

Callegari e Scariot: O que é a teoria da cegueira deliberada?

28/08/2020

O surgimento do que hoje se conhece por teoria da cegueira deliberada se deu em meados do século XIX, quando uma decisão da corte da Inglaterra do ano de 1861 equiparou, pela primeira vez de que se tenha notícia, o conhecimento à "cegueira intencional" [1], seguindo um entendimento de que caso o réu possuísse condições de saber se participava de atividade ilícita, mas optou por fechar os olhos à descoberta, seria tão culpável quanto se possuísse o conhecimento pleno.



Mas o tema não ganhou muito destaque por aquelas bandas,

tendo sido mencionado em poucas ocasiões nos anos seguintes e equiparado à conivência, não mais ao conhecimento efetivo.

Décadas depois, em 1899, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a teoria e lançou mão da nomenclatura *willful blindness* no julgamento de *Spurr v. United States*, dando início à consolidação da aplicação da teoria no ordenamento penal daquele país [2]. A equiparação do conhecimento, no entanto, não se dava mais com a conduta conivente, mas com um dever de saber, quase numa posição de garante.

Porém, foi somente na década de 1970 que a doutrina começou a ser amplamente utilizada nos julgamentos americanos, particularmente em delitos de tráfico de entorpecentes [3]. A partir dessa época, a teoria já havia evoluído para casos em que fosse possível constatar uma conduta



obstrucionista, na qual o agente explicitamente evitava o conhecimento para se furtar à responsabilização penal.

No Brasil, no entanto, a teoria vem sendo utilizada com a equiparação ao instituto do dolo eventual.

Pois bem, segundo a teoria geral do delito utilizada no Direito Continental, o ilícito se divide em três grandes requisitos: tipicidade (formal e material), antijuridicidade e culpabilidade. Nos delitos dolosos, no entanto, além da tipicidade formal e material, exige-se um terceiro elemento, o subjetivo. Eis aí o motivo da aplicação do princípio da responsabilidade subjetiva em Direito Penal, que veda qualquer punição que não fundamentada em dolo ou culpa [4].

O dolo, por sua vez, ainda pode ser dividido em dolo direto (de primeiro e segundo graus) e dolo eventual. O dolo direto guarda relação com a intenção do agente em realizar o tipo (primeiro grau) e com o propósito direto de alcançar consequências típicas ou necessárias (segundo grau) [5]; o dolo eventual é um propósito condicionado que aceita ou se conforma com as consequências típicas possíveis/previsíveis [6].

A culpabilidade é o grau de reprovabilidade que deve ser atribuído às condutas delitivas. É o que, respeitados os requisitos exigidos, legitima a imputação do fato criminoso ao seu agente causador.

Já nos Estados Unidos, o que torna alguém imputável é o instituto da *mens rea*, que, em tradução livre, quer dizer "mente culpada". No sistema da *Common Law*, a essência da lei penal reside no princípio de que não existe crime a não ser que a mente seja culpada [7]. A responsabilidade penal no sistema norte-americano, então, é formada pela *mens rea* (elemento subjetivo) e pelo *actus reus* (elemento objetivo). O último consiste em causar um injusto ou um mal proibido, é o ato em si, mas é exigível também um estado mental particular, subjetivo, em relação a causar esse injusto ou mal.

O pressuposto da *mens rea* exige que o autor possua um estado mental culpável e tenha consciência de sua má conduta. É preciso que ele saiba que sua conduta é ilícita e que se encaixa na descrição de um tipo legal.

Os estados mentais necessários para configurar a *mens rea* estão classificados no Model Penal Code [8], cuja classificação é adotada pela maioria das legislações dos estados americanos. O código divide os estados mentais em quatro categorias diferentes e organizadas em forma decrescente de acordo com o grau de culpabilidade ou reprovabilidade.

O primeiro e mais grave grau de culpabilidade é propositadamente (*purposely*); o segundo estado mental é o conhecimento (*knowingly*); a terceira classificação é o elemento da imprudência (*recklessly*); e, por último, no grau mais brando, o elemento da negligência (*negligently*).

Não obstante, seja em grau maior ou menor, indispensável é que um destes elementos seja comprovado no caso concreto, pois a existência de um destes estágios de *mens rea* é condição de legitimação para uma responsabilização criminal [9].

Porém, cabe ressaltar que o Model Penal Code americano, embora não apresente uma definição expressa do que é ou quando se configura a cegueira deliberada, possui em sua seção 2.02 (7) texto que ampliou o conceito de conhecimento, em uma definição bastante similar àquelas formuladas nos precedentes de cegueira deliberada.

O texto da seção 2.02 (7) [10] preceitua o seguinte:

"(7) Exigência de conhecimento satisfeita pelo conhecimento da alta probabilidade.

Quando o conhecimento acerca da existência de um fato específico for uma elementar do delito, tal conhecimento é estabelecido se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, salvo se ela realmente acredita que ele não existe". (destaques no original).

Ou seja, a cegueira deliberada surge como um elemento de satisfação do conhecimento pleno (a exigência do conhecimento passa a ser satisfeita pelo conhecimento da alta probabilidade, que é pressuposto da cegueira deliberada). Assim, ainda que não seja explicitamente reconhecida como estado mental, deve ser assim considerada, eis que aceita pelas cortes americanas para fins de preenchimento da *mens rea*.

Assim como no Direito norte-americano, no Direito Continental o elemento do conhecimento é fundamental para a teoria do dolo. O conhecimento do injusto (elemento subjetivo do dolo) ou a consciência da antijuridicidade (elemento especial da culpabilidade) estão na base das teorias do dolo e da culpabilidade [11].

Nesse sentido, é por meio do dolo ou da culpa que podemos decidir positivamente quanto à imputação jurídico-penal subjetiva de determinado fato ao seu autor. Somente por meio de um destes pressupostos podemos fundamentar legitimamente a imputação subjetiva de um indivíduo em virtude de um acontecimento objetivo. E essa ideia está expressamente contida em um dos princípios basilares do Direito Penal — *nulla poena sine culpa* [12].

Quando o autor prevê o resultado típico, embora não aceitando o resultado como uma certeza, mas aceitando a probabilidade e assumindo o risco sem, no entanto, se abster de sua ação, temos uma conduta cujo elemento subjetivo é o dolo eventual, ou seja, o agente faz uma projeção do resultado possível, mas despreza essa probabilidade e não é intimidado ou dissuadido por ela [13].

É mais do que a mera previsão, que não é suficiente para ultrapassar as barreiras da culpa; mas é menos do que o querer, que extrapola ao terreno do dolo direto. É um hiato entre estes dois extremos, em que o agente não deseja, mas aceita o resultado [14].

Então, podemos dizer que a verificação do conhecimento da possibilidade de consumação de um resultado e a conduta indiferente em relação a esse resultado são pressupostos essenciais do dolo. Mas é necessário ir além. O conhecimento não se limita a eventualidade de um resultado antijurídico genericamente; é preciso que o agente possua o conhecimento específico dos elementos objetivos do tipo em questão [15].

Como mencionado, o sistema norte-americano da *Common Law* trabalha com quatro níveis distintos de estados mentais para fins de preenchimento do requisito da *mens rea* e da

imputação penal — propósito, conhecimento, imprudência e negligência.

Nesse sentido, as condenações com base na teoria da cegueira deliberada, lá, são fundamentadas sob o estado mental do conhecimento, ainda que na acepção alargada deste, pela satisfação do requisito do conhecimento com o mero "conhecimento da alta probabilidade", conforme estabelecido pelo *Model Penal Code*.

No Brasil, por outro lado, a culpabilidade divide-se em dolo e culpa. Dentro da ideia do dolo, observa-se posição majoritária na doutrina a respeito da adoção, em nosso país, da teoria da vontade. Dentro desse conceito, o conhecimento de causa é precedente indispensável, eis que não é possível querer um resultado sem o conhecer previamente. E o desconhecimento de elemento típico ensejaria o erro de tipo, impossibilitando uma condenação na modalidade dolosa.

Portanto, a doutrina da cegueira deliberada, se aplicada no Brasil nos termos em que foi proposta na *Common Law*, serve como forma de equiparação a um grau elevado de desconfiança da efetiva representação de um fato e seu consequente resultado finalístico.

Ao contrário do entendimento aplicado pelos tribunais pátrios, a cegueira deliberada não se presta à equiparação de uma conduta ao dolo eventual, eis que esse último tem requisitos próprios que não se confundem com a teoria da cegueira deliberada, como, por exemplo, a postura indiferente ao resultado projetado.

Dito de outro modo, a cegueira deliberada não trabalha com assunção ou aceitação de um altamente provável resultado. A teoria apenas atua como suporte legal para o alargamento do conceito de conhecimento, permitindo a sua satisfação pela representação subjetiva de uma alta probabilidade, ou, em nossa pátria, a suspeita da efetiva representação. E, para isso, a teoria terá pressupostos próprios.

Nesse sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos firmou o entendimento de que, a fim de manter a aplicação da teoria dentro dos limites legais da culpabilidade, ou seja, no seu devido lugar de encaixe constitucional, os pressupostos mínimos necessários são

Primeiro, o réu deve acreditar subjetivamente que haja uma alta probabilidade de existir um fato. Em segundo lugar, o réu deve tomar medidas deliberadas para evitar a aprendizagem desse fato. Esses requisitos dão a cegueira voluntária um escopo adequadamente limitado que ultrapassa imprudência e negligência [16].

Note-se a preocupação da Suprema Corte em estabelecer que a teoria da cegueira deliberada ultrapasse os estágios da imprudência e da negligência, de forma que não devem ser fixadas condenações sob *mentes reas* inferiores ao conhecimento. Ao mesmo tempo, prevê o requisito da criação deliberada de obstáculos como uma forma de se manter ignorante diante de algo, afastando-se da ultrapassada referência ao mero ato de fechar os olhos diante de algo que facilmente poderia ser esclarecido apenas mantendo-os abertos, utilizada no século XIX.

- [1] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La ignorancia deliberada en Derecho penal. Barcelona: Atelier, 2007.
- [2] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La ignorancia deliberada en Derecho penal. Barcelona: Atelier, 2007.
- [3] BECK, Francis Rafael. A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In)aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (Org.). Lavagem de Dinheiro. São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 123-141.
- [4] GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito Penal. Parte geral: vol. 2; coordenação Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- [5] PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2017, p. 276/277.
- [6] BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.
- [7] CHESNEY, Eugene J. The Concept of Mens Rea in the Criminal Law. Journal of Criminal Law and Criminology, v. 29, nº 5, 627-644, 1939. p. 627.
- [8] Nos Estados Unidos, cada estado possui a sua própria legislação penal, pois cada membro da federação possui certa autonomia para legislar. No entanto, buscando possibilitar uma análise sistemática da legislação penal e oferecendo substrato para a discussão das leis penais e codificação de cada ente, o American Law Institute (ALI) criou o Código Penal Modelo. Nesse sentido ver WECHSLER, Herbert. Codification of Criminal Law in the United States: The Model Penal Code. Columbia Law Review. Vol. 68, No. 8 (Dec., 1968), pp. 1425-1456.
- [9] Não se ignora o fato de que algumas legislações expandiram essa classificação para fazer incluir um quinto “estado mental” de responsabilidade objetiva. Nesses casos não seria exigível um estado de culpabilidade específico. O simples fato de um acusado ter cometido o crime é suficiente para satisfazer qualquer indagação sobre seu estado mental. Mas a questão não é nada pacífica, pois isso implica dizer que os réus poderiam ser condenados sob a responsabilidade estrita mesmo que na ausência de mens rea, o que é considerado ilegítimo.
- [10] "(7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. 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". THE AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI). Model Penal Code. Official Draft And Explanatory Notes. Philadelphia, 1985. Section 2.02(7), p. 49.

- [11] SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.
- [12] HASSEMER, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2ª Ed. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005.
- [13] PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2017, p. 278.
- [14] KREBS, Pedro. Teoria Jurídica do Delito: noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva. 2ª Ed. Barueri/SP: Manole, 2006.
- [15] CALLEGARI, André; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de Dinheiro. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.
- [16] "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". GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC. V. SEB S.A. (2011). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/754/>.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-ago-28/callegari-scariot-teoria-cegueira-deliberada/>