Para além disso, a *willful blindness* se justifica em termos teleológicos no sistema norte-americano, pois há um juízo de reprovação equivalente àquele feito em relação a quem se encontra em *knowledge*.¹¹³ Ou seja, para se justificar esse tratamento, é dizer, para distinguir a *willful blindness* daquela situação prevista em *recklessness*, “salienta-se o motivo

¹⁰⁷ FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University, 1998, p. 83.

¹⁰⁸ FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University, 1998, p. 83.

¹⁰⁹ RISTROPH, Alice. Responsibility for the Criminal Law. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (Eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011, p. 113

¹¹⁰ RISTROPH, Alice. Responsibility for the Criminal Law. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (Eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011, p. 114.

¹¹¹ RISTROPH, Alice. Responsibility for the Criminal Law. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (Eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011, p. 114.

¹¹² RISTROPH, Alice. Responsibility for the Criminal Law. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (Eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011, p. 114. Prefiro, propriamente, falar não em adscrição, mas sim em imputação. Adscrever se relacionaria mais com adicionar algo ao texto, ao passo que imputar consolida a ideia de qualificação de uma ação que conta, em si, com um juízo de valoração.

¹¹³ HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Criminal Law. Willful Blindness. Ninth Circuit Holds That Motive Is Not an Element of Willful Blindness. United States v. Heredia, 4893 F. 3d 913 (9th Cir.) (*en banc*), cert. denied, 76 U.S.L.W. 3303 (U.S. Dec. II, 2007) (No 07-5762). *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 121, n. 4, fev. 2008, p. 1.250.

culpável pelo qual determinado sujeito se manteve em *willful blindness*”.¹¹⁴ Esse ponto é mais extensamente tratado no subcapítulo 3.1.1.

A *recklessness* por sua vez, não conta com essa específica motivação culpável.¹¹⁵ Ela descreve, apenas, que um sujeito deve, conscientemente, desconsiderar determinado risco, o qual deve satisfazer dois critérios: ser substancial e injustificável.¹¹⁶ A *willful blindness*, por sua vez, requer que o acusado tenha agido conscientemente da alta probabilidade da ocorrência do fato.¹¹⁷ O ponto a se salientar aqui é o seguinte: a *recklessness* se satisfaz, como critério para sua atribuição, a simples existência do risco da produção do resultado; a *willful blindness*, não.¹¹⁸

Em outras palavras, conforme o *Model Penal Code*, “o conhecimento da alta probabilidade satisfaz a exigência de conhecimento em seu teor literal”,¹¹⁹ pois o sujeito se mostra igualmente culpável, em termos externos, conquanto tenha dúvidas a respeito de sua equiparação em termos psicológicos. Somente a partir dessa constatação é que se encontra a legitimidade de se dizer que aquele que se encontra em *willful blindness* é igualmente culpável àquele que se encontra em *knowledge*, pois, com efeito, em termos de simples conhecimento como estado mental, não há justificativa plausível para se equiparar os conceitos.¹²⁰

Ao fim, pontuado que o que agora denomino de ultranormativização de estados mentais não é a melhor forma de se mostrar a distinção entre *willful blindness* e que o que MPC faz é equiparar não o conhecimento, mas sim o cariz culpável desses estados mentais, o que se deve, efetivamente, perquirir é a legitimidade dessa comparação específica. Assim, caso se procure maiores razões a respeito da doutrina da *willful blindness*, a cega comparação entre dois conceitos distintos, *willful blindness* e *recklessness*, em locais distintos, não se mostra a melhor forma de se abordar o assunto.

¹¹⁴ HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Criminal Law. Willful Blindness. Ninth Circuit Holds That Motive Is Not an Element of Willful Blindness. *United States v. Heredia*, 4893 F. 3d 913 (9th Cir.) (*en banc*), cert. denied, 76 U.S.L.W. 3303 (U.S. Dec. II, 2007) (No 07-5762). *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 121, n. 4, fev. 2008, p. 1.250.

¹¹⁵ Vale referir que, para a *willful blindness* adotada pelo *9th Circuit*, como adiante se verá, essa motivação não tem de ser necessariamente criminosa.

¹¹⁶ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability – A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 25.

¹¹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en *Derecho Penal*. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones – Número XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015, p. 16.

¹¹⁸ Como adiante se verá, o risco é o ponto inicial para se afirmar o dolo, mas não só.

¹¹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 72.

¹²⁰ E, ao mesmo tempo, não há justificativa plausível, nesse aspecto, para se equiparar a *willful blindness* a *recklessness*.

Por essa razão, cumpre ir além. Antes de se adentrar no que diz com a prática jurídica brasileira, é de rigor que se traga a visão dos tribunais norte-americanos a respeito da questão.

Isso servirá para aclarar, inclusive, a utilização do instituto e o entendimento sobre ele já colocado. Com isso, a partir do preenchimento desse repositório de significado intersubjetivado, será possível, no capítulo adiante, perquirir a respeito da cegueira deliberada em nosso ordenamento.

1.2.2 *Jewell, Heredia e Global-Tech*

A partir dessa moldura, certos *Circuits*¹²¹ desenvolveram o tema – como sói acontecer. Consoante os *Eighth*, *Tenth*, e *Eleventh Circuits*, para que se fale em *willful blindness* é necessário que: (i) haja suspeita a respeito do fato sobre o qual se requer o conhecimento, (ii) tenha o acusado se negado, deliberadamente, a investigar o assunto e (iii) tenha um motivo especial para ter feito isso,¹²² que, usualmente, é a tentativa de se furtar da responsabilização criminal. Com efeito, “a maior parte das formulações da doutrina da *willful blindness* requer que o ato de evitar o conhecimento seja motivado por um desejo de se prevenir das consequências jurídicas desse conhecimento”.¹²³

No entanto, o *9th Circuit* entende, desde, no mínimo, 1976, por uma *willful blindness* bipartida, não sendo necessário o terceiro requisito (determinação do motivo específico criminal). Um desses primeiros casos, que vale salientar, é *United States v. Jewell*. Desse caso, no que tange a exigência de conhecimento, extrai-se que “alguém conhece fatos se, a respeito deles, encontra-se menos do que absolutamente certo”.¹²⁴ E isso, no que diz respeito ao conhecimento necessário, é suficiente para se aferir a responsabilização criminal.

Vale especificar. Charles Jewell foi abordado em um bar, no México, na fronteira com os Estados Unidos. Certa pessoa ofereceu a ele maconha, que Charles recusou. Posteriormente, a ele foi perguntado se poderia dirigir um carro, atravessando a fronteira, por

¹²¹ Cortes estadunidenses análogas aos nossos Tribunais Regionais Federais. O *9th Circuit* é o que conta com mais jurisdicionados. Para maiores informações, vale consultar o site do *Federal Judicial Center*, <http://www.fjc.gov>, uma *agency* norte-americana cujo fim é a pesquisa e a educação a respeito das *United States federal courts*.

¹²² SARCH, Alexander. Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law. *St. John's Law Review*, [s. l.], v. 88, n. 4, out. 2015, p. 1.025.

¹²³ HAMDANI, Assaf. Mens rea and the cost of ignorance. *Virginia Law Review*, [s. l.], v. 93, n. 2, abr. 2007, p.452/453.

¹²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Jewell*. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

§ 100. Charles aceitou. Não surpreendentemente, o carro foi parado na fronteira, encontrando-se quase 50 quilos de maconha em um compartimento secreto no veículo.

Charles Jewell, agora acusado, afirmou que não sabia que no carro havia drogas. No entanto, os jurados poderiam inferir que haveria *circumstantial evidence* – que, para fins meramente lúdicos, pode ser relacionado ao nosso conceito de prova indiciária - de que ele tinha conhecimento desse fato específico. De uma forma ou de outra, restou provado que Jewell sabia da existência do compartimento secreto e que conhecia outros fatos que indicariam que lá se encontrava determinada droga. Além disso, haveria prova de que ele teria evitado, propositadamente, inteirar-se da situação do carro.¹²⁵

Continua o *9th Circuit*, prefaciando que “esta é a análise adotada pelo *Model Penal Code*”.¹²⁶ Segundo esse julgado, “quando *knowledge* da existência de determinado fato é um elemento do tipo, esse *knowledge* pode ser considerado estabelecido se uma pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência”.¹²⁷ A ressalva que se faz é que essa norma não incide se o acusado “realmente acreditar que esse determinado fato não existe”.¹²⁸ Ao fim, pontua que esse fenômeno é o que “doutrinadores britânicos chamaram de *willful blindness*”,¹²⁹ ou seja, “o caso no qual o ator que está ciente da provável existência de um fato relevante mas não se assegura de que esse fato não existe”.¹³⁰

Aqui, abre-se um parêntese para sintetizar a visão inglesa. Nesse sistema, também se utiliza a *wilful blindness* (veja-se: “*wil*”, e não “*will*”) como um substitutivo do conhecimento. Nesse sistema, no entanto, sobressai a motivação como fator determinante na distinção entre *wilful blindness* e *recklessness*. O primeiro age deliberadamente para evitar a

¹²⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Jewell. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

¹²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Jewell. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

¹²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Jewell. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

¹²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Jewell. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017. Essa ressalva, vale salientar, pressupõe um elemento volitivo, o que também se mostra ser uma razão pela qual não há falar em dolo a partir, tão somente, de elementos cognitivos.

¹²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Jewell. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

¹³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Jewell. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

confirmação de suas suspeitas, ao passo que o segundo não conta com essa motivação específica.¹³¹ É a orientação tripartida acima explicitada.

Wilful blindness is employed in both Scots and English criminal law as a proxy for knowledge (or, perhaps more accurately, a means of circumventing difficulties in proving knowledge [aspecto tratado no terceiro capítulo]). It is nevertheless a close relation of recklessness, a fact that has led some commentators and judges to conflate the two concepts. The reckless and the willfully blind actor will both be consciously aware of a (conscious or preconscious) belief that there is a risk of a certain consequence or circumstance materializing. The important difference, which is often underplayed, is the motivational set-up of these two actors. The reckless accused is insufficiently motivated with regard to the risks attendant upon her conduct because she does not value sufficiently the interests that she threatens. The willfully blind actor is positively motivated to avoid the confirmation of her suspicions; she will neglect to investigate the risks attendant upon her conduct where a properly-motivated person would, for fear that she will acquire knowledge that she would rather not have. In the criminal context, this is usually knowledge that the accused is participating in criminal behavior (for instance, drug smuggling).¹³²

Veja-se que, mesmo que se trate de uma orientação tripartida, a motivação nela posta não é limitada ao querer se evadir da responsabilização criminal, senão apenas se evadir de conhecer algo que se prefere não conhecer. No mais, essa orientação, presente no ordenamento inglês, já foi acima tratada quando se falou da orientação dos outros *Circuits*.

Nesse sentido, faço alusão à prática inglesa por uma simples razão: os trabalhos a respeito da cegueira deliberada apontam sua origem naquele sistema, em caso julgado em 1891.¹³³ É apenas um dado histórico, sem quaisquer ulteriores consequências para esse trabalho, portanto. Apenas, curiosamente, vale salientar que todos esses trabalhos que citam esse julgado de 1891 se utilizam, como fonte histórica, de um só artigo, datado de 1990, o

¹³¹ STARK, Findlay. *Culpable Carelessness: Recklessness and Negligence in Scots and English Criminal Law*. 2011. Tese (Doutorado) – University of Edinburgh. Disponível em: <http://bit.ly/2gW8vdY>. Acesso em: 10 set. 2017, p. 228.

¹³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Jewell*. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017. Traduzindo: “a cegueira deliberada é empregada tanto no Direito inglês quanto no direito escocês como um *proxy* para o conhecimento (ou, talvez mais precisamente, como um meio de se contornar as dificuldades de se provar o conhecimento. Ela está, não obstante, muito próxima do descuido, um fato que levou alguns comentadores e juízes a confundir esses conceitos. O descuidado e o deliberadamente cego estarão, ambos, cientes (ou prescientes) de uma crença de que há um risco de determinada consequência ou circunstância se materializar. A diferença importante, que normalmente é subestimada, é a motivação de ambos os sujeitos. O descuidado está insuficientemente motivado a respeito do risco de sua conduta, pois ele não valora suficientemente os interesses que ele ameaça. O deliberadamente cego está positivamente motivado para evitar confirmar suas suspeitas; ele negligenciará investigar os riscos de sua conduta, em casos que uma pessoa devidamente motivada o faria, por medo de que, ao assim fazer, adquirirá conhecimento que ele preferiria não ter. No contexto criminoso, isso usualmente diz respeito a conhecimento de que se está a participar em condutas ilícitas.

¹³³ É o caso *R. v. Sleep*. As referências estão em SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 76/77; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 65/66; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos Julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], v. 122, p. 255-280, set./out. 2016.

qual também está citado aqui.¹³⁴ Respeitosamente, os trabalhos referidos manteriam sua higidez sem essa citação. Além disso (sem colocar em dúvida a seriedade do pesquisador de 1990) não assumo o risco de fazer essa mesma afirmação a respeito da ocorrência do primeiro caso de cegueira deliberada com base em um artigo escrito quase um século depois.¹³⁵ De uma forma ou de outra, como referido, a referência histórica, para o fim desse trabalho, é igualmente despicienda. Não obstante, está ela feita.

Mas, mais interessante do que afirmar que um caso de 1891 possuiria alguma relevância ao desenvolvimento atual do tema é traçar a origem do conceito de *mens rea*, a qual serve para elucidar o que dito até agora.

De início, constata-se que, no âmbito inglês, a palavra que se referia à atitude criminosa (*felony*) implicava, em si, certa malícia, certo teor negativo a respeito da mente do sujeito, sendo, assim, a antítese de acidente ou de desventura. A *felony* possuía algo a mais.¹³⁶ Era, em outras palavras, a conjugação do objetivo e do subjetivo em um só significante. A essência era vista a partir da *guilty mind*. No entanto, curiosamente, o que poderia se referir a isso era extraído de presunções a partir do senso comum.¹³⁷

The term ‘guilty mind’, our ‘guilty intent’, when used in this context, is not capable of precise definition; for the courts have, from the earliest times, applied common sense rules in determining when such a state of mind exists. Thus, if a person commits a criminal act, such as poisoning another person’s food, and there is evidence from the surrounding circumstances, or from his declared motives, that he intended to kill the other person, his guilty state of mind may reasonably be inferred.¹³⁸

Ainda, a respeito da visão da culpa que se propõe neste trabalho, também é relevante salientar a narrativa histórica a respeito do trato inglês dos ébrios: “a embriaguez era mais agravante do que uma desculpa, pois a falta de vontade era autoinflingida”,¹³⁹ Então, “aquele

¹³⁴ ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as Criminal Mens Rea. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. [s. l.], v. 81, n. 2, 1990.

¹³⁵ Infelizmente, não logrei acesso à fonte original. Não obstante, caso o leitor se interesse por uma perspectiva que se afirma pretensamente histórica, Spencer Toth Sydow traz cinco “fases históricas da teoria da cegueira deliberada: (a) o início da teoria, no caso *Regina v. Sleep*; (b) o caso *Spurr v. United States*; (c) a aplicação baseada no Model Penal Code; (d) o caso *Jewell v. United States*; e (e) o caso *Globaltech Appliances Inc vs. SEB*” (SYDOW, Spencer Toth. SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 86)

¹³⁶ BAKER, John. *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 1979, p. 426.

¹³⁷ BAKER, John. *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 1979, p. 426.

¹³⁸ JAMES, Philip. *Introduction to English Law*. London: Butterworths, 1989, p. 175. Traduzindo: “o termo ‘mente culpada’ ou ‘intenção culposa’, não pode ser definido precisamente; as cortes, desde tempos antigos, aplicam regras do senso comum para se afirmar a existência desse estado mental. Então, se uma pessoa pratica um ato criminoso, como envenenar a comida de outra pessoa, e há prova, pelas circunstâncias ou pelos motivos declarados, de que esse sujeito pretendia matar a outra pessoa, seu estado mental culposos pode ser inferido.

¹³⁹ BAKER, John. *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 1979, p. 427. Novamente, atente-se para o fato de que a vontade importa.

que matou bêbado, sóbrio deve ser enforcado (*he that killeth a man drunk; sober shall be hanged*)”¹⁴⁰. Analogamente, com o perdão da poesia, aquele que se cegou deliberadamente, de olhos abertos deve ser condenado.

Por fim, ainda a respeito da prática inglesa, quanto à prova, não há como se falar em um teste para se determinar a existência de uma *guilty mind*.¹⁴¹ Efetivamente, o sistema coloca nas mãos dos jurados a definição disso, pois, de um lado, proíbe a afirmação de culpa apenas pela probabilidade do resultado típico ocorrer e, de outro, impõe que se deve decidir à luz de todas as provas trazidas.¹⁴² Esse proceder é caro, conforme se verá no capítulo 3. Fecha-se parêntese.

Em síntese, dando concretude ao que previsto no MPC, para o sistema norte-americano, é suficiente para se qualificar um acusado de *knowledgeable* a existência de um grau de conhecimento segundo o qual “o acusado está ciente da alta probabilidade do fato em questão, mas evita, deliberadamente, seu esclarecimento”.¹⁴³ Nisso está a *willful blindness*.

A questão posta, então, versa sobre a possibilidade de se equiparar essa situação a conhecimento, *knowledge*. Entendeu possível o *9th Circuit*, pois: (i) o delito específico não exigiria *positive knowledge* (veja-se: outro grau de grau de estado mental, que seria maior do que *high probability*), (ii) o *Drug Control Act* seria ineficiente se o exigisse e (iii) ambas as situações são igualmente culpáveis, tanto a prevista como *knowledge* como a prevista como *willful blindness*. Aqui está a comparação feita com o grau nomeado de *knowledge*: ela se dá na culpabilidade. Saliente-se: ela se dá na culpabilidade, e não nos seus requisitos de preenchimento.

Assentou o *Circuit*, nesse sentido, que a premissa das instruções de *willful blindness* é que “aquele com uma deliberada finalidade antissocial em mente [...] pode deliberadamente ‘fechar seus olhos a fim de evitar conhecer o que, de outra forma, seria óbvio’”.¹⁴⁴ Por essa razão, é que se entende que, nesses casos, a “pessoa age em seu próprio risco a esse respeito, e

¹⁴⁰ BAKER, John. *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 1979, p. 427.

¹⁴¹ JAMES, Philip. *Introduction to English Law*. London: Butterworths, 1989, p. 176.

¹⁴² JAMES, Philip. *Introduction to English Law*. London: Butterworths, 1989, p. 176.

¹⁴³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Jewell*. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

¹⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Jewell*. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

é, então, tratada como se possuísse *knowledge* dos fatos como, posteriormente, eles são revelados”.¹⁴⁵

O entendimento se consolidou, no âmbito do *9th Circuit*. Em 2007, decidindo o caso *United States v. Heredia*, o Tribunal afastou o terceiro desses requisitos,¹⁴⁶ deixando clara a orientação bipartida. Desse julgado, cumpre trazer o seguinte excerto, mantido na língua original: “[a] *willful blind defendant is one who took deliberate actions to avoid confirming suspicions of criminality*”.¹⁴⁷ Ao contrário, “[a] *reckless defendant is one who merely knew of a substantial and unjustifiable risk that his conduct was criminal; [...]*”.¹⁴⁸

A moldura fática é a seguinte: Carmen Heredia, enquanto dirigia entre Nogales e Tucson, foi parada em um *checkpoint* da *Border Patrol*. No carro, encontrava-se não só Carmen, mas também seus dois filhos, sua mãe e uma tia. O agente da *Border Patrol*, ao interpelar Carmen, sentiu um forte cheiro de perfume. Então, um segundo agente abriu o porta-malas e encontrou por volta de 150kg de maconha, envoltos em lenços umedecidos, utilizados, aparentemente, para mascarar o odor da droga. Carmen Heredia foi, então, presa e a ela foi imputado o delito previsto no § 841, (a), (1), do *U. S. Code*, cuja redação é a seguinte:

(a) Unlawful acts - Except as authorized by this subchapter, it shall be unlawful for any person knowingly or intentionally—

(1) to manufacture, distribute, or dispense, or possess with intent to manufacture, distribute, or dispense, a controlled substance;¹⁴⁹

¹⁴⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Jewell*. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

¹⁴⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Heredia*. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017.

¹⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Heredia*. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017. Traduzindo: “um acusado deliberadamente cego é aquele que agiu para evitar confirmar as suspeitas de criminalidade”.

¹⁴⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Heredia*. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017. Traduzindo: “um acusado deliberadamente cego é aquele que agiu para evitar confirmar as suspeitas de criminalidade. Um acusado descuidado é alguém que meramente sabia de um risco substancial e injustificável de que sua conduta era criminoso”. A alusão ao simples risco como indicação de *recklessness* mostra, como adiante demonstrado (subcapítulo 3.2.), que o conhecer o risco da conduta não é suficiente para, analogamente, afirmar-se dolo eventual.

¹⁴⁹ Traduzindo a norma, livremente: “exceto nas hipóteses deste subcapítulo, é ilegal que qualquer pessoa, conscientemente ou intencionalmente, manufature, distribua, administre, ou possua com o intuito de manufaturar, distribuir ou administrar uma substância controlada”.

Abre-se um parêntese: veja-se a necessidade específica do grau de *culpability*, *knowingly* ou *intentionally*, ao qual o tipo, especificamente, faz referência. Fecha-se parêntese.

Continuando: no momento de sua prisão, Carmen Heredia afirmou que havia sentido um cheiro de detergente no carro – que não era dela, mas sim de sua tia -, perguntando, então, a ela, sua tia, qual a origem desse cheiro. Sua tia, Belia, por sua vez, a ela explicou que havia derramado amaciante no carro, dias antes. Carmen afirmou ao *DEA Agent* que não havia acreditado nessa explicação.

Em julgamento, posteriormente, Carmen Heredia confirmou o que havia dito, complementando que havia ido com sua mãe ao dentista em Nogales e que estava retornando a Tucson no carro de sua tia, momento no qual foi abordada pela *Border Patrol*. Além disso, afirmou que havia suspeitado da existência de drogas no carro, pelo comportamento de sua mãe, que se mostrara alterada.

Com efeito, a mãe de Carmen se encontrava “visivelmente nervosa”,¹⁵⁰ além de estar carregando vultosa quantia em dinheiro. Ela, no entanto, dissera Carmen, não estava trabalhando no momento.

À luz desses fatos, os jurados foram instruídos nos termos da doutrina da *willful blindness*. O que a eles foi lido foi o seguinte:¹⁵¹

You may find that the defendant acted knowingly if you find beyond a reasonable doubt that the defendant was aware of a high probability that drugs were in the vehicle driven by the defendant and deliberately avoided learning the truth. You may not find such knowledge, however, if you find that the defendant actually believed that no drugs were in the vehicle driven by the defendant, or if you find that the defendant was simply careless.

O *appeal* de Carmen Heredia se cingia a dois pontos. Conforme o primeiro deles, a norma prevista no § 841, (a), (1), do *U. S. Code* diz, exclusivamente, com *actual knowledge*,¹⁵² não se satisfazendo com a *willful blindness*. Conforme o segundo deles, não havia situações fáticas suficientes para se dar as instruções aos jurados nessa forma, pois

¹⁵⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Heredia*. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017.

¹⁵¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Heredia*. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017. Traduzindo: “você(s) podem considerar que o acusado agiu conscientemente se verificarem, acima de qualquer dúvida razoável, que o acusado estava ciente da alta probabilidade de que as drogas estavam no veículo dirigido pelo acusado e ele, deliberadamente, evitou saber a verdade. Você(s) não podem, no entanto, inferir esse conhecimento, se verificarem que o acusado, na realidade, acreditava que não havia drogas no veículo dirigido pelo acusado, ou se verificarem que o acusado foi, simplesmente, descuidado”.

¹⁵² Analogamente, no Brasil, vale fazer referência à distinção entre conhecimento atual e atualizável, conforme subcapítulo 2.1.

inexistia alusão à motivação específica de se evadir da aplicação da lei como elemento necessário da *willful blindness*. Veja-se que da instância revisional não se buscou nova valoração da prova: buscou-se a revisão dos parâmetros dentro dos quais se analisou a situação fática posta.

A fim de se decidir o primeiro deles, pontuou o *9th Circuit* que “*knowingly*, em leis criminais, não está limitado a um conhecimento positivo [*positive knowledge*] mas também inclui o estado psicológico daquele que não possui conhecimento positivo pois, conscientemente, evitou-o”.¹⁵³ Assim, aplicando esse entendimento ao tipo acima transcrito, vê-se que se procura punir não só aqueles que possuem conhecimento positivo, mas também aqueles que não o possuem porque não querem possuir.

Em relação ao segundo deles, entrou-se no mérito da questão a respeito da obrigatoriedade de se explicitar aos jurados a necessidade de motivação específica, consubstanciada em se evadir da aplicação da lei, a fim de se afirmar a *willful blindness*. A decisão traz um histórico conturbado de casos em que se fez explícita menção a essa motivação e, também, de casos em que não se fez. No ponto, decidiu-se pela desnecessidade dessa motivação específica, pois a parte *willful* da *blindness* já a contempla, embora não se limite a se querer evadir da responsabilização criminal.

Consignou, ao fim, o *9th Circuit* que “a segunda parte da instrução – o requerimento de que o acusado tenha deliberadamente evitado conhecer a verdade – fornece suficiente proteção nessas situações”.¹⁵⁴ Ou seja, a própria parte *willful*, ou, em português, a parte “deliberada” é suficiente a fim de se promover a proteção dos acusados, sendo desnecessário que, no conceito, encontre-se a delimitação do porquê de se ter evitado conhecer determinado fato.¹⁵⁵ Em síntese, não se precisa especificar o que ensejou a voluntariedade do sujeito – a parte deliberada – desde que, claro, tenha ele, voluntariamente, praticado determinado ato. Esse *willful*, em si, já afastaria a configuração de *recklessness*.

Por fim, a respeito da instrução específica dada aos jurados, entendeu o *9th Circuit* ser ela legítima. Afirmou, em decisão que, pelo fato de *actual knowledge* ser “*inconsistent with*

¹⁵³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Heredia. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017.

¹⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Heredia. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017.

¹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Heredia. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017.

willful blindness”,¹⁵⁶ deve ser dada instrução específica a respeito dessa última. Foi além: dada a moldura fática acima narrada, poder-se-ia, plenamente, entender pelo preenchimento do próprio *actual knowledge*, e não só de *willful blindness* –embora a isso tenha se limitado a instrução fornecida.¹⁵⁷ Exhaustivamente analisando o tema, fez-se questão de pontuar que não se tratara de *recklessness* ou até de *negligence*, pois as instruções expressamente pontuaram a necessidade de se comprovar *beyond a reasonable doubt* que se teria “deliberadamente, evitado apreender a verdade”.¹⁵⁸

Como visto, a orientação do *9th Circuit*, a par de distinguir *willful blindness* de *recklessness*, torna desnecessária a constatação de motivação específica de se optar pelo desconhecimento, pois, afinal, fosse ela mantida, nos termos em que posto, “[levaria] a condenações em um pequeno número de casos, apenas naqueles em que absolutamente todas as circunstâncias indicavam a natureza criminosa da atividade”.¹⁵⁹

Até o momento, mantém-se hígida a previsão do MPC e o entendimento do *9th Circuit*. Por essa razão, os fundamentos até agora trazidos são o ponto de partida não apenas para nos aproximarmos de um conceito provisório de cegueira deliberada útil para a prática brasileira, mas também para entender o que implica qualificar um *defendant* de *willfully blind*.

A fim de sedimentar isso, cumpre trazer mais um julgado. O conceito, para a *Supreme Court* (SCOTUS) não é diverso desse definido para o *9th Circuit*, delimitado por dois requisitos: *deve-se acreditar que há uma alta probabilidade de que o elemento exista e se deve agir deliberadamente para se evitar conhecer esse elemento*.

A SCOTUS tratou da *willful blindness*, mas não o fez em um caso criminal. Fê-lo em caso de direito de patentes: *Global-Tech Appliances, Inc., et al. v. SEB S. A.* Não obstante a distinção de searas, o posicionamento da Corte é indicativo de como se tratará da matéria em eventual caso relacionado ao âmbito criminal. No ponto, consignou a Corte que *deliberate indifference* não é *willful blindness*, sendo que essa, e não aquela, é critério suficiente para se considerar o conhecimento de infringência de determinada patente. Sinteticamente, afirma-se que: *(i) a premissa da willful blindness é a equivalência de culpa entre aquele que conhece e*

¹⁵⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Heredia*. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017.

¹⁵⁷ Mais uma vez, como visto, em princípio e analogamente, não há nada que impeça a configuração de dolo direto de cegueira deliberada. Sobre a impossibilidade disso, no entanto, ver subcapítulo 2.2.

¹⁵⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Heredia*. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017.

¹⁵⁹ HAMDANI, Assaf. *Mens rea and the cost of ignorance*. *Virginia Law Review*, [s. l.], v. 93, n. 2, abr. 2007, p. 452.

*aquele que escolhe não conhecer; que (ii) a willful blindness é bipartida, pois deve o acusado acreditar que há a alta probabilidade da ocorrência de determinado fato e deve agir, deliberadamente, para evitar ulteriores conhecimentos a respeito do fato.*¹⁶⁰

Por certo, nos Estados Unidos, objeções há a respeito da possibilidade de se afirmar *knowledge*, como legalmente definido, a partir de *willful blindness* como legalmente, doutrinariamente e judicialmente reconhecido.¹⁶¹ Com efeito, se há definição legal do que é conhecimento e há definição legal de quatro graus de conhecimento, mostra-se, no mínimo, contraditório – e atentatório à própria *culpability* – que se equipare um grau de conhecimento menor a um grau de conhecimento maior, como faz o MPC.

Igualmente, pode-se objetar a respeito da distinção de *standards* probatórios: como se pode afirmar ser suficiente a *high probability*, a alta probabilidade da existência de um fato, se o juízo penal tem por *standard* probatório a dúvida razoável? São objeções pertinentes as quais impulsionam o debate do instituto.

¹⁶⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Global-Tech Appliances, Inc., et al. v. SEB S.A.* 31 maio 2011. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>. Acesso em 24 abr. 2017. “(a) The doctrine of willful blindness is well established in criminal law. Many criminal statutes require proof that a defendant acted knowingly or willfully, and courts applying the doctrine have held that defendants cannot escape the reach of these statutes by deliberately shielding themselves from clear evidence of critical facts that are strongly suggested by the circumstances. The traditional rationale for the doctrine is that defendants who behave in this manner are just as culpable as those who have actual knowledge. This Court endorsed a concept similar to willful blindness over a century ago in *Spurr v. United States*, 174U. S. 728, 735, and every Federal Court of Appeals but one has fully embraced willful blindness. Given the doctrine's long history and wide acceptance in the Federal Judiciary, there is no reason why the doctrine should not apply in civil lawsuits for induced patent infringement under § 271(b). (b) Although the Courts of Appeals articulate the doctrine of willful blindness in slightly different ways, all agree on two basic requirements. First, the defendant must subjectively believe that there is a high probability that a fact exists. Second, the defendant must take deliberate actions to avoid learning of that fact. These requirements give willful blindness an appropriately limited scope that surpasses recklessness and negligence”. Traduzindo: “A doutrina da cegueira deliberada está bem estabelecida no Direito Penal. Muitas normas penais exigem a prova de que um acusado agiu conscientemente ou propositadamente, e os Tribunais que aplicam a doutrina consideraram que os acusados não podem escapar ao alcance dessas normas, escudando-se de, negando-se a ver, evidências claras de fatos críticos que são fortemente sugeridas pelas circunstâncias. O raciocínio tradicional da doutrina é que os acusados que se comportam dessa maneira são tão culpados quanto aqueles que, efetivamente, têm conhecimento real. Esta Corte patrocinou um conceito semelhante à cegueira deliberada há mais de um século em *Spurr v. Estados Unidos*, 174U. S. 728, 735, e todas as *Federal Court of Appeals*, a exceção de um, adotou plenamente a cegueira deliberada. Dada a longa história da doutrina e ampla aceitação no Judiciário Federal, não há razão para que a doutrina não se aplique em processos civis por violação de patente, nos termos do § 271 (b). (b) Embora as *Courts of Appeals* articulem a doutrina da cegueira deliberada de maneiras ligeiramente diferentes, todas contam com dois requisitos básicos. Em primeiro lugar, o acusado deve acreditar subjetivamente na alta probabilidade de existir determinado fato. Em segundo lugar, o acusado deve tomar medidas deliberadas para evitar maiores conhecimentos a respeito desse fato. Esses requisitos conferem à cegueira deliberada um alcance apropriadamente limitado que supera o descuido e a negligência”.

¹⁶¹ ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as Criminal Mens Rea. The Journal of Criminal Law and Criminology. [s. l.], v. 81, n. 2, 1990, p. 224.*

No Brasil, no entanto, não se lida com conhecimento e vontade como graus de *culpability*. Lidamos com elementos subjetivos do tipo. Legalmente, lidamos com dolo direto, dolo eventual e culpa.

Alocamos as situações, os estados mentais, de forma distinta. Essas objeções, portanto, não fazem parte desse trabalho, pois, no Brasil, trabalhamos com outras categorias.

Igualmente, a objeção a respeito da contradição sobre os *standards* probatórios não faz parte desse trabalho, pois não encontramos graus probatórios legalmente definidos. O problema que, eventualmente, teríamos de nos deparar é considerarmos a alta probabilidade do conhecimento como elemento do conceito de cegueira deliberada, o que não se fará.¹⁶²

Feitas essas ressalvas, mesmo à luz dessas distinções entre os institutos, podemos aproveitar as seguintes constatações da experiência norte-americana e inglesa: (i) *faz-se necessário um elemento volitivo na imputação subjetiva; a par disso (ii) não há conhecimento absoluto, pois (iii) o conhecimento pode ser graduado e provado; (iv) a willful blindness é um grau desse conhecimento, que (v) vai além do que se entende por recklessness, e (vi) é tão culpável quanto knowledge.*

Assim, com isso em mente, pode-se provisoriamente afirmar o seguinte: *a cegueira deliberada é a qualificação de um estado de conhecimento e de vontade que indica, acima de qualquer dúvida razoável, a assunção de risco pelo sujeito a partir da constatação de que ele, deliberadamente, não buscou incrementar seu conhecimento a respeito da ocorrência de determinada situação fática subsumível a determinado elemento do tipo, a ele atribuível.* Em outras palavras, *afirmar cegueira deliberada é afirmar uma situação fática específica de dolo eventual, na qual o sujeito prefere manter seu menor grau de conhecimento, muito embora seja o fato criminoso a essa sua conduta objetivamente imputável.*

Essa é, ludicamente, a tradução, para nossos termos, para o ordenamento brasileiro, do que se entende ser a *willful blindness*. É com esse conceito que trabalharei nos próximos capítulos, sedimentando-o, mas, mais especificamente, pormenorizando o arcabouço teórico do qual ele é fruto.

¹⁶² O capítulo 3 aborda com maior vagar esse ponto.

2 A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

“Itaro, se pudesse, gostaria de o ver morto. Depois, pensava, se pudesse, gostaria de o matar. Por seu lado, Saburo, sentimental, pensava que, se pudesse, gostaria de matar o artesão. Depois, ponderava e pensava que gostaria de o ver morto”
(Valter Hugo Mãe)

Cegueira deliberada é fenômeno indicador de dolo eventual. Assim, é de rigor que se exponha, antes e por primeiro, o que se entende por dolo e por dolo eventual. É o que se faz nesse capítulo.

Aparentemente, trata-se de revisão do tema. Não é. Esse capítulo conta com outra proposta. O objetivo é fazer constar uma concepção normativa de dolo e uma concepção de dolo eventual dentro dessa moldura: entender, portanto, esses institutos como imputação e valoração, e não como se fossem dados existentes no mundo, como uma cadeira ou um livro.

Aliás, adiante-se que este parece ser o ponto-cego do finalismo: embora conte com uma gramática adequada para a compreensão do fenômeno, naturaliza-o, não como presunção clássica, mas sim como aspecto psicológico intangível.¹⁶³ Transforma-o, efetivamente, em aspecto interno inefável, o que não coaduna com um instituto que se pretende ver aplicado na prática.

Assim, a interpretação que faço do dolo neste trabalho foge de um viés psicológico. Com efeito, o dolo, para fins deste trabalho, é conceito normativo, sendo útil falar em estados mentais apenas como aproximações da ideia de dolo, mediado pelo juízo fático probatório, e não propriamente, como se, efetivamente, esses estados existissem.

Essa concepção já vai de encontro ao que normatizado em termos do MPC, pois em demasia referenciado a aspectos internos do sujeito. No entanto, a gramática do dolo, como conhecimento e vontade, ainda assim deve se fazer presente a fim de se limitar a imputação subjetiva. Nesse sentido, conhecimento e vontade fornecem uma primeira aproximação ao que se faz necessário a fim de se falar em dolo. Mas não esgotam o tema.¹⁶⁴

Essas minudências estarão explicitadas no primeiro subcapítulo. Nele, descreverei o que se entende por dolo psicológico e quais são as propostas vinculadas ao dolo normativo. Essas propostas não se compatibilizam em termos absolutos, mas os seus termos, as suas gramáticas, são similares.

¹⁶³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p. 73.

¹⁶⁴ Ele é complementado, preenchido, por indicadores factuais. Ver subcapítulo 3.2.1.

O segundo subcapítulo é necessariamente derivado do primeiro. Falo de dolo eventual – termo também utilizado por aqueles que entendem o dolo em sua acepção psicológica – mas falo em termos normativos, vinculados a indicadores factuais cuja prova se faz possível, e não a graus de graus de estados mentais (psicológicos). Esse é, inclusive, o gancho para o terceiro capítulo: a necessária prova do dolo e, mais especificamente, a prova do dolo eventual (caso se queira, mais especificamente ainda, a prova de uma situação de cegueira deliberada). Por fim, não foge do escopo desse trabalho uma aproximação a respeito da distinção de dolo eventual e culpa consciente. Essa distinção, em termos psicológicos, mostra-se sutil, senão inexistente, o que faz salientar a necessidade de, também, trata-la sob termos normativos.

Esse capítulo, em síntese, é a premissa para se compreender a cegueira deliberada como indicadora de dolo eventual. Esse capítulo, portanto, trata, quase que exclusivamente, do Direito Penal e das contemporâneas – e não modernas, pois essa qualificação possui certa carga valorativa que não parece ser útil a este trabalho – interpretações a respeito do dolo.

É o segundo passo na direção da formulação de um conceito de cegueira deliberada, uma vez que o capítulo anterior serviu para fornecer o ferramental a ser utilizado durante esse e os próximos capítulos. Ou seja, partindo-se das constatações a respeito da *willful blindness* e da abertura à interpretação das normas penais, o que isso implica em interpretações a respeito do dolo e, mais especificamente, do dolo eventual, a partir da legislação brasileira? Só a partir disso é que poderemos conceituar a cegueira deliberada, e é essa a tônica dessa parte do trabalho.

2.1 DOLO COMO QUALIFICAÇÃO NÃO-MENSURÁVEL

Há muitas classificações a respeito de teorias do dolo. Diferentes autores colocam diferentes interpretações de diferentes trabalhos em diferentes caixas a fim de sistematizar o conhecimento, mormente no que diz com o dolo eventual.¹⁶⁵ Na ausência de melhor nome para essas caixas, acaba-se vinculando a interpretação feita a um determinado autor: “a visão de Fulano a respeito do tema”. Assim, propaga-se o conhecimento (ou uma interpretação dele).

¹⁶⁵ Ver COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97/152; PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El Dolo Eventual – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 238/634; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 430/446.

Neste trabalho, não me proponho a revisitar teorias dessa forma. Como já aludido na introdução, outros autores fizeram – e fazem – isso muito bem.¹⁶⁶ No entanto, a necessidade de alusão a ideias de outros autores se trata de etapa inescapável de um trabalho científico, pois, necessariamente, referenciado e embasado nessas visões.

Assim, disserto mais a partir do conteúdo da visão desses autores do que da análise do seu autor e de sua obra. Contextualizar quem fala é, sim, de vital importância - desde que isso não leve a um exacerbo de páginas que acabe por decair em alusões à autoridade. E contextualizações pertinentes estão em nota de rodapé, inclusive com remissões a obras correlatas e a outras partes desse texto que se possa encontrar algum conteúdo pertinente ao tema que se está a tratar.

Ou seja, para este trabalho, importa mais o que é enunciado e não, propriamente, quem enuncia. Um exemplo é elucidativo do que se pretende.

Hipoteticamente, determinado sujeito enuncia que fumar é prejudicial à saúde. Importa, a fim de se aferir a consistência e coerência do enunciado o fato de que o sujeito enunciatador é um fumante inveterado ou um representante comercial de uma empresa de cigarros? Não. Por que não? *Porque o que se avalia – e o que se avaliará neste trabalho – é a consistência e coerência do que enunciado, e não do sujeito que enunciou.*

Dito isso, esse subcapítulo é dividido em outros dois. O primeiro diz com as teorias do dolo, as quais são interpretadas como psicológicas ou normativas. Adianto que não parto dessa visão psicológica. No entanto, ela nos fornece termos para nos referirmos ao dolo. Em outras palavras, a interpretação a partir da gramática do conhecimento e da vontade não conduz, necessariamente, a uma visão psicológica, não se limitando a utilização dessas palavras à vinculação à teoria psicológica do dolo.

Nesse sentido, o segundo subcapítulo complementa o que referido. Com efeito, mesmo sendo o interno – psicológico – inacessível para o Direito, isso não significa que não possamos falar em indicadores factuais, objetivos, da ação dolosa, os quais guardam relação de pertinência com uma interpretação de conhecimento e uma interpretação de vontade, embora, saliente-se, não digam, propriamente, com uma teoria psicológica do fenômeno, a qual não é adotada nesse trabalho.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Ver segunda nota de rodapé.

¹⁶⁷ A diferença é tênue, mas, desde logo, vale salientar a incompatibilidade do que aqui será relatado com a visão de Luís Greco exposta no artigo “Dolo sem vontade”. Para esse autor, dentro de um corte psicológico, não faz sentido afirmar a vontade como pertencente ao conceito de dolo, pois “dolo é conhecimento” (GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º*

2.1.1 Dolo Psicológico e Dolo Normativo

Em primeiro lugar, afirma-se que o nosso sistema jurídico-penal adotou a visão finalista da ação,¹⁶⁸ pois, “[com] a reforma determinada pela PG/1984, a localização do dolo é efetivamente no interior do fato típico e não como um elemento da culpabilidade, segundo antigo e superado entendimento”.¹⁶⁹ Com efeito, “[além] da Reforma Penal de 1984, que agasalhou alguns de seus postulados, predominam largamente na doutrina e na jurisprudência nacionais as diretrizes finalistas”.¹⁷⁰

E com o que dizem essas diretrizes finalistas? É isso que se explicita com a primeira parte desse subcapítulo.

Ao descrever a seguir – talvez fastidiosamente – os conceitos finalistas, tenho um objetivo em mente: pontuar as similaridades entre as visões, a fim de albergá-las sob um rótulo: o dolo psicológico. Afinal, “dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal”.¹⁷¹

Assim, de início, pode-se afirmar que essas concepções psicológicas foram deflagradas a partir de uma visão pretensamente universal, “mais humana porque subjetivista”.¹⁷² Não por outro motivo, também se diz que o dolo “faz parte do universo

aniversário: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 889). Além disso, afirma esse autor que “conhecimento significa domínio” (GRECO, Luis. Dolo sem Vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 891). No entanto, reitera-se: a argumentação desse autor se dá no bojo de uma visão psicológica, pois, como ele próprio afirma, “o termo ‘vontade’ será utilizado no restante do texto em sentido exclusivamente psicológico-descritivo, e assim também o é no título do presente trabalho” (GRECO, Luis. Dolo sem Vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 888). Dentro de outro contexto – não psicológico -, afirma Eduardo Viana que ‘o elemento volitivo não resolve o problema da fronteira entre o dolo e a culpa, senão que o complica’ (VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 173). Não é essa a visão adotada nesse trabalho e, ainda que fosse, de conhecer determinados elementos que depois serão subsumidos a um tipo penal não se extrai, necessariamente, o domínio sobre esse fato criminoso, pois a vontade também é fenômeno que pode ser provado.

¹⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. Prefácio. In: WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*. São Paulo: RT, 2015, p. 21.

¹⁶⁹ HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. V. 1, T. 2. 7ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 533.

¹⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. Prefácio. In: WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*. São Paulo: RT, 2015, p. 21.

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 347.

¹⁷² WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 217.

psicológico do sujeito, [sendo] a gênese da sua vontade frente ao mundo real”.¹⁷³ É, pois, um elemento “natural, identificado com a vontade”.¹⁷⁴

Por natural, diz-se que no cerne desta teoria está a afirmação de que “a vontade deixa de ser um fator causal unidimensional, confundindo-se com os demais fatores naturais que operam no mundo externo, regido por uma causalidade cega, uma causalidade evidente”.¹⁷⁵ Igualmente, dadas as qualificações “naturais” dos elementos, crê-se na univocidade tanto do que se diz por ação quanto daquilo que se diz ser dolo.¹⁷⁶ Por essa razão, para a visão finalista, “o dolo representa a energia psíquica produtora da ação incriminada”.¹⁷⁷

O finalismo, portanto, nesses termos, empreende uma delimitação dos fatos e da ação humana,¹⁷⁸ cravada no sujeito e dele oriunda.¹⁷⁹ Com efeito, parte da completa identidade e correspondência entre conceito e o que o conceito refere.¹⁸⁰ Então, assim como não haveria distinção entre lei e norma, haveria completa identidade, sendo desnecessária qualquer interpretação, entre a imputação do dolo e o efetivo estado psicológico do sujeito, pois seria ele apreensível, assim como a lei nos seria, univocamente.¹⁸¹

Ou seja, consoante o finalismo, fala-se em dolo quando se fala na “vontade de realizar o tipo, guiada pelo conhecimento dos elementos do tipo objetivo necessários para a sua configuração”.¹⁸² “Em outras palavras, dolo é o conhecimento dos elementos que integram o fato típico e a vontade de praticá-lo, ou, pelo menos, de assumir o risco de sua produção”.¹⁸³

Para essa visão psicológica, o estado mental, o conhecer e o querer, é um fenômeno real, constatável, existente no mundo, cuja descrição pode ser feita – apreensível como apreendemos a existência de um livro ou de uma cadeira. É, efetivamente, “uma realidade ontológica, e existe como dado psicológico que compete ao jurista identificar”.¹⁸⁴

¹⁷³ WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 197.

¹⁷⁴ WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 199.

¹⁷⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 432.

¹⁷⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 130.

¹⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 7ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 119.

¹⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

¹⁷⁹ É análogo à univocidade entre texto e norma.

¹⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

¹⁸¹ Essa visão leva, inclusive, a uma certa presunção do agir doloso, o qual não necessitaria ser objeto de prova.

¹⁸² HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. V. 1, T. 2. 7ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 532.

¹⁸³ HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. V. 1, T. 2. 7ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 532.

¹⁸⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401.

Portanto, esse estado mental, psicológico, encontra realidade, pois domina o real e é o deflagrador da ação, típica ou não, afastando-a de uma concepção causalista.

Algumas conclusões podem ser tiradas do que até agora relatado. Essa perspectiva parte de algumas premissas. A primeira delas é que conhecer e querer são processos psicológicos concretos, regrados, que seguem um caminho determinado.¹⁸⁵ A segunda delas é que esses processos mentais são apreensíveis pelo processo penal.¹⁸⁶ A terceira delas – premissa que inclusive alberga as outras duas – é que não se mostra aceitável se afirmar a realização de determinado delito sem que se perquiria a respeito da efetiva adesão mental do sujeito àquela conduta objetivamente constatada.¹⁸⁷

Em síntese: essa visão finalista parte de uma “psicologia do pensamento”,¹⁸⁸ que promoveu “uma ruptura com a antiga psicologia mecanicista”.¹⁸⁹ É, portanto, uma visão dita ontológica ligada ao psicológico, pois se baseia em teorias “ontológico-fenomenológicas, que tentam realçar determinadas estruturas do ser humano e as converter em fundamento das ciências que se ocupam dos seres humanos”.¹⁹⁰

No entanto, essências não são apreensíveis em sua totalidade.¹⁹¹ São muito menos apreensíveis estados mentais. Esse entendimento do finalismo, assim, parte do “[desconhecimento] [de] que os conceitos que temos não são puros reflexos necessários da realidade, mas construções humanas baseadas em um consenso social contingente”.¹⁹²

Há um problema aqui, muito grave. A afirmação de que o dolo é uma entidade que existe como fenômeno psíquico careceu sempre de demonstração empírica. Para determinar o dolo a partir dessas considerações, seria necessário, acudir, de qualquer maneira, à mente do sujeito, para conhecer sua representação a respeito da situação concreta e conhecer, em essência, seu plano.¹⁹³

E esse conhecimento da mente do sujeito é impossível e impraticável para a ciência jurídica.¹⁹⁴ Dentro do limite e do escopo desse ramo, não há como se perquirir a respeito de

¹⁸⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 205.

¹⁸⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 205.

¹⁸⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 207/210.

¹⁸⁸ WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 07.

¹⁸⁹ WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 08.

¹⁹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 201.

¹⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

¹⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

¹⁹³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401.

¹⁹⁴ Com isso não quero afirmar que a mente do sujeito não seja o efetivo fim que se busca (pois, invariavelmente, a verdade é buscada no processo). Sobre isso, ver subcapítulo 3.1.1.

temas que mais dizem com a psicologia e com outras áreas do conhecimento.¹⁹⁵ Na prática, esse entendimento, ao fim e ao cabo, poderia ensejar uma simples responsabilização pelo ser (dentro do fato), e não, propriamente, pelo fato.

A crítica pode ser mais forte: “é evidente que nesse processo de valoração [de atribuição de elemento subjetivo] não se pode acudir a inverificáveis processos mentais ou psíquicos para descobrir o que se passava na cabeça do sujeito”.¹⁹⁶ Assim sendo, “todo esquema de imputação que pretenda basear a análise de responsabilidade sobre qualquer dado ontológico [psicológico] está dado, de entrada, ao fracasso”.¹⁹⁷ Ou seja, “[quando] se propõe um dolo como realidade ontológica [psicológica], não é possível esquecer que é necessário demonstrar quais são os meios que tornam possível a identificação do dolo como tal realidade”¹⁹⁸ e partindo da premissa psicológica, isso não se mostra possível.

Não obstante, a necessidade de se imputar a responsabilidade a alguém que, subjetivamente, investiu em determinada conduta se mantém.¹⁹⁹ Assim, pelo fato de que “a aproximação com o mundo está fundamentalmente dependente da linguagem utilizada para a ele nos referirmos”,²⁰⁰ sobressai a importância das visões normativas do dolo. Passa-se, então de uma visão cravada no sujeito para uma visão tendente a valorações sociais – é, comparativamente, o que se viu no primeiro capítulo a respeito da distinção entre teorias psicológicas e morais no sistema norte-americano.²⁰¹

¹⁹⁵ Curiosamente, há uma visão que denomino psicológica, porque infável, a respeito da cegueira deliberada. Spencer Toth Sydow propõe dois conceitos, que seriam diferentes em si. O primeiro desses conceitos seria uma “situação em que o Direito Penal se utiliza da imputação subjetiva e expande o conceito de dolo, abarcando situações exteriores às teorias clássicas do instituto e que regularmente não poderiam ser abarcadas no tipo subjetivo e utiliza esse esforço dogmático para atribuição de responsabilidade” (SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 62/63). É o que ele denomina “ignorância deliberada [...] [situação] em que alguém resolve se manter em circunstância real de desconhecimento, porém em situação de dúvida e, por isso, submete-se à avaliação de sua obrigação de conhecimento e eventual dever de cuidado” (SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 62). O segundo desses conceitos é uma “situação em que há intenção do agente desde o primeiro momento em se ver livre de responsabilidade (penal e outras) por algum ato e, pois, há verdadeira composição de estratégia para afastamento do conceito de dolo em sua vertente ‘consciência atual’” (SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 63). Ora, o primeiro caso é, sim, de dolo eventual, como adiante se verá. Igualmente, como adiante se verá, o segundo caso é uma descrição de dolo direto. Ambos, no entanto, partem eminentemente de referências ao interno do sujeito (“circunstância real de desconhecimento”, “situação de dúvida”, “intenção do agente”, “composição de estratégia”), insustentáveis em si para a prática jurídica e, como dito, infáveis. Nesse trabalho, afasto-me dessa visão.

¹⁹⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 396.

¹⁹⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 396.

¹⁹⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401.

¹⁹⁹ O contrário seria, efetivamente, cair em responsabilidade objetiva, essa sim, em termos penais, vedada (ver subcapítulo 4.1.1.).

²⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

²⁰¹ FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University, 1998, p. 84; CARVELL, Ian George; GREEN, Ernest Swinfen. *Criminal Law and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 1970, p. 12/13.

Essa visão encontra óbice na legislação pátria? Não. A concepção normativa, a seguir delineada, parte da gramática do CP (art. 18): a ação dolosa conta com conhecimento e vontade. Além disso, a possibilidade constitucional dessa visão se encontra delimitada no capítulo 4.

Nesse sentido, também se considerando as premissas estabelecidas no primeiro capítulo, é de se salientar que dolo não descreve nada, senão atribui, qualifica, determinadas características ao ato.²⁰² É dizer, está mal colocada a questão quando se trata de dolo como se se tratasse de determinado objeto, propriedade em si apurável e existente independentemente da ação que ele qualifica, para além daquilo a que se faz referência.

O conceito de dolo, obviamente, existe. No entanto, ele não se trata de propriedade tangível da ação penalmente relevante. Dolo não é quantificável e apreensível como, p. ex., o álcool do vinho (ainda que possamos afirmar que um vinho é alcóolico, e uma ação é dolosa). Dolo é qualificação, atribuição. *Assim como um quadro belo tem sua beleza como qualidade (e a beleza não é quantificável), uma ação dolosa tem o dolo como sua qualidade – e, também, o dolo não é quantificável.*²⁰³ Ou seja, *o enunciado de que determinada ação é dolosa é mais similar ao enunciado de que determinada pintura é bela e menos similar ao enunciado de que determinada bebida é alcóolica, pois, mesmo que ambos qualifiquem determinado objeto, no primeiro caso se trata de uma qualificação que não posso quantificar, ao passo que, na segunda, posso.*²⁰⁴ Em outras palavras, o dolo se atribui a um sujeito, utilizando-se, para tanto, de verificação empírica de indicadores dos quais se conclui por determinado estado mental.²⁰⁵

Os seguintes pilares podem ser constatados na visão normativa. Em primeiro lugar, a realidade não é dada, nem é inefável. É intermediada pela linguagem, interpretada e valorada.²⁰⁶ Em segundo lugar, pela constatação de que o que nos rodeia é necessariamente interpretado, com maior razão o é o dolo que, além de não ser um dado empírico, refere-se a conceito intangível, que, nesses termos, é imputado. O dolo não existe como existe uma

²⁰² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 657.

²⁰³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 657.

²⁰⁴ Por isso que, nesses termos, a pragmática não se esgota na probabilidade, pois não é quantificável. Ver subcapítulo 3.1.2.

²⁰⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 275.

²⁰⁶ DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

cadeira ou um livro; *o dolo existe como qualidade não-quantificável atribuída*.²⁰⁷ Em terceiro lugar, se o dolo é a qualificação de uma ação, – “a ação é dolosa” assim como “o quadro é belo”, necessita-se de elementos, indicadores, a fim de se subsidiar essa afirmação. Por essa razão é que o que se conceitua a respeito de prova e, mais especificamente, de prova do dolo, releva de importância e, nesse trabalho, é tema específico do terceiro capítulo.²⁰⁸

Esta perspectiva se justifica, em linhas gerais, por tentar ser, em primeiro lugar, respeitosa com os princípios próprios de um Estado democrático de Direito e, em segundo lugar, por buscar na racionalidade de nossa cultura jurídica a base do conteúdo dos conceitos jurídicos. Desde esta perspectiva, o Direito Penal seria a expressão da máxima formalização da resolução dos conflitos sociais orientada a possibilitar, precisamente, a referida solução com a ajuda de critérios normativos que evitariam algo por si só impossível: que o Juiz resolvesse o conflito com base em determinados conhecimentos com os que nem conta nem pode contar, como são aqueles referidos à psique do sujeito aos que ele, Juiz, evidentemente, não tem acesso.²⁰⁹

Como visto, não se mostra juridicamente factível ter acesso a processos mentais de outro ser humano. A isso, efetivamente, não se presta a ciência jurídica – ou sequer a sua prática. Por vezes – é de rigor que se reconheça – sequer o próprio sujeito tem acesso a esses processos mentais. Não obstante, faz-se necessário, como garantia de um sistema pretensamente justo, que se faça a necessária vinculação do ato objetivo ao componente subjetivo que o informou, sob pena de incorrerem em responsabilização objetiva de pessoas físicas, o que vai de encontro ao livre-arbítrio e aos mais comezinhos princípios que regem nosso sistema jurídico.

Por essas razões, pode-se afirmar que o dolo “não é um conceito ontológico e psicológico, senão normativo, que deve ser determinado pela ciência dogmática e pela jurisprudência por meio da interpretação do direito positivo”.²¹⁰ Mais além, não só por meio da interpretação do direito positivo, mas também por meios idôneos de provas admissíveis, valoradas acima de qualquer dúvida razoável, tendo em vista as regras de experiências e as subsunções a serem empreendidas a respeito da hipótese a ser analisada. Não é, portanto,

²⁰⁷ DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

²⁰⁸ DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

²⁰⁹ DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

²¹⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 16.

avaliação meramente jurídica, em abstrato, a partir de hipóteses normativas, senão – e principalmente – fática.

Abre-se parêntese. Há críticas a essa concepção de dolo normativo. Nos termos do que dito por Ramon Ragués i Vallès,²¹¹ o que até agora proposto não se trata, efetivamente, de uma visão normativa, senão de uma visão baseada no social, pois, para esse autor, é insustentável tornar norma critérios eminentemente fáticos, extraídos de situações individuais. Por isso, o que falado até agora seria social e não seria normativo.²¹²

Apesar dessa crítica, que parece dizer mais com preciosismos técnicos do que com preocupação a respeito da apreensão do fenômeno, opto por manter a referência ao dolo normativo como opção ao dolo psicológico, embora adira às conclusões do autor citado, que a qualifica como visão social do dolo. O fato de se tratar de uma visão guiada por situações fáticas específicas dela não suprime seu cariz atributivo. Fecha-se parêntese.

Como referido, o processo de valoração da conduta, em seu aspecto subjetivo, não se pode fazer valer de “inverificáveis processos mentais ou psíquicos”.²¹³ Nesse sentido, devemos nos fazer valer de atribuições externas de sentido àquela determinada conduta, contextualmente interpretada, pois, sendo o dolo uma forma grave de responsabilização subjetiva, não satisfaz as garantias constitucionais e os requisitos probatórios a sua lacônica constatação como se naturalmente estivesse presente em determinado ato.²¹⁴

Assim, de um lado, a seguinte assertiva faz soçobrar a visão psicológica, para a Ciência Jurídica: “se a intenção forma parte do aspecto interno da conduta, então nenhum fato externo constitui prova do fenômeno psíquico”.²¹⁵ De outro lado, uma visão normativa ao extremo nos levaria a um niilismo exacerbado: seria doloso apenas “aquilo que a sociedade tenha percebido na conduta do agente e do que está ela convencida”.²¹⁶ Estaríamos a um passo da responsabilização objetiva.

Com essa visão não se compactua, pois o que pretendo – e o que é premissa nesse trabalho - *é uma inferência do investimento subjetivo do acusado na conduta objetiva tida por*

²¹¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 323 e ss.

²¹² DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 320.

²¹³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 396.

²¹⁴ Como se de *felony* se tratasse (ver subcapítulo 1.2), como se no tipo objetivo estivesse, em si, presente o investimento subjetivo do acusado.

²¹⁵ MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, Dolo Eventual y Doble Efecto: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 61.

²¹⁶ MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, Dolo Eventual y Doble Efecto: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 72.

penalmente relevante, mediada por indicadores externos. Afinal, faz-se necessário encontrar parâmetros racionais de argumentação e de valoração, a fim de se manter rígido e justo o sistema jurídico. E, no ponto, isso é concretizado a partir dos atos externos, “os únicos que podem ser utilizados como prova juridicamente admissível”.²¹⁷

[O] se tratar de juízo de imputação não equivale a ser arbitrário [...]. A única possibilidade é mesmo imputar o dolo a partir da totalidade das circunstâncias externas. Essas circunstâncias externas é que são fatos e fundamento para a imputação do dolo, não o dolo mesmo.²¹⁸

É dizer, não se trata de se provar estados mentais, mas, invariavelmente, a imputação de dolo sempre “dependerá de uma demonstração objetiva da intenção subjetiva”.²¹⁹ É, inclusive por essa razão, que se realiza uma conceituação de cegueira deliberada que leve em consideração não só o Direito Penal, mas também o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal, a fim de se interpretar essas demonstrações objetivas.

Daí porque se vê que a atribuição de dolo não mais diz com a procura de determinada verdade real a fim de se perquirir a consciência do sujeito. Essa etapa do juízo valorativo tem por objetivo resolver o conflito posto ao exame do juízo, a fim de se satisfazer a necessidade de prolação de uma decisão justa, que, não obstante, conta, sim, entre seus valores informativos, com uma busca da verdade,²²⁰ mas não absoluta.²²¹

E isso é feito, via de regra, pela alusão ao ser humano médio. Com isso, quer-se afirmar que “a doutrina [atributiva] exige para poder imputar um ato a uma pessoa uma perspectiva *ex ante* que contemple o ato objetivamente”.²²² Ou seja, as decisões individuais, que, para essa visão, não mais se refere à posição cravada no psicológico, são agora vistas e valoradas objetivamente pelo julgador, de acordo com critérios necessariamente explicitados.²²³ Ou seja, determina-se o dolo “a partir do sentido social de sua conduta”,²²⁴ desde que judicialmente valorado e motivado. É, em outras palavras, a valoração jurídica da conduta conforme seu sentido social, mas não a valoração da conduta pela sociedade.²²⁵

²¹⁷ MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, Dolo Eventual y Doble Efecto: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 64.

²¹⁸ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 147.

²¹⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401.

²²⁰ Buscar a verdade, por certo, não significa alcançá-la. Buscar o investimento subjetivo, da mesma forma, por certo, não significa alcançá-lo. No entanto, ambos – a verdade, o investimento subjetivo – são pressupostos da legitimidade do processo (ver subcapítulo 3.1.1).

²²¹ MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, Dolo Eventual y Doble Efecto: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 66.

²²² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 19.

²²³ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 20.

²²⁴ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 148.

²²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 326.

Em síntese, com esse capítulo, esbocei uma crítica e uma afirmação. A crítica diz com a insuficiência de uma visão psicológica para a apreensão do fenômeno da ação dolosa. A afirmação é de uma proposta normativa, a partir de dados que se mostram mais apreensíveis do que certos estados mentais.

Assim o é pois não há falar em cegueira deliberada se nos atermos a aspectos psicológicos. *O conceito de cegueira deliberada não é cravado no sujeito, mas sim – e muito mais – em suas provadas escolhas deliberadas – a tautologia é um reforço argumentativo – a respeito de suas circunstâncias fáticas.* Isso, ao fim e ao cabo, traduz-se em elementos de prova de um agir doloso eventual.

Nesse contexto, é impossível afirmar que ao constatarmos cegueira deliberada estamos adentrando na mente do sujeito. Não estamos, pois, consoante a perspectiva aqui adotada imputa-se o conhecimento e o querer a partir desses referidos indicadores externos. *Afirma-se a qualidade, imensurável, de dolo na ação constatada.*

Daí porque soçobram as objeções a essa teoria cujo cariz definidor é a afirmação de que cegueira deliberada seria um meio de se evadir da prova do dolo, porque não se acessou os estados mentais do sujeito.²²⁶ Ora, os estados mentais do sujeito são, em si, inacessíveis! Trabalha-se, aqui, com valoração de aproximações válidas, tão somente. Esse abandono da absoluta correspondência entre o estado mental e o que externado é premissa para se falar em indicadores de dolo. Como já referido, a gramática do finalismo é útil a fim de se saber a que esses indicadores apontam: indicadores de conhecimento e indicadores de vontade. É o que se especifica no próximo subcapítulo.

2.1.2 Elementos e Indicadores do Dolo

As análises do dolo se centralizam em dois elementos: o conhecimento e a vontade. No entanto, “é tão falso que o dolo seja representação como que o dolo seja vontade: o dolo é representação e vontade”.²²⁷

Se a referência direta ao psicológico é insustentável, é necessário saber de quais elementos objetivos podemos extrair a qualidade dolosa de uma ação. Em outras palavras, se o dolo não pode ser descrito, “a aproximação do tema deve ocorrer de modo indireto, através de dados objetivos que cumpram os seguintes requisitos: seu caráter observável, sua

²²⁶ SILVA, Robson Galvão da; LAUFER, Christian. *A cegueira deliberada na lava-jato*. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/a-cegueira-deliberada-na-lava-jato-por-robson-a-galvao-da-silva-e-christian-laufer/>. Acesso em: 24 abr. 2017.

²²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 420.

exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão”.²²⁸ Para tanto, é necessário:

Demonstrar o perigo da situação concreta pra o bem jurídico, a representação do agente a respeito desse perigo e sua decisão a respeito da realização do mesmo. Mas, neste trabalho de identificação, é necessário ter em conta que tão somente a [própria] situação de perigo oferece dados descritíveis [...].²²⁹

A interpretação, no entanto, dessas situações de perigo – a própria qualificação da situação como perigosa, aliás – não é dada, senão reconstruída em juízo. E as reconstruções, como visto, tomam por premissa determinados significados intersubjetivados.

Essa necessidade parte não de uma constatação propriamente jurídica, mas sim de uma premissa genérica: “a dupla vinculação da pessoa com seu mundo”,²³⁰ que compreende não só o conhecer, mas também o querer. Veja-se: parte da gramática finalista – conhecer e querer -, mas não se tem ela por dada ou por diretamente extraída dos fatos: passa-se por um processo de interpretação.

Nesse sentido, indicadores do dolo fornecem maior previsibilidade no trato do tema. São “critérios concretos que [oferecem] justificações adequadas para a atribuição do dolo e que possam levar mais além dos resultados que se possa obter mediante a perspectiva psicológica do dolo”.²³¹ Esses indicadores, necessariamente, referem-se a aspectos fáticos, os quais podem ser objeto de prova no processo penal – distinto, portanto, de determinada visão psicológica, embora, como visto, seja utilizada a mesma gramática.

Ou seja, o dolo, “definitivamente, não ‘é’ um fato, mas uma atribuição, ou seja, a exata atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, na qual se expressam simultaneamente conhecimento e vontade”.²³²

Dito isso, vontade sem conhecimento não é vontade, é desejo – e desejo não é fenômeno penalmente relevante (para esse trabalho), pois dolo é. E dolo é vontade e conhecimento. E conhecimento sem vontade, sob nenhuma hipótese, é assumir um risco, critério mínimo para a atribuição de dolo eventual. Afirmar a existência, ou não, de conhecimento de determinado fenômeno nada de juridicamente relevante nos diz, em si. Em

²²⁸ BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: _____ (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 70/71.

²²⁹ BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: _____ (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 71.

²³⁰ DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normatização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

²³¹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 404.

²³² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 406/407.

outras palavras, a existência de conhecimento não é, em si, definidor de uma ação dolosa, pois nenhuma palavra nos diz sobre a vontade.

Lado outro, quanto ao conhecimento, cumpre, desde logo, trazer um aspecto a respeito do tempo do conhecer. Na gramática finalista, o que se verifica é que as diferentes falas sobre ele, o tempo, indicam - mais do que certeza e verdade a respeito de sua definição – certos parâmetros a fim de se concretizar a valoração do dolo. Embora a “mera possibilidade de conhecimento (chamada ‘conhecimento potencial’) não [pertença] ao dolo”,²³³ o conhecimento efetivo pode ser atualizável.²³⁴

Essa aproximação, em termos abstratos, não parece se mostrar de muita utilidade. Efetivamente, não é, senão para se pontuar a tentativa de se graduar o conhecimento. Muito respeitosamente, como se pode distinguir, em um processo judicial, que determinado conhecimento era potencial ou atualizável? Não parece ser empiricamente plausível delimitar o elemento cognoscitivo nesses termos, porque demasiado interno.

No entanto, um dos pontos mais importantes dessa aproximação é que essa diferença não deve ser interpretada como graus de estados mentais; ela serve, tão somente, para se pontuar que o conhecimento não necessita ser atual, podendo ser atualizável.²³⁵ Essa diferença é empiricamente sustentável: o conhecimento no momento da consumação é distinto do conhecimento em momentos anteriores a sua ocorrência.

Não por outra razão, entende-se que o dolo – e não só o conhecimento, veja-se – não é necessário no momento consumativo, mas sim “durante a realização da ação que desencadeia o processo causal típico”.²³⁶ Afinal, um conhecimento no sentido de “pensar expressamente nisso, parece contradizer a psicologia da vida cotidiana, porque as ações humanas (em especial as ações criminosas) não são o resultado de refletida ponderação”.²³⁷

Hoje, admite-se que o conhecimento dos elementos objetivos do tipo pode existir como consciência implícita no contexto das representações do autor, segundo a fórmula da chamada co-consciência: [...]. [Ou seja], o conhecimento constitutivo do dolo poderia existir sob forma de pensamento em coisas – ou sob forma de linguagem reduzida, em que um sinal linguístico evoca um complexo de

²³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 421.

²³⁴ “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” (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A Punição da Culpa a Título de Dolo: O problema da chamada “cegueira deliberada”*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 211).

²³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 421.

²³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 7ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 147/148.

²³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 7ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 152.

significados -, sem necessidade de existir na forma de pensamento em palavras, como, por exemplo, esta coisa é alheia (no furto), ou eu atuo como advogado (no patrocínio infiel) etc.²³⁸

É portanto, uma explicitação do requisito a ser provado quando determinado juízo valorativo deve ser feito, mormente em relação à cegueira deliberada, cuja atualização do conhecimento é um dos critérios determinantes na indicação de uma ação dolosa. Exemplificativamente, o leitor, via de regra, ao ler determinado texto, não focaliza seu conhecimento em quem o escreveu ou qual o seu total de páginas, mas não há como negar que conheça essas informações. Se esse conhecimento é potencial ou atualizável, desconhece-se. No entanto, ele, claramente, não é atual e isso nada impede de se afirmar o conhecimento do leitor a respeito desses termos.

Salientado esse aspecto, em relação ao conhecimento, “é necessário por em relação as regras sociais que definem a ação como uma das que interessam ao Direito Penal em relação às competências do autor, ou seja, às técnicas que o autor domina”.²³⁹ Daí porque, “em um procedimento puramente axiológico e não através do intento de buscar inacessíveis dados psicológicos, ‘poderemos determinar o que o autor sabia’”.²⁴⁰

A partir disso, o conhecer não mais diz com o estado mental de saber, mas sim com o que a interpretação dos fatos pode nos dizer a respeito da bagagem de conhecimento do sujeito.²⁴¹ *Ou seja, o conhecimento não se trata mais de estado mental a respeito de determinado elemento do tipo. Trata-se, sim, de aferição do que o sujeito tinha à sua disposição a fim de tomar determinada decisão.*²⁴²

Com efeito, só podemos falar em ação dolosa se valorarmos, na ação, “um compromisso de atuar do autor”.²⁴³ Necessitamos, então, primeiro, fixar os parâmetros aos quais compararemos determinada conduta do sujeito, a luz das técnicas que dominava e de seu constatável aprendizado – códigos sociais, jurídicos ou não -. Só assim – e só a partir da

²³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 7ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 152.

²³⁹ BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: _____ (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 76.

²⁴⁰ BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: _____ (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 76.

²⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

²⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

²⁴³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

visão do que é externo -, que se pode determinar o segundo passo, a vontade, e, ao fim, imputar dolo a uma determinada conduta.²⁴⁴

Ou seja, o conhecer, definitivamente, não está na cabeça do sujeito: para a prática jurídica, não é um processo mental interno. Por isso, pensar é essencialmente atividade de operar com palavras. Quando falamos em conhecimento, não estamos a analisar o pensar interno, senão o conceito de conhecer e, assim, as aplicações desse conhecimento.²⁴⁵ Assim, pode-se afirmar um saber, um conhecer, para além de um interno incognoscível: “é possível afirmar-se a ideia do saber, não como processo interno, mas como competência, aprendizagem, treinamento, domínio de uma técnica”.²⁴⁶

Em outras palavras – e exemplificativamente – se nosso saber educacional se comprova mediante uma prova, um trabalho, enfim, um ato concreto do qual se infere uma capacidade, um domínio, não há razão para que esse mesmo raciocínio não se aplique à caracterização de uma ação como dolosa. Provo que sei determinado conteúdo ao lograr um conceito positivo em um trabalho; provo o conhecimento necessário para determinada ação ser dolosa ao lograr provar determinada competência ou domínio a respeito de elemento do ato típico.²⁴⁷

Constatado o que se valora quando se afirma o conhecimento da ação dolosa, é necessário que se faça referência ao grau necessário da prova desse conhecimento (que não precisa ser atual). Essa constatação diz muito mais com a prova do dolo do que com sua conceituação – *standards* do provado, mais especificamente -. Ainda assim, há parte que diz respeito ao Direito Penal. *O grau de conhecimento não é grau como estado mental, porque inacessível: é grau probatório.*

Nesse sentido, o conhecimento que se deve ter, considerando a desnecessidade de ser atual, compreende não um saber completo de um elemento específico do ato típico, mas sim uma apreensão correta da situação global,²⁴⁸ de forma a possibilitar ao sujeito uma síntese, uma interpretação concreta daquilo que transcorre. Mais do que isso, é insistir em conhecimento pleno e em verdade a respeito de um dado interno cuja prova é impossível.

²⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

²⁴⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. [s. l.]: Altaya, 1999, p. 98/99.

²⁴⁶ VIVES ANTÓN. Tomás Salvador. Reexame do Dolo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁴⁷ VIVES ANTÓN. Tomás Salvador. Reexame do Dolo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

²⁴⁸ DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 275.

Menos do que isso é ferir a culpabilidade e a necessidade de se provar a ocorrência do fato típico, nisso incluído o elemento subjetivo, para além de uma dúvida razoável. Nisso se inclui não só determinados elementos que tenham ocorrido, mas também aquilo que pode ocorrer: o resultado.

Aprofundar esse ponto é cair no direito probatório, necessariamente. Com efeito, se é afirmado que é necessário, a fim de se constatar uma ação dolosa, uma apreensão correta da situação global, é no campo da prova que se afirma, conforme a interpretação dos fatos subsumidos à norma, o que se conhecia, ou não, à luz das regras, da bagagem de conhecimento do acusado e de suas técnicas dominadas.

Consideramos, pois, que o tipo objetivo em sua totalidade constitui um objeto adequado do conhecimento do sujeito. Nesse tipo objetivo se inclui todos e cada um de os elementos que o conformam, entre os quais se encontra o resultado. Sobre esse último, o sujeito poderá conhece-lo materialmente, nos casos em que a ação e o resultado estejam separados por uma margem de tempo insignificante; naqueles em que haja transcorrido um prazo considerável desde que a ação tenha início e se tenha produzido o resultado, o sujeito poderá conhecer o risco real dessa ação e a sua capacidade para ser causa de resultado posterior.²⁴⁹

Esse ponto é importante, pois se cegueira deliberada é conhecer determinado elemento e evitar, deliberadamente, maior conhecimento posterior, pode-se afirmar, sim, a existência de conhecimento quando se constatar que o sujeito tinha a capacidade, especificamente, de inferir, dada a situação posta perante ele, a apreensão global de sua conduta.²⁵⁰ E, respeitosamente, distinguir essa situação de um efetivo conhecimento pleno e atual, como se apenas por esse último se pudesse responsabilizar criminalmente o sujeito, é tarefa impossível – ao menos para a Ciência Jurídica.

Essa perspectiva, vale salientar, é elidida, entre outros, pela prova de erro sobre elemento do tipo, de imprudência, de negligência ou de imperícia e, também, pela demonstração da vontade de evitação do resultado. Se levo a sério que o conhecimento deve ser provado e é atualizável, também é de rigor que leve a sério a possibilidade de outros elementos atinentes ao tipo subjetivo que afastam essa constatação.

Dito isso, dolo também é vontade. Continuando sob a premissa de que o dolo não é um dado empírico interno, a vontade também não é interna, pois se manifesta no externo, enquanto deflagradora da ação. A interpretação da ação, a sua constatação, é o primeiro passo a fim de se afirmar a vontade de a realizar.

²⁴⁹ DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 281.

²⁵⁰ E esse conhecimento não precisa ser atual.

Além disso, se não houvesse vontade no dolo, não se poderia falar na parte deliberada da cegueira. Justamente, a escolha deliberada – como aliás, deixou claro o *9th Circuit* em *Heredia* – é o que a distingue de *recklessness* e traz a conduta para o âmbito do dolo. E a proposta, no ponto, continua a mesma: assim como é possível trazer para um campo apreensível o conhecimento, também é possível trazer para um campo apreensível a vontade.

Assim, para esse trabalho, a vontade se infere a partir de uma decisão, um compromisso de vulneração daquilo que se conhece do bem jurídico²⁵¹ e é momento posterior à aferição do grau de conhecimento. Primeiro, analisa-se o conhecimento normatizado; depois, a vontade, pois, afinal, é ela informada por esse conhecimento apreendido. “No processo de tomada de decisão, o conhecimento é só a bagagem intelectual, prévia e absolutamente necessária, com a qual conta o sujeito. A partir daí, é sua determinação a que indicará que pena lhe corresponde, não a intensidade do conhecimento”.²⁵²

Mais especificamente, um compromisso de atuar contrariamente ao que se entende ser o bem jurídico – pois não se espera que determinado acusado saiba o que significa o termo técnico bem jurídico – se demonstra pela prova da decisão de vulneração daqueles valores concretizados pela norma que se diz violada, e não pela vulneração da norma em si (posição que cola texto e norma). É, inclusive, por argumentos desse jaez que se afirma a validade da imputação de culpa em crimes de trânsito, pelas circunstâncias sociais atreladas ao que se usualmente espera de alguém que dirige um carro.²⁵³ Mais adiante, ver-se-á que é essa mesma lógica aplicável aos casos em que se constata a cegueira deliberada.

À luz disso, pode-se afirmar que *dolo é fenômeno externo, juridicamente relevante, pois observável e apreensível*.²⁵⁴ Há elementos exaustivos, passíveis de serem objetos de prova, a fim de se aferir o dolo? Não.

Há elementos apreensíveis a partir de máximas da experiência contextualizadas que podem indicar ações dolosas? Sim. Há elementos apreensíveis a partir de máximas da experiência contextualizadas que podem indicar cegueira deliberada como dolo eventual? Sim - e essa é a hipótese desse trabalho.

²⁵¹ DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

²⁵² DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 20.

²⁵³ GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 117/123.

²⁵⁴ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 78.

É a partir desse catálogo contextualizado de indicadores – a partir da situação de perigo constatada e comparada – que se pode inferir o saber e o querer.²⁵⁵ Enfim, “a intenção e a ação não são coisas separáveis. Elas somente podem ganhar sentido publicamente de acordo com a significação contextual”.²⁵⁶

As atribuições de intenção descansam sobre hábitos regulares, nos quais ficam inscritas. [...]. Existe, pois, uma intencionalidade externa, objetiva, uma prática social constituinte do significado [...] nas que se apoiam as intenções do sujeito, e sem a qual não são, sequer, identificáveis como intencionais.²⁵⁷

Por essa razão, reitera-se a desnecessidade de ser o dolo atual. O conhecer e o querer não se exprimem, necessariamente, de uma só vez, juntos. “[A] análise dos critérios da intenção não se fixam somente no exato momento do crime [...], mas devem também ser amplamente examinados os fatos anteriores e posteriores ao mesmo, porque muito relevantes para oferecer critérios de identificação do significado da intenção do agente”.²⁵⁸

Assim, em síntese, dolo não existe empiricamente, como uma cadeira, um livro. É imputado a determinada conduta – como se imputa o adjetivo belo a um quadro. *O quadro é belo; a ação é dolosa.* A ação, para ser dolosa, deve ser abarcada por um conhecer e por um querer. O conhecer não é interno, pois pode ser provado, assim como testamos nosso conhecimento na escola. O conhecer é indicado pelas técnicas dominadas pelo sujeito, pela sua bagagem de conhecimento. Da mesma forma, o querer não é interno, pois exprime um compromisso com o significado da violação ao bem jurídico. Ambos os elementos, portanto, saem de um foro psicológico e adentram nos jogos da linguagem e na seara probatória.

2.2 DOLO EVENTUAL

Na quadra do dolo normativo, acima posto, o que significa o dolo eventual? Isso é o que se responde nesse capítulo. Se nosso sistema adota certas qualificações para uma ação – a saber, dolo direto, dolo eventual e culpa -, é de rigor dar um passo adiante na aproximação da cegueira deliberada.

²⁵⁵ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 82.

²⁵⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O Elemento Volitivo do Dolo: uma Contribuição da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128.

²⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 234.

²⁵⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O Elemento Volitivo do Dolo: uma Contribuição da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 141.

Isso se faz a partir do conceito de dolo eventual. Não considero implausível constatar na cegueira deliberada uma forma de dolo direto – a partir de uma crassa decisão escancaradamente contrária ao significado do bem jurídico pretensamente tutelado, que desborde da mera assunção de risco, engendrando-se verdadeiro plano de sua vulneração –, mas isso, desde logo, afasta-se, pois parece implausível a existência de prova de determinado sujeito com esse grau de motivação, de querer, que deflagraria um plano de cegueira deliberada, arriscando ver seu intento não se concretizar.

Em outras palavras, fosse esse querer demonstrado claramente tão agravado, não estaríamos tratando de cegueira deliberada: o plano posto em prática seria mais direto e a vulneração também.²⁵⁹ Por essa razão, cegueira deliberada se encontra dentro do que se afirma ser dolo eventual: dentro da esfera da assunção de riscos. Para fins de elucidação, é critério análogo a *knowledge*, mais do que *recklessness*, menos do que *purpose*.²⁶⁰

Assim, esse subcapítulo é dividido em outros dois: no primeiro, conceitua-se o dolo eventual a partir da assunção de um risco; no segundo, distingue-se seu conceito da culpa consciente. Por que não se fala de dolo direto ou de dolo de segundo grau? Porque as situações fáticas subsumíveis à constatação de cegueira deliberada não se encontram perto do que se entende ser esses institutos.

Ou seja, em primeiro lugar, define-se um conceito a partir do que ele é – assumir o risco. Em segundo lugar, afirma-se o que ele não é – culpa consciente - a fim de se reforçar o que ele é.

2.2.1 Assumir o Risco

Uma ação à qual se imputa o dolo eventual é uma ação que significa uma assunção de risco. Dolo eventual, então, simplificadaamente, é assumir risco. Do art. 18 do CP, extrai-se que ao autor se pode atribuir o dolo eventual quando o agente “assumiu o risco” de produção do resultado. No ponto, é importante salientar as palavras utilizadas pelo ordenamento: por

²⁵⁹ Não obstante, ressalva-se que não há o que não haja: a concepção de cegueira deliberada aqui defendida não cuida de elucubrações como essa, mas seria verdadeira cegueira desse autor não pontuar a sua possibilidade.

²⁶⁰ Guilherme Brenner Lucchesi ressalva a comparação empreendida: “Tais equiparações não são possíveis, primeiro porque se está tratando de sistemas de imputação de todo distintos, desenvolvidos ao longo de processos históricos diferentes, e, segundo e principalmente, porque o conteúdo dessas categorias de imputação não correspondem [*sic*] umas às outras” (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A Punição da Culpa a Título de Dolo: O problema da chamada “cegueira deliberada”*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 100). No entanto, aqui não se está a defender uma completa identidade, senão uma aproximação de significados que facilitem a apreensão do tema.

certo, não teve o legislador o claro intento de tomar para si a constatação que ora se faz, no entanto a própria formação da frase é indicativo do que até agora dito.

Fala-se, no art. 18 do CP, em ação dolosa. Não se fala em dolo, enquanto existência empírica, essência a ser apreendida, álcool quantificável em uma bebida. Não quero, com isso, afirmar que o legislador pensou nessa hipótese aqui trabalhada quando assim decidiu formular o enunciado normativo, mas o fato de assim o ser é constatação importante para esse trabalho, pois, efetivamente, o enunciado normativo do dolo eventual *qualifica a ação*. Não estabelece o conceito de um instituto.

Isso é importante. Nosso ordenamento não intenta discriminar estados mentais, graus dentro do dolo. Ele, como dito, tão somente, qualifica a ação. Não há disposição a exemplo daquela que existe no MPC. Por isso, os problemas dele decorrentes não são transplantáveis para cá.

Dito isso, cumpre fazer dialogar os conceitos de dolo eventual, de saber e de querer. Como esses conceitos dialogam, afinal? Que conhecer e querer posso, conceitualmente, exigir de uma formulação de dolo eventual? Ora, os elementos do dolo não são elementos exclusivos do dolo direto, senão abrangem todas as espécies sob esse gênero.

A proposta aqui feita é que esses elementos se dialogam em termos de graus. Para se assumir um risco, tanto o saber quanto o querer variam, em graus – são demonstráveis com maior ou menor tangibilidade -, todos eles passíveis de ser objeto de prova.

Nesse ponto, o que dito em relação às normas norte-americanas sobressai de importância, mormente porque o que separa cada um dos estados mentais é, justamente, uma diferença de grau. Saliente-se: no ordenamento brasileiro, esses graus não possuem força normativa (e nem pretendo que possuam). No entanto, trata-se, ainda assim, de bons termos para a aproximação do tema.

Aliás, os vocábulos usualmente utilizados para se referir ao dolo eventual – representar, consentir, assentir, consoante teorias do dolo eventual – indicam um grau menor de investimento subjetivo na conduta do que aqueles usualmente utilizados para se referir ao dolo direto – buscar, procurar, ter por propósito -. Exemplificativamente: “o dolo eventual compreende as consequências típicas representadas como possíveis por um autor que consente

em sua produção”;²⁶¹ “embora não seja esta a razão de sua conduta, [o agente] aceita-o, assumindo o risco das consequências de seu ato”.²⁶²

E não só de assumir o risco se fala. Também, utiliza-se as seguintes expressões: estar de acordo, acolher em sua vontade, aprovar.²⁶³ Todos eles dizem, ao fim e ao cabo, com determinado grau de disposição do sujeito, investimento subjetivo na conduta,²⁶⁴ que, por todos, ainda que se mostre em grau menor do que aquele relacionado ao dolo direto, guarda as mesmas consequências jurídicas. A esse respeito, crítico da utilização do termo vontade no âmbito de uma teoria psicológica do dolo, afirma Luis Greco:

Ainda que se reconheça nos termos “intenção” ou “conformando-se com” (art. 14 I e III, Código Penal Português), “quis” ou “assumiu o risco” (art. 18 I Código Penal Brasileiro) uma conotação volitiva, há uma ambigüidade fundamental que nos permite questionar as certezas da postura dominante. Esta ambigüidade diz respeito à palavra vontade. Como demonstrou Puppe, a quem se filiou no Brasil H. Souza Santos, na discussão sobre o dolo, o termo vontade é empregado em dois sentidos um tanto diversos, que aqui serão caracterizados de forma bastante grosseira, é verdade. Por vezes, designa-se por vontade um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém. A proposição “a vontade do autor estava dirigida a X” teria, segundo esse primeiro sentido do termo vontade, conteúdo empírico, seria uma questão de fato, referida a um estado de coisas que está no mundo. Aqui “vontade” é entendida como conceito psicológico-descritivo.²⁶⁵

“O problema[, assim,] é que não se diz ao juiz de fato o que significa a fórmula da assunção aprovadora do risco do resultado em sentido jurídico, ou seja, o que ele deve entender como provado [...]”.²⁶⁶ No entanto, essas fórmulas fornecem um indício: elas excluem imputações mais fortes, como dolo direto, e mais fracas, como indiferença.

Mais uma vez, giramos em torno da gramática finalista: representação, consentimento. Esses termos, no entanto, para essa visão, não são dados no externo, senão significantes do interno. Assim, mesmo considerando o norte dado pelo finalismo, no sentido da necessidade de existir esse investimento subjetivo - mitigado no caso de dolo eventual - seja premissa desse trabalho, nele não se esgota, pois é necessário fazer alusão ao contexto específico da prática quando se afirma a assunção de certo risco.

²⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 7ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 134/135.

²⁶² WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 206.

²⁶³ PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Barueri: Manole, 2004, p. 37.

²⁶⁴ PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Barueri: Manole, 2004, p. 37.

²⁶⁵ GRECO, Luis. Dolo sem Vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 886/887.

²⁶⁶ PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Barueri: Manole, 2004, p. 38.

Embora não duvide da capacidade do leitor de apreender o ponto, vale reiterar que, quando se trata de dolo eventual, as previsões feitas a respeito do saber e do querer, necessárias a fim de se constatar essa figura, são mitigadas. Do contrário, estaríamos lidando com parâmetros que dizem mais com dolo direto do que com a situação específica do dolo eventual, o que não atende o princípio da culpabilidade e da isonomia.

Não obstante, “[assumir] o risco é alguma coisa mais que consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente a ocorrer”.²⁶⁷ É aceitação da previsibilidade do resultado, pois a assunção de risco consubstanciada no dolo eventual não diz apenas com a produção do resultado típico, mas também com as situações fáticas que o circundam. Com efeito, o risco é elemento global da situação tida por típica, critério que pode ser tido como a primeira etapa na formulação da imputação subjetiva.²⁶⁸ Não por acaso, a imputação de dolo é elemento necessariamente posterior à imputação objetiva, a qual serve para, em um primeiro momento, preencher o significado desse risco.

Assim, o dolo eventual é a “forma básica de dolo”, pois “contém todos os elementos que fundamentam o injusto doloso específico em relação à culpa”.²⁶⁹ Em síntese, “[quem], sem mais, age mesmo tendo posição privilegiada para a previsão de lesão ou perigo ao bem jurídico, a juízo de um observador externo, assume o risco de sua causação”.²⁷⁰

De resto, afastado, desde logo, uma visão estatística do tema. Essa assunção de risco não é probabilisticamente aferível ou constatável. Ao se remeter a visões que transplantam as ciências exatas para uma prática argumentativa, perde-se a referência da própria ciência jurídica. Com efeito, a probabilidade da ocorrência de determinado fato diz com o caso sob análise, não com o conceito. Ou seja, afirmar que dolo eventual se dá a partir de um juízo de probabilidade, reduzido a números, é se esquecer dos diferentes argumentos e narrativas, inclusive heurísticas, que podem ser objeto de determinado processo.

Por essa razão, ainda que a probabilidade de determinada hipótese possa ser critério para se verificar sua consistência e coerência, a fim de se caracterizar ou de se afastar a imputação de dolo eventual à determinada ação, não é ela critério em si suficiente para isso.

Portanto, mesmo que a probabilidade de determinado risco possa ser indício do dolo eventual – e, efetivamente, é, como relatarei no terceiro capítulo –, não é isso critério necessário e suficiente para se afirmar dolo eventual. Não se pode, tão somente baseado na

²⁶⁷ HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. V. 1, T. 2. 7ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 89/90.

²⁶⁸ DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 294.

²⁶⁹ PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Barueri: Manole, 2004, p. 132.

²⁷⁰ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 223.

suposta alta probabilidade do acontecimento do resultado típico, afirmar o dolo eventual. Do contrário, cairíamos em uma distinção meramente intelectual, a exemplo das distinções do MPC, normatizando a vontade a despeito de qualquer consideração sobre o caso analisado.

E a distinção do dolo eventual da culpa consciente não é apenas intelectual. Por essa razão, não se pode afirmar que o conhecimento da probabilidade do risco é critério necessário e suficiente para se afirmar o dolo eventual. Como visto acima, é necessário determinado grau de saber e determinado grau de querer.

Assim, assumir o risco envolve, como referido, graus de saber e graus de querer: em um e em outro caso, decido (e esse é o verbo a se salientar), inevitavelmente, pelo provável perigo de vulneração do bem jurídico pretensamente protegido.²⁷¹ Confira-se:

Cuando se intenta perfilar en forma de fórmula los presupuestos bajo cuya concurrencia se puede afirmar que un resultado o cualquier otra circunstancia ha sido asumida en la voluntad del que actúa y se ha convertido, a través de la decisión por la posible lesión de bienes jurídicos, en parte integrante del plan del hecho, hay que ser consciente de la dificultad de reproducir lingüísticamente de manera adecuada un fenómeno psicológicamente muy sutil y a menudo guiado por tendencias irracionales y sólo relativamente conscientes. Las plasmaciones verbales no pueden ser aquí más que aproximaciones. Con esta reserva se puede decir que hay que afirmar *El Dolo Eventual* cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así —sea de buena o de mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella.²⁷²

Veja-se que o próprio conceito acima transcrito emprega um dos verbos, um dos vocábulos, acima dito: relaciona a assunção de risco do dolo eventual com levar a sério a possibilidade de realização do tipo. Não obstante, para esse trabalho, decidir (mais especificamente, decidir se cegar) é o termo mais acertado, pois abarca as possibilidades de

²⁷¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 425. Em sentido diverso, Luis Greco, dentro de uma teoria psicológica, afirma que “dolo é conhecimento” (GRECO, Luis. Dolo sem Vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 902) e, portanto, “todo dolo é conhecimento, e a vontade não tem relevância alguma, não há mais qualquer razão para diferenciar dolo direto (em suas duas formas, de primeiro ou de segundo grau) e dolo eventual. Há apenas uma forma de dolo” (GRECO, Luis. Dolo sem Vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 90).

²⁷² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 427. Traduzindo: “quando se pretende descrever em fórmula os pressupostos para que se possa afirmar que um resultado ou qualquer outra circunstância tenha sido assumida na vontade daquele que atua e os tenha convertido, por meio da decisão pela possível lesão de bens jurídicos, em parte integrante do plano do fato, tem de se estar consciente da dificuldade de se reproduzir linguisticamente de maneira adequada um fenômeno psicológico sutil, guiado por tendências irracionais e apenas relativamente conscientes. As enunciações não podem ser mais do que aproximações. Com essa ressalva, pode-se afirmar que há dolo eventual quando o sujeito conta, seriamente, com a possibilidade de realização do tipo, mas, apesar disso, segue atuando para atingir o fim perseguido e se resigna, assim, de boa ou má vontade, com a eventual ocorrência de um delito, conformando-se a ela”.

assentir – pois assentir é decidir – e de se conformar – pois se conformar também é decidir-. Assim, mais especificamente, o dolo eventual é levar a sério a possibilidade de acontecimento de determinada situação típica, mas, ainda assim, continuar atuando. Aqui, vale adiantar que a distinção da culpa consciente se dá pela demonstração do elemento volitivo. Dá-se, como adiante se verá, pelo querer seguir atuando, ciente das circunstâncias fáticas que circundam.²⁷³

Nesse contexto, a constatação da cegueira deliberada de determinado sujeito é uma forma possível de assunção de risco: *ao escolher ignorar, ao decidir ignorar, ainda que ciente do perigo de violação a determinado bem jurídico (conhecimento não-atual), provado por indicadores factuais, adiro subjetivamente ao curso causal deflagrado – ou incrementado – pela minha conduta.*

2.2.2 A Distinção da Culpa Consciente

A distinção entre dolo eventual e culpa consciente, pelas premissas adotadas, não se pode dar exclusivamente no interno. Deve, ao contrário, contar com indicadores externos, apreensíveis.

Como regra, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente se dá no querer. “A caracterização do dolo eventual exige, por parte do agente, uma ratificação prévia, uma anuência ao seu evento. É elementar a necessidade desse elemento subjetivo pois em caso contrário a conduta caracterizaria a culpa consciente, definida como a culpa como previsão”.²⁷⁴ A distinção é, então, volitiva. “Em síntese: a aceitação do resultado, ou seja, o consentimento em produzi-lo – embora não desejado – é o divisor de águas entre o dolo eventual e a culpa consciente”.²⁷⁵

Ou seja, afirma-se que o querer é o critério definidor. No entanto, se querer depende, previamente, de saber, há diferenças no saber que também influem nessa distinção. “Não se deve perguntar se o autor confiou na não-ocorrência do resultado, mas se uma tal confiança merece ser levada em consideração pelo direito, que reprovará assim ao autor somente o agir culposo, e não doloso”.²⁷⁶

No ponto, novamente, o MPC nos auxilia. Ao disciplinar a equiparação da *willful blindness* a *knowledge*, assim dispõe:

²⁷³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 430.

²⁷⁴ HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. V. 1, T. 2. 7ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 544.

²⁷⁵ HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. V. 1, T. 2. 7ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 545.

²⁷⁶ PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Barueri: Manole, 2004, P. 81.

When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.

O que importa, para esse capítulo, é a ressalva feita no final do enunciado normativo: “*unless he actually believes that it does not exist*”. Tradução livre: “quando o conhecimento da existência de determinado fato é elemento do delito, referido conhecimento é estabelecido se o sujeito está consciente da alta probabilidade da sua existência, a não ser que ele realmente acredite que referido elemento não exista”. Ou seja, a diferença também é intelectual, pois crer contempla esse elemento do dolo.

No entanto, é importante salientar que o elemento volitivo depende do elemento intelectual. Assim, a fim de se constatar a culpa consciente há um juízo a respeito da existência do conhecer que se mostra absolutamente idêntico àquele realizado a respeito do dolo eventual.

Ao se analisar o elemento volitivo, a situação muda: ao passo que no dolo eventual restará demonstrado eventual compromisso, traduzido em assumir o risco de produção do resultado, na culpa consciente inexistirá esse compromisso. Ter-se-á, no lugar, uma crença de que ele, o elemento, não existia.

Veja-se: a vulneração da vontade se dá por uma demonstração diversa de conhecimento. É a concreção do art. 20 do CP.

Crenças, infelizmente, não podem ser objeto de prova. Daí resta dúvida a higidez da distinção. No entanto, o elemento volitivo é, sim, objeto de prova, como visto acima. *O que lá falado é, então, não só forma de se provar o dolo, senão também forma de o distinguir da culpa consciente.* Afinal, “a delimitação do dolo eventual em relação à culpa consciente não é realizável sem um parâmetro normativo de valoração”.²⁷⁷

É, ainda, exemplo da ausência desse elemento volitivo apto a caracterizar o dolo eventual a demonstração da vontade de evitação do resultado. Se o sujeito atua no sentido de evitar determinado fato tido por típico, sua ação de forma alguma é dolosa, senão conscientemente culposa.

Esse é o outro limiar, a outra baliza, da cegueira deliberada. Ao não se constatar qualquer ato que indique culpa, ao se constatar atos que indiquem decisão pela indiferença e pela manutenção do curso de violação do bem jurídico, está-se diante de dolo eventual.

²⁷⁷ PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El Dolo Eventual – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 331.

Por essa razão, reitera-se que dolo é conhecer e saber. Conhecimento não indica, em si, investimento subjetivo na conduta como critério para se culpar. Do contrário, cair-se-ia em um normativismo pejorativo com o qual não se compactua.²⁷⁸ Substituir-se-ia, apenas, critérios internos por externos, normatizados no abstrato, o que não se mostra consentâneo com aportes de uma política-criminal constitucionalmente estabelecida. Afinal, “[que] a vontade rege a ação não é, portanto, nenhuma novidade na doutrina penal”.²⁷⁹ Confira-se:

O que ocorre com o sujeito que atua dolosamente? Em minha opinião [e na minha, também], o sujeito que atua com dolo seleciona, com base nos conhecimentos que previamente adquiriu, uns determinados objetos aos quais concede preferência frente a outros: a realização do resultado lesivo frente ao respeito pelo bem jurídico (a morte de uma pessoa frente à salvaguarda da vida, a posse de uma coisa frente à salvaguarda da propriedade alheia...independentemente das razões, impulsos, desejos ou motivos que a isso o conduzam). Este é o sentido da expressão ‘contrária ao bem jurídico’: seleção entre alternativas de comportamento realizada com algo mais que o mero conhecimento e que, ademais justifica a imposição de uma sanção de maior gravidade [...].²⁸⁰

Daí porque, de quebra, soçobram as objeções cognitivas: o conhecimento é tão psicológico ou real quanto a vontade. E ambos podem ser objeto de prova.

[A] decisão contrária ao bem jurídico, entendida como seleção, por parte do sujeito, que implica esse ‘compromisso lesivo’ é um elemento presente no dolo e ausente na imprudência [para este trabalho, culpa consciente]: com efeito, os sujeitos que atuam imprudentemente cometem um descuido, lhes falta [*sic*] atenção e esse descuido e falta de atenção produz a lesão do bem jurídico, mas, em nenhum caso, adotam uma decisão ao bem jurídico [...].²⁸¹

Nesse capítulo, afirmo o seguinte: dolo é conhecer e saber. No entanto, dolo não se refere a um ente constatável empiricamente, pois é a ação que é dolosa ou não. Da mesma forma que eu não apreendo o belo, eu não apreendo o dolo. Da mesma forma que eu apreendo uma pintura bela, eu apreendo uma ação dolosa. No que diz com esse trabalho, importa a figura do dolo eventual. Uma ação que pode ser qualificada por eventualmente dolosa se caracteriza pela assunção de risco.

A assunção de risco se mostra distinta do dolo direto pelo diferente grau de conhecimento e de vontade. Nesses termos, a cegueira deliberada pode ser descrita como um

²⁷⁸ Sobre isso, ver subcapítulo 3.2.

²⁷⁹ DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normatização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 07.

²⁸⁰ DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normatização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15.

²⁸¹ DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normatização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15.

indicador de dolo eventual. *É uma hipótese de seu preenchimento, a partir de uma decisão de assunção de determinado risco de produção de resultado penalmente relevante a partir de determinado conhecimento de elementos do tipo (que não são atuais, mas atualizáveis) e da escolha de não se conhecer mais a respeito deles.*

É no capítulo seguinte que esse certo saber e esse certo querer serão explicitados. Ao fim e ao cabo, esse capítulo serviu para se determinar a quadra penal na qual se encontra a cegueira deliberada: o dolo eventual.

Efetivamente, como se prova isso, em um processo judicial? Como passo de um indicador de um conceito para um indicador de uma situação fática judicialmente relevante? O próximo capítulo servirá para se tentar referir – e se propor – pautas para isso.

3 PROVA

“A própria ironia estava acaso na retina dele. O olho do homem serve de fotografia ao invisível, como o ouvido serve de eco ao silêncio”.

(Machado de Assis)

A todo juízo é imprescindível um *standard* probatório. Definido o *standard*, fala-se de seu preenchimento, ou não. O preenchimento, ou não, desse *standard* se dá pela motivada valoração da prova. A motivada valoração se dá pela enunciação do que o elemento de prova, para quem o conheceu, provou, ou não. Esse capítulo explicita esse caminho.

Em primeiro lugar, falar-se-á do juízo fático no processo penal e de *standards* probatórios. Em segundo lugar, falar-se-á da motivação da decisão no que diz respeito ao preenchimento desse *standard*, ou seja, à valoração da prova.

3.1 O JUÍZO FÁTICO NO PROCESSO PENAL

Nesse capítulo, demonstrarei que todo juízo fático empreendido deve, necessariamente, remeter a um *standard* probatório. Aponta-se que o *standard* probatório a ser preenchido na seara penal é a necessidade de se provar que a ação era dolosa para além de uma dúvida razoável.

Antes disso, no entanto, é necessário que se assente a premissa do que busca o processo – que, efetivamente, não é a verdade real. Dadas as contingências de uma ciência social aplicada e da prática a ela relacionada, a verdade é buscada sempre à luz de outras regras e princípios tão importantes quanto ela própria, os quais conformam um processo justo.

3.1.1 A Verdade como Correspondência

Em primeiro lugar, o interno do sujeito não é acessível diretamente. Se não é, a verdade a respeito disso também não é acessível diretamente. Em outras palavras, se parto da premissa de que não posso adentrar em processos mentais de outros (visto que os meus próprios são de difícil apreensão), não posso afirmar que o processo busca a verdade. Assim, o questionamento que se põe é o que esperamos do processo penal. A partir disso, estabelece-

se seus valores informativos. Colocados esses valores, vê-se como eles se limitam reciprocamente, em verdadeiras colisões.²⁸²

Com isso, sinteticamente, o processo penal não é mero instrumento, mas possui garantias constitucionalmente estabelecidas, que levam a uma visão acusatória, reforçada por dispositivos infraconstitucionais, que, ao todo, limitam e se contrapõem à busca da verdade. Exemplo disso são os “standards” probatórios e a exigência de motivação, tratadas nos capítulos seguintes.

Por essas razões, é necessário que se leve a sério a ocorrência da cegueira deliberada, e não seja ela utilizada como artifício retórico.²⁸³ Como dito, o interno não é diretamente acessível e é nesse contexto, de limitada busca da verdade, que se deve contextualizar o fenômeno objeto desse trabalho. Assim, a instrumentalidade no processo penal deve estar a serviço não da aplicação sem critério da lei penal, mas sim a serviço do devido processo, por meio de limites ao poder de punir.²⁸⁴

Afinal, a aplicação da pena pressupõe um processo. Mais do que um processo, pressupõe um processo penal constitucional. Imaginar o contrário a isso é cair em um utilitarismo pejorativo e alheio ao devido processo.

Para além de problemas filosóficos, o Direito é uma ciência social aplicada, e, como tal, é uma metalinguagem que tem como sua linguagem analisada a prática. Veja-se: a prática, e não edifícios conceituais.

Adiantando, desde logo, que a verdade, para o presente trabalho, é adotada no que tange seu aspecto de correspondência. Trata-se, portanto, de enxergá-la em maior ou menor grau, mas nunca em termos absolutos. A correspondência aqui defendida se refere tanto ao acontecimento histórico sob exame quanto ao conjunto probatório sob exame (a chamada coerência narrativa).

Uma visão que deve orientar a leitura deste capítulo é a seguinte: a vinculação do direito com a psicologia e a lógica é inegável. Afinal, “[é] impossível que o juiz conheça os fatos trazidos a sua apreciação sem desenvolver processos psíquicos e lógicos que esses fatos requerem para o seu conhecimento”.²⁸⁵ No entanto, de um lado, não se pode cair em um

²⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178/179.

²⁸³ Sobre o simulacro de fundamentação quando da referência à cegueira deliberada, ver RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 56/61.

²⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 10.

²⁸⁵ VARELA, Casimiro A. *Valoración de la Prueba*. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, p. 21.

psicologismo que não pode ser objeto de prova; e, de outro, não se pode transformar toda a ocorrência em estatística e ter ela, *ex ante*, por provada. Tendo isso em mente, falar-se-á da verdade.

Em tempos contemporâneos, critica-se – muito – a própria existência da verdade. É a desvalorização da “possibilidade de formular descrições verdadeiras de ocorrências do mundo externo”.²⁸⁶ Todavia, não se pode concordar com um relativismo extremo, pois, se assim for, não há razão para se debater e dialogar, tendo em vista que, se a resposta não precisa corresponder a nada (tudo é relativo, afinal), não há motivo para se importar com o resultado final da imputação realizada.

Ou seja, a verdade, descontentemente, existe. E, se existe, deve ser analisada.

No campo processual, em um primeiro momento, distingue-se a verdade absoluta da verdade relativa, ou, também, a verdade real da verdade processual. A primeira corresponderia ao absoluto externo ao processo, enquanto que a segunda se relacionaria à fixação formal dos fatos sob julgamento. Essa distinção é justificada – supostamente – pelos limites à busca da verdade no processo, que não existiriam fora dele.

Todavia, ela não se sustenta, pois a verdade dos enunciados processuais sobre os fatos depende da realidade destes, “que [ocorrem] tanto no processo quanto fora dele”.²⁸⁷ Efetivamente, *o interno processual é indicativo do externo fático, assim como o externo fático é indicativo do interno psicológico*. Com isso, nega-se a possibilidade de uma valoração absoluta, em termos de verdadeiro ou falso, absoluto ou relativo, real ou processual, passando-se a adotar uma distinção de graus entre a verdade dita real e a verdade dita processual. É, como dito, similarmente, o que ocorre com o dolo, como referido no segundo capítulo: o externo é indicador do interno.

Ou seja, a verdade existente, como correspondência, é alcançável pelo processo. E, se alcançável, deve ser melhor descrita a forma de a alcançar.

Nesse sentido, outra distinção que se deve examinar é a que ocorre entre verdade e certeza. A verdade (e ser verdadeiro ou não) é critério de correspondência entre o enunciado e a realidade, enquanto que a certeza é estado subjetivo daquele que analisa os fatos. No processo, a importância disso está na motivação da decisão judicial, pela qual o juízo

²⁸⁶ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad* – El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 93.

²⁸⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad* – El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 100/101.

explicará o porquê de sua certeza e possibilitará o controle pelas partes.²⁸⁸ Passa-se da certeza para a correspondência, justificada. Então, a certeza, para esse trabalho, traduz-se na imputação do dolo eventual a uma situação em que se constata cegueira deliberada. No entanto, não é essa certeza que é objeto do juízo fático feito. Ao revés, seu objeto é essa correspondência que a certeza pretende trazer.

No escopo desse trabalho, o problema que aqui se trata não é a impossibilidade de se chegar à verdade do que ocorreu no passado, mas sim que “raramente podemos, se é que alguma vez podemos, estar absolutamente certos sobre qual é a verdade sobre uma dada questão”.²⁸⁹

Isso, de forma alguma, relaciona-se com a certeza daquele que enuncia determinado juízo. A certeza lá estará, errada ou não.

Adverte-se, portanto, que há, sim, a possibilidade de erros, sendo que a certeza (aspecto subjetivo daquele que interpreta) pode não corresponder a verdade (como correspondência), tendo em vista que as hipóteses tidas por provadas podem, efetivamente, não corresponder à melhor interpretação dos fatos trazidos (em termos de coerência e consistência), embora seja seu dever ser. Sinteticamente, posso estar certo sobre as coisas erradas e, assim, interpretações de elementos de prova são, enfim, passíveis de falhas.²⁹⁰

Por tudo, não se pode negar a existência da verdade. No processo penal e nesse trabalho, considera-se ela a correspondência entre o enunciado sobre os fatos e os elementos fáticos a que ele se refere. Efetivamente, a exigência de verdade se relaciona com critérios de legitimidade do sistema processual e da decisão jurídica.

Assim, estabelece-se um vínculo teleológico, segundo o qual o processo deve se orientar a essa busca, sem confiar, “ingenuamente, na possibilidade de reconstruir os fatos tais quais eles ocorreram no passado”.²⁹¹ Relaciona-se, também, com a comunhão das provas e, de certa forma, abre a possibilidade de criação de narrativa processuais que serão mais ou menos persuasivas na medida em que apoiadas por mais de um elemento probatório e, portanto, correspondem em maior grau ao fato histórico.

E, nesse corte retórico, uma narrativa de cegueira deliberada é convincente. Mais do que isso, é atraente, pois mexe com nossos sentimentos de culpa.

²⁸⁸ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad* – El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 102/105.

²⁸⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 296.

²⁹⁰ PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 150/151.

²⁹¹ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14/15.

A indiferença do sujeito para o resultado delituoso e para o significado do bem jurídico tutelado é o esgarço na boca do ordenamento. Efetivamente, “nos casos em que se recorre ao dolo eventual, há algo que nos produz um incômodo, um gosto amargo na boca [...], que nos leva a buscar uma reprovação mais severa do que a admitida para a culpa consciente”.²⁹²

[La] expresión ‘dolo eventual’ tiene un enorme significado emotivo ya que se aprovecha de la carga desfavorable de la noción de dolo y se proyecta a situaciones que no están originalmente comprendidas por esa idea [...]. El problema que presenta la dimensión emotiva del lenguaje es que las controversias teóricas dejan de ser acerca de hechos o estados de cosas y se convierten en discrepancias acerca de diferentes maneras de valorar esos hechos o estado de cosas.²⁹³

Se assim o é, a verossimilhança se mostra importante. Esse conceito dá forças ao poder demonstrativo da prova e influencia, também, em sua concepção persuasiva, afastando-se, ao menos idealmente, desse arroubo sentimental que pode ensejar eventual certeza equivocada a respeito da ocorrência de cegueira deliberada.

A ausência de verossimilhança, ao revés, implica a discordância e a oposição à verdade. Nesse contexto, essa ausência se relaciona com o improvável e o impossível, que são “relativos e dependem de condições morais, do estado de cultura de cada povo e de cada época”.²⁹⁴ Exemplificativamente, um indicativo de culpa consciente, se implausível, não deve ser valorado nesses termos. Da mesma forma, um indicativo tido por provado de cegueira deliberada, se implausível frente à bagagem de conhecimento do sujeito e às suas ações, *exempli gratia*, não parece verdadeiro e não deve ser considerado provado.

Também nesse sentido, sobressaem os critérios lógicos e jurídicos que orientam o nosso pensar. A coerência narrativa “fornece um teste sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos”.²⁹⁵ Assim, a história mais consistente é aquela que envolve o menor grau de implausibilidade – é dizer, o maior grau de plausibilidade de ocorrência.²⁹⁶

No caso da cegueira deliberada, as histórias de Heredia e de Jewell se mostraram implausíveis. Ainda, analogamente, a imputação de culpa em casos de delitos de trânsito por

²⁹² MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, Dolo Eventual y Doble Efecto: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 77.

²⁹³ MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, Dolo Eventual y Doble Efecto: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 128.

²⁹⁴ ELLERO, Pietro. *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de La Prueba en Materia Penal*. 1. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1980, p. 36.

²⁹⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 294/295.

²⁹⁶ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 294/295.

conta da ingestão de bebida alcóolica também se mostra possível, pois o contrário é que se mostra implausível.

Isso nada mais é do que a visão de verdade como correspondência ao usual acima tratada. Em que pese o termo utilizado ser a probabilidade, considero que o vocábulo plausibilidade se coaduna bem mais com a ideia que se tenta propor, pois probabilidade é um dos critérios indicadores da verdade, e não o único.

Com efeito, em que pese ser um critério útil que devemos levar em consideração, vale dizer que a normalidade e a repetição de certa ocorrência (portanto, a probabilidade) não é a única orientação que se deve levar em consideração. Em termos simples, não é porque vou à biblioteca todas as segundas-feiras que, na segunda-feira seguinte, irei. Da mesma forma, a probabilidade de ocorrência do risco não pode ser o único critério para se realizar a imputação subjetiva, pois se trata apenas de um primeiro passo nessa direção. No entanto, é um passo inegável e pertinente à constatação da cegueira deliberada. Vicente Greco Filho, em tese para o concurso de professor titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, bem delinea o que dito até agora a respeito da normatização de padrões e de sua indevida utilização:

As fórmulas objetivadas de condutas consideradas culposas contêm regras de experiência e atuam como prova ‘prima facie’, no sentido de que, havendo prova da situação elencada, infere-se, em princípio, ter havido culpa[...]. A padronização das condutas consideradas culposas pode significar, pois, em determinado caso concreto, odiosa aplicação da responsabilidade objetiva. A fim de que isso não ocorra, não pode o julgador limitar-se à verificação da conduta considerada em tese culposa, mas deve investigar e ponderar outras circunstâncias objetivas e subjetivas que poderiam, no caso específico, excluir ou confirmar a culpa.²⁹⁷

As observações aqui feitas servem para constatar que a busca da verdade é tão importante quanto as garantias constitucionalmente estabelecidas (e que essa busca não é tão perversa assim). Também, têm como motivo pontuar que certeza não é verdade e, mais especificamente, que o aspecto narrativo da cegueira deliberada – atraente em si – não deve ser utilizado como artifício retórico para transformar uma certeza em verdade.

3.1.2 *Standards* Probatórios

Fala-se em *standard* probatório, em modelo de constatação, pois não se pode falar em juízo de verdade absoluta em âmbito processual. Desde logo, assentada a premissa de que não há falar em verdade absoluta (senão como correspondência) em juízos fáticos, havendo, tão

²⁹⁷ GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 123.

somente, melhores e piores aproximações do que se teve por ocorrido, faz-se necessário outros critérios a fim de balizar esse mesmo juízo.

Esses são os *standards* probatórios. Aqui, adiante-se: normatizo uma exigência de grau de prova e não, propriamente, circunstâncias fáticas, inúmeras em si e que não possuem carga normativa.²⁹⁸

Os fatos qualificados juridicamente não existem em si. São construídos, narrados e interpretados, pois “situações de fato não são dadas prontas, nem se compõem por si mesmas; elas são, ao contrário, o resultado de um procedimento construtivo do qual quem quer aplicar a lei participa produtivamente”.²⁹⁹

Nesse sentido, esclarece-se que *standards* probatórios são padrões que possibilitam a aferição da possibilidade, da probabilidade e da plausibilidade do acontecimento de determinado fato narrado. São níveis, postos na decisão, que permitem o escalonamento da possibilidade de acontecimentos pertinente ao deslinde do feito,³⁰⁰ ou, *in casu*, de preenchimento do conhecimento dos elementos do tipo e da indiferença em relação a eles.

Nesse contexto, a cegueira deliberada é uma possibilidade de acontecimento pertinente ao deslinde do feito. Ela não é, no entanto, critério normativo em si, pois os graus de prova que são.

O *standard* probatório que vige no processo penal, em juízos condenatórios pelo cometimento de crimes, é a dúvida razoável.³⁰¹ Nesse sentido, a seminal decisão *In re Winship*, segundo a qual o *standard* da dúvida razoável possui um papel vital no processo penal.

Ela serve para, privilegiando a presunção de inocência e o brocardo segundo o qual mais vale um condenado solto do que um inocente preso, reduzir o risco de condenações equivocadas. Assim, dá-se primazia à liberdade, valor axiomático e elementar.³⁰²

Dito isso, no que diz respeito a esse trabalho, a questão que se coloca é a seguinte: aceitar uma alta probabilidade como suficiente para se avaliar o conhecimento de determinado

²⁹⁸ Conforme a crítica bem exposta por Vicente Greco Filho no excerto acima. Sem prejuízo, também se vê uma tentativa de normatização a partir de padrões de conduta em COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237 *et seq.*

²⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 93.

³⁰⁰ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 35.

³⁰¹ “The basic notion is not that all doubt must be gone, but that all doubt be gone that would make a reasonable person hesitate to act” (CLERMONT, Kevin. *Standards of Decision in Law*. Durham: Carolina, 2013, p. 27).

³⁰² CLERMONT, Kevin. *Standards of Decision in Law*. Durham: Carolina, 2013, p. 29.

elemento do tipo se mostra adequado à luz do *standard* probatório segundo o qual se necessita de uma prova para além de uma dúvida razoável?³⁰³

Não. E, aqui, mais uma crítica ao MPC, que equipara a *high probability* ao próprio *knowledge*. Guardadas as diferenças, seria como comparar a culpa consciente ao dolo eventual – e não faço isso, dadas as diferenças (de graus) entre tais institutos.

No processo penal, exige-se, como *standard* para eventual condenação, a prova para além da dúvida razoável. Aqui, leva-se em consideração o influxo do direito material subjacente e, também, do princípio do *in dubio pro reo*.³⁰⁴ Em outras palavras, a condenação, na seara penal, não se satisfaz com simples preponderância de prova, *standard*, em princípio, aplicável ao processo civil,³⁰⁵ nem com eventual alta probabilidade. Ao contrário, exige maior cognição e maiores esclarecimentos a respeito dos fatos alegados e dos elementos de prova carregados. É dizer: no ponto, necessita-se de uma alta segurança para eventual condenação.³⁰⁶

Daí porque se repudia a alusão à alta probabilidade do conhecimento de determinada situação fática como suficiente para se preencher o requisito do dolo eventual. Nesse sentido, o devido processo exige que o *standard* continue o mesmo: acima de qualquer dúvida razoável.

Assim, mostra-se equivocado o entendimento de se constatar o dolo eventual com base na alta probabilidade do conhecimento. Efetivamente, esse proceder é equivocado.

Antes, um passo atrás. A alusão à possibilidade de se condenar com base na alta probabilidade se dá pela suposta dificuldade probatória de determinados delitos, os quais, por assim serem, ensejariam um *standard* probatório mitigado. Assim, a condenação afastaria a necessidade de prova *beyond any reasonable doubt* e se satisfaria com uma alta probabilidade, por causa da dificuldade probatória de determinado delito.

No entanto, proponho que o que se tenta transmitir ao se aludir à alta probabilidade do conhecimento nada mais é do que a colocação adequada do problema a respeito da dúvida razoável. Não se mostra necessário se aludir à um *standard* menor: basta que se coloque o problema dentro do que se entende por dúvida razoável dentro de um contexto criminal de suposta dificuldade probatória.

³⁰³ ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as Criminal Mens Rea. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. [s. l.], v. 81, n. 2, 1990, p. 191.

³⁰⁴ BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova Judiciária - Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 165.

³⁰⁵ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

³⁰⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As Lógicas das Provas no Processo – Prova Direta, Indícios e Presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 267.

Em outras palavras, o que muda, portanto, não é o *standard* – não trocamos os sérios e inarredáveis requisitos do *standard* probatório aplicável ao processo penal por outro -. Não trocaríamos a *reasonable doubt* pela *high probability*. O melhor proceder, no ponto, não é afastar esse *standard*: é explicitar o que se quer dizer quando se fala em “dúvida razoável”.

Como referido, há uma imprecisão conceitual. O que varia, nos casos em que se alude à alta probabilidade, não é o *standard* probatório. Não se deve admitir a mitigação, nesses termos. A solução para esse problema, para essa imprecisão, passa pela definição da razoabilidade da dúvida.

O *standard* probatório é o mesmo: a dúvida razoável. No entanto, a razoabilidade da dúvida varia, conforme as circunstâncias fáticas. Varia em relação ao sujeito, pois o que pode ser uma dúvida razoável para mim pode não ser para você; varia em relação ao fato objeto da análise, pois os aspectos que interpretamos, nos quais centramos nossa atenção, podem se distinguir.

Daí porque alusões a “suspeitas”, a “indícios”, à substituição do *standard*, fazem só mitigar a coerência do juízo fático realizado, enfraquecendo-o. Reitero: não corresponde a melhor técnica - e é verdadeiramente desnecessário - fazer uso de fórmulas assim.

Pode-se ir além: o uso dessas fórmulas, a pretensão de se admitir a alta probabilidade como *standard* no processo penal e como *standard* suficiente para a constatação de cegueira deliberada diz muito mais com uma deliberada cegueira, um niilismo pejorativo, a se aceitar que, efetivamente, está-se diante de uma dúvida razoável que pode ensejar a inocência de um acusado.

Efetivamente, *a indicação de cegueira deliberada não se satisfaz com alta probabilidade*. Ela se satisfaz, tão somente, com uma dúvida razoável (*standard* vigente no processo penal), a qual, não obstante, pode se tratar de dúvida contextualizada, circunscrita. Exemplificativamente, uma dúvida razoável em um caso de cegueira deliberada como a trazida por Jewell e Heredia se mostra completamente diversa de uma dúvida razoável em um caso de propriedade intelectual, como o trazido em *Global Appliances* (considerando-se, para fins de exemplo, tratar-se de caso penal).

Assim, no que diz respeito ao juízo fático e ao *standard* probatório a ser preenchido, faz-se necessário explicitar o porquê se tem determinadas hipóteses tidas por provadas, preenchendo esse *standard*, elidindo, assim, a dúvida razoável.³⁰⁷ Em outras palavras, para tanto, não basta o mero elenco, verdadeira transcrição, dos meios de prova trazidos aos autos,

³⁰⁷ BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova Judiciária - Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 169.

devendo-se, analiticamente, abordá-los. Da mesma forma, não se mostra como a melhor técnica a simples afirmação de dolo eventual por constatação de cegueira deliberada.

Ao contrário, é de rigor que se valore, explicitamente, que construções fáticas ensejam a imputação de cegueira deliberada a determinada narrativa. Conforme Deltan Dallagnol, sintetizando o que até aqui dito:³⁰⁸

O melhor standard probatório, que exprime essa ideia, é o da prova para além de uma dúvida razoável ou, na expressão inglesa, *beyond a/any reasonable doubt*. Essa noção, embora um tanto fluída, assume a realidade de que a verdade e a certeza são inalcançáveis ou inadequadas e, ao mesmo tempo, infunde a necessidade de uma dose bastante significativa de segurança para a condenação criminal. Dentro dessa ideia, apenas a dúvida que seja razoável, e não qualquer dúvida, afasta a condenação, e nesse sentido, é que deve ser compreendido o brocardo *in dubio pro reo*.

Assim, se cegueira deliberada é evitar, deliberadamente, conhecer, em maior grau, determinado fato pertinente à prática própria de determinada conduta penalmente relevante, mesmo se tendo acesso a elementos que tornariam esse maior e melhor conhecimento possível, *deve-se provar esse enunciado, invariavelmente, acima de qualquer dúvida razoável*.

Reitero: o contexto fornecerá o parâmetro para se dizer que uma dúvida é razoável ou não. Portanto, uma hipótese de cegueira deliberada em casos de tráfico de drogas e uma hipótese de cegueira deliberada em casos de lavagem de dinheiro, conquanto requeiram o mesmo *standard* probatório, denotam dúvidas de razoabilidade distintas.³⁰⁹ E nenhuma delas, diversamente do que estabelece o MPC, restará suficientemente descrita pela simples alusão à alta probabilidade.

Não se nega que, invariavelmente, inocentes são condenados: não há sistema perfeito, infalível. Dúvida sempre haverá.³¹⁰ A solução aqui proposta, no entanto, aponta, apenas, que se descuidar do *standard* probatório a ser preenchido é dar azo a condenações com base em provas inaptas para tanto, diretas ou indiretas. Afinal, o *standard* probatório existe para permitir o controle da motivação das decisões.³¹¹ Entendimento diverso é cair, no fim, na

³⁰⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As Lógicas das Provas no Processo – Prova Direta, Índícios e Presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 267.

³⁰⁹ Ver subcapítulo 2.1.2 e os indicativos trazidos por Ramon Ragués i Vallès (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 187).

³¹⁰ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As Lógicas das Provas no Processo – Prova Direta, Índícios e Presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 277.

³¹¹ BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova Judiciária - Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 168.

situação criticada a respeito da aplicação da cegueira deliberada na prática espanhola, referindo, inclusive, decisões do *Tribunal Supremo de España* (TS):³¹²

[El] recurso a esta doctrina no tiene [...] un sentido meramente retórico. Así, la apelación a la ignorancia deliberada ha adquirido contenido propio en dos contextos y por dos razones distintas: en unos casos porque en su fundamentación jurídica el tribunal no se ha esforzado por individualizar y mencionar los correspondientes indicios del conocimiento que, con todo, podría haber encontrado en los hechos probados; y, en otros, porque tales indicios sencillamente no existían y, por tanto, de acuerdo con el método tradicional de inferencia no cabía atribuir al acusado el conocimiento necesario para una condena por delito doloso, una decisión que, sin embargo, sí que ha sido posible alcanzar con base en esta nueva teoría.

Tendo isso em mente, cumpre, no capítulo seguinte, falar-se sobre o preenchimento desse *standard*. Ou seja, falar-se-á sobre como se exime o julgador de sua incumbência de demonstrar, para além de qualquer dúvida razoável, que a hipótese se trata de cegueira deliberada, considerando-se seus elementos.

Uma questão que se tentou responder nesse subcapítulo, com o que dito até agora, é saber qual o *standard* probatório deve ser utilizado em um julgamento criminal. No entanto, a questão de fundo ainda remanesce: como se preenche esse *standard*?

Ora, se preenche a partir da qualificação jurídica dos fatos interpretados. E como isso se dá no processo? Uma aproximação a essa resposta se deu no subcapítulo anterior, quando foi referido que a busca da verdade é, sim, um valor que norteia o processo. No entanto, a resposta lá dada dizia muito mais com o objeto do juízo fático – um dos momentos processuais – do que com o processo visto como uma imputação de determinadas qualificações a determinada situação fática.

As próximas páginas servirão para afirmar que há detalhes do processo – tomado em sua inteireza – que também fazem exsurgir a necessidade de se colocar a questão em termos de *standards* probatórios, e não, propriamente, de circunstâncias fáticas erigidas a normas. É a primazia do juízo probatório. Ou seja, além da verdade como correspondência e do uso retórico do qual devemos nos afastar, há fundamentos que dizem com o jogo processual que devem ser levados em consideração para se afirmar que determinada hipótese restou provada

³¹² Cfe. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 59. Traduzindo: “A alusão a essa doutrina não tem um sentido meramente retórico. Assim, a referência à ignorância deliberada adquiriu conteúdo próprio em dois contextos e por duas razões distintas: em alguns casos, porque na sua fundamentação o órgão julgador não se esforçou para individualizar e mencionar os indícios correspondentes do conhecimento que, no entanto, poderia haver encontrado nos fatos provados; em outros, porque tais indícios simplesmente não existiam e, portanto, de acordo com o método tradicional de inferência, não caberia atribuir ao acusado o conhecimento necessário para uma condenação por crime doloso, uma decisão a qual, não obstante, se pôde alcançar com base nessa nova teoria”.

para além de uma dúvida razoável e não que determinada hipótese é, em si, cegueira deliberada.

Ao se falar em interpretar fatos, fala-se em construir narrativas, as quais devem ser críveis e convincentes. “Narrativas, mais do que pedaços de informação, transportam o leitor mentalmente, temporariamente alterando suas reações em termos emocionais e cognitivos para as informações apresentadas”.³¹³

Uma série de estudos feitos por Nancy Pennington e Reid Hastie nos mostra que jurados naturalmente enquadram dados do julgado em formatos narrativos. As pessoas dão sentido a provas complexas construindo narrativas que são formadas em volta de esquemas intuitivos e familiares (roteiros de ações humanas). Então, provas que, em si, estejam em um formato narrativo possuem maiores chances de serem levadas ao julgamento e de serem convincentes a um jurado.³¹⁴

Esse excerto é simbólico. Abrindo-se parêntese, ele reforça o que dito quando da conceituação do dolo: a fim de se interpretar o externo, leva-se em consideração *intuitive and familiar schemas or scripts of human action*. Assim, é premissa desse raciocínio que *what goes together must fit together*.

É com base nessa máxima, pela qual “o sistema cognitivo reduz a complexidade reforçando as provas que dão suporte à conclusão que está surgindo e suprimem a prova contrária”.³¹⁵ Fecha-se parêntese.

Embora o raciocínio probatório tome como linha-mestra essa noção, é essa mesma noção que nos leva a maximizar a certeza e a, quiçá involuntariamente, afastá-la da verdade. Ao longo de diversas iterações, diversos julgados, determinado caminho se sedimenta em nosso raciocínio e se torna cada vez mais fácil o seguir.

Determinado caminho se normatiza, naturaliza-se. E é disso que se deve se afastar, pois nenhum juízo fático prescinde da devida motivação.

Mais especificamente, é por isso que se faz necessário provar os elementos da cegueira deliberada acima de qualquer dúvida razoável. Nesse contexto, deve-se respeitar, sempre – vale consignar –, as contingências de cada hipótese (seja de tráfico de drogas, seja de lavagem de dinheiro, seja de outra situação fática à qual se imputa uma atuação criminalmente dolosa),

³¹³ SIMON, Dan. *In Doubt*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 169.

³¹⁴ SIMON, Dan. *In Doubt*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 169. No original: “A series of studies by Nancy Pennington and Reid Hastie shows that jurors naturally fit trial information into storylike formats. People make sense of complicated evidence sets by constructing narratives that are formed around intuitive and familiar schemas or scripts of human action. Thus, evidence that lends itself to the story format is more likely to be taken to trial and is more likely to be convincing to a jury”.

³¹⁵ SIMON, Dan. *In Doubt*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 175.

as quais, em si, não possuem qualquer natureza normatizada, senão, como referido, são indicadores de dolo, a serem objeto de prova e a serem provadas.

3.2 A PROVA DO DOLO

A prova é todo elemento que subsidia um enunciado argumentativo, cujos fins são descrever o passado e transmitir certeza àquele que julga.³¹⁶ Com essa concepção, diz-se que se prova não os fatos, mas sim os enunciados sobre os fatos. Esses enunciados, por sua vez, possuem um caráter mais argumentativo do que descritivo, de forma a dar coerência e consistência à narrativa processual.

Se dolo não é algo senão qualificação de determinada ação, provar a qualificação é argumentar a partir de hipóteses. “A categoria do dolo passa a ser uma categoria argumentativa, pragmática, ou seja, ao menos no que refere ao dolo, é preciso passar a ter em conta uma ‘pragmática jurídico-penal’”.³¹⁷ “[É] necessário ter em conta que justamente por ser imprescindível a referência aos elementos externos, o dolo guarda estreita relação com o processo penal, ou seja, com a teoria da prova”.³¹⁸

Efetivamente, utilizando outra nomenclatura, o elemento probatório não nos diz se ele se refere ao dolo direto ou ao dolo eventual. Não é o objeto que se explica para o sujeito.

Assim, não é o dolo que se mostra em essência. É ele interpretado, reconstruído, provado a partir do que carreado ao processo.

A verdade construída no processo a partir da narrativa encetada e dos elementos probatórios colhidos pode comportar tanto prova do dolo direto quanto prova do dolo eventual. Ou seja, os elementos probatórios carreados podem tanto provar que o acusado quis o resultado quanto que se assumiu o risco de produzi-lo, o que possui implicações tanto no conhecimento quanto na vontade.³¹⁹

³¹⁶ ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. 3ª. ed. Bogotá: Editorial ABC, v. II, 1973, p. 08. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, *passim*. GRINOVER, Ada. Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 112/113. GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 159/164.

³¹⁷ BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: _____ (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

³¹⁸ BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: _____ (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

³¹⁹ SARCH, Alexander. Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law. *St. John's Law Review*, [s. l.], v. 88, n. 4, out. 2015, p. 1029/1030. Se assim é, não há porque, teoricamente, não falar em dolo direto de cegueira deliberada. Sobre isso, ver subcapítulo 2.1.

Portanto, “[o] dolo sempre dependerá de uma demonstração objetiva da intenção subjetiva, Deste modo, a ideia do que fundamenta o dolo está completamente conectada com sua demonstração, definitivamente, com sua prova”.³²⁰ Nesse capítulo, minudencio esse tema, mormente no que diz respeito à configuração dos elementos que se faz afirmar a ocorrência de cegueira deliberada.

Especificamente, no primeiro subcapítulo, falarei das provas diretas e indiretas. Defendo que essa dicotomia é falsa, pois uma prova sempre será, em maior ou menor grau, indireta. No segundo capítulo, tratarei do dever de motivação.

Isso tudo, ao fim e ao cabo, serve como limite de aplicação do instituto. Afasto-me, assim, de um uso retórico, artificial, da cegueira deliberada, para, concretamente, preencher o *standard* probatório aplicável, contextualizando-o.

3.2.1 Provas Indiretas como Indicadores

O que se pretende fazer ao se provar o elemento subjetivo de determinada conduta típica é imputar conhecimento e vontade para determinada ação ou omissão, a partir de determinados elementos externos existentes na situação fática narrada. Se provamos hipóteses, todos os meios de prova admissíveis, em princípio, são aptos, em maior ou menor grau de relevância, coerência e consistência, a nos dizer algo sobre a situação. Elas não nos dizem algo propriamente (porque o objeto não fala para o sujeito), mas todo elemento probatório é apto a encetar determinada narrativa sobre o ocorrido, não só em termos objetivos, mas também em termos de investimento subjetivo do acusado na conduta.

Nesse contexto, a livre-avaliação da prova implica no aceite de qualquer meio de prova admissível para se afirmar que determinada hipótese restou provada. Em outras palavras, a partir do que carregado aos autos, posso fazer qualquer inferência, desde que seja ela devidamente explicitada.

Com efeito, “um correto uso da prova indiciária é, via de regra, um meio apto a desbancar a presunção de inocência”³²¹ e, assim, suprir o *standard* probatório aplicável.

El medio probatorio por excelencia al que se recurre en la práctica para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni tampoco la confesión autoinculpatoria del sujeto activo. Las enormes dudas que suscita la primera vía y la escasa incidencia de la segunda, llevan a que la mayoría de supuestos se acaben resolviendo a través de un tercer

³²⁰ BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: _____ (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

³²¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 237/238.

medio de prueba: la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados juicios de inferencia.³²²

Aqui, desconstruo duas visões: (i) a prova indireta tem de, necessariamente, ser valorada em menor grau do que a prova direta e (ii) a prova indireta não preenche o *standard* probatório vigente no processo penal. Primeiro, no entanto, é necessário assentar a distinção, usualmente feita, entre prova direta e prova indireta.

A prova direta é aquela que permitiria uma suposta imediação no conhecimento do fato a ser provado. Uma confissão, por exemplo, seria uma prova direta, nesse sentido.

Uma prova indireta, por sua vez, é aquela que exigiria um encadeamento maior de inferências para que se chegue ao elemento do tipo. Por exemplo, um testemunho de que ao acusado seria possível o acesso à maior informação a respeito da conduta dita ilícita que estaria sendo por ele praticada, embora não se tenha presenciado isso.

Desconstruir essa distinção é tarefa, respeitosamente, mais fácil. Sabidamente, não vige em nosso sistema a prova tarifada, dispondo, inclusive, o art. 239 do CPP a respeito da utilização de indícios para a condenação.³²³ Assim, não parece razoável a objeção ao valor probatório da prova indireta.

A análise da segunda visão, no entanto, mostra-se tarefa mais difícil. A premissa da qual parto, bem delineada no subcapítulo 1.1, leva à inarredável visão de que toda prova é, em certo grau, indireta. Afinal, assim como se descola texto e norma, descola-se o objeto do raciocínio probatório e a prova dele extraída. Nesse sentido, o mesmo raciocínio empreendido na valoração da prova indireta é empreendido na valoração da prova direta, não havendo, em abstrato, diferença entre elas.

Esse entendimento é comprovado pelo próprio objeto do que se pretende provar – o conhecimento e a vontade -. Como visto no subcapítulo 2.1, afirmar que há indicadores do dolo, no âmbito do direito penal material, tem por consequência a sua classificação como objeto de prova, no âmbito do processo penal. Com isso, seja a prova direta ou indireta, tentar-se-á, por ela, provar algo que, pela sua própria definição no âmbito das ciências jurídicas é um indicador de outro objeto, um referente a outro conceito.

³²² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 237/238. Traduzindo: “O meio probatório por excelência ao qual se recorre na prática para determinar a ocorrência de processos psíquicos sobre os quais se assenta o dolo não são as ciências empíricas, nem a confissão do sujeito ativo. As enormes dúvidas que suscitam a primeira via e a pouca incidência da segunda, levam a que a maioria das suposições sejam resolvidas por um terceiro meio de prova: a prova indiciária, ou circunstancial, em forma de juízos de inferência”.

³²³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 410.

Assim, invariavelmente, há etapas, degraus, para se chegar de um ponto a outro. Em ambos os casos há inferências racionais.³²⁴ Em ambos os casos, podem existir incontáveis passos intermediários para se chegar a determinada conclusão.³²⁵

Com isso, afirmo que todo juízo fático é realizado a partir de inferências, inexistindo, portanto, diferença entre uma prova supostamente direta e uma prova supostamente indireta. Assim, juízos de fato, necessariamente, implicam inferências, instruídas por máximas da experiência - comuns ou técnicas -, e presunções.

Elas são, portanto, onipresentes, “por não haver distinção, nem ontológica, nem gnoseológica, entre prova direta e indireta”.³²⁶ A diferença entre suposta prova direta e suposta prova indireta é o número de inferências necessárias para se chegar a comprovação de determinada hipótese,³²⁷ pois o processo lógico inferencial é o mesmo.³²⁸

Nesses termos, não arriscaria indicar um rol de situações de fato que podem indicar a prova de dolo.³²⁹ Como já referido, *ad nauseam*, não pretendo que circunstâncias fáticas se tratem de normas jurídicas. Não obstante, há quem, arriscando, aproxima-se do tema. A seguinte passagem, a respeito de determinadas regras probatórias para o elemento cognoscitivo do dolo é elucidativa:

Inicialmente, de se fixar que as condutas prévias e posteriores desempenham papel relevante na constatação dos estados mentais no momento da conduta típica. Obviamente, os fatos prévios e posteriores têm papel auxiliar na constatação dos elementos subjetivos, porque os elementos empíricos do dolo são os relativos ao momento da execução da conduta. [...].

A primeira regra padrão é a de que indivíduos com determinado grau de socialização e órgãos sensoriais funcionais possuem conhecimentos mínimos. Assim, quem tem a condição de pessoa normal no momento da conduta conta necessariamente com alguns conhecimentos [que] são mesmo pressupostos para a qualificação da pessoa como normal. [...].

Ainda em se tratando do conhecimento do agente, outro parâmetro de comparação é a sua transmissão prévia. Por essa regra, se os conhecimentos foram previamente transmitidos ao agente, este permanecerá com eles no momento da conduta típica. Trata-se, aqui, dos conhecimentos transmitidos e além dos mínimos. [...].

³²⁴ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A Visão Moderna da Prova Indício. In: SALGADO, Daniel de Resende; DE QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). *A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 118.

³²⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A Visão Moderna da Prova Indício. In: SALGADO, Daniel de Resende; DE QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). *A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 119.

³²⁶ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68.

³²⁷ BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 190.

³²⁸ BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 191.

³²⁹ Por essa mesma razão, é que não indico rol de condutas às quais se pode afirmar a cegueira deliberada. Prefiro limitar o conceito na forma em que já proposto, deixando o preenchimento do suporte fático para a prática jurídica.

Outro padrão de conduta é aquele pelo qual o agente exterioriza os conhecimentos ou intenções, seja por comportamentos, seja por suas palavras. [...]. As exteriorizações podem ocorrer antes, durante, ou após o fato típico. [...].

Outro padrão a se analisar, cada vez mais importante, é o da delegação de conhecimentos. A complexidade das relações sociais faz com que seja comum que as pessoas não queiram ou não possam obter o conhecimento diretamente, delegando esse dever a terceiros. Os terceiros, a seu turno, têm a confiança do delegante de que comunicarão o conhecimento. Os casos mais frequentes serão os de delegação de conhecimento a especialistas em certas matérias. [...].³³⁰

Ou seja, pode-se aferir certo consenso a respeito de quatro padrões que poderiam indicar a existência do elemento cognoscitivo, em abstrato, em determinada conduta. Ressalvo, novamente, que não concordo com a atribuição do valor de regra a esses padrões, pois a eles falta uma pretensão de normatividade, tratando-se, na verdade, de simples descrição de fenômenos usualmente vistos.

Não obstante, o primeiro deles é o conhecimento mínimo, atribuível a todos que se dizem pessoas normais, capazes e imputáveis. O segundo deles é a existência de indicativo de uma transmissão prévia desse conhecimento. O terceiro deles é a exteriorização do conhecimento pelo próprio acusado. O quarto, e último, é a existência de delegação a respeito do conhecimento.³³¹

Dito isso, o mesmo exercício é feito a respeito do elemento volitivo. Também, para essa imputação, haveria padrões que podem ser delimitados. São eles:³³²

A primeira regra de conduta para a constatação da intenção é a modalidade da conduta, o que fez enquanto a vontade controlava a condução do fato. Exemplo clássico é a distinção entre a intenção de matar e a de causar lesões corporais. Assim, o tipo e a letalidade da arma, os projéteis utilizados, a reiteração e a direção dos golpes ou disparos, a parte do corpo que se pretendeu atingir e a efetivamente atingida, a distância entre autor e vítima, entre outros elementos, significam a intenção no caso concreto. [...].

Em outros crimes, não a modalidade, mas a duração ou a repetição da conduta podem significar a intenção do agente. [...].

Os comportamentos antecedentes, do agente ou de outrem, igualmente podem servir de regra para a constatação do elemento conativo. O agente pode verbalizar dada intenção de praticar certa conduta antes mesmo de o fazer. Se diz a alguém que quer se livrar de inimigo, constitui a intenção de o matar apesar de disparar poucas vezes contra sua barriga. [...].

Não só as condutas precedentes, como as sucessivas à consumação, podem significar a intenção no momento do crime. [...].

³³⁰ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240/256.

³³¹ Ramon Ragués i Vallès propõe critérios semelhantes a esses, para, em sua nomenclatura utilizada, descortinar-se o sentido social da conduta. Ver RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 521/523 e PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El Dolo Eventual – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 629/630.

³³² COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 269/278.

Outras regras de constatação da intenção se referem ao agente e outras pessoas e não às suas condutas ou às condutas de terceiros, como as anteriores. Tal qual relativamente à representação, a qualificação do agente pode servir para a prova do elemento volitivo. [...]. Alguém com especial treinamento com armas de fogo dificilmente acerta a cabeça da vítima sem significar essa intenção. O contador que envia documentos falsos dando conta de recebimento a menor de renda significa a intenção de suprimir ou reduzir tributos.

A qualidade pessoal da vítima também pode ter influência. Quem acerta três marteladas em adulto de compleição física avantajada constitui intenção diferente de quem o faz contra frágil idoso.

O motivo da ação é outra regra potencialmente relevante para a intenção [...]. O contexto do processo motivacional, se lícito ou ilícito, igualmente pode servir de regra para a constatação da intenção.

Apesar de ser pertinente trazer esses exemplos, não acredito que os possa taxar de regras. No ponto, prefiro ficar com a “insindicável persuasão racional do juiz, a qual pode esconder preconceitos e regras sem qualquer embasamento”³³³ (até porque discordo da insindicabilidade da decisão judicial),³³⁴ do que fazer desses padrões constatados efetivos indicadores, em termos normativos, do dolo. No entanto, esses padrões se mostram como bons parâmetros a partir dos quais, no bojo do processo, determinados assuntos podem ser discutidos e determinadas provas podem ser contrapostas.

É preferível, como já referido, respeitosamente, tratar do tema no controle da motivação do juízo fático, não me parecendo haver espaço para eventual doutrina especificar, ainda mais, um rol de indicadores do dolo e alçar eles a graus de normatividade. Se assim for feito, cair-se-ia no deserto conceitual, pois descrições não são em si, prescrições.

Seria, de certa forma, voltar ao que expõe o MPC. E, sabidamente, a escolha feita pelo MPC é, em certos pontos, criticável, consoante o subcapítulo 1.2.1.

No tema, entendo que o que tratado no capítulo 2, principalmente o que dito a respeito da bagagem de conhecimento e das atitudes anteriores do sujeito, aliado aos limites epistemológicos tratados nesse capítulo, é suficiente para fornecer segurança jurídica e a possibilidade de se controlar, intersubjetivamente, uma imputação de cegueira deliberada.

Ainda, essa atribuição de status de regra para padrões de conduta muito se assemelha a uma visão probabilística do tema. Isso já foi tratado no capítulo 2.1. Lá foi dito que a probabilidade da ocorrência de determinado fato diz com o caso sob análise, não com o conceito, e, por isso, não é válido que se alce tais inferências ao conceito jurídico-científico de cegueira deliberada.

³³³ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237.

³³⁴ Ver, logo a seguir, a motivação, conforme subcapítulo 3.2.2.

Assim, afirmar que conhecimento e vontade é subsumível a regras extraídas desses padrões – que nada mais são do que a descrição de situações fáticas mais prováveis de acontecer, dada a sua repetição em termos gerais - é se esquecer dos diferentes argumentos e narrativas, inclusive heurísticas, que podem ser objeto de determinado processo. Por essa razão, mesmo que determinado padrão de conduta possa ser critério para se verificar a consistência e coerência da imputação feita, não é esse padrão conceito abstrato relevante para a proposta aqui defendida, pois dele não extraímos qualquer normatividade.

Ou seja, não se pode, tão somente baseado na suposta alta probabilidade do acontecimento tendo em vista sua reiteração em outros casos afirmar seu caráter normativo. Se mais do que isso fosse feito, os limites *a priori* seriam em demasia restritivos.

Portanto, mesmo sendo a prova indireta suficiente para a satisfação do *standard* probatório, ela não pode partir, exclusivamente, de descrições feitas em abstrato, sendo que um controle *a posteriori* do tema, ou seja, um controle da motivação, mostra-se mais salutar. Ele é tratado a seguir.

3.2.2 Motivação

A valoração da prova, na motivação da decisão, mostra-se de maneira silogística, representando a conclusão do juízo fático empreendido.³³⁵ Esse juízo fático, como dito, baseia-se, necessariamente, em avaliações dos elementos probatórios trazidos aos autos, interpretados conforme o *background* de conhecimento daquele que julga, traduzindo-se, esse *background*, em experiências do mundo, em presunções, em, enfim, interpretação do que consta dos autos em contraste com as informações que fazem parte de seu arcabouço de conhecimento.

No entanto, essa valoração, explicitada na motivação não corresponde, necessariamente, ao processo mental empreendido pelo julgador, uma vez que esse se trata de matéria alheia ao processo, conteúdo psicológico inefável. A motivação-atividade é diversa da motivação explicitada na decisão.³³⁶

³³⁵ BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 131.

³³⁶ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad – El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 267.

Nesse sentido, a valoração da prova, exame crítico que é, deve ser vista a partir de parâmetros racionais e dos valores normativos do sistema.³³⁷ Para tanto, para a prática jurídica, não importa o ânimo do julgador, desde que não exteriorizado como razão de decidir.

A valoração da prova, apesar disso, trata-se, necessariamente, de aspecto a ser motivado na decisão, inclusive no que diz respeito às inferências e presunções feitas, devendo ser coerente e consistente. Ou seja, deve a decisão se fundar em critérios racionais, por mais que o procedimento intelectual, levado a cabo pelo julgador, ao qual é impossível acesso, não o seja.

Assim, o dever de motivação é o que possibilita, ao acusado, o controle do processo de valoração da prova. Sua previsão constitucional é o que alberga, amplamente, o direito subjetivo de ter não só esse ponto em discussão apreciado, mas também de se aferir a justificação do juízo fático realizado: a justificação interna. Nas palavras de Sérgio Mattos,³³⁸ ludicamente, “na justificação interna, o juízo pode ser inferido logicamente das premissas de fato e de direito empregadas na motivação da decisão judicial”. No que diz respeito a esse trabalho, essa justificação interna possibilita o controle dos fatos selecionados como determinantes para a subsunção dos fatos referentes ao investimento subjetivo na conduta aos enunciados de indicação de cegueira deliberada, lastreados em dados trazidos ao processo.

O esquema silogístico final do preenchimento do tipo, portanto, só é possível a partir da resolução de questões de fato, justificadas, as quais devem estar expressas na motivação da decisão.³³⁹ Afirmam Lenio Streck e Gilmar Mendes:³⁴⁰

A necessidade de fundamentação decorre do problema central da teoria do direito: a constatada impossibilidade de a lei prever todas as hipóteses de aplicação. De uma lei geral é necessário retirar/construir uma decisão particular (uma norma individual). E esse procedimento deve ser controlado, para preservar a democracia, evitando-se, assim, que os juízes e tribunais decidam de forma aleatória. A tese da discricionariedade judicial é um reflexo da constatada impossibilidade de a lei prever todas as possibilidades de sua aplicação e, ao mesmo tempo, da não constatação de que as situações concretas sejam determinantes para a adequação da resposta (decisão). Entretanto, é importante que se diga que a situação concreta não é um alibi para que uma norma não seja aplicada, sendo imprescindível, sob pena de também violar o princípio da fundamentação das decisões, aquela justificação que se limita a dizer que a decisão foi tomada de uma forma e não de outra em ‘face das peculiaridades do caso concreto’.

³³⁷ BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 134.

³³⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 262.

³³⁹ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 65.

³⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luis. Comentário ao artigo 93. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; _____; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.811.

Dito isso, no que, especificamente, diz respeito à valoração da prova, Ronaldo Borges aduz critérios para a sua correção: “(i) a exaustividade, (ii) a congruência, (iii) a integridade e a comunidade da prova e (iv) a imparcialidade”.³⁴¹ Em que pese entender que esse último critério é inerente à atividade de julgar, não se relacionando, diretamente, com a valoração da prova, vale explicitar os outros três.

A exaustividade, em primeiro lugar, é a “análise e valoração de todas as provas acostadas aos autos”.³⁴² Em outras palavras, não é dado ao julgador se furtar a analisar eventuais elementos de prova trazidos pela defesa que afastem a possibilidade de conhecimento ulterior dos temas que configurariam uma cegueira deliberada. No ponto, a revisão da matéria fática trazida aos autos deve ser feita de forma analítica.

Ou seja, pode-se afirmar que a análise dos elementos probatórios que dizem respeito à cegueira deliberada, sejam eles qualificados como diretos ou indiretos, deve se dar de maneira exaustiva. Essa exaustividade diz tanto com a análise dos padrões para imputação do elemento cognoscitivo quanto para a análise do elemento volitivo – por mais repetitivo e, metaforicamente, exaustivo que isso possa ser. Do outro lado, deve-se, igualmente, valorar a eventual existência de prova que diga com o erro sobre elemento do tipo, ou, de forma ampla, com a inexistência de prova de vontade na realização da conduta.

Em segundo lugar, a correlação é “a necessidade de uma correlação entre as alegações das partes e a decisão”.³⁴³ Nesse sentido, valoramos a prova à luz dos enunciados fáticos sobre ela feitos.

Em outras palavras, os elementos de prova são, necessariamente, interpretados a partir da delimitação da hipótese da acusação, ou da defesa, e nunca fora delas. É dizer: descabe ao julgador inferir conclusões e juízos fáticos que não delimitados pela hipótese acusatória, sob pena de se decidir para além do que foi objeto do processo.

Daí porque os padrões de conduta não se tratam de regras. Por certo, existem padrões aos quais se pode contrapor a situação fática narrada, mas alçar isso à regra, como se necessária fosse essa comparação, não parece razoável.

E, menos razoável ainda, é que essa inovação na análise das questões fáticas se trate de proceder exclusivo do órgão julgador. Ao contrário, se a cegueira deliberada se mostra no

³⁴¹ BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 137.

³⁴² BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 137.

³⁴³ BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 138.

caso a partir de determinado padrão de conduta usualmente observado nas circunstâncias, cumpre, tão somente, à acusação trazer elementos a respeito desse padrão, sob pena de violação à correlação.

Em terceiro lugar, a comunidade da prova, por sua vez, é a “indivisibilidade do acervo probatório”.³⁴⁴ Em outras palavras, não se pode cegar aos elementos que fazem soçobrar determinada narrativa.

Explicitando-se: (i) exaustivamente, a análise dos elementos probatórios, (ii) tendo em mente a correlação entre as hipóteses defensivas e acusatórias e os elementos de prova carreados, (iii) não se descuidando da comunidade da prova que consta dos autos, têm-se um juízo fático motivado. Corolário disso é a motivação das inferências abduativas, das presunções, e do *background* de conhecimento utilizado.

Nesse mesmo sentido, Daniel Mitidiero explicita que, para considerarmos uma decisão fundamentada, deve ela enunciar as escolhas que dizem respeito à: (i) individualização das normas aplicáveis – que, *in casu*, dizem, majoritariamente, com o art. 18 do CP -; ao (ii) relato das alegações de fato; à (iii) qualificação jurídica do suporte fático – que, *in casu*, corresponde a atribuir os elementos acima descritos (conhecimento e vontade nos moldes de uma narrativa de cegueira deliberada) à situação fática relatada -; e às (iii) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica atribuída - que, *in casu*, corresponde à imputação, ou não, de dolo eventual -; tudo isso por meio de esclarecimento dos nexos constatados e das inferências feitas.³⁴⁵

Ou seja, para se preencher a imputação subjetiva, a partir de um juízo fático que pretende buscar a verdade como correspondência, deve-se definir o *standard* probatório que se levou em consideração, minudenciando, contextualizando, principalmente, o que se entende por uma dúvida razoável no contexto fático narrado. Deve-se, também, motivar a valoração da prova empreendida, definindo tanto as provas que dão suporte à hipótese, analiticamente, bem como o porquê de determinada prova não ser suficiente para elidir esse suporte, atendendo-se à exaustividade, à congruência e à comunidade dos elementos probatórios.

Por fim, para isso, não basta afirmar que se pode condenar com base em indício – é sabido que se pode fazer isso – ou que provas indiretas condenam – isso também é sabido -.

³⁴⁴ BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 138.

³⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 151.

Deve-se, à luz do art. 93, IX, da CF, efetivamente explicitar as inferências e as presunções levadas em consideração para a formação do juízo fático.

Em síntese, o que até aqui relatado nos leva à seguinte constatação: nenhum caso é igual a outro, sendo, portanto, dever do órgão e direito subjetivo do acusado a justificação interna e externa da decisão que exprima os juízos de imputação subjetiva a partir dos elementos probatórios realizados, em termos de conclusão da cognição tida ao longo do processo, mesmo que essa cognição leve em conta determinados padrões de conduta e determinados *backgrounds*, termos em si de difícil apreensão.

No caso específico, a alusão à cegueira deliberada não se trata de subterfúgio para que a decisão evite fundamentar o porquê de se entender pela constatação de dolo eventual na conduta.³⁴⁶ Ao contrário, tratando-se de hipótese de dolo eventual, cuja separação do erro e da culpa consciente é feita por uma tênue linha de prova, é de rigor que se imponha deveres severos à cognição fundamentada.

Como visto, a busca da verdade, pode, muito facilmente, desbordar para uma simples confirmação da projeção realizada pelo julgador. Esse procedimento não se mostra lícito.

Ainda falando da prova do dolo, embora a admissibilidade de prova indireta para a condenação dê a entender que se está a alargar, quiçá ilicitamente, a discricionariedade em eventual punição, não é isso o que efetivamente ocorre, pois a constatação de que toda prova é indireta se trata de mera descrição, a partir das premissas claramente estabelecidas nesse trabalho e, inclusive, a partir da simples leitura do enunciado normativo atinente à prova indiciária no CPP. Como visto, o controle, no ponto, não é feito pelo tarifamento da prova, senão pela motivação empreendida.

Essa motivação, por fim, deve obedecer a determinados critérios racionais, a fim de estar apta a ser considerada suficiente e necessária. Sem isso – eis a consequência jurídica do uso retórico da cegueira deliberada –, estamos diante de decisão nula, a qual pode ser objeto de sindicabilidade nas instâncias superiores.

Essa sindicabilidade – já iniciando o próximo capítulo – diz com as balizas principiológicas do tema, seja na definição do instituto, seja na sua aplicação. O próximo capítulo tem a pretensão de clarear isso, a fim de fornecer uma delimitação mais precisa a respeito da conformidade da cegueira deliberada e de sua aplicação em nosso ordenamento.

³⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 101.

4 BALIZAS PRINCIPIOLÓGICAS

“No outro dia amanheceu fazendo um calorão temível e Macunaíma suava que mais suava dum lado pra outro enraivecido com a injustiça do Governo. Quis sair para espairecer, porém aquela roupa tanta aumentando o calor... Teve mais raiva. Teve raiva por demais e maliciou que ia ficar com o butecaiana que é doença da raiva”.

(Mário de Andrade)

Dadas as naturais mudanças que acontecem na sociedade, não tenho a pretensão de definir um conceito de cegueira deliberada como indicadora de dolo eventual que valha para toda e qualquer hipótese até o fim dos tempos. Longe disso.

No entanto, a pretensão de veracidade do que dito até aqui se mantém. Por essa razão, e pelas visões às quais me disse filiar no final das considerações introdutórias, é de rigor que se aluda às balizas principiológicas, expressamente constitucionais ou não, que regem o instituto. Aqui, como premissa, tem-se por reiterado o que dito no subcapítulo 1.1.

Com efeito, a adequação às regras constitucionais e legais foi feita nos capítulos 2 e 3 desse trabalho. Neles, já se pontuou a adequação à principiologia subjacente, ainda que implicitamente. Efetivamente, se não fosse crível a adequação principiológica das regras tidas por parâmetro para a análise feita, não se teria razão para as mencionar no decorrer desses capítulos.

Este capítulo dá um passo além. Ou seja, além de a cegueira deliberada como proposta se adequar às regras – enunciados normativos imediatamente descritivos, retrospectivos e “com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência [...] entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” –,³⁴⁷ ela também deve se adequar aos princípios que pautam o ordenamento.³⁴⁸

Nesse contexto, vale salientar, as próprias regras devem se “[centrar] na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes”.³⁴⁹ Nesse sentido, os princípios são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e

³⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78.

³⁴⁸ Faço isso à luz da eficácia vertical dos direitos fundamentais, constitucionalizados ou não, que levam a uma escolha de se interpretar conforme a Constituição.

³⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78.

com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.³⁵⁰

Para alguns, deve soar estranho um trabalho doutrinário limitado a regras e princípios postos. Desde logo, afasto essa visão. Como visto, não é objetivo dessa dissertação propor conceito válido a todo ordenamento, de toda ordem. A premissa da qual se parte é diferente. Parte-se da visão de que é necessário propor um conceito de cegueira deliberada que se encontre juridicamente válido perante nosso ordenamento jurídico. Qualquer outra tentativa se trataria de vão transplante irrefletido de práticas jurídicas de outros ordenamentos.

Postas essas premissas, vale sintetizar o que adiante se falará. A divisão proposta nesse capítulo é muito mais didática do que normativa, pois se princípios se imbricam e se relacionam paralelamente, a relação entre os princípios aludidos vai além do que essas páginas podem conter.

Dentre os princípios que regem a espécie, elegi quatro que mais impactam na definição do conceito e em sua aplicação. Não nego a possibilidade de outros princípios influírem na construção da cegueira deliberada – mormente no que diz com a sua aplicação -, mas esse trabalho não se propõe a erigir status normativos a construções que porventura podem existir, em verdadeiro exercício de futurologia.

Por essa razão, os princípios abaixo tratados são os que mais aparecem relacionados ao trato do tema, consoante bibliografia consultada.³⁵¹ Esse foi o critério científico utilizado, não sem antes se passar pela revisão de outros princípios que instruem o direito penal³⁵² e o processo penal.³⁵³

Assim, em primeiro lugar, tratar-se-á de dois princípios de ordem material. Se cegueira deliberada é um instituto de direito penal, deve ele estar, entre outros, em conformidade com a culpabilidade e com a legalidade. Assim, no ponto, explicitar-se-á o

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78/79.

³⁵¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 193/199; SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 163/165.

³⁵² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22/100; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 7ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 21/34; e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 663/966.

³⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 33/92; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31/52; e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, *passim*.

conceito dogmático penal de cegueira deliberada a fim de se averiguar sua adequação a esses princípios.

No primeiro subcapítulo, tratarei da culpabilidade. É um princípio de interesse, independentemente de sua própria posição no sistema, uma vez que, *prima facie*, não encontra assento constitucional.³⁵⁴ No segundo subcapítulo, falarei da legalidade, mormente no que tange a legalidade estrita, vetor interpretativo das normas penais.

Posteriormente, em um segundo momento, falarei de princípios atinentes ao direito processual: a presunção de inocência e, juntos, a ampla defesa e o contraditório. Efetivamente, em primeiro lugar, uma imputação de cegueira deliberada deve ser condizente com a presunção de inocência e, em segundo lugar, deve ser claramente delimitada a fim de se permitir a compreensão do que se está a acusar, permitindo o exercício do contraditório a respeito dos fatos narrados que, supostamente, dão suporte ao chamamento do instituto.

Adiante que o primeiro subcapítulo – a respeito de princípios ligados ao direito material – dialoga com o segundo capítulo acima. O segundo subcapítulo – a respeito de princípios de ordem processual – dialoga com o terceiro capítulo acima. E isso não poderia ser diferente, afinal, as regras tratadas nos capítulos acima possuem como fundamento, justamente, os princípios abaixo explicitados. Dito isso, cumpre minudenciá-los.

4.1 OS PRINCÍPIOS NA ENUNCIÇÃO DO CONCEITO

Neste subcapítulo, trataremos da culpabilidade e da legalidade. Para tanto, vale salientar o que se entende por cegueira deliberada, no ponto.

Afinal, se cegueira deliberada é a qualificação de um estado de conhecimento e de vontade que indica, acima de qualquer dúvida razoável, a assunção de risco pelo sujeito a partir da constatação de que ele, deliberadamente, não buscou incrementar seu conhecimento a respeito da ocorrência de determinada situação fática subsumível a determinado elemento do tipo, a ele atribuível, é de rigor que se analise como isso satisfaz os parâmetros da culpabilidade e da legalidade. É o que adiante se demonstrará.

4.1.1 Culpabilidade

A culpabilidade desse subcapítulo não é aquela culpabilidade da dogmática penal cuja função é estritamente limitada à gradação da pena, mas sim aquela prevista como princípio,

³⁵⁴ Saliente-se que aqui interpreto a culpabilidade como princípio constitucional, para além da visão dogmática penal de seu significado.

termo, portanto, com maior vagueza que alberga, no entanto, maior conteúdo pertinente a ideia desse trabalho. Afinal, “o lado subjetivo do ilícito [...] não cuida de uma verificação do que se passa na cabeça do agente, mas sim da afirmação axiológica de uma das garantias derivadas do princípio de culpabilidade, qual seja, a de que a afirmação de todo ilícito penal depende de aspectos objetivos e subjetivos”.³⁵⁵

Nesse sentido, “o plano da culpabilidade é aquele no qual se reúne o saber sistemático sobre o autor. [...] O que ainda não se sabe é se a conduta verificada pode ser ‘imputada’ a um determinado homem; se um determinado homem pode ser considerado ‘responsável por esta conduta’”.³⁵⁶ Aquele acusado, diante daquelas circunstâncias, pode ser considerado culpado? Aqui, a face mais concreta da culpabilidade, pela qual é de rigor o exame das excludentes legalmente previstas.

Assim, mesmo que a “lei não [exija] do juiz, como um pressuposto da imputação subjetiva, a demonstração positiva da capacidade de culpabilidade”,³⁵⁷ é de rigor que o conceito proposto abra a possibilidade de se demonstrar, do lado da acusação, essa capacidade e, do lado da defesa, essa incapacidade, cujo exame é, sim, exigido do juízo.³⁵⁸ Isso pressupõe um juízo hipotético, no contexto fático apresentado que, no caso da cegueira deliberada, diz, especialmente, com a possibilidade de se incrementar o conhecimento e com a possibilidade de se agir de outra forma – o que, em termos infraconstitucionais, trata-se de causas de exclusão da culpabilidade.

No entanto, um segundo juízo deve ser realizado. Esse diz com a visão do princípio da culpabilidade enquanto fundamento legitimador de uma responsabilização penal subjetiva. Vale salientar: ao juízo não se faz necessário esse excuro doutrinário. No entanto, para se afirmar a validade do conceito proposto, trata-se de etapa necessária.

Afinal, ao estarmos tratando de princípios, os quais se inserem em uma lógica de sistema de garantias fundamentais que se mostra “receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”,³⁵⁹ é plausível que se entenda o princípio da culpabilidade como

³⁵⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 395.

³⁵⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 287.

³⁵⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 291.

³⁵⁸ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 291.

³⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 73.

delimitador da culpa atribuída a determinado sujeito. É a partir dessa visão que se averigua a validade do conceito proposto de cegueira deliberada.

E a questão posta é singela: a fim de se evitar uma responsabilização objetiva, o conceito proposto alberga a possibilidade de, em um processo, considerações a respeito do elemento subjetivo – e, mais especificamente, sua inexistência – serem tratadas com o devido respeito e atenção, dentro dos institutos penais legalmente previstos? Reitera-se que, para este trabalho, cegueira deliberada é a qualificação de um estado de conhecimento e de vontade que indica, acima de qualquer dúvida razoável, a assunção de risco pelo sujeito a partir da constatação de que ele, deliberadamente, não buscou incrementar seu conhecimento a respeito da ocorrência de determinada situação fática subsumível a determinado elemento do tipo, a ele atribuível.

Assim, no caso da cegueira deliberada, sua explicitação se dá pela constatação de o acusado ter evitado saber. É essa a demonstração exterior que pode, efetivamente, legitimar uma pena aplicada.

Mas não só por ela. Só por isso, não se pode qualificar a ação de dolosa, pois se desconhece a razão de se ter evitado saber.

Chega, então, outra pergunta: o acusado evitou, deliberadamente, saber? Se sim, pode-se considerar a ação ou omissão dolosa, pela constatação de cegueira deliberada, indicador fático de dolo eventual. Somente assim, exemplificativamente, estar-se-á dentro de uma atuação legítima à luz da culpabilidade.

Assim, a resposta proposta é que, sim, o conceito proposto não leva a uma inexorável responsabilização objetiva. Nesses termos, o que faz o princípio é abrir espaço para cursos causais hipotéticos, a partir das circunstâncias trazidas à cognição. Ao se afirmar a “assunção do risco”, poder-se-ia questionar: poderia o sujeito não assumir esse risco? Há elementos para se afirmar a assunção de risco a partir do conhecimento e da vontade atribuída?

Exemplificativamente, no caso de Heredia, é plausível esperar que, tendo em conta a vultosa quantia de dinheiro encontrada com sua mãe, que estava visivelmente nervosa, e o odor estranho que exalava do carro, ela não o dirigisse? Parece que sim, pois não havia nenhuma circunstância que a obrigasse a dirigir o carro e não há nenhum ato documentado em sentido contrário ao seu intento de dirigir o veículo. Ainda, ao se exigir que a decisão tenha sido “deliberada”, pode-se exigir de Jewell que ele não aceitasse a remuneração para dirigir carro que não era seu? Parece que sim, pois não havia nenhuma circunstância que o obrigasse a atravessar a fronteira. Além disso, não há qualquer outra ação documentada que dê a

entender qualquer vontade em sentido contrário ou qualquer padrão que enseje um possível desconhecimento das circunstâncias fáticas apreendidas por um sujeito naquela situação.

Por fim, pode-se exigir de ambos que, a fim de não se implicarem em condutas potencialmente criminosas, incrementassem seu conhecimento a respeito da circunstância fática? Parece que sim, principalmente porque não se mostrava qualquer tipo de invencibilidade no conhecimento das demais circunstâncias. Para Heredia, bastaria abrir a mala; para Jewell, bastaria questionar aquele que lhe ofereceu remuneração por dirigir um carro.

É pertinente a relação entre os conceitos: a alusão a outras hipóteses como concreção da culpabilidade é, igualmente, concreção do *standard* probatório que, ao limitar as hipóteses àquelas que são razoáveis, torna denso o que ora proposto. Daí porque se reitera que a divisão aqui posta é meramente didática, pois, na prática, estes conceitos se encontram intimamente imbricados.

Ao fim e ao cabo, a demonstração mais concreta do que se diz ser a culpabilidade se dá, invariavelmente, por sua exclusão.³⁶⁰ No entanto, o que a culpabilidade acaba trazendo ao conceito de cegueira deliberada é um dever de se levar sua ocorrência a sério, pois diz intimamente com a justeza da pena aplicada, seja ela qual for. É, em outras palavras, a concretização de uma possibilidade de responsabilização subjetiva.

Por fim, para que ilações desse tipo sejam possíveis, é de rigor que se explicita que parto da premissa da existência de um livre-arbítrio, ainda que contingenciado. É dentro de uma ciência jurídica aplicada – e não dentro da filosofia –, que se insere a cegueira deliberada, tomando por premissa de que há, sim, espaço para a livre atuação do sujeito, a ensejar sua responsabilização, desde que respeitados os sérios requisitos que são propostos aqui. Nossos problemas, os problemas da prática jurídica, não são problemas filosóficos e a esses ares não devem ser alçados:

Pues la libertad de actuar que en *Derecho Penal* importa – la que se halla en la base de nuestras creencias ordinarias y constituye un pilar insustituible de la estructura de nuestro mundo de la vida y el fundamento de las exigencias de la culpabilidad – puede probarse en el proceso penal tanto en general como respecto del autor concreto en la situación concreta. Claro que hay márgenes de duda y esos márgenes habrán de ser despejados de conformidad con la presunción de inocencia. Pero, la exigencia procesal de una prueba de la que se infiera la culpabilidad más allá de toda duda razonable nada tiene que ver con la exigencia dogmática que, según acabamos de exponer, pretende que se suministre una prueba de la falsedad del determinismo. Una exigencia descontextualizada –pues los juristas hemos de vérnoslas con problemas de la vida ordinaria, que se resuelven ante los Tribunales de Justicia, no con problemas filosóficos – petulante – pues es al dogmático al que correspondería

³⁶⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 290/291.

justificar la legitimad de sus exigencias – e incongruente – porque la duda que la fundamenta, al versar sobre uno de los pilares básicos de nuestro juego de lenguaje parecería llevarse por delante el fondo sobre el que descansan todos sus juicios.³⁶¹

Então, saliento: parto da premissa de que há falar em liberdade e há falar em livre-arbítrio no que diz com questões atinentes à cegueira deliberada. É ele, portanto, ponto nevrálgico, visto que possibilitará a criação de cursos causais hipotéticos, a partir das circunstâncias fáticas trazidas aos autos e do que se poderia ter escolhido, deliberadamente, a fim de se aferir a existência, ou não, do elemento subjetivo, sem esquecer, no entanto, que “a afirmação da liberdade do homem não autoriza a imputar exclusivamente sobre sua pessoa a responsabilidade de seus atos”.³⁶²

Todos estamos sujeitos a condicionamentos, disso não se discorda. Estamos sujeitos a enganos e a trapaças e a equívocos a respeito de situações fáticas, as quais influem em nossos investimentos subjetivos em determinada conduta. No entanto, todas essas situações fáticas podem ser objeto de prova, pois, afinal, há indicadores que confirmam um estado de cegueira deliberada – como, aliás, visto no subcapítulo 3.2 -.

Demonstrei que, não obstante a cegueira deliberada seja um conceito complexo – não no sentido de difícil entendimento, mas sim de estabelecimento de diversas relações e encadeamentos de diversos termos -, ele se encontra consentâneo com uma visão da culpabilidade enquanto delimitador da reprovação de determinada conduta e como limite à responsabilização objetiva. Sua aplicação, sua alusão, serve para clarear a conformidade do conceito, de forma, principalmente, a explicitar a escolha por determinados termos no enunciado proposto e mostrar que sua aplicação não se revela indevida responsabilização objetiva, a qual não poderia ser objeto de debate no bojo do processo e não se encontraria dentro de uma prática penal guiada por pressupostos subjetivos.

³⁶¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 866/867. Traduzindo: “Pois a liberdade de agir que importa em matéria de direito penal - que é a base de nossas crenças comuns e constitui um pilar insubstituível da estrutura do nosso mundo e da base das exigências da culpa - pode ser provada no processo penal tanto em geral quanto em relação ao autor específico na situação concreta. Claro que há margens de dúvida, e elas deverão ser afastadas em conformidade à presunção de inocência. No entanto, provar a culpa para além de uma dúvida razoável não é a mesma coisa que provar a falsidade do determinismo. Essa última exigência é (i) descontextualizada – pois, para os juristas, temos de lidar com os problemas da vida comum, que são resolvidos perante os tribunais da Justiça, não com problemas filosóficos – (ii) petulante - porque é o dogmático que deve justificar a legitimidade de suas exigências - e (iii) incongruente - porque a dúvida que a subjaz, com base em um dos pilares básicos dos nossos jogo de linguagem, parece fazer soçobrar o histórico sobre o qual todos os seus julgamentos são feitos”.

³⁶² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 869.

Ao contrário, pela íntima vinculação do conceito com o mundo que nos rodeia, conforme premissas adotadas no segundo capítulo, vê-se que o que mais permite o conceito, é justamente, trazer à baila, mediante elementos de prova, debate a respeito do elemento subjetivo. A consequência disso, em sentido inverso, é um reforço da vedação ao uso da cegueira deliberada como simples artifício retórico, simulacro de fundamentação, pois, esse sim, não se encontrará consentâneo com a culpabilidade. Indo além da culpabilidade, mostra-se pertinente a análise de sua conformidade à luz da legalidade. Afinal, assim como não há falar em crime sem culpa, também não há falar em crime sem lei.

4.1.2 Legalidade

“Um ato só pode ser punido se a punibilidade estiver determinada legalmente antes que o ato seja cometido’. Quem, de qualquer modo, como jurista já não sabe de cor, deveria ler esta frase várias vezes; todas as suas palavras têm importância”.³⁶³ O princípio da legalidade, para o legislador, significa descrever as circunstâncias delituosas de maneira precisa, específica e clara. Para a prática jurídica, o princípio da legalidade exige condenação com base em lei, e não em costume, além de o proibir de ampliar a lei em prejuízo do acusado.³⁶⁴

Para esse capítulo – e para esse trabalho -, a questão que se coloca, dentro do corte da legalidade, é a seguinte: a proposta de cegueira deliberada ora trabalhada se compreende dentro de uma interpretação constitucionalmente adequada à luz do princípio da legalidade? A resposta – adiantando, positiva – desenvolve-se em etapas, mas o ponto central que se pode contrapor à possibilidade de se afirmar a cegueira deliberada em nosso ordenamento é a proibição de ampliação de hipóteses criminalizadoras por analogia.

No entanto, a cegueira deliberada não é analogia à assunção de riscos. É hipótese fática de seu preenchimento.

Nesse sentido, consoante o primeiro capítulo, a aplicação, ou não, de determinada norma, exige, necessariamente, uma comparação entre os fatos juridicamente qualificados da questão a ser resolvida e o âmbito de aplicação da norma, considerando-se, inclusive, os casos fáticos aos quais ela já foi aplicada. Isso é a bagagem, o fundamento, que permite, posteriormente, a explicitação da subsunção.

³⁶³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 332.

³⁶⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 335.

Para se afirmar a proibição de analogia é preciso que, primeiro, afirme-se o que se entende por analogia. Assim, a argumentação analógica se fundamenta em uma “similaridade relevante”,³⁶⁵ pelo exemplo, o qual explicita a ideia extraída da norma interpretada, seu fio-condutor, e consigna porque determinada situação, como outra, preenche o suporte fático dessa norma. No entanto, não há falar em raciocínio ‘por exemplo’ de uma instância concreta para outra, se não por um princípio geral a qual as duas situações são subsumidas.³⁶⁶

No caso de cegueira deliberada, o argumento analógico, raso, que é vedado pela proibição de analogia é a simples comparação de cegueira deliberada com dolo eventual, ou, ainda, com determinado padrão de conduta abstratamente considerado, sem se estabelecer o ponto de conexão entre as duas situações. Isso é, efetivamente, analogia proibida pelo princípio da legalidade.

No entanto, não é disso que se trata esse trabalho. É, justamente, para se evitar essa indevida comparação que teço as considerações nesse subcapítulo.

De início, a pretensão, nesse subcapítulo, é de contribuir para uma possível interpretação do instituto da cegueira deliberada. É, afinal, para isso que serve a doutrina.

Con la pretensión de solventar el problema que, desde la perspectiva del principio de legalidad, plantea la interpretación, nace la dogmática que, en sus diversas formulaciones, propone una serie de instrumentos con los que llevar a cabo una exégesis ‘científica’ (esto es, independiente de las valoraciones materiales del intérprete) ‘objetiva’ y, por ello, precisa y segura, de la ley.³⁶⁷

Assim, novamente, a questão posta é singela: a cegueira deliberada viola o princípio da legalidade ao se relacionar seus termos com o dolo eventual? Como já dito, não.

A cegueira deliberada não é equiparada ao dolo eventual. A cegueira deliberada é hipótese de preenchimento do dolo eventual. No ponto, sequer se trata de interpretação extensiva, pois o enunciado normativo posto no art. 18, I, do CP alberga a possibilidade de seu preenchimento pelo conceito posto.

Abrindo-se parênteses, vale consignar que a vagueza dos termos utilizados para a definição do dolo eventual – o que não é objeto desse trabalho – é constatação que salta aos olhos. Em outras palavras, conforme o art. 18, I, do CP, não é preciso muito para se afirmar

³⁶⁵ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 94.

³⁶⁶ WEINREB, Lloyd. *Legal Reason – The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, *passim*.

³⁶⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 734. Traduzindo: “Com a pretensão de resolver o problema que, na perspectiva do princípio da legalidade, coloca a interpretação, a dogmática, em suas diversas formulações, propõe uma série de instrumentos para realizar uma exegese “científica” (isso é, independente das avaliações materiais do intérprete), “objetiva” e, portanto, preciso e seguro, da lei”.

que alguém assumiu um risco e, assim sendo, não parece ser preciso muito para se afirmar a ocorrência de um crime doloso.

No mesmo sentido é o que exposto por Ramón Ragués i Vallès. Segundo ele, “se o alcance do termo legal dolo se vincula exclusivamente ao seu significado original de ‘engano, fraude ou simulação’, sua definição como conhecimento e vontade, empregada na ciência penal há pelo menos um século, viola a legalidade”.³⁶⁸ No entanto, assim não é.

E assim não é, pois “o sentido dos conceitos técnicos, como o de dolo, [...] se encontram à disposição da disciplina científica competente para que ela defina seus contornos”.³⁶⁹ Partindo-se disso, não se viola a legalidade ao se incluir a cegueira deliberada nos casos de dolo eventual, pois sua própria definição se encontra dentro da ciência jurídica,³⁷⁰ consoante o capítulo terceiro.

Efetivamente, não há uma limitação legal à interpretação do dolo eventual, senão a assunção de risco. Cegar-se deliberadamente, como proposto, é assumir um risco. Não há falar, no ponto, em analogia em prejuízo do acusado, pois preencher um conceito não é raciocinar analogicamente.

De mais a mais, o raciocínio analógico a fim de afirmar a ocorrência da cegueira deliberada é proceder salutar, de forma alguma vedado pelo ordenamento, senão exigido pela motivação (conforme capítulo 3.2.2). O problema que se coloca não se trata de simplesmente comparar dolo eventual e cegueira deliberada, mas sim de, efetivamente, dentro de uma questão posta a respeito da cegueira deliberada, explicitar *quais os elementos de determinada questão já posta à apreciação jurisdicional em casos anteriores são similares a outra e o porquê de assim o serem*,³⁷¹ com vistas à explicitação do que se extrai como relevante do enunciado normativo

Exemplificativamente, no caso de cegueira deliberada, o preenchimento dessa etapa se dá pela constatação de que em circunstâncias similares, passadas, examinadas por determinado órgão jurisdicional, já se afirmou a assunção de risco pelo acusado, em termos de se cegar deliberadamente. Isso é raciocínio analógico, motivação adequada, e não analogia proibida. Assim, a boa analogia que se traduz em parte de motivação se fundamenta em uma

³⁶⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 194.

³⁶⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 194.

³⁷⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 195.

³⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e Evolução do Direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 57.

“similaridade relevante, ao passo que o mau argumento se fundamenta em similaridades que não são juridicamente relevantes, ainda que possam ser pertinentes para outros fins [que não jurídicos]”.³⁷²

No ponto, vale melhor explicitar qual o caminho a se percorrer para se estar diante de uma analogia válida, em termos de cegueira deliberada, que não viole nem o princípio da legalidade, nem o dever de motivação. Para isso, o primeiro passo é entendermos o “nível de abstração, ou de generalidade, no qual a Corte entendeu os fatos [pretéritos]”.³⁷³ É extrair a *ratio decidendi* da questão já decidida. Esse aspecto está intimamente vinculado com a universalização da motivação, pois “[a] relevância da analogia depende do princípio mais amplo do qual cada caso pode ser mostrado como uma exemplificação”.³⁷⁴

Então, em primeiro lugar, está-se diante de um caso, de uma condenação na qual se constatou a ocorrência de cegueira deliberada, e se relacionou essa cegueira deliberada à assunção de risco proibida pelo ordenamento nos moldes do dolo eventual.

Em outras palavras, o primeiro passo da construção analógica se trata de eminente raciocínio indutivo:³⁷⁵ passamos do que apreendido pelo julgado referido, em termos de qualificação jurídica dos fatos tidos como pertinentes para a solução de determinada questão jurídica ao princípio mais amplo, à razão generalizável, daquela decisão, da qual o caso se tornou exemplo:³⁷⁶ a indicação fática da cegueira deliberada para a hipótese culpável de dolo eventual.

Reiterando-se o ponto: os exemplos pretéritos de cegueira deliberada, trazidos como eventual motivação, são exemplos de algo maior, ao que são necessariamente reconduzidos. No caso, esse princípio geral é o conceito de dolo eventual, hipótese culpável, e as duas, ou mais, situações comparáveis, pretéritas e atuais, são as situações de cegueira deliberada.

Nesse sentido, ao se assim proceder também se está, para além de se prestigiar a motivação e a correta analogia, a privilegiar o tratamento igualitário entre casos. Sintetizando esse raciocínio, essa comparação:

Saber quando há um tratamento justo de igualdade ou desigualdade não é tarefa fácil. Como ponto de apoio metódico sugere-se o seguinte esquema: (1) quais as situações de fato que são objeto de comparação, pois se o princípio da igualdade é, por definição, um princípio relacional, e a norma jurídica [no caso, o dolo eventual]

³⁷² SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 94.

³⁷³ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 51.

³⁷⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 270.

³⁷⁵ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 49.

³⁷⁶ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 275.

comporta sempre um âmbito ou setor ‘real’ ou ‘fático’ [...], então importa sempre determinar quais os ‘candidatos’ (objetos, pessoas, situações) que se consideram iguais ou desiguais? (2) quais os critérios ou medidas materiais com base nos quais avaliamos se determinados ‘pressupostos de fato’ devem ser tratados de forma ‘essencialmente igual’ ou ‘essencialmente desigual’?³⁷⁷

Não obstante, quaisquer casos prévios – questões jurídicas prévias, atos, problemas ou eventos – são distintos em determinados aspectos, mas iguais em outros. Aqui, exsurge, novamente, como importante, o contexto fático aferido pela decisão, visto que a similaridade encontrada deve refletir esse contexto e, mais especificamente, a bagagem de conhecimento e a vontade atribuída ao acusado.³⁷⁸

Posto isso, é que se pode afirmar eventual similaridade entre um caso anterior, ou, ainda, entre as situações que instruem determinada regra de inferência, e um caso a ser analisado. Essa similaridade, dessa forma posta, “difícilmente nos escapa e, frequentemente, é óbvio e inquestionável que a decisão a ser tomada no caso ulterior se trata de resposta a questão jurídica que já foi perguntada e respondida em uma ocasião prévia”.³⁷⁹

Só assim, conclui-se que, via de regra, uma pessoa que dirige um carro que não é seu, mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro, para ir a um lugar que ela também não conhece, assume o risco de produção de um resultado típico. Efetivamente, saber se questões possuem similaridades relevantes e determinar quais critérios as determinam são problemas que não se colocam na analogia rasa, vedada pelo ordenamento, a qual se limita a dizer que o caso presente é igual ao caso passado, como se a identidade fosse natural. A motivação, quando escapa disso, mostra-se hígida para uma eventual condenação e, igualmente, mostra-se hígida para uma eventual absolvição. Em síntese, operar de maneira analógica dessa forma é um modo de se proceder incrementalmente, de maneira controlada,³⁸⁰ com o fim de nos afastarmos de fracas comparações entre institutos, em violação à legalidade, ao dever de motivação, e, também, à igualdade.

4.2 OS PRINCÍPIOS NA UTILIZAÇÃO DO CONCEITO

Se cegueira deliberada é indicador de dolo eventual, deve ela ser provada. E o procedimento probatório, por sua vez, enquanto legitimador de um juízo fático verossímil, é

³⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 581/582.

³⁷⁸ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 50.

³⁷⁹ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 91.

³⁸⁰ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 101.

regido por certos princípios. Mais especificamente, é regido pela presunção de inocência, pelo contraditório e pela ampla defesa.

No entanto, não tratarei em termos gerais da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Esses princípios serão examinados na medida em que influem na constatação, na prova, da cegueira deliberada.

Em primeiro lugar, falo da presunção de inocência que muito se relaciona com o que referido a respeito da culpabilidade. Não por outra razão, também se nomeia o significante desses significados de princípio da não-culpabilidade, ou, ainda, “direito a não consideração prévia de culpabilidade”.³⁸¹

Em segundo lugar, falarei do contraditório e da ampla defesa. Esses princípios influem na validade da prova carreada aos autos, bem como dos enunciados feitos sobre ela.

Feito isso, restará a proposta consentânea com os princípios balizadores de uma aplicação justa da cegueira deliberada. Efetivamente, ter-se-á, com o fim desse capítulo, passado pelas regras pertinentes e pelas situações de incidência e de não-incidência da cegueira deliberada, depurando-se eventuais ambiguidades que possam ter permeado o texto—ou, ainda, abrindo-se espaço de diálogo para seus apontamentos.

4.2.1 Presunção de Inocência

A presunção de inocência é o chamado núcleo duro do sistema de garantias fundamentais que vige em um Estado Democrático de Direito, no que diz respeito à incidência do Direito Penal. É de seu teor que advém a necessidade de se provar o fato, inclusive no que diz com a culpa, para além de qualquer dúvida razoável.³⁸² É, assim, uma regra de julgamento, pois “*la presunción de inocencia es, ante todo, una regla de juicio, que descansa sobre la idea de que la culpabilidad sólo puede ser afirmada sobre la base de pruebas de las que se infiera más allá de toda duda razonable*”.³⁸³

Assim, há uma implicação recíproca entre culpabilidade, *standard* probatório e presunção de inocência, no que diz respeito ao tema tratado nesse trabalho. Uma aplicação justa da cegueira deliberada não descuida de nenhum desses temas. O primeiro deles foi tratado no subcapítulo 4.1.1; o segundo deles, no subcapítulo 3.1.2; e o terceiro, agora.

³⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 401.

³⁸² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 881. Traduzindo: “a presunção de inocência é, antes de tudo, uma regra de julgamento que resta sobre a ideia de que a culpabilidade só pode ser afirmada sobre a base de provas que vão além de qualquer dúvida razoável”.

³⁸³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 884.

O dispositivo constitucional, contudo, não se encerra neste sentido político, de garantia de um estado de inocência. A ‘presunção de inocência’ também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Para a imposição de uma sentença condenatória é necessário provar, além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*.³⁸⁴

Mais especificamente, para a cegueira deliberada, a presunção de inocência se trata de baliza interpretativa no sentido de não se imputar dolo em situações nas quais não há qualquer indicador de sua presença, ou, caso seja ela possível, duvide-se de sua existência. Efetivamente, se cegueira deliberada é uma situação específica de dolo eventual, na qual o sujeito prefere manter seu menor grau de conhecimento, muito embora seja o fato criminoso a essa sua conduta objetivamente imputável, é de rigor que as circunstâncias fáticas descritas desbordem de qualquer interpretação razoável que leve à constatação de inocência.

De mais a mais, se a CF age como “limite material ao Direito Penal”,³⁸⁵ a presunção de inocência age como limite interpretativo no que diz com comportamentos socialmente garantidos. Desses últimos, não se pode extrair qualquer assunção de risco penalmente relevante.

A força normativa da Constituição impede que o legislador ordinário, ou qualquer outro poder público, submeta a debate aquilo que conferem os direitos fundamentais. Assim, na medida em que a atuação do agente venha a situar-se no âmbito de proteção de uma posição jurídica ativa, ou seja, de um direito, individual ou coletivo, reconhecido ao cidadão ou à cidadania (v.g., a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento, o direito de reunião e associação, a liberdade de domicílio, a liberdade de organização sindical, o direito à greve, etc.), estará proscria a intervenção do legislador penal.³⁸⁶

Aqui, dá-se um passo além: não se proscree apenas a intervenção do legislador penal, senão a própria interpretação em desacordo com essas posições jurídicas garantidas. Daí porque cegueira deliberada, enquanto assunção de risco, não é qualquer cegueira, senão aquela já pertinente aos fatos tidos como criminosos.

Do contrário, está-se diante de violação desse princípio, pois tão somente a partir de ações usuais, às quais não se atribui a pecha de criminosa, não se pode, *prima facie*, indicar a ocorrência de cegueira deliberada. A fim de se evitar isso, é necessário que se concretize a presunção de inocência no caso, a partir da explicitação dos padrões de conduta usualmente

³⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2015 p. 57/58.

³⁸⁵ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 65.

³⁸⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 66.

caracterizados na situação sob exame, de sua relevância jurídica para o deslinde do feito e do seu contraponto à situação fática sob exame.

Nesse contexto, vale salientar que é ponto explícito da discussão sobre a cegueira deliberada a violação, pelo seu uso, à presunção de inocência. A crítica se dá no mesmo sentido do que posto até aqui: a alusão à cegueira deliberada pode se tratar tão somente de um simulacro de fundamentação.

La mal denominada teoría de la “ignorancia deliberada” permite eludir la prueba de la responsabilidad subjetiva y las exigencias desde el punto del principio de presunción de inocencia con respecto a los elementos subjetivos del delito que se han ido construyendo jurisprudencialmente. La imputación se basa en una valoración sin soporte fáctico real que da lugar a una inversión de la carga de la prueba: el que es responsable de su desconocimiento responde dolosamente a no ser que pruebe que no fue por falta de interés. Las acusaciones dejan de tener que asumir la carga probatoria de indicios en la medida en la que se abren las compuertas a la posibilidad de condenar por dolo si no hay contraindicios.³⁸⁷

A proposta desse trabalho, no entanto, não descuida do necessário ônus probatório e de sua adequada distribuição. Efetivamente, se cegueira deliberada é a qualificação de um estado de conhecimento e de vontade que indica, acima de qualquer dúvida razoável, a assunção de risco pelo sujeito a partir da constatação de que ele, deliberadamente, não buscou incrementar seu conhecimento a respeito da ocorrência de determinada situação fática subsumível a determinado elemento do tipo, *a prova é de incumbência da acusação e só satisfará a hipótese descrita se não jogar às favas a presunção de inocência, considerando-se, efetivamente, as circunstâncias fáticas trazidas à exame.*

E, reitero, a quem incumbe essa tarefa é, exclusivamente, à acusação. Efetivamente, a presunção de inocência expõe um comando, um dever ao órgão acusador, o qual deve ser também respeitado pelo órgão julgador, pelo qual se identifica, somente assim, uma responsabilização criminal consentânea com o ordenamento jurídico.³⁸⁸

Mas qual o objetivo, então, de se estabelecer, como presunção legal, uma falsa presunção comum, que estabelece um princípio sem respaldo na experiência? O nobre objetivo da presunção de inocência é, na verdade, estabelecer uma regra de ônus da prova: a inocência do acusado se presume, salvo prova consistente em contrário. [...]. Com isso, chegamos à conclusão de que a presunção não tem uma

³⁸⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Mejor no saber...más. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones – Número XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015, p. 110/111. Traduzindo: “A chamada teoria da ‘ignorância deliberada’ nos permite evitar provas a responsabilidade subjetiva e as exigências do princípio da presunção de inocência em relação aos elementos subjetivos do crime que foram construídos jurisprudencialmente. A imputação se baseia em uma avaliação sem suporte fático que resulta em uma inversão do ônus da prova: aquele que é responsável por sua ignorância responde por dolo, a menos que prove que não o fez por falta de interesse. As acusações deixam de assumir o ônus probatório dos indícios, visto que se abre as comportas para a possibilidade de condenação por dolo a partir da inexistência de contra-indícios”.

³⁸⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As Lógicas das Provas no Processo – Prova Direta, Indícios e Presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 348.

base na lógica indutiva ou analógica, isto é, na experiência, mas sim uma base axiológica: é uma escolha com base em valores que diz respeito ao ‘standard’ probatório exigido para uma condenação criminal e a sobre quem o ônus é colocado. Ela estabelece qual deve ser o ‘standard e quem o suportará. [A presunção de inocência] é uma escolha, é um juízo político, axiológico, feito com critérios de melhor e pior segundo valores não necessariamente declarados.³⁸⁹

Por essa razão é que se faz expressa alusão a características processuais e probatórias no conceito que, em princípio, não seriam necessárias. Elas, no entanto, servem de reforço, mormente no que dizem com os requisitos objetivos, constatações fáticas, que devem ser descritas a fim de se indicar a cegueira deliberada. A alusão à inexistência de busca para “incrementar seu conhecimento” e a alusão à “determinada situação fática” estão aí para cumprir esse objetivo.

Especificamente, quanto a isso, é de rigor que se demonstre, que se prove, a ausência de busca de ulteriores conhecimentos – inclusive a possibilidade de se fazer isso – e, também, a situação fática subsumível a determinado elemento do tipo – inclusive o curso causal que levaria à possibilidade de seu conhecimento -. Só assim se estará diante de situação que não viola a presunção de inocência, como acima descrito.

4.2.2 Contraditório e Ampla Defesa

O contraditório, de início, consubstancia-se na ciência dos atos processuais, na possibilidade de participação das partes e, também, na chance de influir na decisão do processo. É a possibilidade de construção dinâmica e policêntrica do processo, que envolve as chances e as regras preestabelecidas, que “passam pelo tensionamento do debate contraditório, que é argumentativo e hermenêutico”,³⁹⁰ em seu viés substancial.

Essa possibilidade de debate abarca, além da matéria dita de direito, a matéria dita de fato, que não é um dado autônomo e, desde logo, pré-constituído (é dizer, é matéria, também, exposta à argumentação, como visto). Por ser uma construção que ocorre no interior do processo, deve-se, sempre, possibilitar o contraditório, para que, assim, as partes possam influir no jogo processual.

No ordenamento brasileiro, o que até aqui foi dito se extrai do inc. LV do art. 5º da CF. Assim, o “[contraditório], com efeito, deve ser compreendido como momento fundamental do juízo, com o sentido de instrumento de investigação dialética da verdade

³⁸⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As Lógicas das Provas no Processo – Prova Direta, Indícios e Presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 348.

³⁹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 149.

provável”.³⁹¹ Esse princípio, quando aplicado, estabelece uma estrutura dialética entre acusado e acusador³⁹² – sem se esquecer, por óbvio, da participação do magistrado -, possibilitando uma construção fática qualificada, baseada na argumentação.

Quanto a isso, para além da possibilidade de influir na decisão judicial, o contraditório se torna verdadeiro requisito de validade do meio probatório.³⁹³ Afinal, seu objetivo principal é “a influência, no sentido positivo de direito de influir ativamente sobre o desenvolvimento e resultado do processo”.³⁹⁴

Daí porque, tratando-se de questão eminentemente fática, é de rigor que se possibilite uma ampla produção probatória a respeito da cegueira deliberada. Tratando-se, ainda, de tema complexo, pelos diversos encadeamentos que se fazem necessários a fim de se afirmar sua constatação, também se mostra necessário que se esgote a análise dos elementos probatórios trazidos aos autos, e, principalmente, que a decisão prolatada não se trate de indevida inversão do ônus probatório ou decisão surpresa.

Efetivamente, está-se diante de indevida inversão do ônus probatório quando se afirma, hipoteticamente, que a defesa não logrou provar situação que eximisse a busca ulterior do conhecimento, cegando-se o sujeito. Igualmente, está-se diante de indevida violação ao contraditório e da ampla defesa quando se condena com base em padrões abstratos de conduta não relacionados, concretamente, à espécie.

Ora, não cabe à defesa provar isso, nesses termos. No ponto, a referência a ser feita, quando da decisão judicial, diz com os elementos carreados pela acusação que dão suporte à narrativa acusatória, e não o contrário. Como visto, ao se assim proceder, está-se diante de violação à presunção de inocência, mas não só a ela, porque o contraditório também resta violado, nesses termos.³⁹⁵

Nesse sentido, a ampla defesa, por sua vez, também conta com assento constitucional no inciso LV do art. 5º da CRFB, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Mais do que isso, no processo penal em específico, é necessário que se garanta a ampla defesa técnica qualificada, que corresponde a uma atuação

³⁹¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 204.

³⁹² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 44.

³⁹³ ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. 3ª. ed. Bogotá: Editorial ABC, v. II, 1973, p. 16/17.

³⁹⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 208.

³⁹⁵ Não obstante, vale consignar que fazer prova de um estado de inocência é procedimento salutar de uma defesa atuante.

efetiva do procurador do acusado, o que se torna difícil em tempos de massificação de relações jurídicas. A ampla defesa, ainda, é um direito subjetivo do acusado,³⁹⁶ devendo seu viés de garantia ser ressaltado na prática forense e, aqui, nesse trabalho. Efetivamente, é só a partir dos termos desses princípios que se chega a uma imputação de cegueira deliberada constitucionalmente adequada.

Se a situação descrita não implica uma ausência deliberada de busca de conhecimento a respeito de uma situação fática penalmente relevante que pode objetivamente ser imputada ao acusado, não há falar em cegueira deliberada. Esses termos, no entanto, só serão validamente traduzidos para o processo penal se o forem em atenção ao contraditório e à ampla defesa.

Ou seja, serão validamente considerados pelo juízo, condenatório ou não, se forem filtrados pela devida participação de acusado e acusador no processo, assegurando-se àquele o mesmo tratamento e a mesma possibilidade de produção probatória que se garante a esse, sem o responsabilizar, no entanto, pela inexistência de produção probatória, tão somente em si considerada.

Vale reiterar: a fim de se satisfazer os sérios requisitos do instituto, é de rigor que, dentro da situação fática posta, reste provado, não por termos genéricos ou abstratos, a assunção do risco pela ocorrência da cegueira deliberada. Em atenção ao contraditório e à ampla defesa, a produção probatória deve ser ampla, tanto para a acusação quanto para o acusado, respeitados os demais limites normativos desse procedimento probatório.

Portanto, passando pela culpabilidade, pela legalidade, pela presunção de inocência, pelo contraditório e ampla defesa, é que se chega às balizas principiológicas do conceito proposto. Marcou-se o seu âmbito de incidência e as hipóteses de sua não-incidência. De forma alguma se tentou esgotar o tema, senão oferecer norte interpretativo que, por certo, pode ser complementado.

Não obstante, reitero: não serão fatos alçados à pretensão normativa que demarcarão a correta utilização do instituto. A dogmática penal é insuficiente, no ponto. A aplicação consentânea com a CF da cegueira deliberada se dá por limites principiológicos, de ordem material e de ordem processual.

³⁹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 113.

5 CEGUEIRA DELIBERADA

“Todos os acontecimentos estão encadeados no melhor dos mundos possíveis; pois, afinal, se o senhor não tivesse sido escorraçado de um lindo castelo a bons pontapés no traseiro por amor à senhorita Cunegundes, se não tivesse sido entregue à Inquisição, se não tivesse trilhado toda a América a pé, se não tivesse perdido todos os carneiros do bom país do Eldorado, o senhor não estaria aqui, comendo cidra curada e pistaches. ‘Muito bem dito’, respondeu Cândido, ‘mas é preciso cultivar nosso jardim’”.

(Voltaire)

Esse capítulo é uma revisão. Nele, nada de novo será dito. No entanto, serve ele para encadear o que dito de maneira mais coerente, direta e explícita.

A estrutura desse trabalho – que passou – foi um *crescendo*. O volume foi crescendo ao longo das frases escritas, chegando a esse capítulo, que se pretende ser *fortississimo*. Em outras palavras, não se construiu o texto como um esquema de três atos, ou como uma ponte entre dois conceitos. Nos capítulos anteriores, estabeleci as premissas, as bases e os degraus, para o que direi neste capítulo.

Por essa razão, talvez o *fortississimo* assim não pareça, pois o apogeu nada mais é do que a soma das partes que o compõem: e as partes o leitor já conhece. Este capítulo, o apogeu, o *fortississimo* é, então, a explicitação do que assentado: o desvelar das relações entre a interpretação da norma penal, o dolo, a prova e a constitucionalidade do que proposto.

E isso será feito em poucas páginas, a fim de se consolidar o conceito, sempre à luz da distinção entre texto e norma e de uma determinada moldura para a interpretação de normas penais (conforme capítulo 1). Também, conforme esse mesmo capítulo, a aproximação se dará a partir dos significantes atribuídos aos significados de *willful blindness*.

Por isso, o primeiro subcapítulo diz com uma proposta de conceito de cegueira deliberada, à luz do dolo eventual (consoante segundo capítulo) e dos princípios constitucionais atinentes (conforme subcapítulo 4.1). O segundo subcapítulo é a proposta de aplicação do conceito, que, no processo penal, depende de prova (consoante capítulo 3), a qual se subsume a determinados princípios constitucionais (conforme subcapítulo 4.2).

Assim, de conclusão esse capítulo não se trata. É, na verdade, uma síntese dos capítulos anteriores que servirá para correlacionar o que dito até agora e consolidar a possibilidade de aplicação da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 COMO HIPÓTESE A SER TESTADA

A pessoa atua com dolo eventual ao se cegar deliberadamente. Assume o risco de produzir um resultado típico ao se cegar deliberadamente. Constatase a cegueira deliberada quando, acima de qualquer dúvida razoável, a pessoa evita, deliberadamente, conhecer, em maior grau, determinado fato pertinente à prática de determinada conduta penalmente relevante, a ela atribuível, mesmo se tendo acesso a elementos que tornariam esse maior e melhor conhecimento possível.

Assim, o conceito proposto se amolda ao dolo eventual. Ademais, preenche os requisitos de um conceito que se propõe consentâneo com a culpabilidade e com a legalidade.

5.1.1 A Cegueira Deliberada como Dolo Eventual

O dolo, para fins deste trabalho, é conceito normativo, preenchido e reconstruído por meio de fatos interpretados: seus indicadores. Nesse sentido, a interpretação a partir da gramática do conhecimento e da vontade não conduz, necessariamente, a uma visão psicológica. Assim, há falar em indicadores factuais, objetivos, do dolo, os quais guardam relação de pertinência com uma interpretação de conhecimento e uma interpretação de vontade, embora, saliente-se, não digam, propriamente, com uma teoria psicológica do fenômeno.

Nesse sentido, considerando o conceito de cegueira deliberada e considerando essa visão normativa, pode-se afirmar que a cegueira deliberada é estado fático que diz com o investimento subjetivo do acusado e que pode ser objeto de prova. O seu objeto será, portanto, a descrição da situação fática na qual o sujeito se encontra e o preenchimento das referências à ausência deliberada de incremento de conhecimento que levam à assunção de um risco.

Além disso, dolo, cegueira deliberada, não descreve nada por si só, senão atribui, qualifica, determinadas características do ato, da circunstância, do fato.³⁹⁷ É imputação de uma qualificação não-mensurável a determinado agir. Em outras palavras, a cegueira deliberada se atribui a um sujeito, utilizando-se, para tanto, de verificação empírica, a partir

³⁹⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 657.

das quais se conclui pela presença de dolo.³⁹⁸ O dolo não existe como existe uma cadeira ou um livro; o dolo existe como qualidade não-mensurável atribuída.³⁹⁹

A cegueira deliberada, como indicador do dolo, é característica atribuída a partir dos fatos narrados. Mais especificamente, primeiro se atribui, provando, a cegueira deliberada para, posteriormente, afirmar-se que, com isso, está-se diante de uma situação de dolo eventual.

Não por outra razão, invariavelmente, a constatação da cegueira deliberada depende de um sério juízo fático e, via de regra, quando preenchido seu suporte, as alusões feitas serão feitas a circunstâncias específicas do delito.⁴⁰⁰ Há exemplos disso em decisões de tribunais brasileiros:⁴⁰¹

Ao indivíduo que, como proprietário de veículo de transporte de passageiros, bem assim o motorista de viagens aos países vizinhos, que têm como modo de vida o transporte destes passageiros, não é dado excluir a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto ou objetos da carga, quando teriam condições de aprofundar o seu conhecimento.⁴⁰²

Por sua vez, relativamente ao outro réu, a autoria se manifesta pela posição de gerência máxima ocupada na instituição, não podendo ignorar a repercussão no caixa da entidade causada pelo registro de operações que não correspondem efetivamente a ingressos e saídas de valores informados ao ente fiscalizador, à vista dos aperfeiçoados e exigentes padrões de controle inerentes à atividade financeira privada. Ademais, apesar da gravidade das irregularidades constatadas, o réu não adotou qualquer providência para esclarecer os fatos e apurar eventuais responsabilidades internas, reproduzindo o típico comportamento conivente descrito pelas teorias da cegueira deliberada (*Willful Blindness Doctrine*), da instrução de avestruz (*Ostrich Instructions*) e do ato de ignorância consciente (*Conscious Avoidance Doctrine*).⁴⁰³

Assim, o que se vê é uma inferência do investimento subjetivo do acusado na conduta objetiva tida por penalmente relevante, mediada por indicadores externos. No primeiro caso, trata-se da bagagem de conhecimento de um motorista usual, que faz disso sua profissão. Não

³⁹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 275.

³⁹⁹ DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

⁴⁰⁰ Saliente-se que Ramon Ragués i Vallès propõe alguns indicativos, não exaustivos, dessa situação de cegueira deliberada: a suspeita prévia, a persistência na decisão de se desconhecer e a busca de benefícios sem a assunção de riscos próprios (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 187).

⁴⁰¹ As alusões feitas a esses julgados servem, exclusivamente, para fins didáticos, sem qualquer pretensão de vinculatividade ao que referido por essas decisões. Inclusive, pois, como visto, padrões de conduta não são regras em si, senão ponto de partida para o desenvolvimento do contraditório.

⁴⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5005496-62.2013.404.7002, j. em 16/08/2017. Disponível em: <http://bit.ly/2wiEU42>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁴⁰³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 57229 - 0001123-17.2008.4.03.6181, j. em 01/12/2015. Disponível em: <http://bit.ly/2eO91Kc>. Acesso em: 10 set. 2017.

se trata de responsabilização objetiva, senão de parâmetros valorativos aceitos pela sociedade, devidamente explicitados.

No segundo caso, trata-se de narrativa a respeito das circunstâncias fáticas que permitem a inferência do investimento subjetivo. Nesse sentido, muito embora seja imputação, não se trata de proceder arbitrário, pois se trata da saída, de um lado, de um psicologismo infável e, de outro, de uma atribuição de responsabilidade penal em toda e qualquer situação.⁴⁰⁴

Assim, a cegueira deliberada, hipótese de dolo eventual, não foge do juízo fático a respeito das decisões individuais de não buscar incrementar o conhecimento, que, agora, são vistas e valoradas objetivamente pelo julgador, de acordo com critérios necessariamente explicitados.⁴⁰⁵ Ou seja, imputa-se o dolo a partir de indicadores externos, desde que judicialmente valorados e motivados.

Não obstante, vale consignar que os casos acima tratados foram trazidos tão somente como exemplos, sem qualquer pretensão de vinculação, a fim de se pontuar que, invariavelmente, a cegueira deliberada diz com aspectos fáticos, neles é cravada e deles se extrai o dolo eventual. Nesse sentido, indicadores do dolo fornecem maior previsibilidade no trato do tema e a jurisprudência pode contribuir com isso, sem qualquer normatividade, no entanto.

São “critérios concretos que [oferecem] justificações adequadas para a atribuição do dolo e que possam levar mais além dos resultados que se possa obter mediante a perspectiva psicológica do dolo”.⁴⁰⁶ Esses indicadores, necessariamente, referem-se a aspectos fáticos, os quais podem ser objeto de prova no processo penal.

Assim, se cegueira deliberada é conhecer determinado elemento penalmente relevante atribuível ao sujeito e evitar, deliberadamente, maior conhecimento posterior, pode-se afirmar, sim, a existência de conhecimento e vontade quando se inferir que o sujeito tinha a capacidade, especificamente, de apreender, dada a situação posta perante ele, o risco de sua conduta e escolheu manter a situação como posta. Isso se dá a partir de catálogo contextualizado de indicadores – a partir da situação de perigo constatada e comparada – pela qual se pode inferir o saber e o querer.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 147.

⁴⁰⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 20.

⁴⁰⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 404.

⁴⁰⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 82.

Em síntese, a constatação da cegueira deliberada de determinado sujeito é uma forma possível de assunção de risco: ao escolher ignorar, mesmo tendo conhecimento de perigo de violação a determinado bem jurídico, provado por meio de indicadores factuais, adiro subjetivamente ao curso causal deflagrado – ou incrementado – pela minha conduta.

5.1.2 À luz da culpabilidade e da legalidade

Como visto no quarto capítulo, a culpabilidade e a legalidade são princípios que vedam interpretações ampliativas e extensivas da cegueira deliberada. Mais especificamente, a culpabilidade veda a interpretação da cegueira deliberada que desemboca em responsabilização objetiva. A legalidade, por sua vez, veda a interpretação analógica da cegueira deliberada, que a compara, de forma rasa, com o dolo eventual.

Não se trata de preciosismo ou de apreço à técnica. Longe disso. Trata-se de respeitar a eficácia vertical dos princípios que dizem com direitos fundamentais de pessoas acusadas em um processo penal.

A necessidade de demonstração da culpa só restará preenchida se a motivação judicial não cair em inferências desprovidas de suporte fático a respeito de determinado cargo ocupado ou de determinada circunstância abstratamente considerada. E isso só pode ser feito se o conceito permitir alusões a isso. Efetivamente, a essa visão pejorativa não se presta o conceito ora proposto, que conta, em seu bojo, com sérios requisitos a respeito da prova do conhecer e da prova da vontade.

Nesses termos, o que faz o princípio é abrir espaço para cursos causais hipotéticos, a partir das circunstâncias trazidas à cognição. Abre-se espaço ao debate racional do que ocorrido. Ao se afirmar a “assunção do risco”, cumpre à motivação judicial afirmar de que forma esse investimento subjetivo ocorreu, por quais razões ocorreu dessa forma e por que isso se trata de uma assunção de risco penalmente relevante.

Assim, deve-se exprimir a cegueira deliberada como uma escolha livre do acusado, pois, embora haja explicações razoáveis, as quais podem, sim, ser indicadores de existência de cegueira deliberada, igualmente, há explicações razoáveis que podem indicar uma situação de culpa e de inocência completamente diversa. E o conceito proposto permite isso.

A legalidade, por sua vez, diz com a vedação à analogia. A analogia, usualmente empreendida pelo uso da cegueira deliberada, é a sua comparação com o dolo eventual, ou com termos desprovidos de conteúdos semânticos no caso, como *ostrich instructions* ou até *willful blindness*. Veja-se:

Nessa seara, pertinente a construção jurisprudencial e doutrinária do direito anglo-saxão no que se refere à teoria da cegueira deliberada (*willfull [sic] blindness doctrine*).⁴⁰⁸

[O] réu não adotou qualquer providência para esclarecer os fatos e apurar eventuais responsabilidades internas, reproduzindo o típico comportamento conivente descrito pelas teorias da cegueira deliberada (*Willful Blindness Doctrine*), da instrução de avestruz (*Ostrich Instructions*) e do ato de ignorância consciente (*Conscious Avoidance Doctrine*).⁴⁰⁹

De que adianta consignar que a cegueira deliberada se equipara a isso? De nada, muito respeitosa. É um uso retórico, que se encontra acompanhado de um raciocínio probatório que faz sentido e se mostre juridicamente válido, mas, lamentavelmente, não fornece uma razão de decidir que possa ser vergastada. É um enunciado desprovido de significado relevante para o contexto processual, que conta, exclusivamente, com um caráter argumentativo a fim de sedimentar a possibilidade de referência à cegueira deliberada.

A rasa comparação com institutos de ordenamentos diferentes nada diz com o que se propõe aqui. Efetivamente, a cegueira deliberada não é analogia à assunção de riscos, sob pena de se estar diante de violação o princípio da legalidade. É, ao contrário, hipótese fática de preenchimento do dolo eventual, legalmente considerado.

A cegueira deliberada, assim, não é equiparada, analógica, ao dolo eventual. Afirmar isso como suposto fundamento para eventual condenação é proceder equivocado e insuficiente.⁴¹⁰ Não obstante, o raciocínio analógico a fim de afirmar a ocorrência da cegueira deliberada é proceder salutar, pois agrega ao contraditório a ser desenvolvido a respeito da situação fática constatada.

5.2 COMO ACUSAÇÃO A SER PROVADA

Para além da validade do conceito em termos constitucionais e penais, é de rigor que se avalize o conceito em termos constitucionais e processuais penais. Nesse sentido, a proposta não pode ser inefável, fechada em si, de forma a não permitir que se fale em sua prova.

Caso assim seja, está fadada à inaplicabilidade, o que desvia da hipótese desse trabalho. Assim, a cegueira deliberada proposta deve permitir sua prova e, sob outro viés, deve, igualmente, permitir a prova de sua não-ocorrência.

⁴⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5001801-03.2013.404.7002, j. em 29/11/2016. Disponível em: <http://bit.ly/2eXqzL>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁴⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 57229 - 0001123-17.2008.4.03.6181, j. em 01/12/2015. Disponível em: <http://bit.ly/2eO91Kc>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁴¹⁰ E não afirmo que os acórdãos acima citados fizeram isso.

Foi o que se tentou demonstrar no capítulo 3 e no subcapítulo 4.2. É o que agora, intenta-se sintetizar.

5.2.1 A Prova como Indicadora da Cegueira Deliberada

A cegueira deliberada, se é indicador de dolo eventual, é situação fática a ser provada. É, portanto, objeto de prova, a qual, quando interpretada, versará sobre o investimento subjetivo do acusado na conduta tida por penalmente relevante.

Assim, por se tratar de juízo fático retrospectivo, é feito à luz das garantias probatórias asseguradas que se entremeiam entre a busca da verdade e os *standards* probatórios. Nesse sentido, o interno processual é indicativo do externo fático, assim como o externo fático é indicativo do interno psicológico.

Se assim o é, a verossimilhança se mostra importante. Exemplificativamente, um indicador de culpa consciente, de erro, se implausível, não deve ser valorado nesses termos. Da mesma forma, um indicador tido por provado de cegueira deliberada, se implausível frente aos padrões de conduta que podem ser relacionados ao caso concreto e, mais especificamente, frente à bagagem de conhecimento do sujeito e às suas ações, não parece verdadeiro e não deve ser considerado provado. Ao fim e ao cabo, em uma e em outra situação, o que se permite é um debate racional a seu respeito.

Consigne-se que isso, de forma alguma, é inverter o ônus probatório: a ausência de valor probatório de um enunciado defensivo não significa, automaticamente, a prova da versão acusatória. A valoração negativa da prova defensiva, em si, não significa uma violação a qualquer princípio.

No entanto, a busca da verdade só se mostra válida se, efetivamente, for buscada enquanto verossimilhança (e não satisfeita com certezas subjetivas). Deve-se, portanto, levar em conta ambas as narrativas sobre as provas produzidas, seja em relação à sua indicação de dolo eventual, seja em relação à indicação de sua inexistência.

Nesse contexto, as provas carreadas aos autos se tratam, tão somente, de aproximação a essa verdade. E, no caso do processo penal, essa aproximação deve, efetivamente, ser levada a sério, com rigor, pois as consequências de proceder diverso são perversas para inocentes que se veem acusados e julgados a partir de bases teóricas fracas e bases fáticas mais fracas ainda.

Assim, para uma figura de cegueira deliberada plausível em nosso ordenamento, é de rigor que se afaste a figura de alta probabilidade como suficiente para se constatar sua ocorrência. A alta probabilidade é inservível a isso e só traz problemas de motivação. A

questão, como visto, está mal colocada. O que se tenta transmitir ao se aludir à alta probabilidade nada mais é do que a colocação adequada do problema a respeito da dúvida razoável. O *standard* probatório é o mesmo: a dúvida razoável. Para que soçobre qualquer dúvida: a cegueira deliberada deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável. No entanto, a razoabilidade da dúvida varia. Varia em relação ao sujeito, pois o que pode ser uma dúvida razoável para mim pode não ser para você; varia em relação ao fato objeto da análise, pois os aspectos que interpretamos, nos quais centramos nossa atenção, podem se distinguir.

E é essa razoabilidade da dúvida que permite a constatação de uma cegueira deliberada, ainda que se refira a casos que também são (equivocadamente) levados ao âmbito da alta probabilidade. Ou seja, adiro à conclusão de que, mesmo que se esteja diante de delitos de difícil prova, essa constatação não é nem adequada, nem necessária, para se mitigar um *standard* probatório. Reitero: o contexto da situação fática analisada fornece o parâmetro para se dizer que uma dúvida é razoável ou não. Portanto, uma hipótese de cegueira deliberada em casos de tráfico de drogas e uma hipótese de cegueira deliberada em casos de lavagem de dinheiro, muito embora requeiram o mesmo *standard* probatório, denotam e podem trazer dúvidas de razoabilidade distintas.

Se dolo não é algo senão qualificação não-quantificável de determinada ação – a ação é dolosa, o dolo não existe -, provar a qualificação é argumentar a partir de hipóteses. O dolo eventual, a cegueira deliberada, é objeto de prova, seja ela direta ou indireta, sendo que inexistem diferenças entre elas,⁴¹¹ sendo ambas suficientes para um juízo condenatório.

Por tal razão, sobreleva de importância a valoração da prova. Esse juízo fático, como dito, baseia-se, necessariamente, em avaliações dos elementos probatórios trazidos aos autos, interpretados conforme o *background* de conhecimento daquele que julga, traduzindo-se, esse *background*, em experiências do mundo, em presunções, em, enfim, interpretação do que consta dos autos em contraste com as informações que fazem parte de seu arcabouço de conhecimento.

5.2.2 À luz da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa

A presunção de inocência é uma regra de julgamento que se relaciona com o *standard* probatório e com a culpabilidade.⁴¹² Mais especificamente, para a cegueira deliberada, a

⁴¹¹ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68.

⁴¹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 884)

presunção de inocência se trata de baliza interpretativa no sentido de não se imputar dolo em situações nas quais se duvide de sua presença.

Daí porque cegueira deliberada, enquanto assunção de risco, não é qualquer cegueira, senão aquela já pertinente aos fatos tidos como criminosos. É uma etapa posterior ao juízo objetivo. O investimento subjetivo, a atribuição de culpa, em termos gerais, dá-se em momento ulterior àquele no qual se constatou determinada conduta (até porque a culpa se dá em relação à conduta, e não a determinado estilo de vida).

O contraditório, para além da possibilidade de influir na decisão judicial, torna-se verdadeiro requisito de validade do meio probatório.⁴¹³ Afinal, seu objetivo principal é “a influência, no sentido positivo de direito de influir ativamente sobre o desenvolvimento e resultado do processo”.⁴¹⁴ Daí porque, tratando-se de questão eminentemente fática, é de rigor que se possibilite uma ampla produção probatória a respeito da cegueira deliberada.

Se a situação descrita não implica uma ausência deliberada de busca de conhecimento a respeito de uma situação fática penalmente relevante que pode objetivamente ser imputada ao acusado, não há falar em cegueira deliberada. E essa ausência deliberada deve ser aferida à luz das circunstâncias específicas do sujeito, uma vez que comportamentos, em princípio, permitidos pelo ordenamento não possuem qualquer relevância penal que nos permita inferir dolo.

Esses termos, no entanto, só serão validamente traduzidos para o processo penal se o forem em atenção ao contraditório e à ampla defesa. Ou seja, serão validamente considerados pelo juízo, condenatório ou não, se forem filtrados pela devida participação de acusado e acusador no processo, assegurando-se àquele o mesmo tratamento e a mesma possibilidade de produção probatória, sem o responsabilizar, no entanto, pela inexistência de produção probatória em sentido contrário, a partir de constatações abstratas de probabilidade de determinada conduta.

⁴¹³ ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. 3ª. ed. Bogotá: Editorial ABC, v. II, 1973, p. 16/17.

⁴¹⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzels de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 208.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema desse trabalho foi a cegueira deliberada a partir de uma visão da *willful blindness*. O problema que se resolveu foi saber se é possível afirmar a cegueira deliberada como válida perante o nosso ordenamento jurídico. E, caso fosse possível, como isso poderia ser feito. Um problema descritivo e outro prescritivo.

Metodologicamente, parti do conteúdo a que se refere a *willful blindness* para se empreender uma abordagem desse mesmo conteúdo em termos válidos perante o nosso ordenamento jurídico. Mais especificamente, enfoquei esses conteúdos sob um prisma constitucional, penal e processual. As afirmações feitas se referiram, tão somente, a essas áreas, a esses cortes (não dizem com o juízo cível, não dizem com questões administrativas).

Abordei, assim, conforme primeiro tópico, os temas a partir da diferença entre texto e norma e com base nos limites constitucionais do juízo penal. Ainda, fiz isso a partir de uma visão normativa do dolo, que se trata de qualificação não-mensurável, pela qual atribuímos conhecimento e vontade à realização de uma ação, a partir de indicadores que se tratam de critérios extraídos da linguagem comum. Aos problemas postos, respondi afirmativamente.

Conforme segundo tópico, a cegueira deliberada é hipótese de dolo eventual. Ela é o preenchimento da assunção do risco a partir da escolha pela ausência, deliberada, de maiores informações a respeito de conduta penalmente relevante que objetivamente pode ser imputada ao acusado.

Conforme quarto tópico, ela não deve simploriamente ser atestada por termos abstratos, considerações a respeito de determinada posição ocupada ou dever atribuído retrospectivamente, verdadeira inovação condenatória, por violação à culpabilidade e caracterização da responsabilização objetiva. Igualmente, não é devido que dela se fale em termos rasos de comparação com o dolo eventual ou com qualquer outro instituto, por violação à legalidade.

Conforme terceiro tópico, por se tratar de circunstância fática, deve, em seus termos, ser provada para além de qualquer dúvida razoável, a partir de provas ditas indiretas ou não. A prova desse elemento subjetivo se dá pela inferência do externo das circunstâncias de investimento subjetivo na conduta (ausência deliberada de busca de maiores conhecimentos).

Conforme quarto tópico, principiologicamente, a presunção de inocência influi na seletividade das hipóteses narrativas. Efetivamente, não posso extrair a imputação de dolo a partir de atitudes que, usualmente interpretadas, não possuem relevância penal. No mais, o

contraditório e a ampla defesa que permitem a inteligibilidade de uma acusação posta nesses termos e o seu debate racional. Esses princípios restam ignorados se não se permitir uma produção probatória, seja postulada pela acusação, seja postulada pela defesa, a respeito das situações fáticas trazidas e, igualmente, se não se considerar, seriamente, provas a respeito de uma atuação culposa ou, ainda, da ocorrência de erro sobre elementos do tipo.

Ao fim e ao cabo, é plausível e inarredável a crescente alusão à cegueira deliberada como indicador de dolo eventual. Esse trabalho pretendeu contribuir para isso, fornecendo critérios para sua aplicação.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Larry. Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability. *California Law Review*, v. 8, i. 3, p. 931-954, maio 2000.
- ALEXANDER, Larry. *Precedent*. In: PATTERSON, Dennis (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2. Ed. Wiley-Blackwell: 2010.
- ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability – A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 2009.
- ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demistifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- ASP, Peter. Preventionism and Criminalization of Nonconsummate Offences. In: ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia; TOMLIN, Patrick (Eds.). *Prevention and the Limits of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2013.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2016.
- BAIGÚN, David. *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*. Montevideo: BdeF, 2015.
- BAKER, John. *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, 1979.
- BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova Judiciária - Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BARROS, Marco Antonio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de Ativos: Dolo Direto e a Inaplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 957, jul. 2015.
- BARTHES, Roland. *A Câmara Clara*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONA JR., Roberto. *É preciso discutir a teoria da cegueira deliberada em crime de lavagem de dinheiro*. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/e-preciso-discutir-teoria-da-cegueira-deliberada-em-crime-de-lavagem-de-dinheiro/>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*. Rio de Janeiro, RJ, 13 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 15 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 57229 - 0001123-17.2008.4.03.6181, j. em 01/12/2015. Disponível em: <http://bit.ly/2eO91Kc>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5005496-62.2013.404.7002, j. em 16/08/2017. Disponível em: <http://bit.ly/2wiEU42>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5001801-03.2013.404.7002, j. em 29/11/2016. Disponível em: <http://bit.ly/2eXqzL>. Acesso em: 10 set. 2017.

BURGEL, Letícia. A Teoria da Cegueira Deliberada na Ação Penal 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], v. 129, p. 479-505, mar. 2017.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: _____ (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O Elemento Volitivo do Dolo: uma Contribuição da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira de. *A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira: incompatibilidade lógica entre a teoria norte-americana causalista e o tratamento do erro do tipo no modelo finalista de ação*.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia) – Instituto de Criminologia e Política Criminal. Curitiba, 2015.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010.

CARVELL, Ian George; GREEN, Ernest Swinfen. *Criminal Law and Procedure*. Londres: Sweet & Maxweel, 1970.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CLERMONT, Kevin. *Standards of Decision in Law*. Durham: Carolina, 2013.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A Visão Moderna da Prova Indício. In: SALGADO, Daniel de Resende; DE QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). *A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As Lógicas das Provas no Processo – Prova Direta, Indícios e Presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DÍAZ PITA, María del Mar. *El Dolo Eventual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. 3ª. ed. Bogotá: Editorial ABC, v. II, 1973.

EDWARDS, John. The Criminal Degrees of Knowledge. *The Modern Law Review*, [s. l.], v. 17, n. 4, p. 294-314, jul. 1954.

ELLERO, Pietro. *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de La Prueba en Materia Penal*. 1. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1980.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Global-Tech Appliances, Inc., et al. v. SEB S.A. 31 maio 2011. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>. Acesso em 24 abr. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Heredia. 02 abr. 2007. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>. Acesso em 24 abr. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Jewell. 27 fev. 1976. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 31 abr. 2017.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El Dolo Eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Mejor no saber...más. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones – Número XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University, 1998.

FLETCHER, George. The Nature of Justification. In: SCHUTE, Stephen; GARDNER, John; HORDER, Jeremy (Eds.). *Action and Value in Criminal Law*. New York: Oxford University, 2003.

FLETCHER, George; SHEPPARD, Steve. *American Law in a Global Context: The Basics*. New York: Oxford University, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. V.1. São Paulo: RT, 2001.

FRIEDMAN, Paul T.; SMITHLINE, Ruti. Is “Conscious Avoidance” Sufficient to Establish Knowledge Under the FCPA?. *Business Law Today: The ABA Business Law Section’s Online Resource*, [s. l.], fev. 2012.

GEHR, Amanda. *A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Penal Brasileiro*. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRECO, Luis. Comentario al artículo de Ramon Ragués. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones – Número XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015.

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

GRINOVER, Ada. Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

HAMDANI, Assaf. Mens rea and the cost of ignorance. *Virginia Law Review*, [s. l.], v. 93, n. 2, abr. 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*. 2nd Ed. New York: Oxford University, 2008.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Criminal Law. Willful Blindness. Ninth Circuit Holds That Motive Is Not an Element of Willful Blindness. *United States v. Heredia*, 4893 F. 3d 913 (9th Cir.) (en banc), cert. denied, 76 U.S.L.W. 3303 (U.S. Dec. II, 2007). (No 07-5762. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 121, n. 4, fev. 2008.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Caminos de Bosque*. Madrid: Alianza Editorial. 2010.

HORNSBY, Jennifer. On What’s Intentionally Done. In: SCHUTE, Stephen; GARDNER, John; HORDER, Jeremy (Eds.). *Action and Value in Criminal Law*. New York: Oxford University, 2003.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: Da Natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. V. 1, T. 2. 7ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

HUSAK, Douglas; VON HIRSCH, Andrew. Culpability and Mistake of Law. In: SCHUTE, Stephen; GARDNER, John; HORDER, Jeremy (Eds.). *Action and Value in Criminal Law*. New York: Oxford University, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LACEY, Nicola. What Constitutes Criminal Law?. In: *The Constitution of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2013.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A Punição da Culpa a Título de Dolo: O problema da chamada “cegueira deliberada”*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

LUCHETE, Felipe. *Moro condena João Santana por “cegueira deliberada” em campanha do PT*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-02/moro-condena-joao-santana-cegueira-deliberada-campanhas>. Acesso em: 24 abr. 2017.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. Why Cases have Rationes and What These Are. In: GOLDSTEIN, Lawrence (ed.). *Precedent in Law*. New York: Oxford University Press, 1991.

MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, Dolo Eventual y Doble Efecto: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MANRIQUE, María Laura. ¿Mejor no Saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones – Número XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015.

MANRIQUE, María Laura. Ignorancia Deliberada y Responsabilidad Penal. *Isonomía, [s. l.]*, n. 163-195, abr. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Luiza Farias. A Doutrina da Cegueira Deliberada na Lavagem de Dinheiro: Aprofundamento Dogmático e Implicações Práticas. *Revista de Estudos Criminais, [s. l.]*, n. 135-162, out./dez. 2014

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luis. Comentário ao artigo 93. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; _____.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do Controle à Interpretação, Da Jurisprudência ao Precedente*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2014.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da Persuasão à Vinculação*. São Paulo: RT, 2016.
- MOORE, Michael. Intention as a Marker of Moral Culpability and Legal Punishability. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (Eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011.
- MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2011.
- NASCIMENTO, André Ricardo Neto. *Teoria da Cegueira Deliberada: Reflexos de sua aplicação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98)*. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2015.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. 2ª Ed. [s. l.]: Springer, 2008.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El Dolo Eventual – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2014.
- PRADO, Luiz Regis. Prefácio. In: WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*. São Paulo: RT, 2015.
- PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Barueri: Manole, 2004.

PUPPO, Alberto. Comentario a ‘Mejor no saber: Sobre la doctrina...’, de Ramon Raguès i Vallès. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones – Número XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones – Número XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *De nuevo, El Dolo Eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico*. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, jul. 2012.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en *Derecho Penal*. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones – Número XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015.

REALE JR., Miguel. *Teoria do Delito*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2000.

REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RISTROPH, Alice. Responsibility for the Criminal Law. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (Eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011.

ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as Criminal Mens Rea. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. [s. l.], v. 81, n. 2, 1990.

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

SANCTIS, Fausto Martin De. *Delinquência Econômica e Financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 7ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARCH, Alexander. Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law. *St. John’s Law Review*, [s. l.], v. 88, n. 4, out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and Life*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SCHAUER, Frederick. The Ubiquity of Prevention. In: ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia; TOMLIN, Patrick (Eds.). *Prevention and the Limits of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2013.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. London: Harvard University, 2011.

SILVA JR., Joel Batista. *Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Monografia (Graduação em Direito) – Escola de Direito de Brasília. Instituto de Direito Público. Brasília, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del Delito y *Derecho Penal* Económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], nov./dez. 2012.

SILVA, David Medina da. *O Crime Doloso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Juary C. *A Macrocriminalidade*. São Paulo: RT, 1980.

SILVA, Robson Galvão da; LAUFER, Christian. *A cegueira deliberada na lava-jato*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-cegueira-deliberada-na-lava-jato-por-robson-a-galvao-da-silva-e-christian-laufer/>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos Julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], v. 122, p. 255-280, set./out. 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SIMON, Dan. *In Doubt*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SIQUEIRA, Flávia. *O Princípio da Confiança no Direito Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

STARK, Findlay. *Culpable Carelessness: Recklessness and Negligence in Scots and English Criminal Law*. 2011. Tese (Doutorado) – University of Edinburgh. Disponível em: <http://bit.ly/2gW8vdY>. Acesso em: 10 set. 2017.

STRUENSEE, Eberhard. Consideraciones sobre *El Dolo Eventual*. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 4, out. 2009.

SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

- TADROS, Victor. *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011.
- TADROS, Victor. Wrongdoing and Motivation. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (Eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad – El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito (Variações e Tendências)*. São Paulo: RT, 1980.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VALENZUELA, Jonatan. Introducción: Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en *Derecho Penal*. In: _____ (ed.). *Discusiones – Número XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015.
- VARELA, Casimiro A. *Valoración de la Prueba*. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990.
- VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do Dolo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- WALSH, Brian. The Supreme Court’s Willful Blindness Doctrine Opens the Door to More Wrongful Criminal Convictions. Disponível em: <http://www.heritage.org/report/the-supreme-courts-willful-blindness-doctrine-opens-the-door-more-wrongful-criminal>. Acesso em 24 abr. 2017.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e Evolução do Direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2016.
- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WEINREB, Lloyd. *Legal Reason – The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2015.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. [s. l.]: Altaya, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZIMMERMAN, Michael. *Living With Uncertainty: The Moral Significance of Ignorance*. Cambridge: Cambridge University, 2008.