



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

FILIFE MAX DE OLIVEIRA SOUZA

**TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E CRIME DE COLARINHO
BRANCO: PERSPECTIVAS FILOSÓFICO-DOG MÁTICAS DE APLICAÇÃO NA
CRIMINALIDADE PÚBLICO-PRIVADA**

**Assis/SP
2017**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

FILIPE MAX DE OLIVEIRA SOUZA

**TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E CRIME DE COLARINHO
BRANCO: PERSPECTIVAS FILOSÓFICO-DOG MÁTICAS DE APLICAÇÃO NA
CRIMINALIDADE PÚBLICO-PRIVADA**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Bacharelado em Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando: Filipe Max de Oliveira Souza
Orientador: Prof. Me. Luciano Tertuliano da Silva**

**Assis/SP
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

S729t SOUZA, Filipe Max de Oliveira.

Teoria da Cegueira Deliberada e Crime de Colarinho Branco:

Perspectivas filosófico-dogmáticas de aplicação na criminalidade público-privada / Filipe Max de Oliveira Souza. – Assis, 2017.

183p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA

Orientador: Me. Luciano Tertuliano da Silva

1. Direito Penal 2. Criminologia 3. Filosofia-direito

CDD: 341.59
Biblioteca da FEMA

TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E CRIME DE COLARINHO
BRANCO: PERSPECTIVAS FILOSÓFICO-DOG MÁTICAS DE APLICAÇÃO NA
CRIMINALIDADE PÚBLICO-PRIVADA

FILIPÉ MAX DE OLIVEIRA SOUZA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como
requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte
comissão examinadora:

Orientador: _____
Prof. Me. Luciano Tertuliano da Silva

Examinador: _____
Examinador(a)

Assis/SP

2017

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho ao meu pai, Fred Max de Souza (*In memoriam*), por ter me ensinado a ouvir a voz interior da nossa consciência e a edificar a nossa vida sob os pilares da honestidade, humildade e temperança. À minha mãe, Izabel, cuja determinação e coragem me ensinaram o valor do esforço meritório e a buscar meus objetivos e, acima de tudo, o conhecimento dos mistérios divinos e o sentido mais caro da nossa existência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, cuja sábia providência nos concede o dom do livre-arbítrio e nos ilumina a cada escolha de nossas vidas.

À minha família, pela paciência durante todo esse tempo de estudo. Em especial, agradeço à minha namorada e companheira, Alessandra Seitz, pela compreensão e por ter estado ao meu lado me apoiando nos momentos difíceis.

Agradeço ao meu orientador, professor mestre Luciano Tertuliano da Silva, cuja sabedoria ímpar me guiou durante a execução deste trabalho; sua diligência, justeza e constância são valores os quais levarei comigo adiante.

Sou particularmente grato à professora mestra Gisele Spera Máximo, que me apoiou nos bastidores, sendo, para mim, uma verdadeira amiga.

Especiais agradecimentos a todos os professores da instituição, ao Coordenador do Curso de Direito, professor mestre Gerson José Beneli e ao Diretor da Instituição, professor mestre Eduardo Augusto Vella Gonçalves.

É claro, não poderiam faltar meus agradecimentos aos meus colegas de trabalho e superiores, verdadeiros amigos da Seção de Alunos e do Núcleo de Monografia: Felipe, Duda, Élcio, Marcos, Rayana, Valéria, Giovana, Aline e Leonilda, pela paciência e compreensão.

A todos, que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, meus sinceros agradecimentos.

É natural no ser humano o desejo de conhecer.

Aristóteles

[...] nunca é demais frisar que se a ordem jurídica não aceita o desconhecimento da lei como escusa até do mais humilde dos cidadãos, muito menos há de admitir a desinformação dos fatos pelos agentes públicos, a brandirem a ignorância dos acontecimentos como tábua de salvação¹.

**Ex-Procurador-Geral da República Doutor
Antônio Fernando Barros e Silva de Souza**

Perguntaram-me uma vez, num debate, como definia a honestidade intelectual. Sem pestanejar, respondi: é você não fingir que sabe aquilo que não sabe, nem que não sabe aquilo que sabe perfeitamente bem.

Olavo de Carvalho

Sem dúvida que assim como a luz se manifesta a si mesma e às trevas, da mesma forma a verdade é, ao mesmo tempo, a norma de si e do falso.

Spinoza

¹ Trecho da peça acusatória que desencadeou a Ação Penal nº 470 (Mensalão).

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo investigar em uma primeira parte o desenvolvimento do crime de colarinho branco do setor privado à administração pública, observando de forma profunda sob um ponto de vista multidisciplinar o seu desenvolvimento contemporâneo e, com especial atenção, a identificação de seu fenômeno parasitário na estrutura do Estado brasileiro. Por conseguinte, será analisada a Teoria da Cegueira Deliberada como instrumento punitivo aplicável especialmente aos crimes de colarinho branco, examinando a história, o desenvolvimento e as diretrizes teóricas do instituto na *Common Law* norte-americana em uma perspectiva crítico-axiológica, invocando questões filosóficas sobre a Teoria do Conhecimento, bem como noções praxeológicas ligadas à cegueira intencional. Por fim, a Teoria da Cegueira Deliberada será estudada em suas dimensões teórica e prática dentro do direito brasileiro, destacando uma análise comparativa do elemento subjetivo e outros pontos relevantes, além de uma reflexão sobre sua aplicação jurisprudencial com particular destaque na Ação Penal nº 470/MG, por sua notoriedade na história contemporânea brasileira.

Palavras-chave: Teoria da Cegueira Deliberada; Crime de Colarinho Branco; Direito Penal; Direito Comparado; Filosofia do Direito; Ação Penal 470/MG.

ABSTRACT

The present study aims to investigate in a first part the development of the white-collar crime from the private sector to the public administration, observing in greater depth with a multidisciplinary point of view its contemporary development and, with special attention, the identification of the parasitic phenomenon in the structure of the Brazilian State. Therefore, the Willful Blindness Doctrine will be analyzed as a punitive instrument applicable especially to white-collar crimes, examining the history, development and the theoretical guidelines of the institute in the north-american Common Law with a critical-axiological perspective, remembering philosophical questions about the Theory of Knowledge, as like praxeological notions that are connected to the intentional blindness. Finally, the Willful Blindness Doctrine will be studied in its theoretical and practical dimensions within the Brazilian law, highlighting a comparative analysis of the subjective element and other relevant points, as well as a reflection about its jurisprudential application with particular emphasis in Prosecution No. 470/MG, because of its notoriety in contemporary Brazilian history.

Keywords: Willful Blindness Doctrine; White-Collar Crime; Criminal Law; Comparative Law; Philosophy of Law; Prosecution 470/MG.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Delimitação do Objeto de Estudo	18
Figura 2: Zona de Convergência de Interesses	65
Figura 3: Estado Impostor.....	66
Figura 4: Escala de Funções Administrativas	69
Figura 5: Escala Gradual do <i>Mens Rea</i> no MPC	94
Figura 6: Análise Tríplice do Conhecimento por Alta Probabilidade	118
Figura 7: Escala de Intensidade do Elemento Subjetivo do Injusto no Direito Brasileiro .	138
Figura 8: Conhecimento de Alta Probabilidade na Escala Gradual do <i>Mens Rea</i>	139
Figura 9: Esquema Comparativo da TCD no Direito Norte-Americano e Brasileiro	143
Figura 10: Quadro Esquemático – Núcleo de Atuação Criminosa no Caso Mensalão	150

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ALI	<i>America Law Institute</i>
AP	Ação Penal
AR	Aviso de Recebimento
Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Comestra	Comissão Especial de Estudos de Reforma Administrativa
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CPC	Código de Processo Civil
Co.	<i>Company</i> (Empresa)
Corp.	<i>Corporation</i> (Corporação)
DEA	<i>Drug Enforcement Administration</i>
DL	Decreto-lei
ECT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafo
ed.	<i>Edition</i> (Edição)
EMNPGCP	Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal
Et. Al.	<i>Et Alii</i> (E Outros)
Fls.	Folhas

HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inc.	<i>Incorporation</i> (Incorporação)
KYC	<i>Know Your Customer</i>
LPBR	Legislação Penal Brasileira
MARE	Ministério da Administração e da Reforma do Estado
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
MPC	<i>Model Penal Code</i>
n.	Número
NT	Nota de Tradução
p.	Página
PGR	Procuradoria Geral da República
PIB	Produto Interno Bruto
PP	Partido Progressista
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
Rel.	Relator
S.A.	Sociedade Anônima
SEDAP	Secretaria de Administração Pública da Presidência da República
STF	Supremo Tribunal Federal
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal)
SSTS	<i>Sentencias del Tribunal Supremo</i>

STS *Sentencia del Tribunal Supremo*

TCD Teoria da Cegueira Deliberada

US *United States*

VI. Volume

vs. *Versus*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	17
1. INTRODUÇÃO	20
1.1. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO	22
2. CRIME DE COLARINHO BRANCO NA INTERSECÇÃO PÚBLICO- PRIVADA	26
2.1. TENSÕES ÁXIO-FÁTICO-NORMATIVAS DO DIREITO PENAL CLÁSSICO E ECONÔMICO	26
2.1.1. Introdução	26
2.1.2. O Direito Penal Brasileiro e as Evoluções Tecnológicas e Econômicas....	27
2.2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.....	32
2.3. DIRETRIZES TEÓRICAS E PRÁTICAS DA CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO	37
2.3.1. Introdução	37
2.3.2. Breve Histórico do Crime de Colarinho Branco: Protótipos antepassados de criminalidade econômica.....	38
2.3.3. Crimes de Colarinho Branco no Século XX: O contexto norte-americano.	39
2.3.4. Estudos Criminológicos de Edwin H. Sutherland.....	42
2.3.5. Breves Considerações Acerca da Teoria da Associação Diferencial	43
2.3.6. As Características da Criminalidade de Colarinho Branco.....	46
2.3.7. Crime de Colarinho Branco e Crime Organizado.....	49
2.3.8. Abordagens Contemporâneas acerca do Crime de Colarinho Branco: <i>Offender-based approach</i> e <i>offense-based approach</i>	52
2.4. CRIME DE COLARINHO BRANCO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE A SITUAÇÃO BRASILEIRA.....	62
2.4.1. Introdução	62
2.4.2. A Confluência Indistinta entre Estado e Setor Privado	62
2.4.3. A Relevância Contextual do Crime de Colarinho Branco para uma Reflexão sobre Instrumentos Punitivos	67
3. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO ANGLO- AMERICANO E SEU CONTEXTO JURÍDICO	73

3.1. DO COMPORTAMENTO SOCIAL À TRANSCENDÊNCIA JURÍDICO-PENAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....	73
3.1.1. Da Raposa ao Avestruz: Considerações terminológicas da <i>willful blindness</i>	77
3.2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO ANGLO-AMERICANO	81
3.2.1. A Origem na Inglaterra	81
3.2.2. Os Primeiros Casos nos Estados Unidos	82
3.2.3. O <i>Model Penal Code</i> e a Proeminência da TCD nos Estados Unidos: Apontamentos sobre o <i>leading case United States v. Jewell</i>	84
3.2.4. A Consolidação da TCD na Contemporaneidade: O caso <i>Global-Tech Appliances, Inc. et. al. v. Seb S.A.</i>	89
3.3. CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS ESTADOS UNIDOS.....	92
3.3.1. Contornos Normativos.....	92
3.3.2. Contornos Jurisprudenciais.....	96
4. VICISSITUDES DO CONHECIMENTO: CONTRIBUIÇÕES CRÍTICO-AXIOLÓGICAS	103
4.1. ABORDAGENS FILOSÓFICAS.....	103
4.1.1. O Empirismo de Locke: Conhecimento intuitivo, demonstrativo e sensitivo	104
4.1.2. A Crença Causal de Hume: Raciocínio provável e raciocínio demonstrativo	108
4.1.3. Breves Considerações Sobre a Doutrina do Probabilismo	112
4.2. CONHECIMENTO E AÇÃO NA CEGUEIRA DELIBERADA: A RELEVÂNCIA DE UM EXAME FILOSÓFICO.....	113
4.2.1. Ignorância = Conhecimento: Críticas ao Reduccionismo.....	114
4.2.2. O Conhecimento por Alta Probabilidade nos Crimes de Colarinho Branco	116
4.2.3. A Praxeologia como Teoria Geral da Ação Humana: Contrapontos para uma análise da cegueira deliberada	122
5. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA PERSPECTIVA DE APLICAÇÃO	128
5.1. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRA: ASPECTOS CONCEITUAIS E COMPARADOS.....	128

5.1.1. Uma Breve Trajetória Histórica da Teoria Geral do Crime no Direito Brasileiro	128
5.1.2. O Tratamento Doutrinário acerca do Elemento Subjetivo do Injusto: Dolo direto, eventual e culpa consciente	130
5.1.3. Análise Comparativa do Elemento Subjetivo do Direito Norte-Americano e Brasileiro	136
5.2. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO PENAL N° 470/MG	147
5.2.1. Breve Contextualização Fática	147
5.2.2. A Configuração do Esquema Ilícito	148
5.2.3. Análise da Aplicação da TCD no Julgamento da Ação Penal n° 470/MG	155
5.3. ASPECTO PROCESSUAL PENAL: A CEGUEIRA DELIBERADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO.....	164
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	170
7. REFERÊNCIAS.....	177
7.1. BIBLIOGRAFIA.....	177
7.2. LEGISLAÇÃO	182
7.3. JURISPRUDÊNCIA	183

APRESENTAÇÃO

O desenvolvimento do ilícito na contemporaneidade assume dois aspectos indissociáveis: o quantitativo e qualitativo criminal. No que se refere ao primeiro, percebe-se o progressivo crescimento numérico das condutas ilícitas de modo geral e, especialmente, aquelas relativas aos domínios econômico e político. No mesmo sentido, o segundo viés, o qualitativo criminal, se vislumbra, *pari passu*, um contexto de aperfeiçoamento dinâmico nas diretrizes do criminoso, cujo *modus operandi* se torna um plexo de condutas altamente qualificadas em termos de eficiência e especialidade no seu agir delitivo. Ambos os pontos são, assim, os principais desafios de prevenção e repressão a este tipo de criminalidade.

Com efeito, em um primeiro recorte objetivo, delimitar-se-á este trabalho ao conceito criminológico de Edwin Sutherland, “*white-collar crime*”¹, compreendido como um gênero criminal de sujeitos, condutas, objetos, meios e consequências particularmente distintos da criminalidade em geral. Ademais, o tema será estreitado à dinâmica do ilícito decolarinho branco atuante direta ou indiretamente no poder público.

Nesse diapasão, delineadas as circunstâncias introdutórias do tema, o objeto de estudo centralizar-se-á na teoria da cegueira deliberada (TCD), abordando sua edificação doutrinária no direito anglo-americano, bem como a receptividade do instituto no direito brasileiro por via jurisprudencial, o tratamento doutrinário da teoria e, principalmente, sua viabilidade dentro dos aspectos dogmáticos no ordenamento jurídico.

Em síntese, a teoria da cegueira deliberada será analisada quanto a sua potencialidade instrumental incorporada à persecução penal dos crimes de colarinho branco. Assim, a delimitação do objeto de estudo deste trabalho poderá ser percebida sinopticamente pelo quadro abaixo:

¹NT: Crime de Colarinho Branco



Teoria da Cegueira Deliberada

Figura 1: Delimitação do Objeto de Estudo

Por sua vez, cumpre ressaltar que o estudo aqui empreendido não pretende induzir à ideia de aplicação exclusiva da TCD à categoria delitiva em comento, mas, sim, visa estabelecer a uma relação axio-fático-normativa da teoria em uma parcela específica de grave repercussão pública e social do universo criminoso, não desconsiderando as eventuais aplicabilidades em hipóteses diversas, caso a boa técnica e dogmática jurídica pátria identifique suas potencialidades em outras circunstâncias.

Em realidade, trata-se de um recorte preciso do direito penal em vista de uma criminalidade cuja natureza e organização têm se tornado cada vez mais complexas, o que exige uma demanda punitiva estatal adequada. Como recurso em potencial, a TCD será analisada quanto a sua forma de alcançar a devida responsabilidade penal de agentes públicos e particulares, cujas práticas ilícitas, de maneira insidiosa e furtiva, agridem diretamente o Estado (e, reflexamente, toda a coletividade brasileira). Neste aspecto, ainda, é importante notar que esse exame deverá verificar a possibilidade de aplicação da TCD por uma apreciação conjunta, em perspectiva da Administração Pública sob os aspectos estrutural e funcional, de modo a viabilizar a mais adequada identificação da conduta dolosa no expediente delitivo do sujeito dentro de suas atividades e sua percepção da relação criminosa a qual se vincula por sua conduta.

Assim, compreender o crime de colarinho branco inserido na estrutura organizacional da Administração Pública é, conseqüentemente, entender o alcance e os limites da teoria da cegueira deliberada quanto à sua aplicabilidade eficiente.

Por último, os crescentes casos de corrupção envolvendo agentes públicos, políticos e figuras particulares de alto poder econômico, vêm se destacando nestas últimas décadas no cenário brasileiro. Os escândalos de maior proporção, sem dúvida, são os casos do “Mensalão” e, mais contemporaneamente, da “Operação Lavajato”, em que, dentre outros aspectos notáveis, se pode mensurar a complexidade organizacional e intelectual dos atores envolvidos nesses esquemas altamente elaborados. É nesse contexto que se denunciou de maneira mais expressiva a defasagem dos nossos instrumentos de persecução penal, de modo que se buscou captar externamente engenhos jurídicos suplementares para transpor as barreiras dessa criminalidade econômica. Por tal mérito a Ação Penal nº 470/MG trouxe em seu bojo a aplicação da teoria da cegueira deliberada nos parâmetros compreendidos pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, que oportunamente neste trabalho será analisada.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é resultado de um profundo e reflexivo empenho acadêmico despendido em analisar a Dogmática Jurídica e da Filosofia do Direito sob uma perspectiva convergente, em prol de uma síntese interdisciplinar para além das considerações parciais sobre o TCD aplicável aos crimes de colarinho branco, implicando em uma visão dialética de áreas distintas do saber humano com o intuito de se estabelecer um estudo técnico-reflexivo sobre uma das questões de grande interesse nos debates do cenário político-econômico em destaque na atualidade jurídica brasileira.

Em um plano genérico, o tema circunscreve a criminalidade de colarinho branco, explorando os principais pontos acerca de sua definição, características, manifestações, o perfil criminológico dos sujeitos, o *modus operandi* e as dificuldades da persecução penal no atual sistema jurídico brasileiro. Em contrapartida, em um plano mais específico, será investigada a teoria da cegueira deliberada, previamente, em sua origem anglo-americana, pautando no contexto de sua formulação, os preceitos e premissas constitutivas e sua aplicação em alguns casos emblemáticos da jurisprudência norte-americana; e, sucessivamente, será analisado o recente emprego da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, promovido pelo Supremo Tribunal Federal no teor da Ação Penal nº 470/MG, examinando os preceitos dogmático-legais aplicados no *decisum*, os limites e dificuldades suscitados na compreensão sistemática da doutrina brasileira, buscando, em linhas gerais, um prospecto acerca da possibilidade de sua adequação ao sistema penal brasileiro tendo como pressuposto suas contingências atuais.

Insta-se observar, entretanto, que o trabalho percorrerá para além da esfera horizontal da descrição do fenômeno jurídico, buscando discutir problemas salutarres da compreensão dos fatos e dogmas na atuação jurisdicional em uma perspectiva vertical, de modo a transcender a ciência jurídica para imergir na dimensão da jusfilosófica, conformando uma visão unitária entre esta e aquela, tal como vislumbrou o eminente jurista pátrio Miguel Reale (1979, p.8) acerca da constante aproximação entre juristas e filósofos:

Se o jurista, porém, se interessa cada vez mais pela Filosofia, a recíproca é verdadeira, visto que como filósofos do direito abandonam também os seus esquemas formais e abstratos para tomarem contato cada vez mais vivo com a positividade do direito, aprendendo a dar valor ao particular, ao contingente e ao empírico, tal como se desenrola e se dramatiza na vida dos advogados e dos juízes, no bojo, em suma, da experiência jurídica.

Essa concepção metodológica, como se verificará adiante, é de fundamental importância, uma vez que um dos principais pontos de conflito da aplicação da TCD tensiona essas duas dimensões do saber humano, a ciência e a filosofia, requerendo uma abordagem complexa, com o propósito de afastar equívocos reducionistas, tanto para um como outro aspecto, evitando incorrer em possíveis conclusões desarmônicas entre os conhecimentos, cujas naturezas são dinâmicas e complementares.

Com estes antecedentes guiando o sentido desta pesquisa, buscou-se uma seleção bibliográfica que pudesse compreender as matizes científicas e filosóficas do direito, de modo a proporcionar uma perspectiva mais ampla e multiforme do fenômeno da criminalidade de colarinho branco e a potencial aplicação da teoria da cegueira deliberada como instrumento de combate às suas principais materializações. Seguindo essa orientação, empenhou-se em levantar informações pautadas sob os critérios de relevância e adequação ao tema proposto, abrangendo fontes dogmáticas, filosóficas, criminológicas, legislativas e jurisprudenciais, a fim de que os dados extraídos possam passar por um crivo dialético que vise principalmente à complementariedade dos conhecimentos. De igual maneira, procurou-se conciliar a compreensão e fidelidade das fontes em língua pátria e, no que tange àquelas em língua estrangeira, traduzi-las quando necessárias à elucidação do assunto, porém mantendo a transcrição original para eventuais cotejos.

Durante a execução, tornou-se perceptível a complexidade do tema em questão e as indagações suscitadas revelaram um leque de potencialidades de estudos complementares que, se tomado de profundo rigor, se firmaria cada qual um trabalho autônomo e diverso de investigação científico-filosófica. Portanto, zelando pela objetividade, primou-se, na medida do possível, em conservar-se na linha principal de pesquisa, perpassando questões e temas complementares na proporção de sua relevância, cuja compreensão contribua efetivamente à totalidade do assunto aventado.

Com efeito, este trabalho enveredará no tema da teoria da cegueira deliberada sob uma dupla perspectiva acadêmica: i) a dogmática, abordando questões relacionadas à ciência do direito e analisando os fundamentos jurídico-legais que constituem a teoria tanto no sistema jurídico norte-americano como no brasileiro; e ii) filosófica, estudando indagações que ultrapassam a esfera científica do direito, percorrendo componentes da subjetividade e suas relações com a esfera objetiva da realidade, bem como indagações acerca do domínio do conhecimento e a percepção do universo empírico. Importa observar que essa dupla ótica da análise, por razões de coerência à concepção metodológica aqui adotada, inspirada nos ensinamentos do jusfilósofo Miguel Reale, não se dará de forma separada uma da outra, mas sim em sua plena concomitância, visando uma síntese dialética que viabilize uma compreensão ampla da TCD.

Tais questões, de natureza iminente filosófica, aliadas aos tópicos dos modelos teórico-científicos do direito, requerem uma acuidade nos estudos desenvolvidos, diligenciando-se em aproximar, tanto quanto possível, o conhecimento especulativo ao concreto, almejando sempre o bom espírito dos estudos acadêmicos e a produção científico-filosófica o qual deve ser cultivado e incentivado no ensino superior.

1.1. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO

A escolha metodológica se pautou principalmente no critério de essência da questão que envolve o objeto de estudo e suas relações com a realidade jurídica brasileira. Assim, aplicar-se-á notadamente uma análise filosófico-dogmática da TCD enquanto instituto aplicável aos crimes de colarinho branco manifestados nas margens da esfera público-privada. Por um lado, será uma análise filosófica, haja vista a estrutura teórica do modelo jurídico da cegueira deliberada exsurge sobre os pilares da filosofia do direito, cujas noções acerca do direito, responsabilidade e conhecimento são temas recorrentes deste saber crítico-axiológico. De outra feita, será uma análise dogmática, pois a construção da TCD se dá no plano jurisprudencial das cortes diante de casos concretos, conformando conceitos próprios da dogmática jurídica do direito norte-americano, de tradição predominantemente consuetudinária (*common law*), validando a teoria no plano fáctico-normativo.

A par do critério adotado de análise, será utilizado o método comparativo no que se refere aos componentes dogmáticos constitutivos da TCD no direito norte-americano e aqueles os quais o direito brasileiro poderá ou não se valer para sua (re) construção no ordenamento jurídico pátrio, sem se afastar, na medida do possível, de sua essência teleológica. Portanto, a perspectiva comparativa torna-se imprescindível, tendo em vista tratar-se de um fenômeno de transposição dogmática de uma teoria fundada em tradições jurídicas distintas: do *common law* norte-americano ao *civil law* brasileiro; de forma que, para este tipo de investigação, compete resguardar as devidas peculiaridades destes sistemas jurídicos.

Consignados os aspectos metodológicos gerais, cumpre observar alguns pontos específicos de cada abordagem utilizada nos capítulos que se seguem:

- a) No capítulo 2, por meio de uma postura predominantemente crítico-descritiva, serão analisados por viés histórico e funcional três elementos nucleares: o Direito Penal brasileiro, a Administração Pública brasileira e o crime de colarinho branco. Em um terceiro momento, sob um tópico conclusivo, serão tecidas considerações críticas sobre esses componentes de forma a estabelecer uma síntese das implicações recíprocas de cada um. Justifica-se neste capítulo essa configuração temática, pois as apreciações do fenômeno do crime do colarinho branco manifestadas nas relações estabelecidas na estrutura do Estado, ou entre este e o setor privado, constituem o cenário criminoso dos principais casos complexos envolvendo a criminalidade econômica na história contemporânea brasileira. Ademais, é por meio deste contexto fático que o plenário do STF consolida a aplicação da TCD no ordenamento jurídico brasileiro por meio da AP 470/MG, bem como se desdobra a persecução penal da Lavajato. Portanto, antes de adentrar no objeto meritório, a TCD propriamente dita, torna-se imprescindível compreender i) a substância, extensão e as características do comportamento delitivo dos agentes envolvidos, cuja natureza é de crime de colarinho branco e que foram responsabilizados penalmente por interpretação dos fatos e de suas condutas à luz dessa teoria; e, ainda, ii) os aspectos políticos e históricos que moldavam a percepção cultural do papel do Estado – e, por extensão, da Administração Pública –, conformando o ambiente possivelmente criminógeno dessa categoria delitiva e que contextualizaram os casos supra mencionados.

- b) No capítulo 3 será percorrido a trajetória histórica da TCD desde a origem e o seu desenvolvimento no contexto inglês e norte-americano, em especial sua estruturação moderna e contemporânea, cujo objetivo maior é compreendê-la, normativa e pragmaticamente, em seu habitat jurídico. Nesse sentido, serão examinados conceitos e premissas do direito penal norte-americano que influenciam a TCD, com o propósito de compreender o teor de sua aplicação nos julgados americanos, destacando os esboços normativos e jurisprudenciais os quais serão analisados em caso concreto.
- c) No capítulo 4, em especial, pretende-se recuperar algumas concepções-chave utilizadas em tópicos anteriores ao cuidar da perspectiva teórica da TCD, posto que o exame aprofundado de seu núcleo temático, o conhecimento, requer um tratamento que vá além das ciências particulares de modo a poder apreciá-lo em seu habitat filosófico. Assim, as reflexões perpassam algumas abordagens investigativas de John Locke e David Hume, cujas obras destacadas se ocupam de questões fundamentais relativas ao conhecimento como processo empírico de percepção e correlação de fatos e ideias. Por conseguinte, essas noções serão contrapostas dialeticamente com elementos procedentes da perspectiva praxeológica, aperfeiçoada por Ludwig Von Mises, no que se refere aos dados da ação humana correspondentes à cegueira deliberada. Ademais, essas ponderações serão cotejadas com questões práticas extraídas da problemática axio-fático-normativa da TCD, incluindo algumas tônicas discutidas no meio jurídico norte-americano e as tensões pragmáticas de recepção do instituto no direito brasileiro.
- d) Por fim, no capítulo 5, em um primeiro momento, será esboçado um breve retrospecto da teoria geral do crime no direito brasileiro, bem como um esboço do comportamento doloso sob a ótica da melhor doutrina penalista pátria, traçando os conceitos necessários sobre o tema. Adiante, serão retomadas as diretrizes do direito penal norte-americano (Capítulo 3) e as considerações crítico-axiológicas do conhecimento e praxeológicas da ação humana (Capítulo 4) em uma abordagem analítico-comparativa sobre o dolo, correlacionando-os com o direito brasileiro. Sob uma perspectiva prática, a TCD será examinada contextualmente na jurisprudência brasileira, em suas diversas circunstâncias de materialização, porém com destaque ao caso do “mensalão”, julgado pelo STF na AP470/MG, abstraindo os elementos

constantes e variáveis que permearam as respectivas decisões. Ademais, esses aspectos retomados sobre a cegueira deliberada serão confrontados com os apontamentos críticos sobre o fenômeno do crime de colarinho branco na administração pública (Capítulo 2), verificando os eventuais impactos desse instituto frente a essa criminalidade recorrente na situação atual brasileira, considerando os aspectos destacados .

2. CRIME DE COLARINHO BRANCO NA INTERSECÇÃO PÚBLICO-PRIVADA

2.1. TENSÕES AXIO-FÁTICO-NORMATIVAS DO DIREITO PENAL CLÁSSICO E ECONÔMICO

2.1.1. Introdução

Conforme preleciona o jurista Miguel Reale (2001, p.60), qualquer momento da vida jurídica de uma sociedade se desdobra em três aspectos elementares: o normativo, referente à constituição das normas, sua sistematização em um ordenamento jurídico e a respectiva ciência; o fático, correspondente à sua efetividade social e histórica; e o axiológico, em razão da concepção do valor de Justiça. O Direito, assim, é compreendido como uma realidade histórico-cultural em que tais elementos atuam como elos em um processo de interação dinâmica e dialética. Em face dessa teoria tridimensional do direito, cumpre destacar que esses elementos se coexistem em uma unidade concreta, cuja manifestação, ressalta o autor, é demonstrada da seguinte forma:

Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; (REALE, 2001, p.60)

Por conseguinte, o fenômeno jurídico da criminalidade, tomado em uma perspectiva diacrônica no contexto da tradição jurídico-cultural brasileira, assume contornos influídos por fatores preponderantes na ordem dos fatos históricos da realidade social que marcam, também, o desenvolvimento da sociedade e do Estado. Assim, crime, sociedade e Estado se implicam por meio desta síntese clássica: todo ilícito, sendo uma transgressão de um direito, ocorre no seio de uma sociedade e, por conseguinte, esta delega a tutela daqueles e o dever de punir (*jus puniendi*) ao Estado, uma vez que a transgressão de um direito, especialmente no âmbito penal, é necessariamente uma transgressão de uma

norma previamente estabelecida por este (*Nullum crime sine prævia lege*), em face das dimensões fática e axiológica das condutas dos sujeitos compreendidas e apreciadas na sociedade. Com esse preceito em mente, torna-se necessário realizar algumas considerações históricas sobre as relações entre o crime, genericamente considerado, o desenvolvimento econômico e tecnológico da sociedade e o papel do Estado.

2.1.2. O Direito Penal Brasileiro e as Evoluções Tecnológicas e Econômicas

Em um breve retrospecto da história do direito penal brasileiro, considerada a partir do Código Criminal do Império como primeira lei penal sistematizada do Brasil (D'OLIVEIRA, 2014, p.31), é possível observar o desenvolvimento de uma legislação penal fundada em pressupostos históricos e projetos sociais de uma sociedade em circunstâncias reflexas. Desta maneira, a codificação penal tende a ser a guarda dos bens jurídicos valorados a partir dos fatos ínsitos da comunidade de uma época, sendo alguns de caráter perene, cuja proteção se perpetua através dos tempos; outros efêmeros, em que sua existência atende anseios sociais transitórios. Não sendo necessário prolongar tal compreensão, destacam-se exemplificativamente o rol dos “Crimes contra o Estado” do referido Código Criminal (1830), tipificando condutas que poderiam vir a ofender o imperador; ou, mais comumente citado, o delito de adultério, que perdurou décadas sendo já descriminalizado (*abolitio criminis*).

Nesse sentido, norma penal e fato social, embora idealmente sejam compreendidos em identidade, no âmbito empírico, essa sincronia se torna uma concepção meramente utópica, mormente em culturas jurídicas de tradição fundamentada no *civil law*, em que a positivação da norma (codificação) a torna estática no tempo, enquanto o contingente histórico-social que ensejou o processo fático-axiológico de sua positivação se atualiza em constante movimento. Assim, é importante sublinhar, ao longo da história do direito penal brasileiro, o concomitante aperfeiçoamento da criminalidade diante das circunstâncias sociais e o aprimoramento das tecnologias², inseridas em seu meio, e da dinâmica da economia, tomada não só como catalisadora daquela, mas também

²A expressão “tecnologia”, ou “recursos tecnológicos”, faz referência às técnicas e às teorias que possibilitam o aproveitamento prático do conhecimento científico, abrangendo, os recursos tecnológicos tangíveis e intangíveis.

beneficiária de seus recursos, a fim de compreender a dissonância entre a “criminalidade tradicional” e a “nova criminalidade”, isto é, a criminalidade econômica.

Quanto aos aspectos do desenvolvimento histórico de tais recursos tecnológicos e da economia na sociedade, o tópico de maior relevância ao presente estudo se concentra na íntima relação entre esses dois fatores com a expansão qualitativa da criminalidade, isto é, com a multiplicação de tipos, métodos, atuações e efeitos dos crimes ao longo da história³. Com efeito, por certo tempo, o direito penal comum (ou clássico), tratou de tutelar as relações sociais dentro de um contingente histórico-econômico em que os ilícitos penais compreendiam esses elementos nas fronteiras do conhecimento tecnológico e de complexidade econômica daquela parcela de tempo e de realidade. Contudo, é notória a compreensão de que nem a sociedade, nem o direito (fato histórico-cultural), são efetivamente estáticos: ao contrário, ambos são organismos dinâmicos que se projetam através dos tempos, aperfeiçoandoos seus limites e expandindo seus universos de percepção da realidade social e jurídica.

Historicamente, determinando como o ponto de início do desenvolvimento econômico, político e social do Brasil a partir da transferência da corte portuguesa em 1807 (NASCIMENTO, 2009, p.207), constata-se daquele momento em diante um progressivo impulso econômico, na qual se podem pontuar: i) a economia escravista e agrícola do século XVIII; ii) sendo substituída pela economia do trabalho assalariado no século XIX e, por fim, iii) fazendo a economia de transição para um sistema industrial no século XX (FURTADO, 2003). *Pari passu*, o desenvolvimento tecnológico acompanhou a formação econômica brasileira, desde a abolição da mão-de-obra escrava, passado pela mão-de-obra imigrante, o processo de urbanização e a formação dos centros comerciais e o estabelecimento de novas indústrias; ao passo que no âmbito social, a evolução dos meios de transportes, de comunicação e de gestão financeira da economia, câmbios e transações também foram se tornando cada vez mais modernos e, conseqüentemente, mais complexos.

³Assume-se o trabalho, a partir deste ponto, a relação causal entre o crescimento econômico e a criminalidade sob o enfoque exclusivamente qualitativo, compreendendo a questão da proliferação de novos crimes em consonância com o surgimento de novas tecnologias e o desenvolvimento econômico a ela ligado, conforme aludido. Portanto, não faz lugar nesta monografia discutir a tese da relação causal do crescimento quantitativo da criminalidade ligada ao crescimento econômico, cujos preceitos ideológicos são estranhos ao tema aqui tratado.

Por seu turno, o quantitativo criminal também aumenta, principalmente com a demanda migratória dos grandes centros urbanos e, é claro, o crescimento demográfico em descompasso com os devidos aportes político-econômicos necessários para o desenvolvimento interno do país, o que, em termos práticos, resulta, dentre outras consequências numéricas, na intensificação dos processos criminais⁴ em desproporção com a capacidade de atuação do Poder Judiciário em fazer frente às necessidades sociais de resposta punitiva sem deixar de fazer jus aos princípios e garantias constitucionais do direito material e processual penal. Contudo, no que se refere ao aspecto temático aqui estudado, é a ampliação qualitativa do crime que se torna o tópico de especial relevância informativa, e, no que tange à eficácia penal, o elemento particularmente desafiador a estrutura punitiva do Estado.

Nesse ângulo, o direito penal clássico está arquitetado sob modelos teóricos e institutos jurídicos pautados em perspectivas sociais e tecnológicas projetadas em meados do século XX, as quais a Parte Especial do CP, ressalvadas alterações posteriores, ainda preserva grande parte do conteúdo legislativo de 1940, enquanto sua Parte Geral, embora se reconheçam os esforços técnico-jurídicos promovidos em sua reforma em 1984, não compreende as significativas alterações tecnológico-econômicas de caráter supranacionais, que viriam a se manifestar de forma mais complexa a partir do fenômeno da globalização, que, iniciado substancialmente na década de 80, viria a se sobressair com maior força no Brasil na década de 90.

O Professor e Economista Antonio Correa de Lacerda (2001, p.2) constata o respectivo panorama ao afirmar que “*o processo de internacionalização da produção que avançou substancialmente a partir dos anos oitenta tem provocado transformações nos planos tecnológico, organizacional e financeiro [...]*”. Quanto ao fenômeno da globalização propriamente dito, Lacerda tece importantes comentários sobre o desenvolvimento tecnológico e sua implicação entre os diferentes níveis de relação, do setor público (Estado) ao privado (empresas), os quais convêm transcrever:

⁴Cabe ainda constar nesta passagem o contraste entre duas notícias relacionadas especificamente com a questão quantitativa da criminalidade brasileira, cujo foco são os crimes comuns: i) Em 2014, verificou-se que a cada 100 crimes cometidos, mais de 90 não eram descobertos, de maneira que somente uma faixa de 5% a 8% eram punidos; e ii, ainda em 2014, dados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) informam que 40% da população carcerária brasileira de 2014 ainda não haviam sido julgados. FONTES: i) <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html> ; ii) <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-09-18/40-dos-presos-no-brasil-ainda-nao-foram-julgados-afirma-relatorio.html> - Acessos 11 abril 2017.

Um aspecto importante, ligado ao crescente fluxo de recursos em nível internacional, é a aceleração do progresso tecnológico, implicando uma corrida competitiva internacional exigindo montantes extraordinários de investimentos em pesquisa e desenvolvimento. A difusão de novas tecnologias em escala global se dá de forma tão rápida e generalizada que gerou um novo paradigma tecnológico e gerencial. Essa corrida competitiva, envolvendo Estados Nacionais e empresas, tem sido caracterizada como a Terceira Revolução Industrial. Todas essas esferas, comercial, financeira, produtiva e tecnológica interagem entre si. A globalização é um processo que atinge simultaneamente a todas essas esferas nas relações econômicas internacionais: a aceleração da internacionalização dos fluxos de bens, serviços e fatores, e o acirramento da concorrência em escala mundial (LACERDA, 2001, p.3)

Percebe-se que essa interligação de setores proporcionada pelas novas tecnologias, como os recursos telemáticos, o fluxo de comunicação, as transações comerciais e troca de informação entre os agentes econômicos se torna imediata, em um processo realizado em tempo real (LACERDA, 2001, p.3). Deste modo, a mobilização de capitais se torna muito mais prática e dinâmica na contemporaneidade em relação há algumas décadas, o que, reflexamente, promove a obsolescência de institutos jurídicos aplicáveis neste setor tão logo se preste o caráter pragmático e praxeológico das relações econômicas.

No âmbito penal, mais especificamente na Parte Geral do CP, é relevante destacar alguns traços históricos de seu processo de inovação. A reforma da Parte Geral do CP operada em 1984 fora precedida por um contexto histórico variado em discussões legislativas, quer no âmbito da legislação penal, quer na processual penal. Cuidava-se, já nesta época, da preocupação acerca da atualidade do conteúdo jurídico do direito penal positivo em face às transformações sociais, econômicas e tecnológicas que afetavam tanto o ângulo quantitativo como o qualitativo criminal. É possível extrair tal conclusão por meio de uma fonte primária, consubstanciada na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal (EMNPGCP), em que as causas que nortearam tal processo se evidenciavam antes mesmo de sua efetiva reforma, constituindo-se a própria razão histórica de tal alteração legislativa:

5. Apesar desses inegáveis aperfeiçoamentos, a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira. **A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies**, a constância da medida repressiva como

resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, **a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção** (BRASIL, 1983)⁵

Nesse diapasão, é possível verificar que a intelectualidade jurídica da época já compreendia previamente o contingente da globalização que começara a desencadear seus efeitos na vida da sociedade brasileira, influenciando nos setores econômicos e tecnológicos os quais, conseqüentemente, também convergiram à criminalidade, tornando-os seu catalisador. Complementando essa informação, mais a diante o EMNPGCP traz de forma explícita as modificações sociais do quadro criminológico brasileiro nos quais se situara a feitura da nova Parte Geral:

Muitas das concepções que modelaram o elenco dos delitos modificaram-se ao longo do tempo, alterando os padrões de conduta, o que importará em possível descriminalização. Por outro lado, o avanço científico e tecnológico impõe a inserção, na esfera punitiva, de condutas lesivas ao interesse social, como versões novas da atividade econômica e financeira ou de atividades predatórias da natureza. (BRASIL, 1983).

Percebe-se, portanto, que no plano axio-fático-normativo dos bens jurídicos tutelados do direito penal, o pensamento jurídico reformista de 84 foi suficientemente sensível ao panorama das condutas que surgiam em decorrência desse novo paradigma tecnológico, de modo que já se apontava a tendência em priorizar a reprovabilidade dos comportamentos lesivos na esfera econômica que ascendia paulatinamente no cenário nacional daquele momento. Todavia, o processo de expansão tecno-econômica, como se percebe contemporaneamente, resultou-se além das expectativas emprestadas à reforma da Parte Geral do CP, principalmente no que se refere à evolução da informática que alterou significativamente as relações interpessoais e interorganizacionais no plano econômico, facilitando as comunicações e, principalmente a mobilidade dos recursos econômicos, especialmente em se deslocar internacionalmente.

⁵Grifo meu.

2.2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Ao lado desse processo histórico de crescimento tecno-econômico da sociedade, o Estado (e por extensão o aparato da administração pública) não permaneceu inerte em meio a essa dinâmica social. Primitivamente, período colonial brasileiro, o sistema de governo obedecia a um plano de administração de caráter centralizado na forma de capitanias em que os donatários detinham cumulativamente os poderes de administrar, legislar e julgar (NASCIMENTO, 2009, p.204), ao passo que diante do processo de independência do Brasil, a elaboração do Projeto de Constituição já tratava de forma inédita a divisão dos poderes que, assim, viria a direcionar a edificação da respectiva organização administrativa do Estado, cujas bases eram regidas pelo direito privado (DI PIETRO, 2014, p.20). Todavia, tão logo ao advento da Constituição republicana de 1934, as perceptivas do crescimento do Estado e de sua atuação administrativa foram adquirindo caráter determinante na sociedade:

Ao contrário da Constituição de 1891, de feição nitidamente liberal e individualista, a de 1934, que se seguiu ao movimento revolucionário de 1930, assume caráter socializante, marcado pela intervenção crescente na ordem social. O Estado deixa a sua posição de guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social. (DI PIETRO, 2014, p.21)

Neste mesmo sentido, é sintomático o discurso de Luiz Carlos Bresser Pereira (1970, p. 95; Apud LIMA JUNIOR, 1998, p.8) ao tratar da temática do crescimento sob uma ótica de burocratização, em que avalia o panorama de sua época (1970) em relação ao desenvolvimento pós-30, o qual merece transcrição:

Em contrapartida, no setor público, a tecnocracia teve um grau de desenvolvimento. Além de administradores profissionais com as mais variadas origens, formaram-se, principalmente no Banco do Brasil, no Ministério da Fazenda, na Fundação Getúlio Vargas e nas Universidades, grupos de técnicos, particularmente de economistas, cujo poder iria crescendo à medida em que o governo perdia suas características de Estado liberal e, mal ou bem, assumia suas novas funções de planejar e promover o desenvolvimento econômico, de redistribuir a renda e garantir um mínimo de justiça social, de educar e promover o

desenvolvimento da ciência, de proteger os menores, as mulheres e os velhos. Desse momento em que o Estado abandonava seu mero papel de polícia, para intervir diretamente em todos os setores da sociedade, foi necessário que se formassem grandes organizações burocráticas de caráter estatal ou semi-estatal.

Isto posto, a expansão do Estado, deste então até a contemporaneidade, pode ser analisada sob uma dupla perspectiva social. A primeira, de caráter programático, marcada pela ampliação da demanda por uma prestação positiva perante a sociedade, considerando seu poder interventivo nas relações sociais e nos diversos setores da comunidade que, avocando para si a tutela cada vez mais extensiva da vida social, atua acentuadamente por meio dos poderes legislativos e executivos – e o judiciário mais recentemente –, delimitando, regulando ou restringindo direitos e liberdades individuais em prol do princípio da supremacia do interesse público. Na segunda perspectiva, o crescimento estatal poderá ser analisado em seu caráter funcional, podendo ser definido pela ramificação de órgãos internos de sua estrutura e a procriação de entidades representativas do Estado, cuja personalidade jurídica é distinta deste, para atender uma função típica ou explorando determinado setor econômico (a doutrina administrativista tradicional chama de “desconcentração” ao primeiro fenômeno e “descentralização” ao último).

Esse desdobramento da administração pública implica, conseqüentemente, a expansão do quadro dos servidores públicos⁶, cuja estrutura organizacional compreende cargos efetivos, comissionados e mandatos eletivos e na ampliação das relações que o Estado tem com a iniciativa privada, através dos contratos administrativos em geral, concessões e parcerias. Ademais, é correto observar que ambas as perspectivas (programática e funcional) são dois lados de uma mesma moeda: isto é dizer que elas estão diretamente ligadas, uma vez que uma ampliação dos projetos de intervenção do Estado na ordem social e econômica acarretará, como medida necessária, por vezes, em uma nova desconcentração ou descentralização da administração no plano material da organização do Poder Público ou em novas conexões com o setor privado. Referindo-se à assunção

⁶A título exemplificativo, uma pesquisa do IBGE de 2014 apontou, no âmbito dos municípios brasileiros, um crescimento de 66,7% do número de servidores públicos municipais em um período de 13 anos, contrastando com um crescimento populacional de 17,6% em igual período. FONTE: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/n-de-servidores-publicos-municipais-subiu-667-em-13-anos-diz-ibge.html> - Acesso em 29 janeiro 2017.

do caráter socializante e interventivo do Estado, salienta Maria Sylvia Di Pietro (2014, p.21):

Como consequência, cresce a máquina estatal, pela criação de novas pessoas jurídicas públicas, quer as de capacidade específica para execução de serviços públicos (autarquias), quer as de capacidade genérica (territórios); paralelamente, aumenta o quadro de funcionários públicos necessários para o atendimento das novas tarefas assumidas pelo Estado.

Mais recentemente na história da administração pública brasileira, verificamos o fenômeno do alargamento do Estado concomitante às diversas tentativas de atualização, aperfeiçoamento e até mesmo de “contenção” desse processo expansionista do Estado na sociedade, levando em consideração suas implicações políticas, econômicas, sociais e inclusive culturais. As chamadas “reformas administrativas” constituem essencialmente o núcleo do desenvolvimento histórico do Estado no último século, refletindo em diversos momentos a preocupação dos agentes políticos acerca da precariedade da estrutura organizacional e, por conseguinte, os interesses políticos particulares nesse *status quo*, questão esta de especial relevo para uma análise adiante (vide item 2.4.2.).

Entre os anos de 1930 e 1945, houve no poder público uma tendência de centralização da administração e, conforme aponta Olavo Brasil de Lima Junior (1998; p.6), após 1937, além de administrativo e centralizador, houve um acentuado viés intervencionista no Estado, o qual se fixou como diretriz estatal a partir daí em diante, em períodos cuja manifestação se dava ora em maior, ora menor grau de interferência. Nesse sequência, houve um progressivo estreitamento do mercado com o Estado, cada vez mais presente e influenciador direto no curso das relações econômicas, de maneira que sua figura se torna cada vez mais alvo de críticas, de um lado, e interesses negociais, de outro:

A criação de institutos, autarquias e grupos técnicos foi o recurso utilizado pelo governo para intervir diretamente nas relações econômicas, até então essencialmente privadas: equilibrar o consumo e a produção; regular a exportação e a importação; incentivar a indústria; e implantar, ampliar e remodelar a infraestrutura com vistas a industrializar o país [...] (LIMA JUNIOR, 1998, p.7)

Posteriormente, na era Vargas, o apelo estatal adquiriu novo impulso com o modelo “administração para o desenvolvimento”, que acabou se caracterizando pela presença de alguns elementos cruciais: a) expansão da intervenção do Estado; b) descentralização do setor público por meio da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); e c) criação de entidades descentralizadas (MARCELINO, 1998, Apud LIMA JUNIOR, 1998, p.7). Ainda nesse período houve considerável aumento no número de entidades criadas no âmbito do Executivo: por meio da descentralização administrativa, até 1939 já haviam sido criadas 35 agências estatais, enquanto que entre 1940 e 1945 originaram-se mais 21 agências; em ambos os momentos, foram elas constituídas sob as formas conhecidas da administração indireta – empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações – (LIMA JUNIOR, 1998, p.8), cuja boa parcela estava voltada precipuamente à realização de intervenção econômica.

Em seguida, já no período de intervenção militar, o governo de Castelo Branco instituiu a Comissão Especial de Estudos de Reforma Administrativa (Comestra), notoriamente presidida pelo então ministro-extraordinário para o Planejamento e Coordenação, Roberto Campo. O mérito da Comestra está no resultado de 36 meses de estudos que se consubstanciaram no anteprojeto que viria a ser aprovado pelo Decreto-Lei nº 200 de 1967, muito embora tivesse vários pontos alterados sequencialmente entre 1969 e 1981.

O referido DL 200 trata acerca da organização administrativa na esfera federal, estabelecendo as diretrizes para a reforma administrativa que, na interpretação de Warlich (1984, p.52 Apud LIMA JUNIOR, 1998, p.13), podem ser sintetizadas por meio de cinco princípios norteadores: i) planejamento, descentralização, delegação de autoridade, coordenação e controle; ii) expansão das empresas estatais, de órgãos independentes e semi-independentes; iii) fortalecimento e expansão do sistema de mérito; iv) diretrizes gerais de um novo plano de classificação de cargos; v) reagrupamento de departamentos, divisões e serviços. Entre 1979 e 1982, apesar de se instituir duas novas frentes de atuação administrativa, a desburocratização e a desestatização, o processo de expansão estatal permaneceu ativo, de modo que em aspectos numéricos, entre 1945 a 1975, do total de 120 empresas públicas existentes nesse período, 68 haviam sido criadas na época em questão, enquanto que entre a faixa temporal de 1939 a 1983, do total de 440, no intervalo de 1964 a 1983 foram constituídas 267 (DINIZ; LIMA JUNIOR, 1986, p.2-9 Apud LIMA JUNIOR, 1983, p.14).

No período do governo Sarney é criada a Secretaria de Administração Pública da Presidência da República (SEDAP), cujo preceito finalístico era a modernização e a forma da administração federal. Nesse mesmo sentido, mais adiante, já na gestão do governo Fernando Henrique Cardoso, é criado o Ministério da Administração e da Reforma do Estado (MARE), em que sua atribuição se pautava na formulação de “*políticas para reforma do Estado, reforma administrativa, modernização da gestão e promoção da qualidade do serviço público*” (LIMA JUNIOR, 1998, p.18). Nessa fase, elaboraram-se propostas fundadas em premissas as quais, do ponto de vista de Lima Junior (1998, p.18) não refletiam a realidade brasileira. Dentre elas, duas merecem destaque: i) a ideia de que a administração pública brasileira houvera superado as fases patrimonialista e burocrática rumo a uma fase gerencial; e ii) que a atual crise do Estado era reflexo de uma crise originada da administração burocrática e fiscal, bem como o desgaste do modelo econômico vigente. Neste aspecto, é interessante reproduzir o trecho Plano Diretor da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado da Presidência da República (1995, p. 15 Apud LIMA JUNIOR, 1998, p.19):

A crise do Estado define-se então como: (1) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se toma negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo e o estatismo nos países comunistas; e (3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática.

Por meio desse sucinto retrospecto sobre as reformas administrativas no Brasil, podemos considerar, *a priori*, como diretriz constante da Administração Pública, além do caráter expansivo em termos de proporção numérica (ampliação de figuras da administração indireta na sociedade e, reflexamente, do quadro do funcionalismo público), também o viés intervencionista, regulando direta ou indiretamente as relações econômicas nos mais diversos setores da sociedade.

Diante dessa perspectiva, é correto afirmar que dentro do sistema econômico, de múltiplas implicações sociais, o Estado assume uma figura cada vez mais estreita com setores privados, os agentes econômicos atuantes no mercado. Dessa relação próxima, o Estado adquire, ainda que arbitrariamente, função central no fluxo econômico, ora

impulsionando algumas áreas cujo interesse é seu desenvolvimento, ora freando outras as quais se pretende um recuo estratégico. Para tanto, no desempenho de suas finalidades típicas e atípicas, visando atender seu papel econômico, político e social (não necessariamente nessa ordem), o Estado estabelece um canal de interrelação com a iniciativa privada para a consecução desses objetivos precípuos, de maneira que a conformação e o funcionamento da administração pública influenciam e são influenciados por esse intercâmbio entre essa dimensão público-privada.

2.3. DIRETRIZES TEÓRICAS E PRÁTICAS DA CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO

2.3.1. Introdução

A recente popularização da expressão “crime de colarinho branco” proporciona uma configuração superficial baseada em uma imagem de esteriótipo que coloca em destaque muito mais o sujeito que pratica o delito do que a própria essência de sua conduta criminosa. Assim, para a concepção popular, em certas circunstâncias, tal crime depende muito mais da pessoa que o pratica do que o ato (a conduta) efetivamente praticado. Essa ideia de crime de colarinho *ad hominem*, em uma perspectiva popular, se explica principalmente, de um lado, pela facilidade de correlacionar essa postura criminosa às pessoas de alto poder aquisitivo e, de outro, pela obscuridade dos crimes em razão de sua alta complexidade e da falta de compreensão dos mecanismos políticos e econômicos que os contextualizam. Como se analisará mais adiante (vide item 2.3.8.), essa assimilação trivial de crime de colarinho resulta em uma definição parcial, incompleta e, portanto, ineficaz aos objetivos propostos neste trabalho. Por conseguinte, visando desanuviar essa questão constitutivo crime de colarinho branco, além de outros aspectos importantes, será necessário refazer o percurso histórico dessa expressão e seu respectivo referente, bem como a teorias que a cercam e seus relevantes desdobramentos.

2.3.2. Breve Histórico do Crime de Colarinho Branco: Protótipos antepassados de criminalidade econômica

Ao contrário do que pode fazer pensar o senso comum, o comportamento que modernamente denominamos “crime de colarinho branco” é uma idiosincrasia de raízes milenares na história da humanidade⁷. Podemos considerar, a título de exemplo, um trajeto retrospectivo até as civilizações mais antigas, remontando a cultura helênica, cujo exemplo Aristóteles nos aponta os casos de desvios de fundos por oficiais comissários encarregados de supervisionar obras viárias (BENSON; SIMPSON, 2009, p.3). Mais especificamente, é possível encontrar na constituição ateniense a conduta de subtração de dinheiro público por oficiais de governo tipificada como crime, cuja pena implicava o pagamento de até dez vezes a quantia subtraída (VON FRITZ E KAPP, 1950, Apud BENSON; SIMPSON, 2009, p.3).

Ainda, encontramos passagens bíblicas que denunciam a imoralidade de algumas condutas tidas como traiçoeiras nas relações de mercado perante a opinião pública cuja essência se caracteriza de forma semelhante ao crime de colarinho branco (BENSON; SIMPSON, 2009, p. 4), tais como “*o que esconde o trigo será amaldiçoado pelo povo, mas a benção virá sobre a cabeça dos que o vendem*” (Provérbios, 11: 26); ou, ainda, a advertência do discurso mosaico em Deuteronômio 25: 13:

Não terás no teu saco dois pesos desiguais, um grande e um pequeno. Não terás em tua casa duas medidas desiguais, uma grande e uma pequena. Só possuirás pesos exatos e leais, medidas exatas e leais, par que os teus dias se prolonguem

⁷ A título de prevenção, deve-se esclarecer a dupla conotação, aparentemente contraditória, acerca do histórico do crime de colarinho branco em relação ao seu caráter de “nova criminalidade” cujas raízes são “milenares”. Tal impasse, de caráter meramente semântico, se resolve por meio de uma distinção de enfoque pragmático: a) a prática delituosa de lesionar o próximo, utilizando-se de uma posição vantajosa nas relações políticas ou comerciais, quer detenção de maior influência econômica ou por superioridade intelectual de sua atividade, é historicamente antiga. Trata-se de práticas que desde os primórdios da civilização eram consideradas imorais no âmbito das regras social e culturais dos povos que se elevaram a categoria de delito, púnivel de acordo com suas respectivas legislações. No entanto, b) consoante os avanços da sociedade, economia e tecnologia, aquela prática imoral adquiriu um novo formato mais complexo e organizado para atingir os objetivos criminosos, de modo que deixa de ser uma conduta unitária e passa a um conjunto de condutas sofisticando seu *modus operandi* no âmbito corporativo e governamental, nesta nova versão de comportamento delitivo surge a expressão de Sutherland, que a atribui especialmente aos sujeitos ativos cuja composição sociológica representam a camada de alto poder aquisitivo e de posição socialmente respeitável, o que nos leva a distinguir o seu sentido atual de suas raízes primevas.

na terra que o Senhor, teu Deus, te der. Porque o Senhor, teu Deus, abomina todos os que procedem mal e praticam uma ação desleal.

Durante a Idade Média, na Inglaterra, vislumbramos ainda condutas artificiosas como o *regrating*, *engrossing* e *forestalling*, cada qual são maneiras distintas de controlar as relações de mercado que, diante de suas consequências prejudiciais, foram consideradas ilícitas no sistema da *common law* (GEIS, 1988, Apud BENSON; SIMPSON, 2009, p.4). Logo, com o desenvolvimento histórico-econômico, o nascimento do Estado moderno e o aperfeiçoamento das tecnologias (fatores já consignados em tópico anterior), as práticas criminosas destas categorias foram se difundindo na medida em que a produção econômica se alarga e a circulação financeira se torna um fenômeno corriqueiro nos burgos comerciais.

Alcançando a época da globalização, precedida por períodos de conturbadas crises econômicas, nota-se a formação de esquemas paralelos de poder político-econômico que viria a se organizar dentro das instituições, operando condutas ilícitas sob a fachada das estruturas legais de empresas ou do próprio Estado. É esta a questão-chave para compreender o *modus operandi* desse perfil criminoso com o intuito de traçar as vias de conhecimento do sujeito em relação à conduta praticada de forma a estear o lastro de sua responsabilidade. Para tanto, no tópico seguinte se diligenciou em analisar o desenvolvimento histórico do crime de colarinho branco na primeira metade do século XX nos Estados Unidos, ambiente de crucial relevância na compreensão do momento atual em que se encontra esse tipo de criminalidade e os aspectos que contribuíram para sua determinação teórico-conceitual.

2.3.3. Crimes de Colarinho Branco no Século XX: O contexto norte-americano

Ao examinar a criminalidade de colarinho branco em sua dimensão histórica moderna, bem como a forma em que ela tende a se apresentar na contemporaneidade, a doutrina consensualmente aponta à cronologia dos Estados Unidos, mais precisamente nos eventos político-econômicos desencadeados no início do século XX, considerando-os como fatores fundamentais para o desenvolvimento de uma criminalidade econômica.

Após o término da Primeira Guerra Mundial, instala-se um período econômico nos Estados Unidos compreendido como “volta à normalidade”, do qual decorre um crescimento significativo do PIB, representando aumento da renda per capita norte-americana de mais de 35 por cento (FURTADO, 2003,p.197). Ao lado desse crescimento, vem se instalando de maneira esparsa casos de escândalos financeiros e corrupção administrativa: agentes estatais são denunciados, investigados e demitidos por crimes envolvendo bens e gestão de recursos públicos (SHECAIRA, 2008, p.191). Por conseguinte, registra-se significativamente em 1929 o *crack* da Bolsa de Valores de Nova York, evento que inaugura uma fase de crescimento da pobreza e do gangsterismo, forma de crime organizado que surge principalmente no período da chamada “Lei Seca”. Tais circunstâncias influenciariam os rumos das eleições presidenciais americanas de 1932, cujo vencedor, o candidato democrata Franklin Delano Roosevelt, apresenta o plano de combate à depressão econômica, famosamente denominado *New Deal*⁸, de orientação essencialmente keynesiana. Nesse sentido, escreve Shecaira (2008, p.193):

Assim, o livre jogo dos fatores naturais e a confiança depositada na automática recuperação das crises, por meio da iniciativa privada e da espontânea determinação dos indivíduos, são substituídos por uma política pública ativa de intervenção no domínio econômico.

Por esse viés, o Estado passa a adquirir o direito de intervir nas relações econômicas, iniciando um processo de grandes injeções de investimentos em setores estratégicos para absorção da massa desempregada, principalmente no âmbito da construção civil de grande porte, cujo escopo maior era aplacar, tanto quanto fossem possíveis, as tensões sociais decorrentes daquele período turbulento de recessão.

Todavia, conforme denota Sérgio Shecaira (2008, p.194), “*a mudança do paradigma de não intervenção na economia para uma perspectiva flagrantemente intervencionista não se fez sem resistência*”, pois se presenciara duas visões antagônicas de compreender a economia em entrelaço, o que resultou para o mundo dos negócios uma situação de completa anomia. Essa circunstância se deu em razão desse período de transição, cujo conflito de valores se torna cada vez mais acentuado à medida que o Estado começa a

⁸Nova Política

assumir não só as rédeas econômicas, mas também se projetava para toda a sociedade americana. Consequentemente, instala-se um ambiente de total descrédito do setor empresarial, proveniente, sobretudo, do ressentimento ainda palpitante herdado dos resultados da crise de 1929.

O clima de desconfiança em relação à iniciativa privada gera ao Estado, agora pautado pela ideologia sócio-prestacional, a prerrogativa de intervir normativamente com o propósito de regular os interesses coletivos: é nesse contexto em que surgem leis que recaem diretamente às relações econômico-sociais, de um lado, atribuindo aos sindicatos poderes de atuação proteção dos direitos trabalhistas; e, de outro, restringindo a liberdade da atividade empresarial ou punindo condutas temerárias que pudessem afetar negativamente o desempenho da economia em sua totalidade, doravante resguardada de perto pelo governo.

Nessa esteira, o empresariado norte-americano começa a vislumbrar uma fase de diminuição de seus lucros em razão das novas diretivas do exurgente do *Welfare State*⁹. Contudo, como se verificará, uma vez que as regras do jogo deixam de ser exclusivas da economia de mercado, e passam a ser ditadas concorrentemente pelo governo e seus interesses políticos, surge o ambiente propício para os que possuem posição, conhecimento, método e influência necessários não só quebrarem tais regras econômicas, mas, indo além, com os fins justificando os meios, subverterem as normas postas a seu favor. Diante dessa configuração estatal, inaugura-se uma fase de aproximação entre o setor público e privado, cuja interferência mútua corroborará para o desenvolvimento do crime de colarinho branco relacionado à administração pública. Acerca deste aspecto, acresce Shecaira (2008, p.195):

O mundo dos negócios possui uma firme organização no sentido de permitir a infração das normas que o regem, enquanto a sociedade não está organizada para impedir tal violação. Assim, as normas têm pouca importância no controle dos comportamentos negociais, a menos que sejam suportadas por uma administração empenhada em impedir o comportamento ilegal. O que Roosevelt fez foi exatamente traduzir, mediante sua política intervencionista, o substrato legal para o controle dessas atividades chamadas ilícitas.

⁹ Estado do bem-estar social

Portanto, a intervenção estatal, que em sua superfície pode ser entendida como instrumento de regulação e fiscalização da atividade econômica em prol do interesse público, em seu íntimo resulta no azo conveniente para a perversão política com reflexos econômicos, dada a amplitude do papel do Estado em criar artificialmente situações favoráveis ou desfavoráveis ao setor empresarial com meros atos normativos, muitos dos quais conhecidos popularmente como “as canetadas”. Desta maneira, conclui o autor:

O projeto do New Deal traz em seu bojo o fermento necessário para o crescimento do controle da atividade empresarial, denominada por Sutherland de crime de colarinho branco, por meio de sua teoria da associação diferencial (SHECAIRA, 2008, p.195)

2.3.4. Estudos Criminológicos de Edwin H. Sutherland

Diante desse contexto crescente da criminalidade econômica marcante na primeira metade do século XX, especial atenção deve ser dada aos esforços acadêmicos empreendidos pelo sociólogo Edwin H. Sutherland (1883-1950), cujo trabalho já desde no início do século, influenciado pela Ecologia Criminal¹⁰ e do pensamento de Gabriel Tarde¹¹, resultou, entre outros méritos, à cunhagem da expressão “*white-collar crime*”, que foi apresentada à Sociedade Americana de Sociologia em 1939. Seu trabalho angariou respeito da comunidade científica da época e impulsionou os estudos acerca do crime organizado concentrado nas organizações empresariais (PENTEADO FILHO, 2012, p.88), mais tarde culminando no desenvolvimento da chamada teoria da associação diferencial:

¹⁰ Trata-se da própria Escola de Chicago (Teoria da Ecologia Criminal ou Desorganização Social), cuja premissa baseia-se, em linhas gerais, na ideia de que com o crescimento das cidades modernas, ocorrem a ruptura dos mecanismos tradicionais de controle (i.e. controle social informal: famílias, igreja, escolas, etc.), gerando um distanciamento anônimo que torna-se um fator potencializador da criminalidade. Assim, por esta percepção, a atuação estatal no combate à criminalidade deve focar o ambiente criminógeno, devendo interferir de modo planejado nas infraestruturas sociais do meio ambiente urbano para obter os resultados favoráveis à diminuição da incidência criminal.

¹¹ Jean-Gabriel de Tarde (1843-1904), importante filósofo, sociólogo, psicólogo e criminologista. Autor de obra “*Les lois de l’imitation*” que influenciaria os estudos de Sutherland na formulação da Teoria da Associação Diferencial.

A importância de Sutherland jamais foi desconhecida ou ignorada. Hermann Mannheim, em uma aguda observação, afirma que não há – e, provavelmente, nunca haverá – um prêmio Nobel de criminologia. Se o houvesse, Sutherland teria sido, pelo seu trabalho sobre o crime de colarinho branco, um dos candidatos mais credenciados (SHECAIRA, 2008, p.190)

Destarte, sem dúvida, um dos grandes préstimos de Sutherland foi reconhecer a existência de uma criminalidade de outra ordem além daquela convencionada como comum, “de rua”, dando a devida importância ao comportamento delitivo cujos sujeitos possuem um perfil distinto daquilo que se considerava ser o “tipo criminoso”, os quais deveriam ser estudados em sua “trajetória criminal”, a fim de compreender seus vetores criminógenos que resultaram em suas condutas delitivas.

Apesar da teoria da associação diferencial em sua totalidade deixar questões abertas à discussão, ela é merecedora de destaque quanto ao seu pioneirismo no trato dessa categoria criminal, ainda negligenciada pela comunidade científica até a metade do século passado. Por sorte, seus aspectos mais fundamentais, principalmente sobre seu objeto de estudo propriamente dito (o crime de colarinho branco), prosperaram em estudos posteriores que se desdobram em novas perspectivas até os dias atuais.

Desta maneira, é de fundamental importância dedicar um tópico específico ao berço teórico uma das expressões-chave deste trabalho, buscando compreender as premissas fundamentais elaboradas por Sutherland que sustentam a concepção clássica do “*white-collar crime*”, com o objetivo de oportunamente tecer considerações dialéticas sobre o referido fenômeno, a estrutura do poder público e os instrumentos punitivos estatais responsivos.

2.3.5. Breves Considerações Acerca da Teoria da Associação Diferencial

Sob uma perspectiva macrossociológica na qual é classificada como pertencente ao grupo das “teorias do consenso¹²”, a Teoria da Associação Diferencial surge com os

¹² Trata-se de um conjunto de teorias criminológicas de caráter funcionalista, cujo viés principal é a integração do conjunto, de modo que se compreende que a finalidade da sociedade é atingida quando há perfeito funcionamento de suas instituições. Suas premissas são: i) estabilidade; ii) Integração; iii) coordenação funcional; e iv) consenso. São teorias componentes do Consenso: a) Escola de Chicago (Teoria da Ecologia Criminal); b) Teoria da Associação Diferencial; c) Teoria da Anomia; d) Teoria da Subcultura Delinquente. Contrapõe-se a essa visão, o conjunto de teorias agrupadas como “Teoria do Conflito”, em que prevalece o caráter argumentativo, isto é, dialético, entre elementos de forças opostas.

estudos desenvolvidos por Sutherland para tratar de um tipo de sujeito delitivo específico denominado como “criminoso de colarinho branco”. Sutherland inspira-se inicialmente na teoria do comportamento desenvolvida por Gabriel Tarde, especialmente acerca de suas “leis da imitação”, para construir os preceitos da associação diferencial. Tarde, por seu turno, compreendia o delinquente como sujeito profissional, isto é, alguém que desenvolve sua competência criminosa por meio do aprendizado por disposição mimética:

Todo comportamento tem sua origem social. Começa como uma moda, torna-se um hábito ou costume. Pode ser uma imitação por costume, por obediência, ou por educação. O que é a sociedade? Eu já respondi: sociedade é imitação (TARDE apud SHECAIRA, 2008, p.196).

Tarde considerava as imitações como resultados do grau de intimidade das relações interpessoais, corroborando para a sua ideia de que, ao contrário do que pensamento biológico até então vigente, o criminoso não “nascia criminoso” e sim que o crime constitui um produto de uma “socialização incorreta”.

Por conseguinte, para uma melhor compreensão da teoria da associação diferencial, é possível sintetizá-la em alguns postulados fundamentais dos quais podemos destacar: i) o comportamento delitivo, assim como o virtuoso, é aprendido, nunca herdado ou determinadamente desenvolvido pelo agente – diz Sutherland (apud SHECAIRA, 2008, p.197): “Qualquer pessoa pode aprender qualquer padrão de comportamento que seja capaz de executar. Ela assimila inevitavelmente da cultura ambiente esse comportamento”; ii) a apreensão de um comportamento se dá por meio de um processo comunicativo, em face de estímulos operantes filtrados pelo ambiente presente e passado; iii) o grau de aprendizagem está diretamente ligado ao nível de intimidade estabelecido nas relações e círculos sociais, o que se pode concluir igualmente acerca da influência criminógena; iv) no que se refere ao viés delitivo, o conteúdo aprendido abarca além das técnicas, simples ou complexas, correferidas ao cometimento do crime, como também as diretrizes relacionadas aos motivos, impulsos, atitudes e, ainda, a

Suas premissas baseiam-se na i) ideia de que a sociedade está sujeita a processos de mudanças ii) as quais decorrem dissensões e conflitos, de modo que essas ocorrem porque iii) todo elemento da sociedade contribui inerentemente para sua desintegração e mudança, além de que toda sua essência funda-se na iv) ideia de coerção de uns sobre outros. São teorias agrupadas no Conflito: a) Teoria do Labelling Approach (Teoria do Etiquetamento / Interacionista); b) Criminologia Crítica.

racionalização necessária – Shecaira (2008, p.197-198) assim exemplifica: “a pessoa que nunca ouviu falar de furtos em lojas, como profissão, dificilmente encontrará os códigos de conduta que a levem à prática dessa modalidade delituosa”.

Por conseguinte, v) as direções dos motivos e impulsos são resultantes de um determinado nível de aprendizado, cujos parâmetros se verificam pelas definições favoráveis ou desfavoráveis aos códigos legais; por esse aspecto, “nas sociedades diferenciadas o choque de valores é inerente ao sistema, o que produz como consequência conflitos culturais em relação a tais códigos” (SUTHERLAND Apud SHECAIRA, 2008, p.198); vi) quando as definições favoráveis à prática do ilícito (modelos criminais) suplantam as definições desfavoráveis (modelos não criminais), ocorrerá a conversão do sujeito à delinquente – trata-se do princípio da associação diferencial em sentido mais específico, uma vez que tanto o comportamento lícito quanto o ilícito são oriundos do mesmo processo de associação, variando apenas em sua substância; vii) o processo de associação diferencial comporta fatores variáveis, tais como frequência, duração, prioridade e intensidade que afetarão particularmente o agente durante o aprendizado de um comportamento lícito ou ilícito; viii) a diversidade de grupos culturais gera o conflito cultural, que é a causa do processo de associação diferencial, pois são igualmente reais a cultura legal como a cultura criminosa, de maneira que a preponderância se dará a partir das definições favoráveis ou desfavoráveis a uma ou outra – Sutherland é conclusivo nessa constatação:

[...] as mais intrincadas maquinações dos homens de profissões liberais e de negócios podem ater-se à lei tal como é interpretada, mas ser idênticas, na lógica e nos efeitos, ao comportamento criminoso que resulta em prisão. Essas práticas, ainda que não se transformem em condenação pública como crimes, fazem parte da cultura criminosa (Apud SHECAIRA, 2008, p.199)

Por fim, ix) a “desorganização social¹³” funciona como motor e catalisador do comportamento delitivo sistemático, especialmente no que se refere ao fenômeno do enfraquecimento do controle social informal e a própria perda das raízes pessoais do agente.

¹³Vide Nota de Rodapé nº 10 sobre a Escola de Chicago.

Ademais, é digno de se registrar que a associação diferencial teve importante diálogo teórico com outras áreas da ciência, especialmente no que concerne à Pavlov e seus estudos sobre o reflexo condicionado (SHECAIRA, 2008, p.203). Acerca dos experimentos realizados em cães, Pavlov extrai a ideia de comportamento compreendido sob dois tipos: reativo¹⁴ e operante. Este último, em especial, se percebe como uma função do sistema nervoso em relação aos aspectos ambientais passados e presentes, assim “*quando um comportamento operante é seguido de certo tipo de estímulo, aquele é aumentado no futuro*” (SHECAIRA, 2008, p.204), indo ao encontro da teoria da associação diferencial complementando-a de acordo com os resultados obtidos de Pavlov no postulado II supradito. Exemplificando essa circunstância, Sérgio Shecaira ilustra:

A experiência cotidiana mostra que a imitação tem, de fato, uma força poderosa sobre o crime. Casos de crimes, tratados de forma sensacionalista pela mídia, são ocasional e rapidamente reproduzidos por outras pessoas que se espelham no “sucesso” encorajador do ato criminal (2008, p.205).

Apesar das correções, modificações e ampliações promovidas pelo próprio Sutherland e por seus seguidores, os postulados da teoria da associação diferencial serviram de referência essencial para uma concepção mais abrangente da criminologia, uma vez que tal ciência passa a estudar o comportamento delitivo não só nas camadas mais baixas da sociedade, como também nas esferas de alto poder político e econômico.

2.3.6. As Características da Criminalidade de Colarinho Branco

Respalhada nos estudos que compuseram a teoria da associação diferencial de Sutherland, a doutrina criminológica a qual podemos considerar como “clássica” costuma levantar cinco aspectos fundamentais cumulativos que, preliminarmente, delimitam a concepção do crime de colarinho branco:

- I) Diz-se que é **crime**: sendo esse conceito entendido aqui em sua assepção criminológica, qual seja, o crime como fenômeno social¹⁵, cujas consequências,

¹⁴Trata da produção de respostas a estímulos como manifestação automática do sistema nervoso.

¹⁵Embora a resposta punitiva estatal pressuponha uma definição de crime no sentido legal, isto é, conduta

em relação aos crimes comuns, são tão quanto ou até mais nefastas à ordem econômica e social;

- II) É cometido por **pessoas respeitáveis**: refere-se ao atributo dedutível a partir do papel social que o sujeito exerce em uma determinada comunidade;
- III) É cometido por **pessoas de elevado estatuto social**: corresponde ao prestígio social inferido principalmente a partir do poder econômico ou político;
- IV) É praticado no **exercício da sua profissão**: pois a conduta ilícita está intimamente ligada ao domínio intelectual de um ofício, cargo ou carreira, do qual o agente se vale de posição, instrumentos, relações ou quaisquer outros atos correlatos, inerentes ao desempenho profissional, para cometer o crime;
- V) Ocorre a partir de uma **violação de confiança**: uma vez que as condutas são praticadas aproveitando-se de uma credibilidade atribuída e reconhecida ao sistema do qual os agentes fazem parte, ou mesmo de suas próprias relações sociais. Trata-se, de modo mais amplo, da violação referente à boa-fé nos tratos civis ou, ainda, da própria fé pública quanto à idoneidade; ou, no caso do poder público de modo mais estrito, a moralidade administrativa pública.

Entretanto, considerando a sistematização dos estudos acerca do crime de colarinho branco, cada vez mais revisitado, complementado e ampliado pela doutrina contemporânea, é possível extrair outros dados característicos perceptíveis desta modalidade criminosa, estabelecendo parâmetros sociológicos, comportamentais e de percepção social do delito que não se esgotam naqueles ressaltados acima, tampouco no rol abaixo, meramente exemplificativo. Com efeito, resguardada as peculiaridades de cada caso concreto, atenta-se aos seguintes itens:

- VI) São crimes pouco perceptíveis socialmente: sua prática, reiterada ou não, é facilmente diluída dentro do sistema, cujas informações são obscuras ou pouco acessíveis ao público em geral, inviabilizando principalmente as instâncias informais de controle;
- VII) Arquitetura criminosa complexa: é concebida como uma verdadeira estratégia de ação que geralmente envolve a utilização de aparatos, técnicas labirínticas e rede de contatos extensa em diversas instâncias ativas ou coniventes, de maneira que a conduta criminosa se instala dentro de uma estrutura formal

aparentemente lícita. Torna-se, portanto, difícil visualizar a verdadeira dimensão de sua influência;

- VIII) Trata-se de uma prática ambilateral ou coletiva: raramente o sujeito ativo atua solitariamente, pois, de modo geral, o êxito criminoso requer atos bilaterais ou multilaterais comissivos – de auxílio intelectual ou operacional –, bem como por circunstâncias omissivas, tais como a conivência de agentes e instituições que deveriam agir diretamente coibindo o delito;
- IX) Alto grau de impunidade: é uma característica resultante dos seguintes desdobramentos: a) índice relativamente baixo de denúncias e delações, principalmente ligadas ao receio de represálias, perseguições e perda de empregos; b) vestígios delitivos facilmente ocultáveis; c) proteção de autoridades governamentais na ocultação de fatos relevantes à elucidação dos crimes; d) legislação condescendente abarcando foros especiais de julgamento, prisões diferenciadas, penas leves ou alternativas, etc.; e) vulnerabilidade dos componentes responsáveis pelo sistema de justiça penal em sofrer consequências de um enfrentamento direto com o criminoso de colarinho branco – principalmente se este for detentor de considerável poder econômico ou político –; f) simpatia e admiração por parte dos legisladores em relação aos homens de grande poder, evitando tratá-los como delinquentes (SHECAIRA, 2008, p.200-202);
- X) Ausência de valoração negativa da sociedade em geral: por se tratar de delitos praticados sem violência, seus efeitos gravosos são pouco ou nada percebidos pela comunidade – pode se compreender tal viés em razão de: a) haver completa ausência de emotividade (*crime appeal*) (LINCK, 2010), não contribuindo para o ânimo de justiça; e b) as consequências do crime serem complexas e difusas (SHECAIRA, 2008, p.202), de forma que a vítima, individualizada ou não (geralmente a própria sociedade), torna-se inconsciente de que sofre algum tipo de lesão;
- XI) Possui um alto grau de inovação: os agentes se valem dos mais criativos e complexos recursos – materiais, intelectuais ou pessoais – para executar o crime, o que é realizado geralmente por um extenso período temporal com elevada racionalização e coordenação – por outro lado, tal característica leva à

dificuldade das instâncias formais de controle no sentido de atualizar seus instrumentos de fiscalização e persecução penal (LINCK, 2010);

- XII) Perfil etário superior do sujeito ativo: estudos criminológicos recentes (WEISBURD; WARING Apud SIMPSON; WEISBURD, 2009, p.156) apontam uma incidência elevada de criminosos que no tempo do crime encontram-se no ciclo dos trinta e quarenta anos de idade, bem como um número substancial de sujeitos ativos com faixa etária ainda mais elevada, entre sessenta e setenta anos. Constatou-se também que a taxa de crimes com relação entre esses dois períodos de vida é tendencialmente decrescente na proporção do envelhecimento, contudo, diferentemente dos “comuns”, notou-se que os criminosos de colarinho branco demoram muito mais tempo para desistir da prática delituosa, de modo que sua atividade ilícita perdura até mais tarde em sua vida. Consequentemente, é inferível que a oportunidade criminosa esteja intimamente correlacionada à experiência profissional do agente, mostrando-se relevante a informação sobre a existência um maior grau de probabilidade de que a prática criminosa envolva sujeitos em patamar relativamente avançado de sua carreira do que indivíduos no início de vida profissional.

2.3.7. Crime de Colarinho Branco e Crime Organizado

Uma vez definidas as características incidentes aos crimes de colarinho branco, faz-se necessário correlacionar esta com a ideia de crime organizado. Contudo, antes de adentrar ao mérito deste tópico, cumpre realizar uma breve (porém necessária) distinção terminológica acerca das expressões “crime organizado”, “organização criminosa” e “associação criminosa”:

- a) Crime organizado: condição “genérica” de organização humana consolidada para consecução de atividades delitivas. É um fenômeno sem respaldo jurídico-legal, mas de classificação em caráter essencialmente sociológica e criminológica.
- b) Organização criminosa: condição específica de organização humana consolidada para consecução de atividades delitivas, tipificada penalmente pela lei 12.850/2013, Art. 2º¹⁶, e legalmente definida no Art. 1º, §1º¹⁷, cujas características

¹⁶ Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

fundamentais são: i) associação de 4 ou mais pessoas; ii) estrutura ordenada de comando e subordinados (formal ou informal); iii) divisão de tarefas (formal ou informal) desenvolvida por cada elemento contribuindo para o êxito do propósito da organização; e iv) obtenção de vantagem de qualquer natureza. Os quatro elementos anteriores precisam ser necessariamente cumulativos e devem atender, alternativamente, v) prática de infrações penais de pena máxima superior a 4 anos; ou vi) prática de infrações de caráter transnacional, independente do *quantum* da pena.

- c) Associação criminosa: condição específica de organização humana consolidada para consecução de atividades delitivas tipificada penalmente pelo CP, Art. 288¹⁸, cuja nova redação e rubrica foram determinadas pela Lei 12.850/2013, em que se destacam as características fundamentais: i) associação de 3 ou mais pessoas; ii) deve ser estável ou permanente; iii) deve ter como finalidade a prática de crimes (quantidade indeterminada de crimes).

Posto tais considerações técnicas, o crime organizado pode ser considerado como gênero criminológico do qual se configura, para fins jurídico-penais, sob as espécies de “organização criminosa” e “associação criminosa”.

Por conseguinte, analisando a essência do crime organizado, Nestor Sampaio Penteado Filho (2012) o subdivide em duas categorias com reflexos fundamentais aos estudos criminológicos: a) o crime organizado do tipo mafioso¹⁹: com atuação pautada no uso da violência e intimidação, cuja composição abrange desde figuras executoras até agentes do Estado – “*com estrutura hierarquizada, divisão de tarefas e planejamento de lucros, contando com clientela e impondo a lei do silêncio*” (PENTEADO FILHO, 2012, p.87); e b)

Pena – reclusão, de 3 a 8 anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

[...]

¹⁷ Art. 1º, §1º. Considera-se organização criminosa a associação de 4 ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos, ou que sejam de caráter transnacional.

¹⁸ Art. 288. Associarem-se 3 ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 a 3 anos.

[...]

¹⁹ O autor cita como exemplo: Cosa Nostra, Camorra, Ndrangheta e Stida (Itália); Yakuza (Japão); Triade (China); Cartel de Cali (Colômbia) (PENTEADO FILHO, 2012,p.87)

o crime organizado do tipo empresarial²⁰: de atuação não violenta e que se utiliza de uma estrutura empresarial que visa o lucro econômico, buscando agir sempre no anonimato.

Contudo, com a devida vênia, a experiência cotidiana acerca do crime organizado, sobretudo no tange às práticas de crime de colarinho branco, se afastam da distinção acima proposta, de modo que uma análise criminológica mais concreta tende a identificar uma incidência de traços recorrentes do crime organizado atuando em ambas as conotações, culminando em um comportamento organizacional “híbrido”. Essa circunstância, no entanto, já era evidenciada no trabalho precursor de Sutherland, ao estudar o comportamento criminoso de companhias do setor de aparelhos elétricos em violações da Lei Antitruste nos Estados Unidos, assim explica Shecaira (2008, p.200):

Ele observou [Sutherland], ainda, que, quando os representantes dessas corporações queriam se encontrar para suas decisões, procuravam sempre hotéis de província e usavam um jargão específico que não pudesse ser identificado por aqueles que não pertencessem àquela esfera de produção. Assim, em vez de falarem em lista de preços utilizavam expressões como “lista de natal”. Utilizavam-se de telefones públicos, registravam-se em hotéis não indicando as companhias por eles representadas etc. Sutherland considerou todas essas atitudes como similares às dos chamados criminosos convencionais, ainda que não tivessem todas aquelas características.

De fato, não só elementos empíricos extraídos do cenário corporativo norte-americano, mas também as recentes investidas do crime organizado de colarinho branco na atualidade brasileira, amplamente noticiadas, corroboram para a ideia de que há um intercâmbio cultural entre os dois tipos de crime organizado de forma que os traços de cada uma se confundem em uma mesma organização: conquanto a composição sociológica possa indicar elementos oriundos da classe empresarial e política – melhor dizendo: do setor público em geral –, percebe-se uma subestrutura similar àquelas de criminosos convencionais, com gírias, posturas, estratégias e influência intimidatória durante o curso das práticas ilícitas.

²⁰ Destaca o autor como figuras componentes: empresários, comerciantes, políticos, hackers, etc. (PENTEADO FILHO, 2012, p.88)

2.3.8. Abordagens Contemporâneas Acerca do Crime de Colarinho Branco: *Offender-based approach* e *offense-based approach*

A concepção de crime de colarinho branco desenvolvida por Sutherland e reproduzida por determinadas vertentes de seus seguidores considera, em linhas gerais, como aquele “*cometido no âmbito de sua profissão por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social*” (SHECAIRA, 2008, p.200) – concepção a qual a doutrina criminológica internacional denomina de *offender-based approach*, isto é, “abordagem baseada no delinquente” que, em síntese, leva em consideração os atributos relacionados à pessoa do criminoso:

Sutherland's definition is the most well-known and influential example of what has been called the *offender-based* approach to defining white-collar crime. Offender-based definitions emphasize as an essential characteristic of white-collar crime the high social status, power, and respectability of the actor (BENSON; SIMPSON, 2009, p.9)

Entretanto, estudos criminológicos contemporâneos, mormente da seara internacional, tendem a apresentar algumas reflexões críticas acerca da eficácia dessa abordagem “clássica” do crime de colarinho branco em compreender de forma adequada esse fenômeno. Um dos principais tópicos em discussão refere-se aos elementos que tradicionalmente compõem o conceito em tela, o qual sofre críticas por conter um aspecto superficial de atribuição à característica do sujeito que, em outras, palavras sugere uma espécie de *argumentum ad hominem*. Consoante apontamento de Gilbert Geis (2011, p.6), Sutherland, particularmente no início de seus estudos, se preocupou muito mais com a descrição e análise dos casos, a fim de teorizar os postulados da conduta dos crimes de colarinho branco, do que com a própria definição teórica do objeto, a qual assume um caráter secundário em sua obra:

Illustrating his relative indifference to definitional nicety, Sutherland buried the characterization of his subject matter in a footnote in which he wrote that “white

collar is used here to refer principally to business managers and executives”²¹ (GEIS, 2011, p.6).

Após décadas de desenvolvimento do seu trabalho, Sutherland, já em 1949, reconsiderou a importância de definir a expressão em comento, de maneira que tratou do tema em um artigo para o *Encyclopedia of Criminology* (Branham and Kutash, 1949 Apud BENSON, 2009, p.6):

In the Encyclopedia article, he wrote “the white collar criminal is defined as a person with high socio-economic status who violates the laws designed to regulate his occupational activities.” Sutherland continued that the “white collar criminal should be differentiated, on the one hand, from the person of lower socio-economic status who violates the regular penal code or the special trade regulations which apply to him; and, on the other hand, from the person of high socio-economic status who violates the regular penal code in ways not connected with his occupation”²².

Desde então, convencionou-se a aplicar a definição de crime de colarinho branco a partir dos cinco aspectos ressaltados por Sutherland (vide item 2.2.6.), pois o criminólogo havia por propósito delimitar o foco dessa prática aos grupos de elite empresarial que perpetravam crimes econômicos. Nesse sentido, foram especialmente considerados os aspectos da respeitabilidade e do elevado estatuto social (vide item 2.2.6. subitens II e III) como vetores essenciais à identificação dos agentes criminosos.

Ocorre que, no entanto, quando se pretende aplicar o conceito às circunstâncias factuais, vislumbram-se certas dificuldades de ordem axiológica, de modo que haverá distinções nem sempre aceitáveis no que se refere à possibilidade de qualificar ou não a uma determinada conduta criminosa à locução adjetiva “de colarinho branco”. Com efeito, a importância de se discutir a delimitação do universo de condutas e sujeitos ao tipo

²¹NT: Ilustrando sua relativa indiferença quanto à definição, Sutherland enterrou a caracterização de seu assunto em uma nota de rodapé, em que escreveu que “o colarinho branco é usado aqui para referir-se principalmente a gestores e executivos”.

²² NT: No artigo da Enciclopédia, ele escreve: “o criminoso de colarinho branco é definido como uma pessoa de elevado estatuto social que viola as leis destinadas a regular suas atividades profissionais”. Sutherland prossegue: “o criminoso de colarinho branco deve ser distinguido, por um lado, das pessoas de baixo estatuto social que infringem o código penal comum ou regulamentos comerciais específicas a elas aplicadas; e, por outro lado, das pessoas de elevado estatuto social que infringem o código penal comum de maneira não conexa com sua profissão”.

definido como “crime de colarinho branco” determinará a abordagem valorativa de sua conduta para verificar o seu grau de reprovabilidade no âmbito da responsabilidade penal.

Gilbert Geis, na introdução de sua obra *White-collar and corporate crime: A documentary and reference guide* (2011, p.1), traz um caso emblemático para se iniciar uma análise acerca desse tópico:

It is evident that a bank president who sells his large holding of stock in his company when he learns that it is going to take a severe financial hit during the following month — a matter not yet known to the public — is committing the white-collar crime of insider trading²³. But how about the elevator operator who overhears two indiscreet executives discussing an impending financial takeover and not only immediately buys shares in those companies but also tells a millionaire who subsequently rides the elevator about the forthcoming merger? Should the elevator operator be considered a white-collar criminal? How about the millionaire who invests heavily on the basis of this tip?²⁴

Nota-se, a partir dessa situação hipotética, que a classificação de um ilícito como de colarinho branco reclama um posicionamento muito mais ponderado da conduta do que uma impensada imputação *ad hominem*. No caso, apresentam-se três sujeitos distintos praticando condutas que emergem de um mesmo fato: um presidente de banco, um ascensorista e um rico investidor que eventualmente circula nesse ambiente. Cada qual exerce um papel ante a informação privilegiada sob diferentes aspectos, demandando uma análise de cunho fático-axiológica sobre o impacto dos comportamentos exercidos. Percebe-se, de plano, que há uma valoração acerca do grau de relação dos sujeitos com a informação (objeto material do crime), de modo que a reprovabilidade se dá também por esta via. Contudo, ressalvados os preceitos decorrentes do princípio da individualização da pena, os quais distribuem a reprimenda segundo a relevância causal e jurídica de sua

²³O delito de *insider trading*, no direito brasileiro, corresponde ao tipo penal do **crime de uso indevido de informação privilegiada**, art. 27-D da Lei n. 6.385/76, incluído pela lei n. 10.303/01.

²⁴ NT: “É evidente que um presidente de banco que vende uma grande quantidade de ações de sua empresa quando descobre que vai levar um grave golpe financeiro no decorrer do próximo mês – um dado ainda desconhecido pelo público – está cometendo o crime de colarinho branco de negociação com informações privilegiadas. Mas que tal um ascensorista que ouve dois executivos indiscretos discutindo uma iminente aquisição financeira e não apenas compra imediatamente ações nessas companhias, mas também diz a um milionário que posteriormente ingressa no elevador sobre a próxima fusão? O ascensorista deve ser considerado um criminoso de colarinho branco? Como fica o milionário que investe pesadamente com base nesta dica?”.

conduta²⁵, os respectivos comportamentos devem reunir elementos indicativos de fatores cujo denominador comum os faz categorizá-los adequadamente na mesma perspectiva do “crime de colarinho branco”. Em termos gerais, segundo depreende-se da conceituação oferecida por Albert Reiss e Albert Biderman (GEIS, 2011, p.7):

- I) Trata-se de uma violação da lei, ou de um conjunto de leis, relacionada ao exercício do sujeito ativo em uma posição de significativo poder, influência ou confiança;
- II) A violação deve ocorrer dentro e valendo-se de uma “*ordem institucional político-econômica legítima*” (GEIS, 2011, p.7);
- III) A conduta deve visar um ganho indevido ou praticar um ato ilegal para proveito pessoal ou organizacional.

Em relação à violação da lei atinente ao exercício da posição do agente (I), podemos considerar tanto as leis que disciplinam a conduta profissional da pessoa (sujeito), como também as leis que regulam a matéria (objeto) a qual o agente tem o domínio em sua atividade. Ainda, o agir do sujeito está intimamente ligado à dinâmica do setor em que atua (II), isto é, a prática criminosa se dá dentro da própria estrutura legal a qual o agente, por sua posição, tem acesso ou conhecimento de seu funcionamento, cuja aparência de legalidade lhe confere a camuflagem necessária para o êxito criminoso. Por fim, (III) a perversão da ordem político-econômica deve visar um ganho pessoal do próprio sujeito ativo, de outrem, ou mesmo de uma organização interessada (partido político, associações, sindicatos, sociedades empresariais, etc.).

Na esteira dos dados conclusivos de Sutherland, Reiss e Biderman (GEIS, 2011, p.7) apresentam uma síntese de três ideias necessárias à compreensão do fenômeno da criminalidade de colarinho branco. Embora sua conotação se apresente mais “pragmática” em relação à concepção clássica, ao estabelecer o parâmetro do “exercício de uma posição de significativo poder, influência ou confiança”, abre-se a possibilidade de se discutir a implicação de se atribuir o caráter da “significância” desses elementos, uma vez que sua avaliação acarreta um dado incerto do “*quantum* necessário” para se considerar como significativa uma conduta dessa espécie (GEIS, 2011, p.7). Em outras palavras, o referido parâmetro é o equivalente prático dos aspectos da “respeitabilidade” e do “elevado estatuto social”, aludidos por Sutherland. Como se verá mais adiante, tais figuras

²⁵Código Penal, Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

ocasionam dificuldades no enquadramento de determinadas condutas nesta categoria de crimes, o que para alguns autores torna-se imprescindível uma nova abordagem em proveito de uma diferenciação axiologicamente satisfatória entre crime de colarinho branco e os demais crimes comuns.

Em que se pese a perspectiva de Reiss e Biderman reproduzir a de Sutherland quanto aos vetores exclusivistas, confinando ao conceito de crime de colarinho branco apenas os sujeitos respeitáveis e de alto *status*, ambos os autores, cada qual em sua ótica compositiva da expressão, convergem no sentido a nos levar a compreender o fenômeno do crime de colarinho branco sob uma dupla dimensão de implicações interdependentes: uma relação subjetivo-objetivo que pode traduzida como uma percepção de que um delito, para ser categorizado como “de colarinho branco”, requer a conjugação de fatores relacionados cumulativamente à pessoa e ao meio no qual está inserida, de maneira que há uma reciprocidade de estímulos que viabilizam a prática deste tipo de crime.

A partir das três ideias constitutivas do crime de colarinho branco sintetizadas por Reiss e Biderman (GEIS, 2011, p.7), bem como os antecedentes fundamentais concebidos por Sutherland, é possível extrair a ideia nuclear de que a prática criminosa é resultado de uma predominância intelectual do sujeito em relação às potenciais vítimas, seja um sujeito passivo determinado ou mesmo a coletividade. Em outras palavras, os criminosos de colarinho branco praticam delitos em razão de possuir certo domínio intelectual da *práxis* necessária à perpetração da ação ilícita ou mesmo ao êxito do seu resultado. Trata-se, portanto, o “domínio do conhecimento” compreendido filosoficamente – por empréstimo aristotélico – como “causa material”²⁶ do crime de colarinho branco, isto é, entende-se como elemento ontológico do crime que lhe confere sua essência. A intelectualidade *sui generis* do agente produz a esquematização racional do *iter criminis*, conferindo certo potencial de conhecimento intuitivo quanto a sua concretização. Logo, podemos

²⁶Em síntese, a teoria das quatro causas de Aristóteles explana que um determinado objeto pode ser analisado, quanto a sua existência, em razão de suas causas de quatro maneiras diferentes: **a) causa material** – é a causa interna de que constitui aquilo de *que* o objeto é feito (Ex. a madeira é a causa da cadeira, o mármore é a causa da escultura ‘*Pietà*’ de Michelangelo, etc.); **b) causa formal** – é a causa que determina a *forma* pela qual se define ou se apresenta o objeto (Ex. os quatro pés de sustentação e a espalda são a forma pela qual se apresenta a cadeira; a figura humana feminina de Maria tendo aos braços a figura masculina moribunda de Jesus é a forma pela qual se apresenta ‘*Pietà*’, etc); **c) causa eficiente** – é a causa que origina (princípio primeiro) a mudança ou repouso do objeto, de maneira que o que *faz* mudar é causa daquilo que é mudado (Ex. o carpinteiro é a causa que promove a mudança da madeira para o estado de ‘cadeira’; o artista Michelangelo é a causa eficiente que transforma uma pedra de mármore na escultura ‘*Pietà*’); e **d) causa final** – é o *fim* do objeto, aquilo para o qual algo é (Ex. sentar-se é o fim para o qual a cadeira ‘é’ (existe); a expressão estética e religiosa é o fim para o qual a escultura ‘*Pietà*’ existe).

compreender o criminoso de colarinho branco tal como aquele que se distingue dos demais por sua capacidade de compreender e arquitetar, a partir de seu conhecimento particular na estrutura da ordem político-econômica, o esquema lógico que irá percorrer, elegendo os instrumentos, mecanismos e os percursos apropriados com a finalidade de obter a vantagem ilícita.

Essa relação sujeito-meio – ou subjetivo-objetivo – torna-se ainda mais clara quando examinada analiticamente. Na esfera objetiva, o meio ambiente em que se desenvolve o crime de colarinho branco é especialmente particular: a conduta se dá dentro de um sistema político-econômico formal, seja no âmbito privado, público ou na intersecção de ambos; assim, a prática delituosa do colarinho branco surge desde a estrutura interna das sociedades empresariais, nas relações de mercado, perpassando pelo sistema financeiro (instituições bancárias e similares) e atingindo a estrutura política e econômica do Estado (Administração Pública). Deste meio, formam-se os “agentes intelectualizados”, isto é, conhecedores das normas e princípios (oficiais e extraoficiais) regentes de sua área e que atuam para a consecução dos objetivos finais dos sistemas os quais estão inseridos.

Em contrapartida, no plano subjetivo, a figura do sujeito ativo do crime de colarinho branco relaciona-se com posições estratégicas correspondentes ao ambiente em que operam sub-repticiamente os elementos materiais e imateriais disponíveis para concretizar seus objetivos delitivos. Assim, não necessariamente o agente cujo cargo de mando ou direção – ou relativamente elevado dentro de uma estrutura político-econômica – será exclusivamente considerado criminoso de colarinho branco (embora seja a mais usual denotação), mas, sim, inclusive, aquele que, por sua posição estratégica nesse ambiente, tenha poder e conhecimento suficiente para compreender e/ou operar dentro desse sistema visando um proveito indevido, seja para si ou para outrem. Nesse sentido, a importância em observar a relação sujeito-meio para uma compreensão do crime de colarinho branco também é consignado já em Sutherland, como assim denotam Michael L. Benson e Sally S. Simpson (2009, p.6):

Sutherland's approach, however, tells us that only certain types of people can commit white-collar crimes, those with "respectability and high social status." It also specifies that the act must arise out of the course of the actor's occupation. For

Sutherland, both the status of the actor and the occupational location of the act determine whether an illegality is a white-collar crime.²⁷

Apesar de identificar a importante correlação entre o sujeito e o meio para atribuir à conduta em tela, Sutherland, a princípio, seguido por Reiss e Biderman, incorporam as conotações de respeitabilidade e elevado estatuto social, cujos valores dependem de uma percepção sobre a imagem que se tem do sujeito ativo deduzido a partir de um ponto de vista estratificado socialmente, que, se levado ao extremo, acaba por fomentar uma ideologia de classes improdutiva aos preceitos necessários à conceituação dessa expressão criminológica.

Retomando o exemplo do crime de uso indevido de informação privilegiada, diante da perspectiva clássica do crime de colarinho branco, infere-se que não é necessariamente o tipo penal por si só que definirá se o crime é categorizado como de colarinho branco: o exemplo inicial, embora o ascensorista em tese tenha praticado o crime previsto no Art. 27-D da lei 6.385/76 contra o mercado de capitais²⁸, crime notoriamente de natureza econômica, não se vislumbra no sujeito o perfil do criminoso de colarinho branco, por faltar-lhe uma posição ou função privilegiada dentro da instituição que lhe permitisse eventualmente fazer uso desta para extrair uma vantagem indevida – sua conduta, embora típica, decorre de uma relação accidental para com o objeto material do crime, pois faltaria neste caso os aspectos essenciais da “respeitabilidade” e do “elevado estatuto social” desse sujeito ativo. Por outro lado, o mesmo enquadramento típico em face do presidente de banco ou de um especulador que obtém a informação privilegiada se torna muito mais relevante à classificação como crime de colarinho branco, de maneira que se vislumbram perfeitamente os requisitos ausentes na hipótese do ascensorista.

Além do mais, é incontroverso que tanto o presidente do banco como o especulador estão em posição altamente estratégica dentro do ambiente econômico, cuja sistematização lhes são de pleno domínio, de modo que podem se utilizar diretamente de ferramentas inerentes ao meio e cultura os quais estão ínsitos para o cometimento de delito.

²⁷NT: A abordagem de Sutherland, entretanto, explica que somente certos tipos de pessoas podem cometer os crimes de colarinho branco, aqueles com “respeitabilidade e elevado estatuto social”, além de especificar que o ato deve surgir no percurso da profissão do autor.

²⁸Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Essa diferenciação no tratamento criminológico entre figuras de elevado estatuto social, seja no âmbito empresarial (executivos de alto escalão e dirigentes) como no governamental (agentes públicos em posição de comando ou influência decisiva), em relação aos demais colaboradores que compõem o quadro funcional de uma ou outra entidade, corresponde diretamente à definição proposta por Sutherland: “*Similar offenses may be committed by corporate executives and by employees at the bottom of the corporate hierarchy, but only the former meet Sutherland’s definition of white-collar crime*”²⁹. (BENSON; SIMPSON, 2009, p.7).

Por outro lado, Benson e Simpson (2009) discordam dos parâmetros fundados nesses dois requisitos – respeitabilidade e no elevado estatuto social –, já que por esse viés se estaria deixando de abarcar sujeitos que, embora exerçam função estratégica para o cometimento de um delito precipuamente considerado “de colarinho branco”, não possuiriam em seu perfil criminológico os elementos supraditos, considerados essenciais para *offender-based approach*. A fim de ilustrar a discrepância de tratamento proporcionada por essa concepção, os autores observam (BENSON; SIMPSON, 2009, p.7-8):

Suppose, for example, that a top corporate executive participates in a meeting about his company and learns about a development that will drive the value of the company’s stock way up in the next few weeks. Hoping to take advantage of this inside information, the executive buys a large share of the company’s stock while it is still cheap. Suppose also that a low-level typist who transcribes the minutes from the meeting notices the same information and she also decides to buy company stock just as the executive did. Both the executive and the typist have committed what is called *insider trading*, and it is illegal. In Sutherland’s eyes, the executive is clearly a white-collar criminal, but what would he do with the typist? Along with other white-collar crime scholars, we believe it does not make sense to focus only on the corporate executive and to ignore the typist³⁰.

²⁹NT: Infrações similares podem ser cometidas por executivos corporativos e por funcionários na parte inferior da hierarquia corporativa, mas somente os primeiros se enquadram na definição de crime de colarinho branco de Sutherland.

³⁰NT: Suponha-se, por exemplo, que altos executivos corporativos participem de uma reunião sobre sua empresa e tome conhecimento sobre um “desenvolvimento” que implicará o “valor de estoque” da empresa nas próximas semanas. Esperando tirar proveito desta informação privilegiada, o executivo compra uma grande parcela das ações da empresa enquanto ainda está em seu valor baixo. Suponha-se também que uma secretária de baixo nível encarregada de transcrever a minuta da reunião toma conhecimento da mesma informação e ela também decida comprar ações da empresa, assim como fez o executivo. Tanto o executivo como a secretária praticaram o chamado *insider trading* [LPBR: uso indevido de informação privilegiada], sendo uma prática ilegal. Aos olhos de Sutherland, o executivo é evidentemente um criminoso de colarinho branco, mas qual sua postura em relação à secretária? Juntamente com outros estudiosos do crime de colarinho branco, acreditamos que não faz sentido se concentrar apenas no executivo corporativo e ignorar a secretária.

A partir dessas questões críticas a respeito do eixo doutrinário centrado no criminoso, vem se formando nas últimas décadas do Século XX e início do Século XXI uma linha vertente criminológica que procura deslocar o núcleo da definição de crime de colarinho branco da figura do criminoso para a conduta criminosa: trata-se de uma perspectiva denominada *offense-based approach*, isto é, “abordagem baseada no delito”.

Tal como se verificam nesse último exemplo, os componentes de alto escalão dessa reunião corporativa, ao fazer uso das informações e conhecimentos provenientes de sua função profissional para prática de atos ilícitos, configuraria seguramente o caráter de crime de colarinho branco de acordo com a perspectiva clássica de Sutherland e da *offender-based approach*. No entanto, questiona-se: o funcionário de confiança – o secretário encarregado de acompanhar as discussões corporativas e registrar as atas pertinentes – ao ter acesso a essas informações relevantes estaria apto a ser considerado um criminoso de colarinho branco caso utilizar ou colaborar para o seu uso indevido?

Desse impasse, a *offender-based approach* resolve por excluir essa figura da categorização por colarinho branco, justificado pela ausência dos atributos do elevado estatuto social e da respeitabilidade que lhes são essenciais; por outro lado, a *offense-based approach* conclui por considerar a prática da conduta como foco prioritário para extrair os elementos definidores do crime de colarinho branco; assim, tem-se que um funcionário ainda que hierarquicamente inferior às figuras de comando (tal como o secretário encarregado de redigir a ata de reunião, exemplificado acima) que seja capaz de compreender os aspectos intelectuais e operacionais, com o propósito de colaborar ou diretamente praticar um ato ilícito, estará apto a compor o rol dos criminosos de colarinho branco tal como os altos executivos e dirigentes corporativos e governamentais.

Na esteira da *offense-based approach*, por volta de 1970 Herbert Edelhertz, um oficial da *U.S. Department of Justice*, propôs a definição de crime de colarinho branco que projetou essa abordagem no âmbito dos estudos criminológicos contemporâneos (BENSON; SIMPSON, 2009, p.10), segundo o qual é definido como “*an illegal act or series of illegal acts committed by non-physical means and by concealment or guile to obtain money or property, to avoid the payment or loss of money or property, or to obtain business or personal advantage*”³¹. A definição de Edelhertz evidencia um conteúdo voltado para a

³¹NT: Um ato ilegal ou uma série de atos ilegais cometidos por meios não físicos e por ocultação ou astúcia para obter bens ou valores; para evitar o pagamento ou a perda de bens e valores; ou para obter uma vantagem pessoal ou comercial.

substância da conduta criminosa, que por essa ótica deve ser analisada sob dois desdobramentos: a) os meios de execução e b) o propósito almejado. Com efeito, vislumbrar-se-ia nos meios de execução o grau de domínio e envolvimento intelectual e operacional do agente para a prática criminosa, enquanto que o propósito almejado determina sua consciência e sua vontade ao optar por praticar ou colaborar para a prática de um ato ilícito.

Ainda, com base em sua definição, Edelhertz (1970, p.19-20 Apud BENSON; SIMPSON, 2009, p.10) identifica quatro tipos básicos de crime de colarinho branco, de modo que é importante a fidedigna transcrição:

1. Personal Crimes: Crimes by persons operating on an individual, *ad hoc* basis, for personal gain in a nonbusiness context. For example, individual income tax violations and credit card frauds.
2. Abuses of Trust: Crimes in the course of their occupations by those operating inside businesses, Government, or other establishments, or in a professional capacity, in violation of their duty of loyalty and fidelity to employer or client. For example, embezzlement, commercial bribery, and kickbacks.
3. Business Crimes: Crimes incidental to and in furtherance of business operations, but not the central purpose of such business operations. For example, antitrust violations and food and drug violations.
4. Con Games: White-collar crime as a business, or as the central activity of the business. For example, advance fee swindles and home improvement schemes.³²

Percebe-se que Edelhertz distingue as condutas de acordo com os meios (ou formas) e os propósitos das práticas criminosas, não evidenciando qualquer discriminação dos sujeitos ativos em razão de serem dotados ou não de elevado estatuto social e respeitabilidade. Com efeito, coautores e partícipes de uma atividade ilícita serão igualmente compreendidos na definição do crime de colarinho branco na medida em que exercem um papel decisivo ou contributivo para sua realização.

³² 1. Crimes pessoais: Crimes praticados por pessoas que operam individualmente, de forma *ad hoc*, para ganhos pessoais em um contexto não empresarial. Por exemplo, violações individuais de imposto de renda e fraudes de cartão de crédito. 2. Abusos de confiança: crimes praticados no transcorrer de suas ocupações por aqueles que operam dentro das empresas, órgãos estatais ou outras entidades, ou no âmbito de sua capacidade profissional, em violação de seus deveres de lealdade ou fidelidade para com empregadores ou clientes. Por exemplo, desfalques, subornos e propinas. 3. Crimes empresariais: crimes incidentais praticados no âmbito ou em prol das transações comerciais, porém não constituindo o objetivo central das mesmas. Por exemplo, infrações antitrustes e infrações sanitárias. 4. Esquemas clandestinos: Trata-se do crime de colarinho branco como atividade comercial ou atividade central de um negócio. Por exemplo, formas avançadas de estelionatos e fraudes na construção e reparação de imóveis.

É importante consignar que existem outras linhas de pensamento doutrinário que ultrapassam a abertura conceitual oferecida pela *offense-based approach* no que se refere à definição do crime de colarinho. Pode-se citar como exemplo a concepção de Susan Shapiro (1990 Apud BENSON; SIMPSON, 2009, p.10) em que se baseia tão somente na ideia de que os crimes de colarinho branco são aqueles praticados na forma de abuso ou violação de confiança, da maneira que a intenção da referida autora é buscar uma definição que transcenda qualquer tipo de “aprisionamento estrutural” do conceito.

2.4. CRIME DE COLARINHO BRANCO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE A SITUAÇÃO BRASILEIRA

2.4.1. Introdução

Diante das contingências que circunscrevem a realidade brasileira contemporânea, os tópicos abordados nesta primeira parte do trabalho tiveram por efeito elucidar alguns elementos considerados como “peças-chave” para uma reflexão sobre a recente crise político-econômico-cultural: buscou-se nos itens anteriores, na medida do possível, examinar o direito penal, a administração pública e o crime de colarinho branco, cada qual dentro de seu contexto do saber humano, para que se possa neste tópico tecer considerações dialógicas entre esses elementos com o escopo de fornecer o cenário contextual necessário para se avaliar a introdução da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4.2. A Confluência Indistinta entre Estado e Setor Privado

A princípio, constatou-se que a dinâmica da criminalidade de modo geral tende a se aperfeiçoar com o desenvolvimento das tecnologias e da economia, de maneira que na esteira do crescimento da sociedade por meio desses fatores, a criminalidade tende acompanhar nos aspectos quantitativos e qualitativos – ou seja: à medida que a sociedade se expande e se modifica, os crimes se multiplicam em incidência e evoluem em técnica. Nesse aspecto, demonstrou-se também que tal percepção não é nova nos

estudos jurídicos, de modo que a última reforma da Parte Geral do CP já trazia em sua exposição de motivos os argumentos que prenunciaram esse cenário.

Nesse mesmo caminho, durante o período do século XX, especialmente profícuo em aperfeiçoamento tecnológico e crescimento econômico, verificaram-se importantes transformações nos aparelhos do Estado, motivadas principalmente pelo ideal político do Estado do bem-estar social, que determinou em grande parte a própria dinâmica da expansão estatal em resposta à política intervencionista, principalmente no setor econômico. Em uma perspectiva histórica, constatou-se que a estrutura administrativa pública esteve em descompasso com seu próprio ritmo de expansão, bem como nas relações com o setor privado, não obstante os esforços políticos em aperfeiçoar a máquina estatal por meio de programas de reforma administrativa, em especial aqueles que determinaram o processo de descentralização, fomentando a criação de entidades que compõem a chamada “administração indireta”.

Se em sua trajetória a administração pública brasileira fora inicialmente considerada patrimonialista, ao longo de décadas e de esforços republicanos, passa ela pela sistematização burocrática e, por fim, inaugurando, por fim, ainda que de forma tímida, o modelo gerencial, o qual procura estabelecer diretrizes e orientar o processo administrativo em razão dos resultados. Entretanto, o que se percebe na realidade é muito menos um fenômeno substitutivo de um paradigma por outro e mais de uma sobreposição de modelos que ainda guardam seus respectivos traços originários dentro de uma relação altamente conveniente, o que gera uma estrutura administrativa verdadeiramente teratológica:

A nossa realidade administrativa tem se caracterizado, independente da intencionalidade das reformas e de seus eventuais êxitos e fracassos, pela convivência de modelos de administração incompletos, inconsistentes e superpostos. [...] o país sempre conviveu com segmentos dispersos de uma burocracia weberiana em vários níveis da administração, interpenetrada e convivendo com um alto teor de patrimonialismo burocrático, nunca de fato completamente extirpado da administração pública (LIMA JUNIOR, 1998, p.27-28).

A palavra-chave que melhor reflete o *status quo* predominante na administração pública brasileira é, de fato, “patrimonialismo burocrático”: tal anomalia estatal, segundo explica Lima Junior (1998, p.22), se compreende pelo chamado “argumento da *realpolitik*”, para o qual “[...] estruturas organizacionais tais como existem, refletem conflitos de interesses preexistentes, e as formas organizacionais consolidam interesses vitoriosos”, portanto “[...] decorre daí a necessidade de mudá-las para que se possa alterar o equilíbrio de poder”. É nítida que na situação atual a preservação dos padrões patrimonialistas e burocráticos, alimentados pelo próprio modelo gerencial, é uma homenagem ao *realpolitik* em sua acepção original, isto é, uma política fundada por uma orientação exclusivamente pragmática, para o qual as figuras políticas tendem a usufruir os traços que lhes são mais favoráveis de cada modelo de acordo com as vicissitudes provenientes das estratégias de poder.

O produto desse tipo de cultura política é a instrumentalização do aparato estatal para a consecução de atividades ilícitas, aproveitando-se os agentes dessa sub-organização imoral, caracterizada por elementos patrimonialista-burocráticos (sob uma roupagem gerencial), para assumir a feição de “Estado paralelo”. Em outras palavras: desses aparatos do Estado operacionalizados, surge o que se pode chamar de Estado “paralelo” – considerado uma sub-organização parasitária coexistente em menor ou semelhante grau que as instituições do Estado legítimo – e que, uma vez estabelecido oligarquicamente, consolida-se como um Estado “impostor” – circunstância em que a sub-organização parasitária se sobrepõe às instituições do Estado legítimo subjugando-as –, essência é organicamente direcionada à subversão do corpo de normas que deveriam reger tanto a dimensão pública como as relações privadas.

Esse fenômeno vai ao encontro de igual tendência no setor privado no que refere à violação de regras por parte da classe empresarial, tal como menciona Shecaira (2008, p.195), “o mundo dos negócios possui uma firme organização no sentido de permitir a infração das normas que o regem, enquanto a sociedade não está organizada para impedir tal violação”. Ademais, a respeito da configuração da “nova criminalidade” desse setor, para o qual o aperfeiçoamento tecnológico e ampliação econômica são seus principais vetores, escreve Sérgio Salomão Shecaira (2008, p. 211):

Surge aqui uma nova criminalidade: aquela destes centros agregadores de mão-de-obra – a empresa – e, com ela, seu estudo como categoria proposicional e normativa no seio do pensamento jurídico-penal. A máquina, produto da técnica, é um elemento potencializador dos perigos. A empresa, como pólo agregacional de interesses, passa ser, em algumas circunstâncias e dentro de determinados contextos, o centro da atenção da cena criminal. Nessa perspectiva, a empresa não é só a expressão de uma realidade social, como também se racionaliza por meio de um conceito manifesto de valor instrumental.

Assim, de um lado, o mundo dos negócios, de outro, o mundo político, tornam-se ambos os movimentos tendencialmente convergentes, na medida em que o viés intervencionista do Estado desperta fascínio de um grupo empresarial disposto a se sobrepor às normas estabelecidas, infringindo-as ou subvertendo-as, enquanto que em contrapartida o grupo político vislumbra no setor privado sujeitos inclinados a colaborar na realização de intentos obscuros, para o qual o uso conveniente da máquina pública (Estado paralelo ou impostor) em esquemas ilícitos se torna um negócio altamente rentável para ambas as partes. Esse movimento convergente, por seu turno, cria um espaço dimensional diverso daquilo que seria considerado tão somente “público” e “privado”: trata-se de uma região indistinta proporcionada pela intensa aproximação das relações de poder entre ambos os setores, o que viabiliza a abertura de canais “extraoficiais” de intercâmbio para os agentes, consolidando-a como uma zona de convergência de interesses não compreendida nem pela moralidade administrativa pública, nem pela boa-fé nas relações privadas. A ilustração a seguir representa essa tendência:

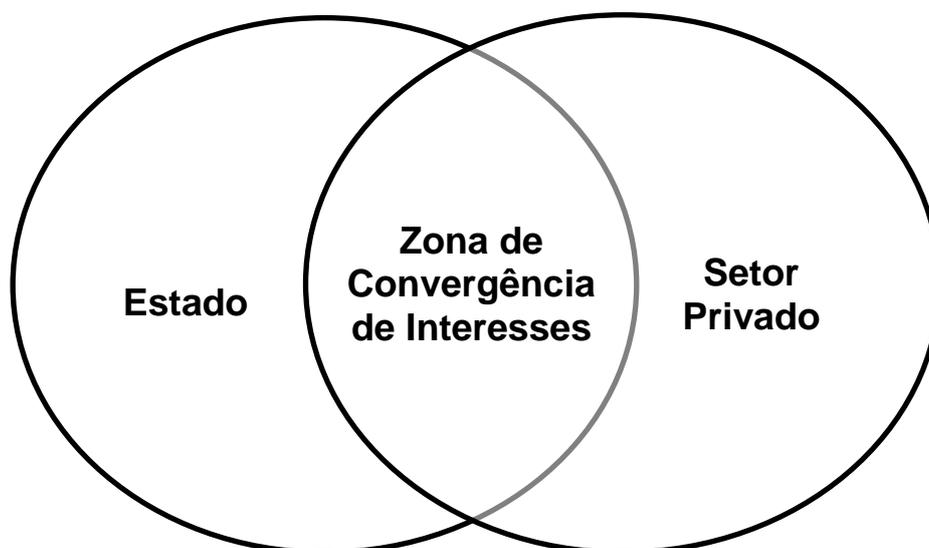


Figura 2: Zona de Convergência de Interesses

Conforme ilustrado por círculos secantes, a constituição de uma zona de convergência de interesses entre agentes públicos e a classe empresarial propicia um recinto oportuno para concretização de uma organização infra-estatal paralela para consecução de atividades ilícitas. Diante de tal conjuntura é possível inferir que a configuração desse aparato sub-reptício é um produto de um fenômeno parasitário que sobrevive simultaneamente em ambas as estruturas, estatal e empresarial (setor privado):

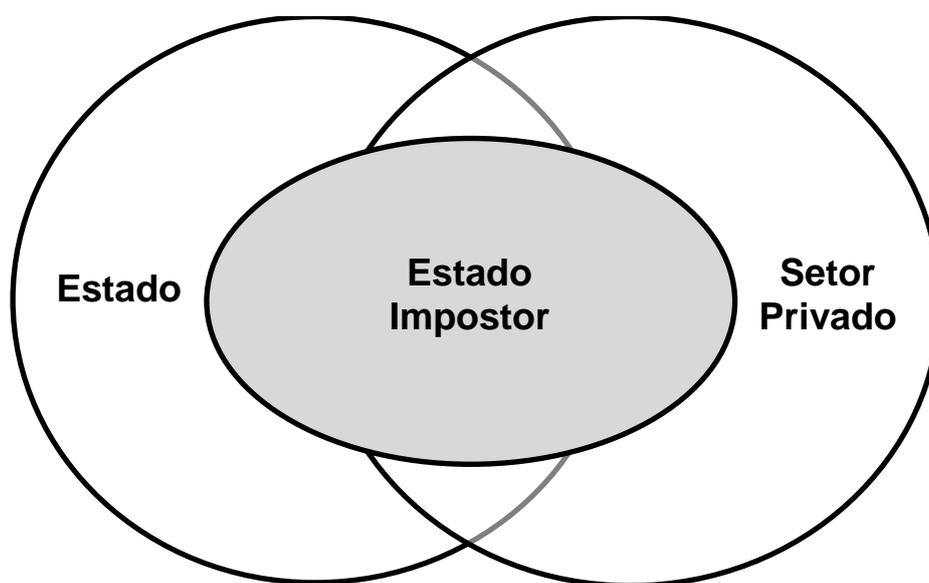


Figura 3: Estado Impostor

Em concordância com o que se verifica no gráfico acima, o núcleo vital desse “Estado impostor” depende precipuamente da zona de convergência de interesses entre o público e o privado para que a instrumentalização do aparato estatal ganhe sentido como elemento condutor para a prática de ilícitos. Ademais, a extensão dessa organização sub-reptícia abrange os instrumentos, recursos e canais de ambos os lados, de forma que dentro da própria estrutura organizacional de uma entidade estatal ou de uma sociedade empresária lícita poderá haver uma estrutura organizacional paralela camuflada voltada exclusivamente para atividades ilícitas.

Surge, então, a importância de distinguir os traços escusos desse arcabouço infiltrado nas estruturas legais, isolando elementos como hierarquia, divisão de tarefas, rede de contato,

compartimentação de informações, etc. provenientes dos esquemas ilícitos, em relação àqueles legítimos da rotina funcional das entidades, seja pública ou privada.

Verifica-se que a ideia de que a expansão intervencionista do Estado proporciona o terreno fértil para o desenvolvimento decisivo de atividades ilícitas na órbita empresarial, corroborando para a percepção de que os aspectos do desenvolvimento do crime na modernidade e o crescimento da máquina pública pela ideologia do *welfare state* se confundem com a própria origem da criminalidade de colarinho branco, uma vez que tais fenômenos encontram respaldo histórico nos eventos desencadeado no século XX no Brasil. As experiências históricas de crescimento econômico conjugado com crescimento estatal têm feições similares diante de um contexto de ampla globalização, cujos componentes aqui analisados – direito penal insuficientemente responsivo, crescimento da estrutura estatal e tendência de confusão de interesses do setor público e privado – tendem a se refletir em realidades históricas de países distintos na medida em que esse respectivo arcabouço também se repete. Vejamos a perspectiva argentina de María Victoria Huergo (2010, p.1):

El fenómeno de la globalización económica y de la integración regional ha impactado fuertemente sobre el derecho penal. El crecimiento de las estructuras empresariales –muchas veces superiores a los propios Estados - ha generado una problemática delictual propia, provocando grandes dificultades para llevar a cabo su imputación subjetiva derivadas de la división funcional del trabajo en la toma de decisiones y manejo del conocimiento. Similares dificultades se presentan con los delitos cometidos en estructuras burocráticas estatales o supranacionales³³.

2.4.3. A Relevância Contextual do Crime de Colarinho Branco para uma Reflexão sobre Instrumentos Punitivos

A criminologia dos delitos de colarinho branco, por seu turno, apresenta aspectos fundamentais para a compreensão desse fenômeno recorrente na situação brasileira, em

³³NT: O fenômeno da globalização econômica e da integração regional tem impactado fortemente sobre o direito penal. O crescimento das estruturas empresariais – muitas vezes superior a dos próprios Estados – tem gerado uma problemática delitiva própria, provocando grandes dificuldades em levar a cabo sua imputação subjetiva, em razão da divisão funcional do trabalho na tomada de decisões e manuseio do conhecimento. Dificuldades similares se apresentam com os crimes cometidos nas estruturas burocráticas estatais ou supranacionais.

que um quadro simbiótico entre aparato estatal e estrutura empresarial se torna um significativo vetor para atividades ilícitas.

Verificou-se, dentre as considerações sobre esse tema, que em razão de um óbice teórico na categorização de determinados sujeitos como criminosos de colarinho branco impulsionou a doutrina criminológica contemporânea a deslocar o polo de atenção do sujeito ativo para a conduta, de modo a priorizar os elementos perceptíveis relacionados à atividade ilícita do que propriamente à pessoa. Percebe-se, portanto, que para essa vertente, a finalidade maior em definir o crime de colarinho branco é identificar os elementos característicos do ato praticado, atribuindo-o a devida carga axiológica ao invés de negatizar os atributos exclusivamente pessoais, ainda que alguns aspectos dessa dimensão sejam úteis de serem levados em conta em circunstâncias penológicas. Tal postura coaduna-se com a própria ideia de relevância de um direito penal do fato em detrimento de um direito penal do autor.

Nesse seguimento, sendo os sujeitos ativos tanto os executivos de alto escalão quanto colaboradores hierarquicamente inferiores, tais como secretários, assessores, assistentes ou mesmo motoristas, todos podem igualmente contribuir para a realização de atividades ilícitas, intelectual ou operacionalmente, de modo a caracterizar-se como criminosos de colarinho branco. Contudo, ainda que a vertente da *offense-based approach* afaste os requisitos pessoais do “elevado estatuto social” e da “respeitabilidade” para a definição desse tipo de crime, outro aspecto considerado como de natureza pessoal pela abordagem clássica deve ser reinterpretado à luz dessa concepção baseada no delito, a saber: o “exercício da profissão”.

Se antes esse elemento estava relacionado diretamente ao sujeito ativo, como aquele que comete o crime de colarinho branco tão somente enquanto esteja pessoalmente ocupando um cargo profissional, na perspectiva baseada no crime tal aspecto deve ser também deslocado do sujeito para o meio, de maneira que o crime de colarinho branco deve estar correlacionado à atividade ilícita desenvolvida dentro de uma área profissional (médica, advocatícia, empresarial, administrativa pública, etc.) não sendo necessário que o sujeito ativo exerça algum tipo de ocupação. Portanto, por essa ótica, é possível abarcar como criminosos de colarinho branco figuras familiares, tais como cônjuges e filhos;

amigos íntimos ou mesmo agentes terceirizados, que não raras vezes funcionam como operadores ou “laranjas”³⁴.

Exaradas tais considerações, na esfera da persecução penal dos crimes de colarinho branco, ao determinar a extensão da atividade ilícita se deve ter em conta dois níveis de atuação: a intelectual e a operacional.

No nível intelectual, deverão os instrumentos punitivos buscar identificar, dentro da hierarquia e divisão de tarefas dessa estrutura criminosa – infiltrada nos aparatos estatais e corporativos –, aqueles que atuam ou colaboram na realização de funções de natureza administrativa: tais como prever (ou planejar), organizar, comandar, coordenar e controlar³⁵ as atividades ilícitas, ainda que em níveis hierárquicos distintos, cuja proporção na escala revela a extensão e o volume de funções de acordo com a posição exercida, tal como ilustra Idalberto Chiavenato (2000, p.116):

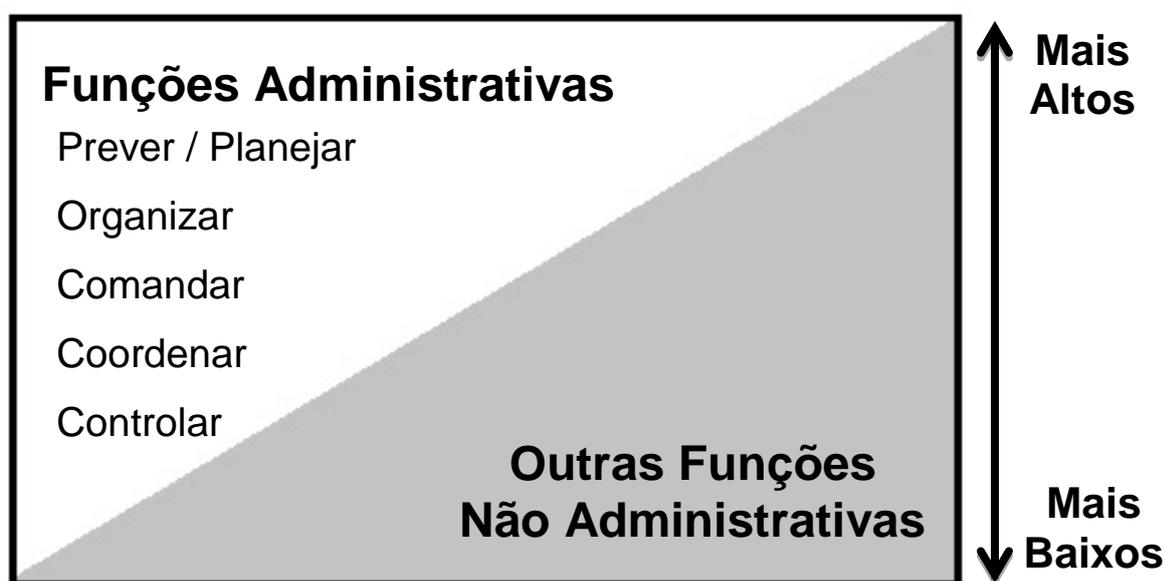


Figura 4: Escala de Funções Administrativas³⁶

³⁴ Também conhecido na linguagem popular como “testa de ferro”, é o indivíduo que, em atividades ilícitas, intermedeia ou empresta seu nome, documentos e/ou contas bancárias para ocultar a identidade do verdadeiro beneficiário.

³⁵ Dentro da chamada “Teoria Clássica” da Administração desenvolvida por Henry Fayol, essas funções são conhecidas como “POCCC” (CHIAVENATO, 2000, p.116).

³⁶ Adaptada de Idalberto Chiavenato (2000).

No nível operacional, por outro lado, a atuação repressiva deverá se pautar na identificação dos componentes que ensejam a execução das atividades de natureza funcional, colaborando para a materialização do resultado ilícito. Essas condutas muitas vezes são realizadas de forma segmentadas por diferentes sujeitos com intuito de dificultar a detecção tanto da fonte ou finalidade última do esquema ilícito, como também inviabilizar o rastreamento das evidências probatórias exigidas pelo direito penal para a devida responsabilização. Conseqüentemente, na esfera criminosa, é extremamente útil a estratégia de compartimentação de informações acerca da atividade ilícita, de modo que cada componente operacional receberá o mínimo de informações necessárias para realizar sua cota parte na operação ilícita, seja por atos comissivos ou omissivos.

Esse fenômeno é conhecido no mundo político-financeiro norte-americano como “*plausible deniability*”³⁷, compreendido literalmente como “*capacidade de negar envolvimento de forma plausível*” (FRANCO, 2012, p.21), cuja essência, semelhante à ideia de estado paralelo ou impostor, tem relação com as cadeias de comando estabelecidas de maneira “*deliberadamente informal, a fim de que a Autoridade máxima sempre pudesse negar de forma plausível que tivesse conhecimento de qualquer operação mais polêmica que de fato ordenou*” (FRANCO, 2012, p.21-22). Conforme se vislumbra no último gráfico, cabe frisar que os níveis intelectual e operacional nem sempre se realizam de modo isolado na estrutura paralela criminosa, de sorte que, na proporção em que se desloca verticalmente a posição do sujeito, percebe-se uma variação de intensidade na incidência do caráter intelectual ou operacional no empreendimento ilícito.

A extensa fragmentação do crime, portanto, vai muito além de uma sequência de atos de *iter criminis* comum, de maneira os paradigmas tradicionais do direito penal tornam-se engessados no que tange à efetivação do *jus puniendi*. Cabe registrar, ainda, que esse fracionamento do crime pode ser considerado uma verdadeira característica própria dos crimes de colarinho branco, embora não exclusiva, uma vez que os agentes atuam ilícitamente dentro de uma estrutura legítima – tal como o aparato estatal ou uma empresa – torna-se viável para esses agentes pulverizar a atividade ou o resultado ilícito em atos menores em diferentes cadeias de ação, enquanto que dificilmente se pode conceber um furto ou homicídio cometido de forma complexamente fracionado, embora

³⁷ NT: “Negação plausível”.

seja possível destacar como exceção desta classificação a rede organizada de tráfico de entorpecentes, em que existem as mesmas características de hierarquia e divisão de tarefas voltadas para o crime, o que não raro vem a configurar o tipo penal da organização criminosa.

Em síntese, inflige-se o seguinte cenário: na medida em que a intervenção estatal no âmbito do setor privado cresce, a inclinação para subversão dessas normas aos interesses daqueles que compõem o jogo do poder também se acentua. O ciclo se completa a partir do momento em que surgem os “criminosos de colarinho branco”, que se utilizam das estruturas estatais e empresariais, se aproveitando dessa aproximação público-privada para configurar um “Estado impostor” que funcionará para manobrar as normas em prol de um grupo limitado de beneficiários, motivados por vantagens ilícitas recíprocas.

Não por coincidência que, diante desse quadro de criminalidade altamente organizada, ganham cada vez mais espaços no direito penal contemporâneo instrumentos de *persecutio criminis* apropriados a essa realidade, os quais dois são notórios: a colaboração premiada e a teoria da cegueira deliberada, ambos institutos que são amplamente utilizados no contexto do combate ao crime de colarinho branco nos Estados Unidos e que tendem a ser recepcionados por sistemas jurídicos de diversos países.

Em relação à colaboração premiada, constata-se que seu surgimento tem como objetivo principal desestruturar a “*omertà*”³⁸ do crime organizado, inculcando um sentido de desconfiança entre os integrantes, visando atingir principalmente os componentes de alto escalão, em especial, aqueles que exercem função de comando e tomada de decisão da organização. Dentro dos níveis de atuação da atividade ilícita outrora analisada, o instituto tende a focar precipuamente no nível intelectual, ou seja, procura-se atingir os sujeitos ativos que planejam, organizam, comandam, coordenam ou controlam de algum modo a atividade ilícita, pois é a partir das informações obtidas aptas a identificar tais sujeitos que o desmantelamento da organização criminosa normalmente ocorre.

Se por um lado a colaboração premiada trata dos sujeitos que possuem conhecimento suficiente para cooperar com a justiça em prol de um benefício processual; por outro, a

³⁸Refere-se ao famoso “código de honra” da máfia napolitana que faz impor entre seus integrantes a “lei do silêncio”, voto que implica o dever de não relevar informações ou cooperar com autoridades policiais ou judiciárias.

teoria da cegueira deliberada procura atingir aqueles que, por abstenção intensional, não possuem conhecimento suficiente acerca da atividade ilícita, não obstante tenham exercido papel comissivo ou omissivo na consecução criminosa, de modo que essa prática cria entraves na responsabilização penal. Portanto, a teoria da cegueira deliberada tende a atingir o nível operacional da atividade ilícita, uma vez que lida normalmente com circunstâncias de execução, isto é, a prática de atos por criminosos de colarinho branco que colaboram com a materialização do resultado lesivo.

Logo, é sobre esse instituto da teoria da cegueira deliberada que o presente trabalho se debruçará nos capítulos seguintes, buscando compreender sua gênese histórica e teórica bem como sua receptividade no sistema jurídico brasileiro. Oportunamente, ao analisar a TCD por uma abordagem prática, a partir dos casos ilustres de aplicação na jurisprudência, alguns elementos suscitados no bojo deste capítulo serão retomados para de compreender a dimensão empírica e sua eficácia diante da situação brasileira.

3. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO ANGLO-AMERICANO E SEU CONTEXTO JURÍDICO

3.1. DO COMPORTAMENTO SOCIAL À TRANSCENDÊNCIA JURÍDICO-PENAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

No contexto das relações sociais, é comum depararmos com condutas as quais dentro dos parâmetros axiológicos são consideradas genérica e moralmente reprováveis. Tais comportamentos podem ora infringir regras de convivência que se atenuam por certo teor de tolerância em sua compreensão no trato diário – configurando um irrelevante penal –, *ii)* ora transcender a ordem social atingindo a esfera jurídica-penal, demandando uma resposta contundente e efetiva por parte do Estado. Em relação às duas possibilidades anteriores, podemos atribuir o sistema distintivo na forma de “nível”. Logo, ao primeiro nível de um comportamento, embora possam ter seu desvalor quando confrontado com a moralidade, tem seu impacto social diluído pelo fator variável da cultura, que pode em certa escala absorver a conduta conferindo a insígnia da aceitabilidade social, contanto que ela não ultrapasse os limites da ordem moral e pública.

Ainda, o mesmo comportamento pode atingir um segundo nível, momento em que sua violação rompe valores não cabíveis à esfera da aceitabilidade, o qual corresponde à infração de uma norma jurídica posta, de forma a afetar diretamente a ordem social justa e reflexamente o sentimento de justiça dos cidadãos, perturbando as relações entre certeza e segurança jurídica (REALE, 1979, p.87-88). Nesse lógica, ao sintetizar os efeitos preventivos do Direito penal, afirma Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.37):

Orienta-se o Direito Penal, segundo a escala de valores da vida em sociedade, destacando aquelas ações que contrariam essa escala social, definindo-as como comportamentos desvaliosos, apresentando, assim, os limites da liberdade do indivíduo na vida comunitária. A violação desses limites, quando adequada aos princípios da tipicidade e da culpabilidade, acarretará a responsabilidade penal do agente.

Por seu turno, no que se refere à conduta da cegueira deliberada, os comportamentos que evitam procurar confirmar suas suspeitas sobre algo – ou manterem-se em estado de desconhecimento acerca fatos ou circunstâncias que implicariam um dever jurídico ou moral –, são recorrentes nas atividades cotidianas mais singelas: um aluno que tem ciência de que as notas finais serão publicadas na sexta, mas prefere consultá-las na segunda para evitar estragar seu fim de semana; o cônjuge que suspeita da infidelidade de seu parceiro, mas evita investigar por receio em confirmá-las; o alpinista que evita olhar para baixo por temer que a ciência da altura influencie na sua coragem de prosseguir (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.11); são exemplos clássicos de comportamentos que atendem à ideia de desconhecimento proposital de fatos ou circunstâncias que lhes eram disponíveis por razões variadas. Por certo, os referidos casos concebidos estão dentro da ordem comum do convívio social, tal qual se assemelha a uma espécie de movimento epicurista latente de procurar evitar o desagradável (a dor) e alcançar sempre o agradável (o prazer), de modo que tais atitudes são tendentes a serem compreendidas pelo sentimento de precariedade da natureza humana. Para Ramon Ragués i Vallès (2013, p.11), essa atitude de ignorância deliberada é sucintamente denotada em situação em que:

[...] un sujeto podía haber obtenido determinada información pero, por razones muy diversas, ha preferido no adquirirla y mantenerse en un estado de incertidumbre. Se trata de una estrategia, por así decirlo, humanamente comprensible para quien desea evitar o aplazar un posible disgusto o tener que tomar una decisión difícil³⁹.

Logo, o desconhecimento proposital dos fatos em um primeiro grau acaba não repercutindo para além do âmbito moral, de maneira que para o mundo jurídico, a princípio, se torna um contingente de caráter irrelevante.

Entretanto, se no primeiro grau da ignorância deliberada seus reflexos estão circunscritos ao âmbito das relações sociais irrelevantes, a mesma postura em um segundo grau, mais

³⁹ NT: [...] um sujeito poderia ter obtido determinada informação, mas, por razões bastante diversas, preferiu não adquiri-la e manter-se em um estado de incerteza. Trata-se de uma estratégia, por assim dizer, humanamente compreensível para quem deseja evitar ou postergar algum possível desgosto ou ter que tomar uma decisão difícil.

elevado, tende a atingir o bom desempenho das relações jurídicas, podendo causar prejuízos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial os quais o direito atenta-se por proteger. Assim, nesta hipótese, o direito se cerca de mecanismos que visam resolver essa problemática humanamente compreensível, mas jurídica e economicamente inaceitável. Desta premissa, é correto afirmar, então, que o comportamento do sujeito em se colocar em ignorância propositalmente não é estranho ao ordenamento jurídico, mas, sim, frequentemente comum ao dia a dia do brasileiro. Com efeito, duas situações elucidam essa afirmação: nos serviços de correspondência, quando a natureza ou o teor da informação enviada requer que o remetente tenha a garantia de que o destinatário “tome conhecimento” de que existe uma mensagem que lhe foi endereçada, considera-se lançar mão do recurso do AR (Aviso de Recebimento), o qual cumprirá o papel de informar ao remetente que o destinatário ao menos teve contato com a correspondência, não podendo esse alegar o desconhecimento quanto a sua existência (ainda que ele opte por não lê-la).

Em outro exemplo, o Código de Processo Civil pátrio, Lei 13.105/2015, utiliza-se como instituto da citação como instrumento jurídico para que um sujeito determinado tome conhecimento e ciência dos termos aduzidos em uma pretensão inicial, tornando-o formalmente “réu” em uma demanda judicial, viabilizando a partir do conhecimento do conteúdo pleiteado o direito ao contraditório e a ampla defesa. Todavia, levando em consideração os casos que o demandado se furta à citação direta (em que a doutrina chama de citação real) para evitar tomar conhecimento de que contra ele algo é reivindicado, o ordenamento jurídico lança mão de mecanismos alternativos como a citação por hora certa ou por edital (denominada citação ficta), a fim de suprir as manobras evasivas do sujeito em não tomar conhecimento e, assim sendo, não integrar a relação jurídico-processual.

O procedimento adotado pelo oficial de justiça, neste caso, será a realização da citação por hora certa quando “havendo suspeita de ocultação” (CPC, art. 252), o que equivale a dizer: quando há suspeitas de que o sujeito evita ser encontrado para tomar ciência de uma demanda. Ambos os recursos, o AR e a citação por hora certa, são formas de resguardar as relações jurídicas de interesses das partes que, nestes casos, podem resultar em prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais quando o interessado se esquiva de seu dever de conhecer determinado fato ou existência.

Por fim, há condutas de ignorância deliberada que comportam um grau ainda mais elevado, diga-se de “terceiro grau”, segundo o qual os atos de evitar tomar ciência de um fato ou circunstância impulsionam o agente a praticar ou concorrer para que seja praticado um ilícito penal. Assim, se colocam os casos de sujeitos que aceitam transportar mercadorias em um veículo em que seu teor cuidadosamente acondicionado ele prefere não conhecer ou evita se certificar com as cautelas de praxe; agentes que, em troca de uma quantidade de dinheiro, aceitam carregar uma maleta avolumada com instruções de como deve proceder e a quem entregar, porém evitam conhecer a natureza ilícita de seu conteúdo; profissionais que realizam transações financeiras de grande monta cuja procedência e destinação evita verificar, etc.

Os reflexos dessas condutas transcendem o âmbito privado da moral ou das relações patrimoniais alcançando à ordem pública, cujos valores mais amplos são tutelados pelo Estado na forma de sua prerrogativa de punir o sujeito que os violam. Assim, o ato de esquivo cognitivo, que antes fora um recurso psicológico de evitar o enfrentamento de um fato desagradável, passa a ser meio de inovação artificiosa do agente na prática de uma conduta criminosa, uma vez que em eventual persecução penal, lhe será proveitoso alegar a ignorância quanto ao delito, o que poderá significar – não raro os casos – na impunidade da conduta.

Em consequência, no Direito Penal contemporâneo, a atribuição da responsabilidade por realizar comportamentos tipificados penalmente exige que o sujeito ativo seja conhecedor dos elementos constitutivos previstos na legislação criminal, consolidando o princípio da culpabilidade, de modo que Muñoz Conde, citado por Bitencourt (2012, p.51), esclarece a ideia de que o cânone (considerado corolário da responsabilidade penal subjetiva) é um fenômeno social:

[...] não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade.

Nesse diapasão, a adoção da responsabilidade subjetiva no sistema jurídico penal brasileiro implica concordar, de outra feita, que não havendo conhecimento suficiente do fato, ou conhecendo erroneamente os elementos correspondentes ao tipo (erro de tipo), a conduta no primeiro caso atingirá fatalmente a estrutura da culpabilidade; enquanto que o segundo, o da tipicidade, podendo em ambos os casos, a depender das circunstâncias concretas, serem excluídas por completo, inviabilizando a responsabilidade penal do agente.

Todavia, abordar a questão da escala de valores atribuída ao comportamento de cegueira deliberada, como se verá adiante, além de conter questões dogmáticas complexas a serem analisadas, tende a nos levar a reavaliar justamente “as correlações de forças sociais existentes” conforme supracitado, de maneira que a linha tênue entre o culpável e o não culpável deve ser compreendida à luz dos componentes da problemática contemporânea brasileira. De um lado, há o crescente índice de criminalidade de colarinho branco na estrutura do poder público e das entidades privadas, cuja incidência de maior lesividade surge em decorrência de uma política de intervenção estatal expansiva, criando uma imagem da chamada “corrupção generalizada” que descredibilizam as instituições públicas e o setor privado; de outro, a ineficácia dos instrumentos jurídicos tradicionais em garantir a responsabilização dos sujeitos envolvidos, que no âmbito da repercussão social, fomenta cada vez mais um sentimento de impunidade, posto que diante de uma opinião pública insatisfeita com a ineficácia do sistema jurídico, torna-se uma postura temerária optar pelo *status quo* ao permitir que a proposital ignorância do agente que colabora para atividades ilícitas implique o sujeito livrar-se da resposta punitiva apropriada.

3.1.1. Da Raposa ao Avestruz: Considerações terminológicas da *willful blindness*

Consoante a máxima romana *Initium doctrinae sit consideratio nominis*⁴⁰, antes de realizar o estudo meritório do tema da TCD, é necessário estabelecer as devidas considerações acerca das nomenclaturas adotadas, os possíveis sinônimos empregados e distinções

⁴⁰NT: “A doutrina deve iniciar o seu estudo pela análise do nome”

específicas de seus referentes, pois esse procedimento é salutar para que adiante se compreenda as vertentes de entendimento do objeto em comento.

Preliminarmente, devemos ter em consideração a importância de distinguir as “generalizações sinonímicas práticas” que são utilizadas comumente para indicar todos eles o mesmo referente “*willful blindness*” (indistintamente) e o emprego acadêmico-dogmático adequado das terminologias que, embora sejam genericamente semelhantes, quando estudadas com acuidade se revelam, na melhor das hipóteses, inapropriadamente utilizadas. Essa distinção deve ser feita desde já por se ter em vista que há variantes teóricas que versam acerca do mesmo tópico da cegueira intencional no plano da doutrina jurídica, o que gera constantes confusões de ordem axiológica e prática.

A seguir, são distinguidos os usos terminológicos aplicados neste trabalho segundo a diferenciação apresentada por importantes nomes doutrinários internacionais, cujo ponto de partida, para fins didáticos, será o agrupamento genérico da cegueira deliberada concebida por David Luban (1999), o qual identifica a TCD em dois grupos representados zoomorficamente pela raposa e a avestruz:

- a) Raposa (*Fox*): Refere-se à concepção clássica da doutrina da cegueira deliberada, utilizando-se como referente primordial o termo “*willful blindness*”, originalmente cunhada pela jurisprudência inglesa (ROBBINS, 1990, p.191), em que o agente faz uso de sua cegueira com o propósito de se furtar à responsabilidade em relação a sua conduta ou resultado. São consideradas expressões sinônimas: i) *doctrine of deliberate ignorance*, ii) *conscious avoidance*; iii) *contrived Ignorance* – em inglês –; iii) doutrina (ou teoria) da cegueira deliberada, iv) doutrina (ou teoria) ignorância deliberada – em português –; v) *doctrina de la willfull blindness*; *doctrina de la ignorancia deliberada* – em espanhol;
- b) Avestruz (*Ostrich*): Considerada, em termos teóricos, uma ramificação da *willful blindness* original. Conforme fora estudado por Luban (1999), é uma vertente em que o agente se utiliza de sua ignorância a fim de se esquivar de um enfrentamento moral diante de um dilema que eventualmente surja de sua postura ou conduta. Pode-se ter como expressões sinônimas: *ostrich Instruction*; *doctrine of the ostrich* – em inglês –; doutrina (ou instrução) do avestruz – em português –; táctica del avestruz – em espanhol.

A princípio, conforme supradito, a distinção acima pertence originariamente aos estudos de David Luban, em seu artigo *Contrived Ignorance* (1999), cujo critério adotado nessa classificação parte do requisito motivacional da cegueira deliberada: o primeiro grupo é representado pela raposa, animal exímio em seus métodos de caça, “são conhecidas pela astúcia e esperteza”, e, ainda, “as pessoas que demonstram comportamentos desleais são metaforicamente chamadas de “raposas”” – o animal é também considerado símbolo da ambivalência da consciência humana –⁴¹.

De tal sorte, por esse viés comportamental se pauta o agente que, com intento de alcançar o êxito em uma conduta que seja altamente provável de ser representada como ilícita, cuida de operar artificialmente sua ignorância dos fatos constitutivos ou que cingem sua atitude prática com o objetivo de criar a possibilidade de lograr uma exclusão de responsabilidade. De outro giro, o segundo grupo é representado pelo avestruz, animal ao qual devemos atribuir a ideia popularmente cristalizada nas máximas de que alguém “enterra a cabeça na areia como um avestruz”, como forma de fugir dos problemas que teimam em cercá-lo. Assim sendo, o núcleo motivacional do comportamento está na delibidade moral do agente que, a fim de evitar o confronto de valores diante de uma conduta que seja capaz de ser representada como ilícita, escusa-se em conhecer os fatos constitutivos ou que circunscrevem sua órbita prática e que demandaria uma atitude diversa e esperada.

A par destas considerações, é importante ressaltar que a percepção da cegueira deliberada de Luban não se esgota na conduta da raposa ou do avestruz, como bem nota Ragués i Vallès (2007), para o qual há outras motivações cotidianas que podem levar o agente a se utilizar da cegueira deliberada, tais como, por exemplo, desídia ou excesso de confiança do sujeito em relação ao fato. Com efeito, a adoção desse método de agrupar a cegueira deliberada nessas duas alegorias representativas se justifica, neste momento, única e exclusivamente por razões de compreensão do emprego terminológico apropriado, não se incorporando, a princípio, o pressuposto da motivação como requisito de identificação da cegueira deliberada, embora seja um importante elemento considerado no conjunto probatório dessa circunstância.

⁴¹Informação extraída de: DICIONÁRIO DE SÍMBOLOS. Significado dos símbolos e simbologias. 2008 – 2017. Disponível em: <<https://www.dicionariodesimbolos.com.br/raposa/>> Acesso em 02 março 2017.

Ademais, paralelamente à *willful blindness* em seu sentido amplo, é importante considerar uma terceira forma sinonímica de se referir recorrentemente à doutrina supradita que, no entanto, se porta como equivocada, por não ter com ela nenhuma relação direta, embora guardem proximidades quanto ao tema:

- c) Cegueira Diante dos Fatos: uma perspectiva dogmática desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs, cuja denominação remonta inicialmente à Mezger (HUERGO, 2010, p. 6), partindo da premissa de que em determinadas circunstâncias o sujeito ativo não adquire os conhecimentos necessários para tomar uma decisão porque, aos seus olhos, lhes eram totalmente irrelevantes, optando por realizar, *a priori*, a conduta sem estar de posse completa do elemento cognitivo. Relaciona-se com as noções de imprudência, *dolus indirectus* ou mesmo *dolus mallus*, bem como a ideia de indiferença. Expressões correlatas podem ser encontradas como: cegueira diante dos fatos (em português); *ceguera ante los hechos* (em espanhol); *tatsachenblindheit* (em alemão). Ainda o *Model Penal Code* norte-americano atribui ao *recklessness* concepção semelhante à de Jakobs (ALI, 1985, p.21).

Ainda a respeito da cegueira diante dos fatos, de acordo com o jurista alemão (JAKOBS, 2004 Apud HUERGO, 2010, p.6): “*la indiferencia respecto al derecho, que de ordinario se traduce “sólo” como ignorancia de la ilicitud, puede derivar también en indiferencia sobre los hechos y, en consecuencia, conduce también al desconocimiento de la realización del tipo*”⁴². Portanto, a principal diferença entre essa concepção e a teoria da cegueira deliberada reside essencialmente na motivação com que se realiza o ato (HUERGO, 2010, p.6): no primeiro, o agente atua por desinteresse em relação às consequências, o que o leva a agir sem a posse de qualquer conhecimento; no último, o agente é movido pela busca da impunidade, isto é, seu intuito é burlar os mecanismos jurídicos de responsabilização por seus atos.

Categorizadas as diferentes perspectivas sobre a temática da cegueira deliberada, o presente trabalho se deterá na análise da teoria da cegueira deliberada (TCD) enquanto artifício para se furtar a responsabilidade penal por uma atuação ou colaboração em

⁴² NT: A indiferença a respeito do direito, que normalmente se traduz “somente” como ignorância da ilicitude, pode derivar também em indiferença sobre os fatos e, conseqüentemente, conduz também ao desconhecimento da realização do tipo.

atividades ilícitas, isto é, a perspectiva particular da “raposa”. Quando for conveniente tratar sobre da ignorância deliberada como esquivo moral, recorrer-se-á a suas expressões equivalentes, tal como “doutrina do avestruz”; e, de igual modo, quando for necessário mencionar a concepção de jakobs sobre a “cegueira diante dos fatos”.

3.2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO ANGLO-AMERICANO

3.2.1. A Origem na Inglaterra

Considerando o direito anglo-americano fortemente imbuído pelo sistema jurídico da *common law*, ao traçarmos o percurso histórico da TCD em sua manifestação originária, vislumbramos seu primeiro antecedente jurídico não no âmbito normativo-positivo ou dogmático, mas sim na esfera jurisprudencial, de maneira que a historiografia jurídica evoca o caso inglês “*Regina v. Sleep*” como marco inaugural no desenvolvimento histórico acerca da relação entre dolo e conhecimento para a formação TCD, cuja sentença, datada de 1861, suscitara em bojo a necessidade de haver uma equiparação entre o conhecimento positivo e os atos de cegueira preordenada acerca de determinado fato para que se pudesse falar em responsabilidade penal (HUERGO, 2010, p.3).

No caso concreto, Mr. Sleep havia sido acusado de ter se apropriado de bens de propriedade pública, no entanto, em sua defesa, alegou que não tinha consciência de que os itens, parafusos de cobre marcados com a insígnia da Coroa Inglesa, eram de propriedade estatal, argumento o qual em a primeira instância judicial não resultou em óbice para que o júri o considerasse culpado por apropriação de bens pública (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.13). Entretanto, em sede de apelação, a corte considerou que, diante do fato de Mr. Sleep ter embarcado as peças desconhecendo sua origem pública, não restou comprovado que o réu tinha conhecimento que os objetos estavam marcados como propriedade pública, nem mesmo houve indícios de que aquele havia procurado evitar propositalmente tomar conhecimento de tal fato. Com efeito, houve a absolvição de Mr. Sleep, conforme o entendimento do juiz Willes, a qual merece transcrição (ROBBINS, 1990, p.196): “*the jury have not found, either that the man knew that the stores were marked [as government property], or that he willfully abstained from acquiring that*

*knowledge*⁴³”, ademais conclui Robbins (1990, p.196) “*this comment suggests that, with sufficient evidence, the court would have upheld conviction for deliberate ignorance in lieu of actual knowledge*⁴⁴”.

Mais tarde, em 1875, a corte inglesa volta a discutir a relação entre conhecimento efetivo e presumido diante do antecedente jurídico “*Bosley v. Davies*” (ROBBINS, 1990): no caso *sub judice*, Davies havia sido acusado de permitir jogos ilegais em uma pensão da qual era proprietário. Durante o processo, o réu alegou que não tinha conhecimento de que ali ocorreria tal prática ilegal e que ter consciência desse fato era imprescindível para sua responsabilização penal. A corte inglesa, entretanto, rechaçou os arrazoados de Davies ponderando que a falta de conhecimento efetivo não obsta sua responsabilização quando outras circunstâncias do caso são aptas a fazer presumir que Davies ou seus funcionários eram coniventes com os eventos ilícitos que ocorriam em seu estabelecimento. Assim decide o tribunal (ROBBINS, 1990, p.197): “*actual knowledge in the sense of seeing or hearing by the party charged is not necessary, but there must be some circumstances from which it may be inferred that he or his servants had connived at what was going on*⁴⁵”.

Posteriormente, inúmeras outras cortes inglesas começaram a aplicar tal precedente em processos penais, cujos delitos que até então demandavam como requisito essencial o conhecimento efetivo do fato. Robbins (1990, p.197) registra que, até o final daquele século, a ignorância deliberada já havia criado raízes estáveis no Direito Inglês como uma alternativa viável ao conhecimento efetivo.

3.2.2. Os Primeiros Casos nos Estados Unidos

No Direito Norte-Americano, a problemática ética que contempla a questão de escolha entre tomar ou não conhecimento de um fato – uma das premissas valorativa da TCD – já

⁴³“O júri não demonstrou que o indivíduo conhecia que as mercadorias estavam marcadas [como propriedade estatal], nem que se absteria intencionalmente de adquirir tal conhecimento”.

⁴⁴Esse comentário sugere que, com provas suficientes, a corte poderia sustentar a convicção em prol da ignorância deliberada em lugar do conhecimento real.

⁴⁵O conhecimento real no sentido de ver ou vir que o qual a parte suscita não é necessário, mas deve haver algumas circunstâncias a partir do qual se pode inferir que ele [Davies] ou seus funcionários foram coniventes com o que estava acontecendo.

havia sido remotamente discutida no estado da Califórnia no caso *People v. Brown*, julgado em 1887, em que réus haviam sido acusados de obterem provas falsas. Durante o julgamento, o juiz fez a seguinte consideração emblemática no âmbito de sua instrução sobre os aspectos do “poder de conhecer”:

There seems to be a prevalent notion that no one is chargeable with more knowledge than he chooses to have; that he is permitted to close his eyes upon all sources of information, and then excuse his ignorance by saying that he does not see anything... If he has the means of ascertaining the true state of facts by the exercise of ordinary diligence, he is bound to do so⁴⁶ (ROBBINS, 1990, p.197)

Todavia, a Suprema Corte da Califórnia reverteu as condenações relativas a essa instrução, pois levavam a indicar que a mera negligência sem intenção era suficiente para a condenação, embora a corte tenha reservado a questão no sentido de que “*if a case could arise... in which it should appear that he suspected the fact, and abstained from inquiry lest he should know, knowledge might be inferred*” (ROBBINS, 1990,p.197).

Contudo, é em 1899 que, pela primeira vez, a TCD chega à apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio do caso *Spurr v. United States*, a qual define, a princípio, os caracteres elementares da teoria que viria a ser aplicável mais tarde para outros processos semelhantes em solo norte-americano. No caso específico, a Corte, em sede de revisão da sentença condenatória de Mr. Spurr, considerado culpado por ter certificado cheques emitidos por um cliente contra uma conta que carecia de fundos, deparou-se com uma questão de natureza legal, pois segundo a lei aplicável era necessário que, para fins de sanção penal, houvesse a comprovação de que a conduta do agente ocorresse em razão de uma violação intencional dos preceitos que regulam a emissão e circulação das cártulas mercantis (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.13).

Em seu recurso, a defesa de Spurr havia questionado se os jurados haviam sido devidamente instruídos de que o delito imputado ao seu cliente demandava uma conduta

⁴⁶ Parece haver uma noção predominante de que ninguém pode ser cobrado de poder ter mais conhecimento do que o tanto que ele tenha escolhido ter, o que permite com que ele feche os olhos diante de todas as fontes de informações e, em seguida, se escuse de sua ignorância ao dizer que ele nada viu... Se ele tem os meios de verificar o verdadeiro estado dos fatos pelo exercício de providência regular, portanto ele estará obrigado a fazê-lo.

“proposital”, de modo que se alegava que a atuação de Spurr, ausente tal elemento, era penalmente irrelevante (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.13). Entretanto, o entendimento da Suprema Corte foi no sentido de que:

El propósito infractor es la esencia del presente delito. Si el oficial certifica un cheque con la intención de que el emisor obtenga dinero del banco pese a no tener fondos, dicha certificación no solo es ilícita, sino que se le puede atribuir el propósito específico de violar la ley. Y este mal propósito puede presumirse cuando el oficial se mantiene deliberadamente en la ignorancia acerca de si el librador tiene o no dinero en el banco o cuando muestra una indiferencia crasa (*grossly indifferent*) respecto de su deber de asegurarse de tal circunstancia⁴⁷. (174 U.S. 728 (1899) Apud RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.13)

Apesar de o respectivo *obiter dictum* ter fomentado discussões controversas sobre a essa ótica interpretativa, sua aplicação na instância máxima do poder judiciário marcou o ingresso da TCD no espaço jurídico norte-americano. Na esteira do caso Spurr, em momentos posteriores, a correlação entre conhecimento e ignorância deliberada havia suscitada em diversos casos de falências. Robbins (1990, p.198) destaca o processo de falência *in re Gurvitz*, em que se verificou que a falha do agente em fazer o devido balanço de seus bens, resultado de sua postura em “recusar-se a enfrentar os fatos”, fora suficiente para provar a intenção necessária no processo de falência. Semelhantes aplicações ocorreram em outros casos de grande repercussão, tais como *United States v. Erie R. Co.* e *United States v. General Motors Corp.* ainda no início do século XX.

3.2.3. O Model Penal Code e a Proeminência da TCD nos Estados Unidos: Apontamentos sobre o *leading case United States v. Jewell*

Por várias décadas, desde o caso *Spurr v. United States*, a TCD fora aplicada de forma esparsa e pontual, não suscitando maiores debates quanto ao seu conteúdo ou seus

⁴⁷NT: O propósito infrator é a essência do presente delito. Se o oficial certifica um cheque com a intenção de que o emissor obtenha dinheiro do banco apesar de não dispor de recursos, tal certificação não só é ilícita, como é possível atribuir o propósito específico de violar a lei. E esse desígnio maléfico pode ser presumido quando o oficial se manter deliberadamente em ignorância sobre se o sacador tem ou não dinheiro no banco ou quando mostra uma indiferença crassa (*grossly indifferent*) a respeito de seu dever de assegurar de tal circunstância.

efeitos nos processos penais nos Estados Unidos. Contudo, a situação jurídica da cegueira deliberada, bem como sua visibilidade social, ganham nova força a partir da segunda metade do século XX, de modo que esse destaque se justifica por dois importantes fatores: a elaboração do *Model Penal Code* e a crescente aplicação da TCD em processos de narcotráfico, problema criminal especialmente combatido pelo poder público norte-americano daquele período.

O *Model Penal Code* (MPC), idealizado pelo ALI –*American Law Institute* –em 1962, é essencialmente de um texto não legislativo: um compêndio referencial no qual os tribunais se orientam para a melhor aplicação da norma ao caso concreto, conquanto seja o direito norte-americano – não é demais lembrar – calcado no sistema jurídico da *common law*. Destaca-se como principal inovação jurídica trazida pelo MPC o tratamento conferido ao dolo, estabelecendo em forma de escala as formas com que o sujeito pode atuar no cometimento de um ilícito, a saber: por “propósito” (*purposefully*), por “consciência” (*knowingly*), por “imprudência” (*recklessly*) e por “negligência” (*negligently*), cujos conteúdos serão estudados mais adiante. Para os defensores da TCD, portanto, as orientações sobre os aspectos intencionais no MPC promoveram sua recepção normativa – ainda que de maneira não expressa – no sistema jurídico-penal norte-americano, na medida em que esse estatuto jurídico passou a ser adotado pelas cortes como instrumento orientador de aplicação pelos juízes.

No que se refere ao segundo fator, determinante para repercussão social da cegueira deliberada, registra Ramon Ragués I Vallès (2013, p.14) que o número de casos em que a TCD havia sido aplicada não foi considerada relevante até a década de 1970, momento histórico a partir do qual há um crescente índice de criminalidade relacionada ao narcotráfico. Neste cenário, o congresso aprova a *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* em 1970, cujo corpo normativo cuida responsabilizar aqueles que têm conhecimento sobre importação de substâncias controladas, bem como sua posse com a intenção de distribuir (ROBBINS, 1990, p.200). Consequentemente, sendo o elemento “conhecimento” a palavra-chave para a aplicação da lei, a ignorância deliberada passou a ser o refúgio dos criminosos. A partir desse contexto, a TCD começa a se abrir para aplicações em outras áreas criminais, em especial, visando atingir as questões de responsabilização penal nos casos em que suspeitos alegavam ignorância sobre o conteúdo entorpecente que transportavam.

A respeito desse cenário, a doutrina internacional costuma citar o caso *United States v. Jewell* (1976) como ilustrativo dessa tendência de emprego extensivo da TCD na segunda metade do século XX, cuja repercussão jurídica o eleva ao *status* de *leading case*⁴⁸ sobre o tema. Jewell havia sido condenado em primeira instância por ter cruzado a fronteira entre o México e os Estados Unidos com cerca de 50 quilos de maconha escondidos em compartimentos secretos no porta-malas do veículo que conduzia. Este é o resumo dos fatos constante no processo de Jewell:

Id. at. 698-99. A stranger had approached Jewell and a companion in a Mexican bar, asked them if they wanted to smoke some marijuana, and offered them \$100 to drive a car into the United States. *Id.* at 699 n. 1. Jewell accepted the offer and was told to leave the vehicle at the address on the car registration, leaving the keys in the ashtray. *Id.* When a Customs agent questioned Jewell about the secret compartment, he acknowledged that he had been aware of it but that it had been in the car when he got it⁴⁹(ROBBINS, 1990, p.203).

Ademais, Jewell conta ao agente da *Drug Enforcement Administration* – DEA – que havia pensado que provavelmente algo poderia estar errado ou ilegalmente contido no veículo, de modo que tratou de checar o porta-luvas, embaixo dos assentos e no porta-malas: ao não encontrar nada, afirma, presumiu que os agentes fiscais de fronteira também não encontrariam. Posto isso, o júri assim decidiu:

The Government can complete their [sic] burden of proof by proving, beyond a reasonable doubt, that if the defendant was not actually aware that there was marijuana in the vehicle he was driving when he entered the United States his ignorance in that regard was solely and entirely a result of his having made a conscious purpose to disregard the nature of that which was in the vehicle, with a conscious purpose to avoid learning the truth⁵⁰ (ROBBINS, 1990, p.204).

⁴⁸ Trata-se de uma decisão a partir do qual se tenha constituído uma regra importante entorno da qual outras gravitam.

⁴⁹NT: Id. at. 698-99. Um estranho se aproximou de Jewell e de um companheiro em um bar mexicano, perguntou se eles queriam fumar maconha e ofereceu-lhes 100 dolares para conduzir um carro para dentro dos Estados Unidos. Id. at 699 n. 1. Jewell aceitou a oferta e foi-lhe dito para deixar o veículo no endereço do registro do carro, deixando as chaves no cinzeiro. Id. Quando um agente aduaneiro questionou Jewell sobre o compartimento secreto, ele reconheceu que estava ciente disso, exceto sobre o que estava no carro quando o recebeu.

⁵⁰NT: A acusação logrou satisfazer por completo [SIC] o ônus da prova demonstrando, além de todas as dúvidas razoáveis, que se o acusado não era realmente consciente de que havia maconha em seu veículo

Recorrendo da condenação, a defesa de Jewell alegou ilegalidade acerca dessa instrução do Júri imbuída pela teoria da cegueira deliberada. Entretanto, a Corte de Apelação do 9º Circuito confirmou a condenação com fundamento no teor da Sessão 2.02.7. do MPC, a partir de uma ideia de “equiparação” entre o conhecimento certo de um determinado fato e a consciência de alta probabilidade de sua ocorrência:

[MPC Section 2.02. (7)] **Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability**. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of a 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 exist⁵¹. (ALI, 1985, p.22)⁵²

Com efeito, o colegiado concluiu em favor da aplicação da TCD, sugerindo que: i) ela já se encontra estabilizada no Direito Americano, ii) havendo razões substanciais no sentido de que a cegueira deliberada e o conhecimento real são igualmente culpáveis, iii) concluindo que a prática da ignorância deliberada se torna um uma ferramenta proveitosa para aqueles que realizam o tráfico de drogas (*Jewell*, 532 F.2d at 700. Apud ROBBINS, 1990, p.205). Assim, a corte, a princípio, esclarece que “[...] *one ‘knows’ facts of which he is less than absolutely certain*”⁵³, no entanto, manifesta uma importante ressalva: “[...] *it is no answer to say that in such cases the fact finder may infer positive knowledge*”⁵⁴ (ROBBINS, 1990, p.205). Nessa esteira, o tribunal considerou que tanto a ignorância deliberada (*deliberate ignorance*) como o conhecimento positivo (*positive knowledge*) estão compreendidos na ideia de conhecimento (*knowledge*), de modo que “[...] *the required state of mind differs from positive knowledge only so far as necessary to*

quando entrou nos Estados Unidos foi porque seu desconhecimento sobre essa circunstância foi única e exclusivamente em resultado de haver realizado o propósito consciente de ignorar a natureza do que continha em seu veículo, com a vontade consciente de evitar conhecer a verdade.

⁵¹NT: [MPC Sessão 2.02. (7)] **O Requisito do Conhecimento é Satisfeito pelo Conhecimento da Alta Probabilidade**. Quando o conhecimento da existência de um fato específico é um elemento de um crime, tal conhecimento é demonstrado se uma pessoa estiver ciente da alta probabilidade de sua existência, a menos que ela realmente acredite que não exista.

⁵² Grifo no original.

⁵³NT: [...] alguém ‘conhece’ fatos dos quais ele [o sujeito] estiver menos do que absolutamente certo.

⁵⁴NT: [...] isso não corresponde a dizer que em tais casos o investigador poderá inferir o conhecimento efetivo.

*encompass a calculated effort to avoid the sanctions of the statute while violating its substance*⁵⁵” (ROBBINS, 1990, p.205).

Portanto, em relação ao caso de Jewell, partindo das premissas da Sessão 2.02.7. do MPC, o posicionamento majoritário da corte foi no sentido de que, nas palavras do júri, se “*seu desconhecimento [...] foi única e exclusivamente em resultado de haver realizado o propósito consciente de ignorar a natureza do que continha em seu veículo*⁵⁶”, isso implica que o réu deveria estar ciente dos fatos indicativos da presença quase certa do contrabando, caso contrário, não seria “única e exclusivamente” em resultado de um propósito consciente de evitar a verdade. Ainda, a corte conclui que a ignorância deliberada de Jewell é incompatível com “[...] *a good Faith belief that there was no contraband present*⁵⁷” (ROBBINS, 1990, p.205-206), afastando a ressalva prevista próprio dispositivo da Sessão 2.02.7. *in fine*.

Dada tal perspectiva sobre a TCD, registra Ira P. Robbins (1990), a corte observou ao longo do desdobramento deste *leading case* que a instrução do júri não permitiu que houvesse qualquer condenação baseada em uma teoria puramente objetiva em detrimento da teoria subjetiva do conhecimento. Assim, no caso de Jewell, sua condenação não se fundou em um parâmetro de “homem médio” (*reasonable man*) puro e simplesmente, o que implicaria criar um sistema punitivo na qual se cobra do sujeito um “dever de conhecimento” em inspecionar devidamente o veículo que conduz; ao contrário, trata-se de um conjunto probatório extraído de elementos circunscritos ao caso concreto, aliado ao *animus* do sujeito em calcular sua cegueira com o propósito de evitar sua responsabilização, o qual se determinou pela alta probabilidade de conhecimento sobre o teor ilícito de sua conduta em transportar drogas através da fronteira norte-americana.

⁵⁵NT: [...] o *animus* exigido [na cegueira deliberada] difere do conhecimento evidente somente na medida do necessário para abranger o esforço calculado a fim de evitar as sanções dos códigos legais enquanto os infringe em sua substância.

⁵⁶Vide Nota de Rodapé nº49

⁵⁷NT: “[...] uma crença de boa-fé de que ali não se fazia presente o contrabando”

3.2.4. A Consolidação da TCD na Contemporaneidade: caso *Global-Tech Appliances, Inc. et. al. v. Seb S.A.*

Desde a *leading case United States v. Jewell*, a espiral de aplicação da TCD no direito norte-americano se expandiu relativamente nas décadas seguintes, encontrando aplicações fora do âmbito penal, verificáveis em litígios ambientais, tributários e consumeristas, bem como na esfera corporativa em geral (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.16). A respeito deste último enfoque, a TCD ganhou novamente destaque na Suprema Corte em 2011, no caso *Global-Tech Appliances, Inc. et. al. v. Seb S.A.*, a propósito de um processo civil por violação dos direitos de patentes de um eletrodoméstico.

Esta é a síntese do caso em tela (563 U. S. ____ (2011), p.1): no final dos anos 80, a SEB S.A. havia desenvolvido uma linha inovadora de fritadeiras, cuja tecnologia avançada, após ser patenteada nos Estados Unidos, havia conquistado grande popularidade no mercado americano, o qual não possuía outro produto concorrente com tais características. Em 1997, a *Sunbeam Products* solicitou à *Pentalpha Enterprises, Ltd.*, uma subsidiária de Hong-Kong da *Global-Tech Appliances, Inc.*, que projetasse uma fritadeira que atendessem certas especificações para que pudessem ser vendidas sob a marca da *Sunbeam*. Para cumprir o pedido, a Pentalpha adquiriu um fritadeira da SEB em Hong-Kong, que não possuía os avisos de patente dos Estados Unidos e copiou todas suas características funcionais, exceto os elementos estéticos.

Ato contínuo, a Pentalpha manteve um advogado para realizar um estudo sobre uma possível patente para os Estados Unidos, omitindo, no entanto, que o referido projeto era uma cópia fraudulenta da fritadeira da SEB de Hong-Kong. Por conseguinte, sendo que o advogado não havia descoberto nenhum registro semelhante sobre aquele projeto naquele país, concluiu sua investigação emitindo uma parecer afirmando que o produto da Pentalpha não violaria quaisquer patentes norte-americanas.

Certa da viabilidade comercial de seu projeto, no mesmo mês, a Pentalpha iniciou a fabricação em grande escala da fritadeira para atender a demanda da Sunbeam, que vendeu o produto nos Estados Unidos. A fritadeira da Sunbeam mostrou-se de baixo custo de fabricação, o que permitiu estabelecer um preço bastante competitivo. No entanto, a SEB ao tomar conhecimento dos índices de venda do produto da Sunbeam,

bem como as características tecnológicas semelhantes, moveu um processo contra esta última por violação de patente.

Analisando o caso, a Suprema Corte assim se posiciona fundamentada na TCD:

Pentalpha believed that SEB's fryer embodied advanced technology that would be valuable in the U. S. market as evidenced by its decision to copy all but the fryer's cosmetic features. Also revealing is Pentalpha's decision to copy an overseas model of SEB's fryer, aware that it would not bear U. S. patent markings. Even more telling is Pentalpha's decision not to inform its attorney that the product to be evaluated was simply a knockoff of SEB's fryer. Taken together, the evidence was more than sufficient for a jury to find that Pentalpha subjectively believed there was a high probability that SEB's fryer was patented and took deliberate steps to avoid knowing that fact, and that it therefore willfully blinded itself to the infringing nature of Sunbeam's sales⁵⁸ (563 U. S. ____ (2011), p.3)

A decisão da Suprema Corte reafirma a ideia de que a TCD encontra-se plenamente assentada no direito penal norte-americano, não havendo óbice algum para que sua aplicação fora da esfera penal:

[...] (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*, 174 U. 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)⁵⁹. (563 U. S. ____ (2011), p.3)

⁵⁸NT: A Pentalpha acreditava que a fritadeira da SEB incorporava uma tecnologia avançada que seria valiosa no mercado americano, como evidenciado por sua decisão de copiar todas as características da fritadeira, exceto os elementos estéticos. Também é reveladora a decisão da Pentalpha de copiar um modelo estrangeiro da fritadeira da SEB, ciente de que não iria conter a marcação de patentes nos Estados Unidos. Ainda mais reveladora é a decisão da Pentalpha de não informar seu advogado de que o produto a ser avaliado era simplesmente uma cópia da fritadeira da SEB. Tomadas em conjunto, as evidências foram mais do que suficientes para um júri constatar que a Pentalpha havia subjetivamente acreditado que ocorreria uma alta probabilidade de que a fritadeira da SEB fosse patenteada e realizou medidas deliberadas para evitar tomar conhecimento de tal fato, e que, portanto, afastou cegou-se intencionalmente diante da natureza infratora das vendas da Sunbeam.

⁵⁹ NT: [...] (a) A doutrina da cegueira deliberada está bem assentada no direito penal. Diversos códigos

Diante desse recente entendimento, a Suprema Corte conduz a TCD a uma abertura jurídico-cultural no sistema norte-americano da *common law*, oportunizando sua aplicação especialmente nos conflitos provenientes da atividade corporativa, cuja problemática legal acerca do conhecimento evidente sobre ilícitos para responsabilização é igualmente verificado.

Sob a égide de um direito consuetudinário, a TCD nos Estados Unidos se desenvolveu proficuamente ao longo dos anos até alcançar a contemporaneidade, de maneira que sua aplicação nos tribunais não segue uma diretriz estritamente única, e sim, ao contrário, adquire matizes distintos, o que faz com que se compreenda a ideia de que, na verdade, há diferentes vertentes para a aplicação da TCD. Entretanto, a própria Suprema Corte consigna tal idiosincrasia jurídica em *Global-Tech Appliances, Inc. et. al. v. Seb S.A*, ao passo que também observa que sua essência é estável no direito, não encontrando dificuldades em estabelecer os seus caracteres gerais:

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 negligence⁶⁰. (563 U. S. ____ (2011), p.3)

Depreende-se do excerto acima que a TCD, apesar de suas nuances práticas, consolida-se no direito norte-americano a partir de duas premissas balizadoras: uma de natureza “subjéitiva”, a qual deve haver uma crença de alta probabilidade para o agente de que

criminais exigem a prova de que o réu agiu com conhecimento ou com intenção, e as cortes que aplicam a doutrina consideraram que os réus não poderiam escapar ao alcances dessas leis, protegendo-se deliberadamente das evidências claras de fatos críticos que são fortemente sugeridos pelas circunstâncias. O raciocínio tradicional para a doutrina é que os réus que se comportam dessa maneira são tão culposos quanto aqueles que tem conhecimento o conhecimento real. Esta Corte endossou um conceito semelhante à cegueira intencional há mais de um século em *Spurr v. United States*, 174 U.S. 728, 735, e em todos os tribunais federais de apelação exceto um tem abraçado plenamente a a cegueira deliberada. Dada a longa história da doutrina e a ampla aceitação no poder judiciário federal, não há razão para que a doutrina não seja aplicada em processo civil por infração de patentes aduzida nos termos do §271 (b).

⁶⁰NT: Embora as Cortes de Apelação articulem a Doutrina da Cegueira Deliberada de maneiras ligeiramente diferentes, todos concordam em dois requisitos básicos. Primeiro, o réu deve acreditar subjetivamente que há uma alta probabilidade que um fato existe. Em segundo lugar, o réu deve realizar medidas deliberadas a fim de evitar tomar conhecimento do fato. Esses requisitos conferem à cegueira deliberada os limites apropriados de seu alcance que superam a imprudência e a negligência.

existe um fato ilícito dentro de sua órbita; e outra de natureza “objetiva”, em que o agente pratica atos intencionais compatíveis com quem pretenda evitar tomar conhecimento do fato, afastando-o de seu círculo cognoscível. Essas premissas, tal como se infere dessa exposição contemporânea da Suprema Corte, se constituem como pontos de partida do qual se devem delinear os contornos no caso concreto do comportamento a ser atendido pela TCD⁶¹.

3.3. CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS ESTADOS UNIDOS

A TCD é originalmente uma construção jurisprudencial que remonta, no direito norte-americano, ao caso *Spurr v. United States*, tal como fora analisado em tópico passado. Entretanto, como também foi exposto anteriormente, a fisionomia moderna da TCD traz em seu bojo as diretrizes dogmáticas do *Model Penal Code*, que se trata de um guia referencial de grande importância para os tribunais até os dias hodiernos. Portanto, para compreender a TCD dentro do sistema jurídico americano, deve-se tê-la como sustentadas sob dois pilares jurídicos fundamentais e complementares entre si: a própria jurisprudência, isto é, os julgados precípuos em que ela foi aplicada; e o MPC, como suporte dogmático reconhecido pelos tribunais daquele país. Acerca da relevância deste último aspecto, Robbins (1990, p. 207) destaca que: “*while disagreeing on its application to the particular jury instruction at issue in Jewell, both the majority and the dissent identified the Model Penal Code definition of knowledge as the standard for deliberate-ignorance charges*”. Portanto, tendo essa percepção em mente, passa-se a situar adequadamente a TCD em sua gênese jurídica.

3.3.1. Contornos normativos

A cegueira deliberada, tal como concebida tradicionalmente pelos norte-americanos, parte da ideia de que o conhecimento de alta probabilidade e o conhecimento efetivo são “igualmente culpáveis no âmbito da responsabilidade” (*Jewell*, 532 F.2d at 700). Portanto,

⁶¹Este tópico será especialmente desenvolvido no item 3.3.2.

para se compreender tal percepção, é necessário antes entender como se estrutura a noção referencial de responsabilidade penal no âmbito do *Model Penal Code*.

O MPC reserva um capítulo específico denominado “*Article 2. General Principles of Liability*”⁶² para tratar das questões relativas à responsabilidade penal, versando sobre tópicos como atos voluntários ou involuntários; comissivos e omissivos; nexos de causalidade; desconhecimentos e erros; a responsabilidade no âmbito do concurso de agentes, e – dentre outras diretrizes mais – em especial, sobre as exigências mínimas para o “elemento intencional”, isto é, o equivalente ao “elemento subjetivo” tal como conhecemos no direito brasileiro. Nesse aspecto, na Sessão 2.02.1., prevê que, excetuando os casos da chamada “*strict liability*”⁶³, uma pessoa não será culpada de um crime a menos que tenha atuado proposital/intencional (*purposely/willfully*), consciente (*knowingly*), imprudente (*recklessly*) ou negligentemente (*negligently*) (ALI, 1985, p. 21). Estabelece-se, portanto, uma escala gradual da conduta do agente, cujo teor se compreende da seguinte maneira:

- I. *Willfully/Purposely* (Conduta intencional ou proposital): Considera-se que o agente age com propósito ou intenção acerca dos elementos materiais do crime quando i) estes envolvem a natureza de sua conduta ou de seu resultado, de modo a compreendê-los como finalidades almejadas ao realizá-los; e ii) se os elementos implicam circunstâncias correlatas as quais é ciente de sua existência ou acredita ou espera que eles existam (ALI, 1985). Em outras palavras, trata-se do *animus* (dolo) em sua acepção máxima, que é o móvel que faz com que o agente pratique todos os atos do *iter criminis*, tendo o objeto criminoso como seu propósito cognitivo “*a priori*”⁶⁴.
- II. *Knowingly* (Conduta consciente): Uma pessoa age com consciência sobre os elementos materiais do crime quando i) estes são consequências da natureza de sua conduta ou das circunstâncias correlatas, de modo a estar ciente de que ela é tal natureza ou que tais circunstâncias existem; e ii) se os elementos são consequências do resultado de sua conduta a qual é ciente de que é praticamente certo de que se agir de tal maneira, causará tal resultado (ALI, 1985). Em termos

⁶²NT: Artigo 2. Princípios Gerais da Responsabilidade.

⁶³Cuja presunção absoluta de dolo equivale à chamada “responsabilidade objetiva”.

⁶⁴Cuida-se do uso da expressão “*a priori*” tomado emprestado do sentido filosófico, concebido como modalidade epistêmica em que se pode conhecer alguma coisa recorrendo unicamente ao pensamento, não sendo necessária a experiência empírica (MURCHO, 2014).

simples, trata-se da situação em que o sujeito “sabe” o que está fazendo, embora tais elementos materiais do crime não se constituam como seu propósito cognitivo “*a priori*”.

- III. *Recklessly* (Conduta imprudente): Uma pessoa age com imprudência sobre os elementos materiais do crime quando desconsidera (indiferença) conscientemente um risco substancial e injustificável de que o elemento material existe ou resultará de sua conduta. O risco deve ser de tal natureza e grau que, avaliando a natureza e o propósito da conduta do autor e as circunstâncias conhecidas por ele, sua desconsideração é consequente de um desvio grosseiro do padrão de conduta que uma pessoa cumpridora da lei (*law-abiding person*) observaria na situação do autor (ALI, 1985).
- IV. *Negligently* (Conduta negligente): Uma pessoa age com negligência sobre os elementos materiais do crime quando deveria estar ciente do risco substancial e injustificável de que o elemento material existe ou resultará de sua conduta. O risco deve ser de tal natureza e grau que a falha do autor em percebê-la, avaliando a natureza e o propósito de sua conduta e as circunstâncias conhecidas por ele, é consequente de um desvio grosseiro do padrão de cuidado que uma pessoa média (*reasonable person*) observaria na situação do autor (ALI, 1985).

Portanto, considerando as diretrizes prescritivas do MPC, é possível ilustrar graficamente as espécies intencionais (*Kind of Culpability*) de maneira a compreendê-las a partir de sua intensidade:

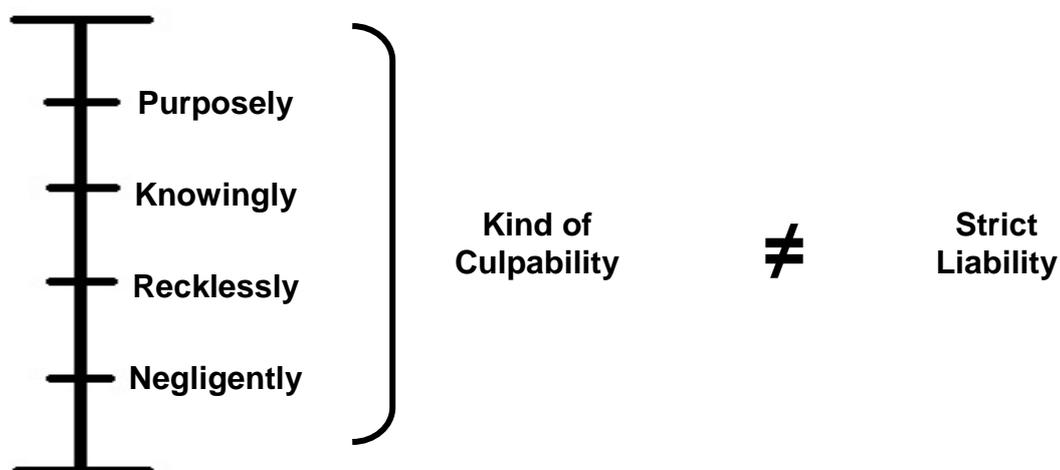


Figura 5: Escala Gradual do *Mens Rea* no MPC

Ademais, na mesma sessão, mais adiante, dispõe o estatuto modelo americano de alguns itens informativos auxiliares na interpretação acerca dessas espécies gradativas de dolo. Desta forma, em relação ao dispositivo que tradicionalmente sustenta a TCD no âmbito do MPC, interessa novamente destacar:

[MPC Section 2.02. (7)] **Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability**. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of a 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 exist⁶⁵. (ALI, 1985, p. 22)⁶⁶

Portanto, de acordo com a decisão proferida no *leading case United States v. Jewell* e que desde então derivou suas aplicações contemporâneas pela corte americana, a TCD encontra-se respaldada dentro da noção gradual do *knowingly* (vide item II acima), isto é, da “conduta consciente”, uma vez que sua essência normativa abarca a ideia de que o agente é ciente de algum elemento fático relativo ao crime proveniente da natureza de sua conduta, em aspectos fundamentais ou circunstanciais, bem como da produção de seu resultado. Interpreta-se tal dispositivo sistematicamente com o item 2.02.7. do MPC, supracitado, de modo a conferir a essa modalidade duas sub-espécies de estado mental: a) o conhecimento positivo e b) o conhecimento por alta probabilidade. O primeiro representa o estado mental de consciência plena em relação à natureza, circunstâncias ou consequências de sua conduta; enquanto que a última representa, dentro de uma escala plausível de compreensão daqueles aspectos, uma consciência de alto grau de probabilidade. Desta maneira, a carga significativa de “*knowingly*” passa a ser compreendida intuitivamente a partir dessas duas espécies, restando à expressão anterior a posição de simples gênero.

Em contrapartida, importante ressaltar a existência de uma outra corrente, de relativa expressividade, que compreende a TCD desde um “nível a menos”, de acordo com a

⁶⁵ NT: [MPC Sessão 2.02. (7)] **O Requisito do Conhecimento é Satisfeito pelo Conhecimento da Alta Probabilidade**. Quando o conhecimento da existência de um fato específico é um elemento de um crime, tal conhecimento é demonstrado se uma pessoa estiver ciente da alta probabilidade de sua existência, a menos que ela realmente acredite que tal fato não existe.

⁶⁶ Grifo no original.

escala relativa ao elemento intencional. Para essa vertente, consoante com Huergo (2010, p.4), a TCD se situaria a partir da noção do *Recklessly* (vide item III acima), ou seja, por uma “conduta imprudente”, de forma que “*permitiendo en caso de no existir “alta probabilidad”, la aplicación de la recklessness, [...] Alrededor de esta formulación autores norteamericanos consideran que ha sido receptada la doctrina de la willful blindness*”. Entretanto, a tendência majoritária procura evitar que a TCD seja entendida como uma ferramenta orientada por um parâmetro de conduta ideal do “*law-abiding person*” (pessoa cumpridora da lei) relativo ao *Recklessly*, o que implicaria um gravame axiologicamente incompatível para a responsabilização acerca de um desvio do “dever de conduta conforme a lei”. A mesma consideração crítica é feita por David Luban (1999, p. 959) à corrente a qual ele denomina “*Negligence Approach*”, que circuncreve a ideia da TCD pautada em uma premissa de dever de cuidado, particularmente cara ao conceito de negligência.

Uma vez estabelecidos os aportes normativos que sustentam a TCD desde a instituição do *Model Penal Code*, passa-se a analisá-los sistematicamente com suas manifestações jurisprudenciais nas cortes americanas.

3.3.2. Contornos Jurisprudenciais

Retomando a noção interpretativa do *Knowingly*, deve-se observar que embora a incorporação da TCD tenha sido considerada tradicionalmente a partir de uma ideia de “equiparação” entre “conhecimento positivo” e o “conhecimento de alta probabilidade”, tal como foi consignada inicialmente no teor de *United States v. Jewell* (*Jewell*, 532 F.2d at 700), tal conotação se mostra contemporaneamente superada, uma vez que a partir dessa ideia se criava uma equivocada visão de ambivalência de extremos, induzindo a uma percepção aparentemente paradoxal. Exemplo desse desacerto é verificado nas considerações introdutórias de David Luban (1999, p. 959):

In essence, the doctrine states that willful ignorance is equivalent to knowledge. Self-generated deniability doesn't work: you can be convicted of knowingly committing a crime even if you don't commit it knowingly-provided that you

contrived your own ignorance. The doctrine seems intuitively just. But why? It is Biblical wisdom that we forgive those who know not what they do. Culpability presupposes a guilty mind. But ignorance is nothing more than an empty mind, and for that reason there is a profound puzzle in explaining exactly why ignorance, willed or not, should support criminal convictions. The Orwellian-sounding identity *IGNORANCE = KNOWLEDGE* is, to put it mildly, an equation crying out for a theory⁶⁷.

A premissa da “equiparação” pressupõe uma outra anterior igualmente equivocada de que os componentes não são só distintos como opostos entre si, de tal sorte que, quando justapostos por meio da equiparação, os conduzem a esse paradoxo semelhante à alusão orwelliana de Luban (1999), que supostamente nos impõe sua adesão perigosa por meio da TCD. Tal circunstância é ainda mais acentuada por um jogo de palavras que se vale do termo “ignorância”, em seu sentido comum, ao considerá-la como “*empty mind*” (mente vazia), conforme excerto acima, em contraste ao conhecimento pleno. Trata-se, portanto, de um reducionismo originado por uma dupla incorreção semântica percebida dos termos “equiparação” e “ignorância”, que devem ser reavaliados⁶⁸.

Diante de tal lapso, revisitando o julgado de 2011 da Suprema Corte, *Global-Tech Appliances, Inc. et. al. v. Seb S.A*, encontramos um acertado aperfeiçoamento técnico-jurídico em relação ao primeiro termo, de maneira que assim se expressa:

Following our decision in *Spurr*, several federal prosecutions in the first half of the 20th century invoked the doctrine of willful blindness. Later, a 1962 proposed draft of the Model Penal Code, which has since become official, attempted to incorporate the doctrine by **defining “knowledge of the existence of a particular fact” to include a situation in which “a person is aware of a high probability of [the fact’s] existence, unless he actually believes that it does not exist.”** ALI, Model Penal Code §2.02(7) (Proposed Official Draft 1962). Our Court has

⁶⁷NT: Em essência, a doutrina afirma que a ignorância intencional é equivalente ao conhecimento. A negação concebida de si mesma não funciona: você pode ser condenado por cometer um crime com conhecimento, mesmo se você não tenha cometido conscientemente, desde que você tenha planejado sua própria ignorância. A doutrina parece intuitivamente simples. Mas por quê? É sabedoria bíblica que nós perdoamos aqueles que não sabem o que fazem. A culpabilidade pressupõe uma mente culpada. Mas a ignorância não é mais do que uma mente vazia e, por essa razão que há um profundo quebra-cabeça em explicar exatamente por que a ignorância, desejada ou não, deve sustentar condenações criminais. A identidade orwelliana toada *IGNORÂNCIA = CONHECIMENTO* é, para dizer o mínimo, uma equação que clama por uma teoria.

⁶⁸Esse assunto será desenvolvido apropriadamente no item 4.2.1., em que esse equívoco reducionista será analisado sob uma abordagem crítico-filosófica. Portanto, as considerações trazidas neste tópico se limitam aos aspectos necessários para entender os contornos jurisprudências a concepção contemporânea da TCD.

used the Code's definition as a guide in analyzing whether certain statutory presumptions of knowledge comported with due process. See *Turner v. United States*, 396 U. S. 398, 416–417 (1970); *Leary v. United States*, 395 U. S. 6, 46–47, and n. 93 (1969). And every Court of Appeals—with the possible exception of the District of Columbia Circuit, see n. 9, *infra*—has fully embraced willful blindness, applying the doctrine to a wide range of criminal statutes.⁶⁹ (563 U. S. ____ (2011), p.11-12)⁷⁰

Superando a noção de “equiparação” para utilizar a ideia de “inclusão”, a interpretação da Suprema Corte dos dispositivos do MPC vai ao encontro da análise sobre a concepção do *Knowingly* como gênero, cujas espécies são o “*positive knowledge*⁷¹” e “*knowledge of high probability*⁷²”. Assim, ambas não se identificam por equiparação, mas são abarcadas por um conceito maior de conduta consciente, de forma que, ao tratar do *knowingly*, deve-se ter em mente dois tipos de relações semânticas: uma metonímica, de continente-conteúdo; e outra de hiperônimo-hipônimo, a fim de compreendê-la adequadamente na aplicação da TCD. Trata-se, portanto, de uma importante precisão técnica da Suprema Corte que afasta um equívoco reducionista prejudicial a uma compreensão atual da TCD no direito norte-americano.

Outro aprimoramento jurisprudencial refere-se à consagração de dois requisitos determinantes que funcionam na detecção do comportamento compatível com a ideia de cegueira deliberada. Recuperando novamente o teor do *case Global-Tech Appliances, Inc. et. al. v. Seb S.A.*⁷³, no *Opinion of the Court* do Magistrado Alito, em que acompanham

⁶⁹NT: Seguindo nossa decisão em *Spurr*, vários processos federais na primeira metade do século XX invocaram a doutrina da cegueira deliberada. Mais tarde, no esboço do *Model Penal Code* proposto 1962, que desde então se tornou oficial, atentou-se em incorporar a doutrina ao **definir que “o conhecimento da existência de um fato particular” inclui a situação em que “uma pessoa está ciente da alta probabilidade da existência [do fato], a menos que ele realmente acredite que tal fato não existe.** ALI, *Model Penal Code* §2.02(7) (Esboço Oficial Proposto em 1962). Nossa corte tem usada definição do *Model Penal Code* como um guia na análise de que certas presunções legais de conhecimento são adequadas ao devido processo. Vide *Turner v. United States*, 396 U. S. 398, 416–417 (1970); *Leary v. United States*, 395 U. S. 6, 46–47, e n. 93 (1969). E todas Cortes de Apelação – com a possível exceção do Circuito do Distrito de Columbia, vide n. 9, *infra* – tem abraçado plenamente a cegueira deliberada, aplicando a doutrina a uma ampla gama de estatutos criminais.

⁷⁰Grifo meu.

⁷¹NT: Conhecimento positivo.

⁷²NT: Conhecimento de alta probabilidade.

⁷³ Embora este caso tenha dado notoriedade contemporânea no que se refere aos vetores de aplicação da TCD, deve-se ter em conta que já haviam casos anteriores em que tal aspecto fora abordado, vide *United States v. Pacific Hide & Fur Depot, Inc.*, em 1985, a propósito de um caso envolvendo crime ambiental, manifestou o Nono Circuito: “A [willful blindness] instruction is properly given only when defendant claims a lack of guilty knowledge and the proof at trial supports an inference of deliberate ignorance. It is not enough that defendant was mistaken, recklessly disregarded the truth, or negligently failed to inquire. Instead, the government must present evidence indicating that defendant purposely contrived to avoid learning all of the

os Magistrados C. Roberts, Scalia, Thomas, Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan (e discordando o Magistrado Kennedy), temos que:

While the Courts of Appeals articulate the doctrine of willful blindness in slightly different ways, all appear to agree on two basic requirements: (1) the defendant must subjectively believe that there is a high probability that a fact exists and (2) the defendant must take deliberate actions to avoid learning of that fact⁷⁴. (563 U. S. ____ (2011), p.13)

Nesse diapasão, se estabelecem dois vetores necessários à identificação de uma conduta passível de ser aplicada a TCD. Tal como já foram anteriormente referidos, trata-se de um requisito subjetivo, constituído pela circunstância em que o agente subjetivamente acredita que há uma alta probabilidade de que um fato exista dentro de seu domínio de percepção; e de um requisito objetivo, em que o agente realiza atos intencionais (comissivos ou omissivos) compatíveis com quem pretenda evitar tomar conhecimento efetivo daquele fato, afastando-o para além de sua órbita cognoscível. Ambos os requisitos devem ser cumulativamente demonstrados no caso concreto para que se verifique um intuito do agente em cegar-se deliberadamente sobre um elemento de sua conduta – ou resultante dela –, culminando em um ilícito. Isso significa dizer que os requisitos possuem uma relação de implicação, pois como se mostra em fenômenos semelhantes – a exemplos da demonstração acerca da evidência do tipo subjetivo no caso concreto –, que para acessar essa informação de natureza subjetiva, o qual não se pode ser simplesmente presumido, deve-se realizar um processo de ilação a partir de

facts in order to have a defense in the event of subsequent prosecution. Absent such evidence, the jury might improperly infer guilty knowledge on the basis of mere negligence without proof of deliberate avoidance”. (NOE, 1993, p.1471). NT: Uma instrução [da cegueira intencional] é apropriadamente dada somente quando o réu afirma a ausência de conhecimento culpável e a prova no julgamento sustenta uma inferência da cegueira deliberada. Não basta que o réu tenha se enganado, negligenciado imprudentemente a verdade ou negligentemente falhado em se informar. Em vez disso, o Estado deve apresentar provas indicando que o réu propositadamente evitou tomar conhecimento de todos os fatos para se defender em caso de posterior processo judicial. Ausentes tais evidências, o júri pode inferir indevidamente o conhecimento culpável com base na mera negligência sem prova da evitação deliberada.

⁷⁴NT: Enquanto as Cortes de Apelação articulam a doutrina da cegueira deliberada de maneiras ligeiramente diferentes, todos concordam em dois requisitos básicos: (1) o réu deve acreditar subjetivamente que há uma alta probabilidade que um fato existe e (2) o réu deve realizar medidas deliberadas a fim de evitar tomar conhecimento do fato.

dados sensíveis à percepção humana, cuja natureza é objetiva (vide item 5.4.1. em especial).

Adequando esse raciocínio aos vetores da TCD mencionados pela Suprema Corte, concebe-se que o requisito subjetivo como proposição inferível por captação de elementos fáticos que corroborem para uma ideia de um conhecimento por alta probabilidade e que, em contrapartida, se reflete na postura do agente, passa a tomar medidas no sentido de afastar-se do conhecimento pleno a respeito de uma transgressão. Nessa linha, prosseguem os apontamentos da Suprema Corte:

We think these requirements give willful blindness an appropriately limited scope that surpasses recklessness and negligence. Under this formulation, a willfully blind defendant is one who takes deliberate actions to avoid confirming a high probability of wrongdoing and who can almost be said to have actually known the critical facts. See G. Williams, *Criminal Law* §57, p. 159 (2d ed. 1961) (“A court can properly find willful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew”). By contrast, a reckless defendant is one who merely knows of a substantial and unjustified risk of such wrongdoing, see ALI, *Model Penal Code* §2.02(2)(c) (1985), and a negligent defendant is one who should have known of a similar risk but, in fact, did not, see §2.02(2)(d).⁷⁵ (563 U. S. ____ (2011), p.13-14)

De acordo com o teor do *decisium* supracitado, a partir desses dois requisitos também se estabelecem as notas distintivas entre o conteúdo da TCD, no âmbito *knowingly*, e os graus menores de conduta como o *recklessly* e o *negligently*.

De fato, ao destacar os elementos subjetivo e objetivo como necessários à configuração TCD, difere-se das demais formas de agir na medida em que tais aspectos não se revelam no teor de uma conduta imprudente ou negligente previstas no MPC. A mera indiferença consciente a respeito de um risco substancial e injustificado que viola um dever de conduta que seria seguida por uma pessoa respeitadora da lei – ou seja, uma

⁷⁵ NT: Nós pensamos que esses requisitos conferem a cegueira deliberada um alcance apropriadamente limitado, que supera a imprudência e a negligência. Sob essa formulação, um réu intencionalmente cego é aquele que toma medidas deliberadas para evitar a confirmação de uma alta probabilidade de transgressão, e que quase se pode ser dito ter ele realmente conhecimento os fatos críticos. Vide G. Williams, *Criminal Law* §57, p. 159 (2d ed. 1961) (“Um tribunal pode encontrar apropriadamente a cegueira deliberada apenas onde quase se pode dizer que o réu realmente sabia”). Em contrapartida, um réu imprudente é aquele que apenas conhece um risco substancial e injustificado de tais transgressões. Vide ALI, *Model Penal Code* §2.02(2)(c) (1985) e um réu negligente é aquele que deveria saber de um risco semelhante, mas na verdade não o soube. Vide §2.02(2)(d).

conduta imprudente – é incompatível com a postura do sujeito em relação a um conhecimento por alta probabilidade (requisito subjetivo), pois para este último a crença de que há enormes chances de um fato ilícito existir, ou vier a existir por sua conduta, não lhe é indiferente, ao contrário, se mostra um aspecto intuitivamente relevante ao concluir por realizar ações destinadas a afastar o conhecimento pleno do fato, atitude esta (requisito objetivo) igualmente não perceptível naquela modalidade de conduta.

Em contraponto, o simples dever de estar ciente a respeito de um risco substancial e injustificado, cuja falha é resultado de uma inobservância de um dever de cuidado que seria seguido por um homem médio – portanto, uma conduta negligente – é igualmente incompatível com a postura do sujeito em relação a um conhecimento por alta probabilidade (requisito subjetivo), porque desta não resulta em falha proveniente de um “dever de estar ciente”, mas sim de um processo gradual de apreensão cognitiva que, elevando a probabilidade de conhecimento, é intencionalmente interrompido por medidas no sentido de obstar sua plenitude (requisito objetivo), que nada tem a ver com a ideia de inobservância de um dever de cuidado nos parâmetros de homem médio.

Ademais, os vetores de aplicação da TCD suscitados pela Suprema Corte foram integralmente aplicados no deslinde do próprio caso *Global-Tech Appliances, Inc. et. al. v. Seb S.A.*, de modo que a partir de uma análise conjunta das seguintes evidências: i) o cuidado que a Pentalpha teve em escolher um modelo de fritadeira estrangeira da SEB sem o aviso de marcação de patente dos Estados Unidos para ser copiado; e ii) a decisão da Pentalpha em copiar todos os elementos tecnológicos, exceto as características estéticas, levaram à identificação do requisito subjetivo e que portanto a “[...] *Pentalpha subjectively believed there was a high probability that SEB’s fryer was patented [...]*”⁷⁶ (563 U. S. ____ (2011), p. 16). Por outro lado, com base na evidência de que iii) a Pentalpha decidiu não informar seu advogado, responsável pela avaliação da patente, que o protótipo apresentado era uma cópia fraudulenta de um produto estrangeiro da SEB, caracterizou-se como demonstrado o requisito objetivo, uma vez que o ato de não informar um dado de tal relevância foi uma medida de afastar a (o conhecimento da) constatação de que aquele produto já seria patenteado por outra empresa e, reflexamente, mostrou-se um ato compatível com as evidências que apoiaram a crença

⁷⁶ NT: “[...] a Pentalpha havia subjetivamente acreditado que havia uma alta probabilidade de que a fritadeira da SEB fosse patenteada [...]”.

altamente provável por parte da Pentalpha de que seu protótipo violaria as normas de patente americana, confirmando a natureza de seu requisito subjetivo.

4. VICISSITUDES DO CONHECIMENTO: CONTRIBUIÇÕES CRÍTICO-AXIOLÓGICAS

4.1. ABORDAGENS FILOSÓFICAS

Preliminarmente, podemos considerar que a filosofia, de modo geral, reconhece três estados mentais a respeito de fatos empíricos, a saber: opinião, crença e conhecimento; tal como explica Robbins (1999), cada qual representa a descrição de uma relação que se estabelece entre qualidades objetivas de uma evidência e o nível de convicção subjetiva que ela produz no sujeito cognoscente. Em uma perspectiva kantiana, portanto, i) a opinião será o ato de julgar alguma coisa como verdadeira com consciência de que sua convicção é subjetiva e objetivamente insuficiente; por outro lado, ii) se esse juízo for suficientemente subjetivo, mas insuficiente no âmbito objetivo, estaremos diante da crença; e, por fim, iii) se o juízo for suficientemente subjetivo e objetivo, considerar-se-á conhecimento (ROBBINS, 1999). Partindo desses aportes iniciais, interessa-nos em relação ao propósito deste trabalho os dois últimos tipos de estado mental: a crença e o conhecimento.

Além do mais, dentre as matizes filosóficas de concepção do conhecimento sobre fatos e ideias e suas existências na realidade, convém destacar, a princípio, duas vertentes teóricas que a compreendem de forma antagônica, as quais tendem a ser denominadas “concepção positiva do conhecimento” e “concepção negativa do conhecimento” (IORIO, 2011).

A primeira concepção agrega uma linha histórica de pensamento que remonta à Platão, sendo desenvolvida por Descartes e, de forma determinante, por Comte, cuja essência, em síntese, sustenta que *“só se pode qualificar de conhecimento aquilo que se consegue demonstrar através da razão ou que pode ser explicado empiricamente, a partir de observações concretas e neutras em relação a qualquer teoria”* (IORIO, 2011, p.39-40). Na concepção positiva, a razão de ser do conhecimento é identificada com uma ideia de certeza proveniente da demonstração lógica ou confiança nas observações empíricas, cuja natureza metodológica é essencialmente indutiva. Ubiratan Jorge Iorio (2011) relaciona essa postura à crença construtivista, que, conseqüentemente, se leva a criar

sistemas justificantes para estabelecer critérios racionalistas de determinação da própria extensão do conhecimento – ainda, tal concepção também recebe o rótulo de “justificacionista”.

Em contrapeso, a concepção negativa abrange uma orientação histórica de pensadores que reúne, entre outros nomes da tradição das liberdades individuais, figuras como Locke, Mandeville, Hume, Smith e Hayek, e pauta-se na ideia de que *“nós sabemos mais do que aquilo que pensamos saber e que, portanto, é impossível quantificar ou estabelecer todo o nosso conhecimento”* (IORIO, 2011, p.39). Na concepção negativa, portanto, o conhecimento é tido como algo que ultrapassa a própria razão humana, não sendo objetivamente quantificável a propósito de precisar sua plenitude. Em certo sentido, implica afirmar que todo conhecimento é passível de se aperfeiçoar, uma vez que não temos como dimensionar sua totalidade dentro da nossa razão. O método científico adotado por esta concepção é o dedutivo, o qual remete ao pensamento filosófico-epistêmico de Karl Popper, tornando essa vertente negativa do conhecimento afamada pelo rótulo de “falsificacionismo”.

Justapostos ambos os pensamentos, depreende-se que, em última análise, se trata de uma tensão estabelecida sobre a ideia de extensão e limite do conhecimento, do qual se desdobra em um conjunto de questões que implicam conceber a forma como esse conhecimento se processa em relação ao sujeito e como este se posiciona em face à realidade.

4.1.1. O Empirismo de Locke: Conhecimento intuitivo, demonstrativo e sensitivo

Dentro da vertente negativa do conhecimento se deve destacar o pensamento de John Locke, compreendido em seu trabalho intitulado “Ensaio sobre o Entendimento Humano” (1689), tratando, em especial, sobre a origem e desenvolvimento do conhecimento. O autor inicia sua análise acerca deste tópico em específico afirmando que as atividades mentais de pensamento e raciocínio não possuem outros objetos imediatos exceto suas próprias ideias, de modo que nosso conhecimento se relaciona apenas a elas. Por conseguinte, Locke afirma que o conhecimento consiste em um processo de percepção sobre ideias que ocorre por duas formas distintas: a) conexão e acordo, ou b) desacordo

e rejeição. Diz o autor, portanto, que *“onde se manifesta esta percepção há conhecimento e, onde ela não se manifesta, embora possamos imaginar, adivinhar ou acreditar, nos encontramos distantes do conhecimento”* (LOCKE, 1999, p.211).

Essa correspondência de acordo/desacordo sobre as ideias opera-se em relação a quatro aspectos: i) identidade ou diversidade: o primeiro ato mental de perceber o que cada ideia é e suas diferenças, distinguindo-as das demais – pois para Locke, saber que “uma ideia não é a outra” é uma operação de extrema importância para realizar o conhecimento; ii) relação: refere-se à assimilação da correspondência entre as ideias afins em substância, modo, etc.; iii) coexistência: refere-se ao sentido de que na substância de uma ideia comporta simultaneamente outras que a acompanham, não se excluindo mutuamente; e iv) existência real: é a percepção que verifica se há uma existência real e atual de um objeto que concorde com a ideia, isto é, se a nossa ela tem respaldo em uma realidade fora de nossa mente.

Posto isto, Locke nos diz que o conhecimento não é um processo de circunstância “única”, pois existem várias maneiras pelas quais a mente é possuída da verdade. Sendo assim, o autor distingue em: a) conhecimento atual, que *“é a visão presente que a mente tem do acordo ou desacordo de qualquer de suas ideias, ou da relação que elas têm entre si”* (LOCKE, 1999, p. 213); e b) conhecimento habitual, em que o sujeito, ao realizar o juízo de acordo ou desacordo sobre uma proposição de ideias, se ela lhe surge novamente em outro momento posterior, sua memória direcionará o seu juízo para a perspectiva em que considerará certo e seguro conforme seu registro cognitivo, de modo que este sujeito conhece as verdades que já foram frutos de percepções anteriores claras e completas.

Em seu esforço filosófico, Locke nos traz um importante subsídio para uma análise da problemática do conhecimento na cegueira deliberada: trata-se da noção de “graus de conhecimento”, para a qual ele constata que *“as diferentes clarezas de nosso conhecimento dependem dos diferentes meios de percepção que a mente tem do acordo ou desacordo de quaisquer de suas ideias”* (LOCKE, 1999, p.217).

Consoante o pensador inglês, o conhecimento se manifesta, a princípio, em dois graus: o intuitivo e o demonstrativo. O primeiro evidencia como a mente percebe o acordo/desacordo entre ideias *“imediatamente por elas mesmas”* (LOCKE, 1999, p.217),

sem que haja outra ideia interveniente, pois a mente não necessita se envidar por outro fator intermediário para examiná-las essencialmente. Ainda, segundo Locke, o conhecimento intuitivo:

[...] é o mais claro e o mais seguro de que é capaz a fragilidade humana. Depende dessa intuição toda certeza e evidência de todo o nosso conhecimento, cuja certeza cada um descobre ser maior do que pode imaginar, e, portanto, não necessita de uma maior. Quem pede uma certeza maior do que esta não sabe o que está pedindo, e apenas mostra que é dotado de uma mente para ser um cético, sem ser capaz de sê-lo. (1999, p.217)

O conhecimento demonstrativo, por sua vez, ocorre quando a consciência percebe o acordo/desacordo entre duas ideias de forma não imediata. Nesse caso, a mente humana, para estabelecer essa relação, necessitará recorrer à outra ideia (ou outras mais) correlacionando-a com as primeiras para que se possa obter seu conhecimento:

[...] quando a mente não pode reunir suas ideias mediante uma comparação imediata, e como se isto fosse justaposição ou aplicação de uma sobre outra a outra, para perceber seu acordo ou desacordo, a mente resigna-se, com base na intervenção de outras ideias (uma ou mais, segundo o que ocorre), a descobrir o acordo ou desacordo que busca, e é a isto que denominamos raciocínio. (LOCKE, 1999, p. 218)

Para Locke, as ideias intervenientes nesse tipo de grau de conhecimento são denominadas “provas”, enquanto que o acordo/ desacordo evidenciado por meios delas é denominado “demonstração”. E de quanto mais provas – e, por conseguinte, mais demonstrações – se precisar para chegar à evidência de um acordo/desacordo (isto é, o conhecimento), menos “brilho” e “segurança” e, portanto, mais imperfeito tal conhecimento demonstrativo se torna (2011, p.218); enquanto que a razão intuitiva, sendo independente de dados intermediários, é entendida como imediata, portanto transmite ao sujeito mais segurança e perfeição quanto a sua evidência.

Outra consideração importante de Locke é que mesmo no desenvolvimento do conhecimento demonstrativo, o qual neste caso se pode considerar como em “primeiro plano”, a mente opera simultaneamente em um “segundo plano” um conhecimento intuitivo, pois se para aquele primeiro a evidência de um acordo/desacordo entre ideias requerer o suporte de uma terceira (a prova), o grau de conhecimento que se utiliza para interpor essa prova entre as duas ideias e correlacioná-las é eminentemente intuitivo. Pois se assim não o fosse, não poderia ser considerada uma percepção de operação imediata, o que implica afirmar a existência de outro elemento interveniente, e para correlacionar esse último, se precisaria de mais outro, e para este *idem*, seguindo assim *ad infinitum*, o que inviabilizaria todo o processo de conhecimento demonstrativo por si próprio. A propósito dessa análise filosófica, Locke conclui:

Estas duas, a saber, intuição e demonstração, são os graus do nosso *conhecimento*; seja o que for que não corresponder a um desses, por mais que seja dotado de segurança, é apenas *fé* ou *opinião*, mas não conhecimento, ao menos em todas as verdades gerais. (1999, p. 221)

Todavia, Locke não ignora uma terceira forma de percepção da mente que se aplica em relação à “*existência particular de seres finitos exteriores a nós, que indo além da simples probabilidade, e ainda não alcançando perfeitamente nenhum dos graus anteriores de certeza, assume o nome de conhecimento*” (1999, p.221). O filósofo descreve a seguinte situação:

Não pode haver nada mais certo do que a ideia que recebemos em nossas mentes de um objeto externo, sendo este o conhecimento intuitivo. Mas, se há algo mais do que simplesmente esta ideia em nossas mentes, se podemos deste modo inferir certamente a existência de algo fora de nós, que corresponde a esta ideia, supõe-se que é por este meio que alguns homens pensam que lá deve haver uma questão; porque os homens podem ter essas ideias em suas mentes, quando tais coisas não existem, nem tais objetos impressionam seus sentidos. Mas ainda aqui penso que estamos providos com uma evidência que nos coloca além das dúvidas. (LOCKE, 1999, p. 221)

A evidência a qual Locke se refere é a percepção e consciência que temos quando as ideias relacionadas aos objetos externos entram em nosso conhecimento por suas impressões aos sentidos, o que nos permite reviver em nossa mente suas impressões de maneira sensitiva. Acrescenta-se nos “graus de conhecimento”, portanto, o conhecimento sensitivo, relacionando-se com os demais.

Deve-se ressaltar, também, que para Locke o conhecimento moral comporta a mesma possibilidade de certeza real como o conhecimento matemático, pois essa certeza, segundo o pensador, é uma percepção de acordo e desacordo em nossas ideias, seja ela realizada de modo imediato, constituindo-se pela via intuitiva, ou por intermédio de uma prova (ideia intermediária), constituindo-se pela via demonstrativa; portanto, *“nossas ideias morais, como as matemáticas, sendo elas mesmas arquétipos, e ideias tão adequadas e completas, todo o acordo ou desacordo que descobrimos nelas produzirá conhecimento real, do mesmo modo que nas figuras matemáticas”* (LOCKE, 1999, p. 239).

4.1.2. A Crença Causal de Hume: Raciocínio provável e raciocínio demonstrativo

Outra importante contribuição filosófica sobre o conhecimento a qual devemos igualmente destacar é a de David Hume, cuja obra “Investigação Acerca do Entendimento Humano” (1748), trouxe uma importante interpretação de natureza ceticista ao postulado da então chamada “certeza absoluta” (IORIO, 2011). Em síntese, Hume acredita que os raciocínios que se referem aos fatos estão calcados em uma relação de causalidade, que nos permite ir além de nossa memória e dos nossos sentidos:

Se tivésseis que perguntar a alguém por que acredita na realidade de um fato que não constata efetivamente, por exemplo, que eu amigo está no campo ou na França, ele vos daria uma razão, e esta razão seria um outro fato: uma carta que recebeu ou o conhecimento de suas resoluções e promessas anteriores. Um homem, ao encontrar um relógio ou qualquer outra máquina numa ilha deserta, concluiria que outrora havia homens na ilha. (HUME, 2006, p.40-41)

Por conseguinte, Hume deduz que, se o raciocínio acerca de fatos e existência é fundado em uma relação de causa e efeito, esta, por sua vez, é identificada pela nossa experiência diante de circunstâncias que nos revelam essa causalidade. Ainda, o autor classifica esse tipo de raciocínio como “raciocínio moral ou provável”, que pode eventualmente ser considerado “próximo”, “distante”, “direto” ou “colateral”, contrapondo-o ao “raciocínio demonstrativo”, que se refere às relações de ideias. Hume afirma que esse raciocínio moral ou provável não engloba de modo algum argumentos demonstrativos: *“pois não é contraditório o fato de que o curso da natureza pode modificar-se e que um objeto, aparentemente semelhante aos já observados, possa ser acompanhado de efeitos diferentes ou contrários”* (2006, p.51). O autor considera que causa e efeito são eventos invariavelmente distintos e, de algum modo, passamos a ter uma expectativa de que eles se repetirão de igual forma no futuro se as circunstâncias forem novamente semelhantes. Para essas conclusões derivadas da experiência, é necessária uma outra força intermediária, a qual o Hume vai chamar de “princípio do costume ou hábito”:

Sem a influência do costume, ignoraríamos completamente toda questão de fato que está fora do alcance dos dados imediatos da memória e dos sentidos. Nunca poderíamos saber como ajustar os meios em função dos fins, nem como empregar nossas faculdades naturais para a produção de um efeito. Seria, ao mesmo tempo, o fim de toda ação como também de quase toda a especulação. (HUME, 2006, p. 62)

Nesta linha, Hume conclui que todas as inferências extraídas da experiência são efeitos do costume e não do raciocínio. O “princípio do costume” é, portanto, um vetor que permitirá correlacionar inferências derivadas de um raciocínio sobre fatos e existência operada pelo sujeito. Ademais, a consideração a seguir se revela particularmente importante ao nosso estudo:

[...] se não partirmos de um fato presente à memória ou aos sentidos, nossos raciocínios serão puramente hipotéticos; e seja qual for o modo como estes elos particulares estejam ligados entre si, toda a cadeia de inferência não teria nada que lhe servisse de apoio e jamais por meio dela poderíamos chegar ao conhecimento de uma existência real. Se vos perguntasse por que acreditais em determinado fato que relatais, deveis indicar-me alguma razão; e esta razão será

um outro fato em conexão com o primeiro. Entretanto, como não podeis proceder desta maneira *in infinitum*, deveis finalmente terminar por um fato presente a vossa memória ou aos vossos sentidos, ou deveis admitir que vossa crença é inteiramente sem fundamento. (HUME, 2006, p. 63)

Identificando os fatores desse processo, mais adiante o filósofo escocês complementa:

Toda crença, em matéria de fato ou existência real, procede unicamente de um objeto presente à memória ou aos sentidos e de uma conjunção costumeira entre esse e algum outro objeto. Ou, em outras palavras, como o espírito tem encontrado em numerosos casos que dois gêneros quaisquer de objetos – a chama e calor, a neve e o frio – sempre tem estado em conjunção, se, de novo, a chama ou a neve se apresentassem aos sentidos, o espírito é levado pelo costume a esperar calor ou frio, e a acreditar que esta qualidade existe realmente e que se manifestaria se estivesse mais próxima de nós. (HUME, 2006, p. 63-64)

A partir deste ponto, compreender e distinguir a crença da mera ficção torna-se uma questão crucial à Hume, pois esta última implica um procedimento voluntário de anexar uma ideia a uma concepção (pois esta pode ou não contrariar a experiência), o que resulta para o sujeito em acreditar naquilo que lhe seja agradável, de modo que “podemos, quando pensamos, juntar a cabeça de um homem a um corpo de um cavalo, mas não está em nosso poder acreditar que semelhante animal tenha alguma vez existido.” (2006, p.65). Portanto, diferindo da ficção, Hume conclui que há algum tipo de sentimento ou maneira de sentir que se vincula à crença, independentemente de sua vontade ou manipulação, de forma que é despertado a partir de circunstâncias da órbita de percepção do sujeito. Essa operação ocorre todas as vezes que um objeto se apresenta à memória ou aos sentidos e que, pelo princípio do costume, a mente é levada imediatamente a conceber outros objetos que lhe estão habitualmente conexos, e essa cadeia de eventos é abrangida por um sentir que independe da vontade do sujeito, isto é, a crença.

O filósofo observa que a crença não fica restrita ao objeto que se apresenta ao sujeito, mas também se manifesta nos objetos próximos e essa transição de uma ideia presente para as demais correlatas faz com que estas últimas ganhem força e solidez a partir da primeira. Com efeito, isso ocorre por através de mecanismos de interligação, isto é, as

formas de conexão entre ideias particulares, que foram deduzidas por Hume a três espécies: i) semelhança, ii) contiguidade e iii) causalidade, os quais respectivamente são exemplificados: i) quando nos deparamos com a presença de um retrato de um amigo ausente; ii) quando se aproxima a um lugar conhecido, se salta a mente todos os elementos nele contidos; e iii) quando se apresenta um filho ou de um amigo morto ou ausente. Em suma, explica o filósofo:

O retrato exerce influência porque cremos que nosso amigo alguma vez já existiu. A contiguidade com nossa casa não pode jamais estimular nossas ideias sobre ela, a menos que creiamos que a casa realmente exista. Ora, afirmo que esta crença – se se estende além dos dados da memória ou dos sentidos – é de natureza semelhante e surge das causas semelhantes à transição do pensamento e vivacidade da concepção, aqui explicadas. (HUME, 2006, p.72)

Concluindo sua análise filosófica a respeito desse tipo de processo cognitivo humano, ou como ele chama “raciocínio moral ou provável”, Hume tece as seguintes considerações:

O costume é o princípio que tem realizado esta correspondência, tão necessária para a conservação de nossa espécie e para o regulamento de nossa conduta em todas as circunstâncias e situações da vida humana. Se a presença de um objeto não despertasse instantaneamente a ideia dos objetos que comumente estão unidos a ele, todo nosso conhecimento deveria limitar-se à estreita esfera da nossa memória e dos nossos sentidos, e jamais seríamos capazes de adaptar os meios em vista dos fins ou de empregar nossos poderes naturais para produzir o bem ou evitar o mal. (2006, p. 74)

Igualmente, ao atribuir o adjetivo “provável” a esse tipo de raciocínio anteriormente exposto, o autor indica uma importante premissa a ser avaliada a respeito dessa ordem de conhecimento: a ideia de probabilidade. Não passando tal noção em despercebido, Hume dedica um tópico específico na mesma obra para tratar desse fator em relação à crença, o qual nos interessa trazer alguns apontamentos.

Precisamente, o pensador escocês introduz a seguinte afirmação: *“embora não haja tal coisa como acaso no mundo, nossa ignorância da causa real de qualquer evento tem*

igual influência sobre o entendimento gerando equivalente tipo de crença ou opinião” (HUME, 2006, p.75). Eis que dessa influência sobre o entendimento se compreende uma relação de probabilidade que se manifesta da seguinte forma: na medida em que há uma superioridade de possibilidades em favor de uma parte e ela recebe um aumento em sua proporção de forma a exceder as possibilidades opostas, também se elevará proporcionalmente o grau de crença ou assentimento em relação àquela.

Segundo Hume, essa percepção sobre probabilidade tem um importante impacto no espírito do sujeito, uma vez que quando possibilidades distintas se vinculam cada qual a objetos correlatos que, por seu turno, convergem-se para uma ideia comum, tende-se fluir para esta última uma maior concentração de crenças, dando a ela a primazia da possibilidade de seu evento perante o sujeito. Esse fenômeno, segundo o filósofo, também é verificável no âmbito da causalidade em que se funda o raciocínio sobre fatos e existência:

[...] se temos encontrado que diferentes efeitos acompanham causas que em *aparência* são exatamente similares, todos estes efeitos variados devem apresentar-se ao espírito ao transferir o passado ao futuro, e devemos considerá-los quando determinamos a probabilidade do evento. Embora damos preferência ao efeito que tem mais sido mais usual e creiamos que ele existirá, não devemos descuidar dos outros efeitos, porém devemos assinalar para cada um deles uma autoridade e pesos específicos, em proporção à maior ou menor frequência em que os temos encontrado. (HUME, 2006, p.77)

4.1.3. Breves Considerações Sobre a Doutrina do Probabilismo

Apresentadas sinteticamente essas importantes apreciações filosóficas sobre o conhecimento, torna-se necessário considerar um parênteses a respeito desse aspecto em relação à ideia de probabilidade a partir de uma terceira perspectiva, um contraponto crítico-axiológico de especial interesse.

A respeito da noção de conhecimento provável e, mais precisamente, da ideia de probabilidade, Mário Ferreira dos Santos (1958) nos ensina que, mesmo diante da perspectiva de que não se pode conhecer “por certeza” acerca de alguma coisa e sim tão somente “por certa probabilidade” – cuja posição filosoficamente sistematizada sustenta a

denominação “probabilismo” –, o conceito de probabilidade em si aceita a própria ideia de verdade “por certeza”, pois se algo é considerado provável, isso implica afirmar a existência de um ponto fixo invariável – isto é, “algo certo” – a partir do qual sua referência constitui seu grau de distanciamento em que se encontra o estado cognitivo do sujeito.

Em vista disso, considera o autor (SANTOS, 1958) que o probabilismo, como doutrina, encerra a ideia de que nosso saber é apenas de verossimilhança e não de verdade absoluta, de modo que nosso conhecimento se opera na capacidade de distinguir proposições mais ou menos prováveis. Entretanto, questionando a razão pela qual o conhecimento possa atingir continuamente o provável sem poder atingir o certo, Santos (1958) identifica uma contradição formal interna dessa doutrina que, tal como o ceticismo absoluto, limita-se a um correspondente dogmatismo formal. Por outro lado, ainda que o probabilismo como estruturação filosófica do conhecimento encontre em si mesmo uma contradição insolúvel senão pelo viés dogmático, o autor ressalva que: “[...] *devemos compreender o probabilismo com a sua significação e a sua parte de concreção, que constituem o que nele é afirmativo, e não repudiá-lo, pura e simplesmente, como o fará um dogmático formal [...]*” (SANTOS, 1958, p.52). Portanto, embora não seja uma concepção conclusivamente satisfatória acerca do desenvolvimento cognitivo, sua contribuição dentro desse processo, bem como da própria teoria do conhecimento como vertente filosófica, é indispensável, pois a maior parte do nosso saber, por assim dizer, ainda é eminentemente “provável” (BOCHENSKI, 1971, p.42).

4.2. CONHECIMENTO E AÇÃO NA CEGUEIRA DELIBERADA: A RELEVÂNCIA DE UM EXAME FILOSÓFICO

Introduzidas essas importantes considerações filosóficas, se torna evidente que para uma análise sobre a TCD em suas premissas teóricas e suas respectivas conexões empíricas – tanto nos debates acerca de sua aplicação no direito norte-americano como a receptividade e difusão no direito brasileiro –, a questão de como se compreende as ideias e formas de “conhecimento” diante de um possível caso de cegueira deliberada não pode assumir um caráter meramente secundário. Deve-se, ao contrário, reconhecer a complexidade do objeto, bem como sua natureza elevada de compreensão, a qual não deve ficar restrita somente na esfera da ciência jurídica ou ventilada de forma periférica,

mas sim requer um devido aprofundamento nos domínios da investigação filosófica, de maneira a procurar entender no que se constitui a natureza e os limites entre ignorância e conhecimento para uma aplicação da TCD socialmente aceitável, normativamente adequada e axiologicamente mais justa.

4.2.1. Ignorância = Conhecimento: Críticas ao reducionismo

A propósito do tom orwelliano da crítica sobre a equiparação entre ignorância (deliberada) e conhecimento positivo apresentado em tópico passado (vide item 3.3.2), a essência desse outro reducionismo igualmente equivocado é revelada por considerações extraídas da própria perspectiva orwelliana com que foi concebida.

A expressão “ignorância” foi tradicionalmente utilizada para designar a essência finalística a qual a TCD pretendia solucionar desde o caso *Spurr v. United States* (1899), bem como também presente em *United States v. Jewell* (1976). Entretanto, considerando seu aperfeiçoamento normativo e jurisprudencial, é viável constatar que essa ideia não corresponde com o conteúdo axiológico da própria TCD tal como é contemporaneamente entendida.

O ponto de partida para uma conexão prática dos aspectos teóricos do conhecimento requer, decerto, o desfazimento desse raciocínio equivocado que induz a noção de que não tomar conhecimento positivo de um fato pressupõe em contrário a ideia de ignorância manifestada por si só. Seja essa ignorância considerada uma “mente vazia” ou uma “mente insciente”, ambas as conotações, pela perspectiva teleológica da TCD, resulta em incorreções semânticas. Nesse sentido, segue uma assertiva paradigmática dessa específica orientação:

In essence, the doctrine states that willful ignorance is equivalent to knowledge [...] Culpability presupposes a guilty mind. But ignorance is nothing more than an empty mind, and for that reason there is a profound puzzle in explaining exactly why ignorance, willed or not, should support criminal convictions. (LUBAN, 1999, p.959)

A natureza desse defeito pode ser perfeitamente entendida dentro do universo ficcional da distopia de Orwell: na trama “1984”, somos apresentados a um estado ultratotalitário cujo idioma oficialmente adotado é a *Newspeak*⁷⁷, uma língua ideologicamente fabricada que, dentre outros fins, servia para limitar e controlar a liberdade de pensamento e de expressão da população da fictícia Oceania. Uma das principais noções que se extrai dessa obra é a *doublethink*⁷⁸: o ato de aceitar simultaneamente duas ideias ou crenças – mutuamente contraditórias – como corretas⁷⁹: trata-se, portanto, do modo com o qual se pretende fazer alusão aos preceitos temerários da cegueira deliberada, quando se parte da ideia equivocada de que essa teoria pretende equiparar duas ideias diametralmente opostas para deduzir uma responsabilidade penal de uma “mente vazia” (LUBAN, 1999).

No entanto, deve-se ter em conta também que no universo gramatical da fictícia *Newspeak* há a noção “política” de eliminação de ambiguidades e nuances, cuja essência está na abolição de todas as ideias intermediárias de forma a manter somente as duas extremas opostas no vocabulário, ou seja, todos os graus ou matizes que estão entre os dois conceitos “últimos” devem ser eliminados para que forçosamente o pensamento se restrinja a transitar somente por essas duas. Assim, por exemplo, entre o conceito prazer e dor não haveria nenhuma ideia intermediária moduladora que exprima a intensidade entre elas. Transpondo essa noção à problemática da equiparação entre ignorância e conhecimento, percebe-se que essa equalização absoluta, e logicamente paradoxal, torna-se potencialmente perigosa se – e somente se – compreendermos a ideia de ignorância e conhecimento como conceitos máximos, únicos e opostos, desconsiderando a existência de toda uma universalidade conceitual possível entre uma e outra.

Todavia, observando por uma ótica crítico-axiológica, a dimensão do conhecimento se desdobra em percepções distintas e graduadas, o que implica valorar as circunstâncias cognitivas que circunscrevem a cegueira deliberada com a devida acuidade conceitual. Desde modo, a ideia de que entre o estado de ignorância e o conhecimento comporta um processo cognitivo em diferentes maneiras e intensidades perceptivas da realidade é especialmente relevante para compreender o elemento teleológico da TCD.

⁷⁷NT: Novilíngua

⁷⁸ NT: Duplipensar

⁷⁹ Diz respeito às famosas máximas da *IngSoc* na obra de Orwell: “Guerra é paz, liberdade é escravidão, ignorância é força”.

Nessa acepção, deve-se notar que, ao considerar o conhecimento positivo de uma conduta dolosa quando o agente reúne direta e efetivamente em sua consciência todos os elementos do fato típico, por sua vez, teremos que levar em conta que esse estado mental não se define como estático e singular, pois a atividade cognitiva de conhecer se manifesta em processos distintos e dialéticos de captação dos dados sensíveis da realidade que se realiza com intensidades diferentes.

Em síntese, o ponto de partida da cegueira deliberada não está na ignorância como estado de desconhecimento completo, mas no conhecimento por alta probabilidade. Esta circunstância será para TCD elemento intelectual suficiente para considerá-lo a partir daí incluído dentro da própria concepção de conhecimento, entendido aqui como procedimento complexo de relações entre ideias que culminará na constatação da natureza ou existência do fato, de modo que esta última fase não se realiza por abstenção de algum ato ou resultado objetivo passível de ser apreendido por sua consciência empírica como elemento “intermediário” de comprovação (ato de cegueira intencional).

A premissa axiológica da cegueira deliberada conduz à ideia de que o sujeito deve ser responsabilizado na medida em que, diante de um conhecimento iminente acerca da natureza ou existência de um fato ilícito relativo à sua conduta, toma medidas praxeológicas no sentido de afastá-lo, interrompendo seu processo de verificação que o levaria ao seu conhecimento positivo. Logo, o propósito da TCD não está em equiparar o conhecimento ao seu contraponto absoluto, à ignorância propriamente dita, mas sim compreender dentro daquele a atuação cognitiva de “representação mental derivada” cuja percepção resulta em um conhecimento por alta probabilidade.

4.2.2. O Conhecimento por Alta Probabilidade nos Crimes de Colarinho Branco

Considerando o quadro empírico-filosófico de Locke e Hume, entende-se que diante de circunstâncias fáticas ilícitas, o conhecimento de sua natureza ou de sua existência se dá por uma operação mental complexa de percepção (consciência empírica) do “objeto” – neste caso, dados indicativos de um fato típico –, cuja representação mental “originária” se relaciona com outras representações correlatas (isto é, “derivadas”), por meio de um conhecimento em grau de intuição, como dirá Locke, ou por força do costume, consoante

Hume. A respeito dessas representações mentais derivadas – ou ideias derivadas –, sejam elas resultantes de um nexos de causalidade, semelhança ou contiguidade, comunicam-se por uma operação cognitiva em que as conexões sejam igualmente obtidas por força intuitiva, em um determinado grau de assentimento ou crença.

Este, por seu turno, ocorre de forma variável em sua intensidade, cuja incidência se manifesta a partir de fatores como a) o próprio grau intensivo do objeto (fator qualitativo), o qual Kant descreve tal noção sob o princípio de que “*em todos os fenômenos, o real, que é um objeto da sensação, tem uma qualidade intensiva, quer dizer, um grau*” (1999, p.159), ou b) a concentração de possibilidades de representações mentais correlacionadas intuitivamente, convergindo para uma ideia acentuada (fator quantitativo), ambos conformando a noção de probabilidade – isto é: caracteriza-se, na prática, pela presença de um forte indício ou um conjunto de indícios convergentes em um dado sentido provável que, então, sofrerá uma elevação proporcional no âmbito do seu conhecimento aproximando-se do grau de certeza –; por conseguinte, o processo se volta à verificação, isto é, a demonstração por meio de uma representação intermediária: a prova empiricamente constatada, cujo resultado conclusivo forma o conhecimento efetivamente positivo.

Ademais, admitindo que essa relação entre sujeito cognoscente e objeto não realiza em um plano abstrato, mas sim em uma realidade concreta, ou seja, um mundo exterior objetivo, onde se encontram outros conjuntos de objetos com seus graus intensivos de percepção, logo se deve ter em destaque um terceiro fator que concorre no grau de assentimento e crença do sujeito acerca de suas representações mentais: c) o ambiente habitualmente conhecido (fator contextual).

Desse modo, portanto, retoma-se a distinção de Locke (1999) acerca do “conhecimento habitual”, o qual se define, *grosso modo*, como relações entre representações mentais já realizadas em momentos anteriores que se repetem na medida em que elas novamente se apresentam dentro da realidade na qual o indivíduo está inserido. Nesse aspecto, se pode ter que enquanto o sujeito opera as relações entre ideias, passando das representações originárias às derivadas, o grau de assentimento ou crença sobre as últimas também é acentuado pelo lastro do conhecimento empírico, habitual e intuitivo, ou

seja, uma espécie de *lebenswelt*⁸⁰ em que o sujeito percebe suas variáveis e constantes com o desenvolvimento de sua experiência.

Assim, transportando essas considerações para uma formulação prática – e reavendo as noções estudadas anteriormente sobre o crime de colarinho branco (Capítulo 2) –, tem-se que a postura do sujeito de se colocar em estado de cegueira deliberada determina uma análise tríplice sobre o fato – implicando sujeito, objeto e meio – de modo a verificar o grau intensivo de percepção e das representações mentais em crença e assentimento, com o intuito de buscar os indícios necessários e plausíveis de conhecimento por alta probabilidade pelo agente:

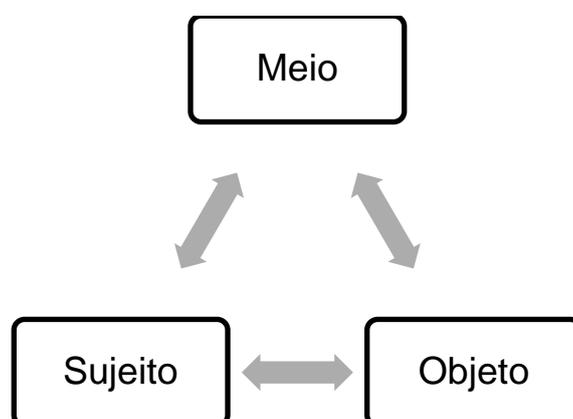


Figura 6: Análise Tríplice do Conhecimento por Alta Probabilidade

Projetando esses apontamentos filosóficos para os elementos que compõem os crimes de colarinho branco, a investigação sobre o grau de conhecimento do sujeito deverá proceder em três tipos de relações: sujeito-meio, meio-objeto e sujeito-objeto.

No âmbito da relação sujeito-meio, devem-se observar precisamente os contingentes empíricos que compõem a realidade contextual (meio) do criminoso de colarinho branco (sujeito) que, considerando a ótica contemporânea da *offense-based approach* (vide item 2.3.8.), volta-se para a área profissional em que se desenvolve o fato ilícito. Isso significa reconhecer as evidências que indiquem o grau de conhecimento habitual do agente com a

⁸⁰ “Mundo da Vida”: Termo introduzido por Husserl em *Krisis*, para designar “o mundo em que vivemos intuitivamente, com suas realidades, do modo como se dão, primeiramente na experiência simples e depois também nos modos em que sua validade se torna oscilante (oscilante entre ser e aparência, tc.)” (ABBAGNANO, 1998, p. 689)

área em que ele atua, verificando elementos como nível de experiência profissional, formação intelectual, sua posição nas assimetrias de informações⁸¹, carreira, envolvimento na área, histórico pessoal, etc.

Esses aspectos devem objetivar, sobretudo, uma análise dedutiva sobre em que medida o sujeito detinha um conhecimento intuitivo acerca da área econômica ou política em que vive – em última análise, da própria *lebenswelt* –, para que se possa averiguar o lastro admissível a uma potencial maximização de seu assentimento ou crença acerca de uma representação mental derivada que um fato ilícito. No âmbito material dos crimes de colarinho branco, seja entre particulares e estes com o ente público, deve-se observar de que modo é efetivamente concretizada a cultura do *Know Your Customer*⁸² (KYC) no ambiente desses setores político-econômicos, em que a própria confiabilidade do sistema requer um conjunto de hábitos e comportamentos voltados a um conhecimento, em certa medida provável e previsível, que a assegurem.

Essa cultura do KYC desdobra-se em circunstâncias práticas de maior ou menor grau de intensidade das ações humanas, as quais se podem citar concretamente, em grande escala, as avaliações e classificações de risco; cálculos de probabilidade de eventos; as políticas e planejamentos estratégicos, táticos e operacionais etc, que são elementos inerentes do cenário institucional das relações políticas e de mercado. Logo, em escala individual, são igualmente perceptíveis nas posturas dos agentes, manifestadas em ponderações e decisões de caráter provável e previsível do sujeito sobre medidas a serem tomadas para obter o maior grau de certeza sobre o êxito de seus objetivos, pessoais e profissionais, inversamente proporcional às oscilações e suspicácias do ambiente no qual está envolvido.

Em compensação, na relação meio-objeto, é necessário analisar o potencial de correlação entre as representações mentais intuitivas do ilícito (objeto) e sua inserção na

⁸¹ Ou “informação assimétrica”: trata-se de expressão recorrente no mundo econômico que define a situação em que no âmbito das relações econômicas, quando há entre dois ou mais agentes econômicos discrepância na quantidade ou qualidade das informações de uma das partes em relação às outras. É considerada, portanto, como uma das falhas de mercado.

⁸²NT: “Conheça seu Cliente”: Estabelece esse conceito a ideia de uma política de identificação satisfatória do cliente, bem como a suficiente reunião de informações sobre todos os aspectos envolvidos de uma relação para que se possa realizar e concluir alguma operação. Quando não obtidas informações suficientes, ou ainda a parte recuse prestar informações, sugere-se a recusa na concretização de um negócio. Trata-se de postura que visa prevenir e combater, esquemas de lavagem de dinheiro, terrorismo internacional ou mesmo uso indevido ou ilícito das instituições públicas e privadas.

área profissional (meio). A partir das circunstâncias fáticas, se devem verificar, de um lado, se o conhecimento sobre a natureza ou existência de um fato ilícito era viável ao contexto da meio ambiente em que se manifesta, considerando a forma como se apresenta, na que medida sua incidência seja intuitivamente plausível ao sujeito; e de outro, se o fato, dentro do conjunto de outras representações mentais daquele meio, lhe seria verossímil contextualmente.

No âmbito os crimes de colarinho branco, esse aspecto é apreciado pelo grau de destoamento dos fatos em relação à praxe cotidiana e, principalmente, em relação às normas estabelecidas, sejam os pressupostos da boa-fé quanto à segurança, lealdade, confiança recíproca, proibidade em prol da preservação das relações jurídicas no direito privado – em que tudo é lícito se não for proibido por lei –, sejam nos ditames legais que regem a administração pública, em que a observância da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são de caráter vinculante tanto aos agentes públicos como os particulares envolvidos na esfera – para quem só é lícito aquilo que a lei assim prescrever.

A própria cultura do KYC é corolário das práticas relativas à boa-fé e à moralidade, de forma que as partes procedam à obtenção de informações que forneçam o conhecimento necessário sobre as normas (legais e costumeiras) que regem o meio e os contornos do objeto com intuito maior de resguardar a credibilidade das relações. Essa tensão entre meio-objeto funda-se na confiança depositada na funcionalidade do sistema em que os sujeitos conhecem e atuam, cuja subversão criminosa representa sua ruptura, caracterizando, portanto, um dos aspectos constitutivos do crime de colarinho branco, isto é, a “violação da confiança” (vide item 2.3.6.V).

Isto posto, o cerne dessa análise será examinar a natureza e a intensidade com que se desenvolve no caso concreto a subversão das normas a partir da confiança nas condutas dos agentes desse meio. Sua verificação contribuirá, portanto, para indicar o grau de consciência e intenção com que se faz proveito direto ou indireto dessa confiança para a materialização do resultado ilícito.

Por fim, a análise da relação entre sujeito-objeto se refere essencialmente na percepção do agente (sujeito) acerca dos elementos da realidade que circundam a natureza ou existência de um fato ilícito (objeto). Ocupa-se de averiguar quanto ao objeto a sua

própria “qualidade intensiva”, isto é, o grau de discernimento necessário que o sujeito deverá exercer para se operar a consciência empírica na apreensão de sua representação mental: isso implica analisar qual medida o objeto se apresenta compreensível e, por extensão, que tipos de relações essa representação mental poderá despertar intuitivamente com outras, seja causal, semelhante ou contingentemente. Por esse ângulo, Hume (2006, p.64) bem lembra a significativa importância e a elementariedade dessa atividade cognitiva como fator de interação do sujeito em relação ao objeto e ao próprio meio, pois:

Se a presença de um objeto não despertasse instantaneamente a ideia dos objetos que comumente estão unidos a ele, todo nosso conhecimento deveria limitar-se à estreita esfera da nossa memória e dos nossos sentidos, e jamais seríamos capazes de adaptar os meios em vista dos fins ou de empregar nossos poderes naturais para produzir o bem ou evitar o mal.

Destarte, na perspectiva do sujeito, importa examinar em que medida as circunstâncias factivas presentes em sua órbita ele pode empiricamente apreender e que, ainda, possa convergir igualmente para uma representação mental derivada acerca da natureza ou existência de um fato ilícito, acentuando proporcionalmente seu assentimento ou crença a respeito.

Em uma visão prática, se pode dizer que a postura da cegueira deliberada, no crime de colarinho branco, se materializa a partir de uma conduta comissiva na qual medidas tomadas pelo sujeito resultam no afastamento de sua esfera intuitiva o conhecimento positivo sobre um fato; ou omissiva, em que o resultado se dá por estado de inércia cognitiva, de modo que o agente deixa de realizar o processo de conhecimento empírico inerente às suas atividades, permanecendo “imóvel” intelectivamente diante de um fato potencialmente conhecível ou evitando qualquer ação que possa agregar elementos informativos decisivos para consolidar seu conhecimento positivo.

Dessa feita, torna-se necessário concatenar esses três tipos de relações com o propósito de extrair elementos indiciários de que o sujeito estava cognitivamente envolvido naquela realidade, indagando a proporção em que a convergência das representações mentais

tonifica um conhecimento provável sobre um fato típico, caracterizando a cegueira deliberada. Por conseguinte, consignados os aspectos filosóficos relativos ao conhecimento, bem como sua análise prática acerca dos crimes de colarinho branco, no tópico seguinte desloca-se a atenção do estudo para a esfera da conduta humana, considerando o processo de tomada de decisão na realidade prática da cegueira deliberada.

4.2.3. A Praxeologia como Teoria Geral da Ação Humana: Contrapontos para uma análise da cegueira deliberada

Paralelamente às concepções filosóficas sobre a teoria do conhecimento, deve-se considerar uma importante perspectiva de análise que desenvolve premissas centradas na ideia de “ação humana”, cuja teoria aperfeiçoada precipuamente no âmbito econômico por Ludwig Von Mises (2010) apresenta o indivíduo como sujeito capaz de realizar ações e comportamentos propositados, compreendidos como manifestações humanas voltadas para escolha entre todas as possibilidades de “meios” e “fins”. Acerca de seu objeto de estudo, o autor assim a define:

Ação humana é comportamento propositado. Também podemos dizer: ação é a vontade posta em funcionamento, transformada em força motriz; é procurar alcançar fins e objetivos; é a significativa resposta do ego aos estímulos e às condições do seu meio ambiente; é o ajustamento consciente ao estado do universo que lhe determina a vida. (MISES, 2010, p.35)

Dentre muitos aspectos pertinentes da praxeologia⁸³, destaca-se, a princípio, sua ideia de não distinção entre os comportamentos humanos “ativos” e “passivos” – a bem dizer: comissivos e omissivos –, uma vez que ambas as formas determinam o curso dos

⁸³Praxeologia (grego *praxis* – ação, hábito, prática; e *logia* – doutrina, teoria, ciência), é a ciência ou teoria geral da ação humana; manifestação da vontade humana (Mises) – trata-se do comportamento propositado: “praxeologia a partir deste conceito apriorístico da categoria ação analisa as implicações plenas de todas as ações. A praxeologia busca conhecimento que seja válido sempre que as condições correspondam exatamente àquelas consideradas na hipótese teórica. Sua afirmação e sua proposição não decorrem da experiência: antecedem qualquer compreensão dos fatos históricos”.(GREAVES JR., Percy L. **Mises Made Easier**.New York: Free Market. Books, 1974. Apud MISES, 2010, p. 23) (Nota do tradutor).

eventos, de modo que com relação a essa última afirma (MISES, 2010, p. 37): “*um homem que se abstém de influenciar o funcionamento de fatores psicológicos e instintivos também age*”, portanto, “*ação não é somente fazer, mas, não menos, omitir aquilo que possivelmente poderia ser feito*”. Segundo o viés praxeológico, estabelece o autor três “pré-requisitos” ou condições gerais da ação humana, consistindo em: i) a existência do “desconforto” que o incentiva a alterar seu *status quo*; ii) uma representação mental imagética de “situação desejada”, mais propícia a sua satisfação do que seu momento atual; e iii) a expectativa de que um comportamento propositado tenha o condão de afastar ou atenuar seu desconforto (MISES, 2010, p. 38).

Outra importante premissa praxeológica da ação humana é a causalidade, considerada por Mises (2010) como um verdadeiro requisito da ação, pois se tem que o homem é um ser em condições de agir porque é capaz de descobrir as relações causais presentes nas mudanças e transformações da realidade em que se situa, portanto:

Ação requer e pressupõe a existência da causalidade. Só pode agir o homem que percebe o mundo à luz da causalidade. Neste sentido é que podemos dizer que a causalidade é um requisito da ação. A categoria, *meios* e *fins* pressupõe a categoria *causa* e *efeito*. Num mundo sem causalidade e sem a regularidade dos fenômenos, não haveria campo para o raciocínio humano nem para a ação humana. Um mundo assim seria um caos no qual o homem estaria perdido e não encontraria orientação ou guia. O homem nem é capaz de imaginar um universo caótico de tal ordem. (MISES, 2010, p. 47)

Com efeito, se o homem não atua quando não percebe as relações causais, o inverso não ocorre, pois ele conhecendo as relações causais pode ou não agir. Observa-se, então, que causalidade é o vetor da ação humana para a ótica praxeológica, de maneira que o desenvolvimento do conhecimento, seja em grau intuitivo ou demonstrativo, requer a identificação desse fenômeno de maneira eficaz. Segundo o autor (MISES, 2010), a “ação” e a “razão” podem ser concebidas como dois lados de uma mesma moeda, assim se verifica que a compreensão da ação se dá pela mesma via do raciocínio humano, “*pois o poder que tem a razão de esclarecer, através de simples raciocínio, as características essenciais da ação é consequência do fato de que a ação é um produto da razão*” (MISES, 2010, p.67).

Por conseguinte, a teoria da ação humana compreende a conduta do sujeito como um resultado de um processo de escolhas constituídas dentro de um universo de alternativas potenciais que se apresentam na realidade empírica ou mesmo na *lebenswelt*. A rigor, essas escolhas possíveis recaem sobre dois aspectos de caráter bastante pragmáticos: os meios⁸⁴ e os fins. Quanto a este último, entendido também como “meta” ou “objetivo”, é visto como o resultado propriamente dito da ação, que pode ser os “fins últimos”, em uma perspectiva de realização plena do objetivo maior, como também os “fins intermediários”, isto é, as etapas que o sujeito acredita ter que percorrer para concretizar aquela – deve-se observar que, praxeologicamente, o fim de qualquer ação será sempre aliviar algum desconforto (MISES, 2010, p.125). No que se refere aos meios, entende o autor como tudo aquilo que o sujeito utiliza para atingir quaisquer fins – a noção de “meios” é, pois, resultante de uma compreensão obtida por um conhecimento intuitivo, cuja representação mental, por seu turno, percebe e orienta as correlações com os fins pretendidos através do próprio raciocínio humano. Assim explica:

No nosso universo não existem meios; só existem coisas. Uma coisa só se torna um meio quando a razão humana percebe a possibilidade de empregá-la para atingir um determinado fim e realmente a emprega com este propósito. O homem percebe mentalmente a utilidade das coisas, isto é, a capacidade que elas têm de servirem os seus fins, e, ao agir, ele as transforma em meios. (MISES, 2010, p. 125)

Ademais, enquanto a ética, como ciência da conduta e disciplina filosófica, cuida em compreender as escalas de valores do ser humano em seu dever-ser, no plano ideal, a praxeologia examina a escala de valores e das necessidades em seu “ser”, manifestadas na própria ação humana, circunstância em que tais aspectos se materializam na determinação dos fins pretendidos e dos respectivos meios elegidos. Consequentemente, entende-se que a escala de valores não é um dado independente do comportamento humano, mas sim elemento indissociável de seu seguimento, conformando em diretrizes práticas de julgamento das ações presentes no momento em que elas se realizam. Assim resume o pensador austro-americano:

⁸⁴O termo “meios” (no plural), aqui entendido como tudo aquilo que serve para um fim (sentido instrumental), não se confunde com a acepção proposta no tópico anterior, “meio” (no singular), compreendido como ambiente em que se situam os objetos (sentido contextual).

Estas escalas não têm uma existência real, distinta do comportamento efetivo dos indivíduos. A única fonte da qual deriva nosso conhecimento em relação a estas escalas é a observação das ações do homem. Toda ação está sempre perfeitamente ajustada à escala de valores ou de necessidades, porque estas escalas nada mais são do que um instrumento para interpretar a ação do homem. (MISES, 2010, p. 128)

Transmitindo tais acepções praxeológicas para a prática da cegueira deliberada, deve-se ter em conta que a análise da própria ação humana voltada a esse tipo de conduta requer o confronto de evidências múltiplas quanto ao sujeito, meio e objeto, considerando-os como fatores incidentes na delimitação dos fins e nos meios eleitos para sua concretização.

Cabe, portanto, retomar por uma perspectiva praxeológica o critério classificador da cegueira deliberada idealizada por Luban (1999) em que, pautado no elemento motivacional, distingue as condutas dos agentes sob as características da raposa e do avestruz (vide item 3.1.1.). Essa noção peculiar contribuirá especialmente no exame do caso concreto, que se realizará por uma dupla ótica dimensional, subjetiva e objetiva.

Quanto àquela, significa avaliar, por uma perspectiva crítico-axiológica, a relação entre o sujeito, os meios escolhidos e os objetivos pretendidos, estes últimos desdobrados em “objetivo intermediário” e “objetivo final”: busca-se analisar os aspectos ligados ao sujeito que implicam a intensidade das representações mentais (que constituem a alta probabilidade de conhecimento) quanto à escolha dos meios que irá se utilizar dentro de um universo de meios possíveis e, sobretudo, quanto aos objetivos representados mentalmente como os “móveis” da conduta – assim explica “*o conteúdo da ação humana, isto é, os fins pretendidos e os meios escolhidos e aplicados na consecução destes fins, é determinado pelas qualidades pessoais de cada agente homem*” (MISES, 2010, p. 74).

A vista disso, o objetivo intermediário necessariamente será a evitação do conhecimento sobre um fato ilícito, enquanto que o objetivo final poderá ser, por exemplo, lograr a exclusão de responsabilidade penal concorrente ao ganho de uma vantagem⁸⁵ (o

⁸⁵Podendo ser pessoal, material, econômica, política, etc.

arquétipo da raposa) ou fugir de um confronto de caráter ético ou por debilidade moral, dentre outros aspectos decorrente de fraquezas humanas (arquétipo do avestruz).

Por outro lado, acerca da dimensão objetiva, de perspectiva manifestamente praxeológica, deve-se examinar as correlações práticas entre os fins pretendidos – que para a praxeologia nada mais é que indistintamente aliviar o desconforto – e os meios escolhidos, em seu teor eficiente, delimitando a escala de valores e necessidades materializadas na ação humana. Trata-se propriamente de um nexos causal entre fins pretendidos e meios escolhidos, e sendo estes determinados por aqueles, recebem a carga subjetiva dos fins almejados pelo agente, comunicando-lhes seus caracteres essenciais que os transformam em “meios” e não simplesmente “coisas” dispostas na realidade.

Deve-se notar que, para o autor, toda ação humana de representar fins e eleger meios a correspondentes se constitui de uma “vontade consciente”, ainda que realizada de maneira corriqueira, trivial, costumeira ou “automática”⁸⁶, não a esvazia de sua essência volitiva, pois:

O fato de uma ação ser praticada normalmente, de um modo que poderíamos denominar de automático não significa que não seja graças a uma vontade consciente e a uma escolha deliberada. Condescender com uma rotina que possivelmente poderia ser mudada também é ação. (MISES, 2010, p.75)

Ademais, considerando que diante da cegueira deliberada o conhecimento do fato ilícito se apresenta como altamente provável, essa noção é entendida praxeologicamente como um elemento implícito da própria ação humana, uma vez que a incerteza sobre se sua conduta caracterizará ou resultará em um ilícito corresponde ao próprio componente ontológico das ações humanas, não se compreendendo de forma separada, de modo *“queo homem aja e que o futuro seja incerto não constituem, de forma alguma, realidades independentes. São apenas duas diferentes maneiras de enunciar a mesma coisa”* (MISES, 2010, p.139).

⁸⁶Refere-se ao sentido semelhante ao “agir sem pensar ou sem prestar atenção no que está fazendo”, o que não se confunde com ações involuntárias ou de reflexos instintivos inconscientes.

Desse modo, ao se configurar um liame subjetivo-objetivo entre os fins pretendidos e meios escolhidos, torna-se possível examinar de maneira mais palpável o verdadeiro teor do conhecimento altamente provável, uma vez que suas representações mentais convergem invariavelmente aos objetivos, intermediário e final, enquanto estes determinam a eleição e os ajustes dos meios para a consecução daqueles. O estabelecimento dessa cadeia dedutiva simultaneamente aos aspectos supra observado quanto ao sujeito, ao meio (contexto) e o objeto (ilícito), bem como os demais elementos considerados, poderá corroborar para um repertório substancial de interpretação do conjunto probatório da cegueira deliberada no caso concreto.

5. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA PERSPECTIVA DE APLICAÇÃO

5.1. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRA: ASPECTOS CONCEITUAIS E COMPARADOS

5.1.1. Uma Breve Trajetória Histórica da Teoria Geral do Crime no Direito Brasileiro

A fim de compreender a situação atual da concepção de dolo, elemento fundamental para o estudo apropriado da TCD na perspectiva do direito penal brasileiro, torna-se necessário reconstituir sob o prisma histórico, de forma sucinta, o trajeto evolutivo do pensamento jurídico da teoria do crime.

Sendo assim, os estudos acerca deste tema remontam aos finais do Século XIX, quando preponderava a teoria causal-naturalista (ou teoria clássica do crime), esboçada por Franz von Liszt e Ernst von Beling que, no Brasil, perdurou até os anos de 1970 (FREITAS FILHO, 2010). As premissas basilares da teoria concebiam uma divisão do crime em duas partes distintas: i) a objetiva, considerada externa, estará incluída os elementos da tipicidade e a antijuricidade; e ii) a subjetiva, considerada interna, identificada com a culpabilidade. Por este viés, acerca da tipicidade infere o sistema Liszt-Beling que a ação seria entendida como um comportamento humano voluntário que provoca uma modificação no mundo exterior, devendo se atentar que a concepção de “vontade” está endereçada à conduta e não ao resultado (VIEIRA; ROBALDO, 2007). A referida teoria, embora tenha contribuído para bem delimitar os atos delitivos dentro do universo do “comportamento humano voluntário que exerça mudança no mundo natural”, é insuficiente para abranger todas as modalidades comportamentais previstas na legislação penal, tal como as condutas omissivas culposas (VIEIRA; ROBALDO, 2007).

Sob outra perceptiva, o sistema Liszt-Beling desenvolve no âmbito da parte subjetiva a teoria psicológica da culpabilidade, em que se compreendem as ideias de dolo e culpa (*strictu sensu*). Por essa ótica, a culpabilidade é o vínculo psicológico que liga o sujeito por meio do dolo ou culpa à parte objetiva do crime – fato típico e antijurídico – (GOMES, 1999 Apud VIEIRA; ROBALDO, 2007). Portanto, a culpabilidade, nesse ângulo, é eminentemente naturalística, o que equivale a dizer que o aspecto interno que será

examinado por seus elementos psicológicos. Desta feita, dentre outras críticas que se faz, ressalta-se a inviabilidade de considerar psicológica a culpa em sentido estrito, uma vez que esse tipo de conduta (se o agente foi diligente ou não por seu agir) parte de dados cujo exame depende de um juízo de valor exclusivo do magistrado, o que faz a culpa ser normativa e não psicológica (VIEIRA; ROBALDO; 2007).

Já a partir do início do Século XX, começam a operar importantes transformações ao conceito clássico do delito, formulado por Liszt e Beling, não obstante ainda guarde relação em sua essência na teoria causal. Por conseguinte, nas primeiras décadas desse século, predominaram os nomes de Max Ernst Mayer, Edmund Mezger e Reinhard Frank, influenciados pelos preceitos neokantianos, tal como esclarece Amaya (2007, Apud LIMA, 2015):

Dentro de la teoría causalista también se encuadra el sistema neoclásico, imperante a partir de la década de los 30 del pasado siglo, cuyo representante más influyente fue Mezger. Con esta corriente, inspirada por la filosofía neokantiana, se comienza a prestar una mayor atención a lo normativo y a lo valorativo⁸⁷.

Conforme expõe Luís Armando Pereira Lima (2015), diante da teoria neoclássica se extrai a concepção de “normativização”, cuja noção se desenvolve sobre um sistema axiológico que substitui os elementos formais descritivos (provenientes da teoria naturalística) por elementos materiais – os elementos normativos –, que requer a formação de um juízo de valor em sua apreciação. Nesse diapasão, Lima (2015) explica:

Com efeito, realizados os rearranjos teóricos, especialmente no tocante à normativização das categorias jurídico-penais do sistema e com introdução de perspectivas teleológicas no estudo de suas categorias dogmáticas, a Teoria Neoclássica deflagrou nova fase na teoria do delito [...]

⁸⁷NT: Dentro da teoria causalista também se enquadra o sistema neoclássico, imperante a partir da década de 30 do século passado, cujo representante mais influente foi Mezger. Com esta corrente, inspirada pela filosofia neokantiana, se começa a prestar maior atenção ao normativo e ao valorativo.

Assim, no que tange à conduta no Direito Penal, pela perspectiva neokantiana, será um “comportamento humano voluntário causador de um resultado”, de maneira que passa a deixar de lado o conceito exclusivamente naturalístico e albergando uma apreensão normativa que incluirá tanto os atos comissivos como omissivos (LIMA, 2015). Perpassando por essa discussão, a partir dos anos 1939 em diante, Hans Welzel concebe a chamada “teoria finalista da ação”, a qual é adotada pelo Código Penal Brasileiro vigente (FREITAS FILHO, 2010). A partir da teoria de Welzel, sucede-se uma substancial transfiguração na compreensão acerca dos elementos do crime, sendo que dolo e culpa, até então elementos pertinentes à culpabilidade, são deslocados para a esfera da tipicidade, de maneira que, extraídos os elementos subjetivos daquela, restam apenas os elementos de caráter normativo (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) (FREITAS FILHO, 2010).

É importante mencionar, ainda, a existência da teoria constitucionalista do direito que, referenciado em Claus Roxin e Eugenio Raúl Zaffaroni, concebe Luiz Flávio Gomes (Apud FREITAS FILHO; 2010) o entendimento de que dolo e culpa não são apreciados na conduta (embora sejam considerados como elementos do fato típico), mas sim na última fase (chamada de momento subjetivo), sob do fato formal e materialmente típico.

5.1.2. O Tratamento Doutrinário Acerca do Elemento Subjetivo do Injusto: Dolo direto, eventual e culpa consciente

O elemento subjetivo de natureza intencional que compõe o crime se define terminologicamente como “dolo”, cujo conceito doutrinário tradicional refere-se à *“consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal”* (BITENCOURT, 2012, p.302), ou na perspectiva de Welzel (1951, p.27 Apud JESUS, 2011, p. 328), *“é a vontade de concretizar as características objetivas do tipo”*. Trata-se, portanto, do componente nuclear compreendido como “vontade consciente”, cujo teor puramente natural se dirige contra o estatuto legal. Consoante Busto Ramírez (Apud NUCCI, 2014, p.184), a conduta dolosa, atribuível a qualquer ser humano, *“[...] se trata de uma apreciação do conteúdo do tipo penal no círculo dos pensamentos da pessoa individual e no ambiente do agente, marchando na mesma direção e sentido que a valoração legal”*.

Desse modo, adotando a teoria da vontade (ou consentimento), para a qual o dolo “consiste na intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se conhece contrário à lei” (CARRARA Apud BITENCOURT, 2012, p. 303), o CP assim define: “Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; [...]” (BRASIL, 1983). Ademais, Nucci (2014, p.185) apresenta como características do dolo a a) “abrangência”, em que o dolo deve abarcar todos os elementos objetivos do tipo penal; b) “atualidade”, verificando a presença do dolo no momento da ação, nem antes e nem depois; e c) “possibilidade de influenciar o resultado”, de modo que a vontade do sujeito deva ter a capacidade de produzir o fato típico.

Conforme a descrição normativa do Código Penal, por conseguinte, prescrevem-se duas formas distintas de manifestação desse elemento subjetivo que, no entanto, são equiparados quanto ao efeito constitutivo do crime na forma dolosa, os quais a doutrina costuma compreender como espécies o dolo direto e o dolo eventual.

O dolo direto, também denominado de “imediato” por Bitencourt (2012) e de “determinado” por Damásio de Jesus (2011), se caracteriza quando o sujeito almeja o resultado como o “fim” de sua ação. Essa concepção de dolo direto reúne em seu objeto a) o fim proposto, b) os meios escolhidos e c) os efeitos colaterais, todos representados como necessários à realização do ilícito penal.

Para Bitencourt (2012, p. 306), o dolo direto integra três aspectos essenciais, a saber: i) a “representação”, tanto dos resultados como também dos meios necessários e as consequências secundárias; ii) o “querer”, da ação, resultado e os meios escolhidos; e iii) a “anuência” quanto à realização das consequências, cuja previsibilidade se seja tida certa, necessária ou possível. Ainda, segue o autor que o fim proposto e os meios escolhidos são abrangidos imediatamente como objetos pela vontade consciente do sujeito ativo, de modo que se trata pela classificação de “dolo direto de primeiro grau”; em contrapartida, os efeitos colaterais, tidos por representação como necessários, são compreendidos de forma mediata, isto é, sua inclusão na vontade consciente do sujeito se dá por uma relação de necessidade em razão dos fins e dos meios já representados imediatamente.

Logo, tem-se que o querer do resultado como consequência necessária é classificado pela doutrina como “dolo direto de segundo grau” ou “dolo de consequências necessárias” (BITENCOURT, 2012, p. 307).

Em contrapartida, o dolo eventual, indireto, mediato (BITENCOURT, 2012) ou indeterminado (JESUS, 2011), refere-se à conduta do agente, cuja vontade é dirigida a um resultado definido, todavia, entrevê a possibilidade de realização de um segundo resultado não desejado, mas considerado como decorrência do primeiro. Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 307) compreende o dolo eventual como: “[...] *quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceitá-la como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado [...]*”. De acordo com José de Faria Costa (Apud NUCCI, 2014), o comportamento do dolo eventual se reflete em uma postura “passiva” do sujeito quanto à produção do resultado inicialmente não desejado. Assim explica:

[...] o não querer aqui aventado nada tem de afirmação positiva da vontade, pretendendo antes expressar a atitude psíquica da passividade com que o agente encara o resultado. Certo é também, cumpre dizê-lo, que o agente sempre poderia dizer não. Sucede que não o faz porque a vontade de praticar a ação principal como que arrasta no seu halo a sujeição à passividade psíquica no que toca ao resultado possível. O que vale por afirmar: o agente *quer* a ação principal e como que é conivente, diríamos por omissão, com as ações acessórias tão só eventualmente representadas. (COSTA, Apud NUCCI, 2014, p.186)

A norma penal positiva define tal comportamento sob a expressão “[...] *assume o risco de produzi-lo*” (BRASIL, 1983), conquanto tal conduta se mostre mais complexa do que se prescreve na fórmula legal, sendo ela “imprecisa” e não indicando o conceito almejado pelo legislador (FRAGOSSO, 1985), dado que, na perspectiva do agente, esse fenômeno se apresenta entre a possibilidade de desistir da conduta e causar a materialização do resultado não desejado há uma manifestação de um sentimento de indiferença quanto ao último (JESUS, 2014). Seguindo essa lógica, a vontade do agente não estaria voltada ao resultado, mas à conduta, podendo prever que a concretização desta poderá produzir aquela (JESUS, 2011).

Em uma concepção dogmática, o dolo eventual é recepcionado na legislação criminal brasileira com supedâneo na chamada teoria positiva do conhecimento, fundamentada na fórmula 2 de Frank, cujo teor pode ser simplificado pela afirmação “*seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, agirei*” (JESUS, 2011, p. 331). Por conseguinte, ressalta Nelson Hungria (Apud BITENCOURT, 2012, p. 307) que “*essa espécie de dolo tanto pode existir quando a intenção do agente dirige-se a um fim penalmente típico como quando dirige-se a um resultado extratípico*”.

O dolo, seja direto ou eventual, pressupõe dois requisitos constitutivos essenciais: o intelectual (cognitivo) e o volitivo. O primeiro refere-se ao conhecimento ou consciência do fato típico, sendo que essa representação (previsão) deve ser atual e efetiva dos elementos que integram o tipo penal, ao contrário da consciência da ilicitude, deslocada para a culpabilidade (BITENCOURT, 2012, p. 303). O requisito volitivo, por outro lado, que deve ser incondicionado, deve necessariamente abranger ação ou omissão, bem como onexo causal e o resultado, considerando a previsão como seu pressuposto, de modo que “*impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente*” (BITENCOURT, 2012, p. 306). Nesse aspecto, Damásio de Jesus (2011, p.329) considera o dolo realizado sob dois momentos: o intelectual, caracterizado pela a) “*consciência da conduta e do resultado*” e b) “*consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado*”; e o volitivo, consubstanciado na c) “*vontade de realizar a conduta e produzir o resultado*”.

Destarte, em relação ao dolo eventual especificamente, destaca Bitencourt (2012) que o processo cognitivo-volitivo deve ser igualmente perceptível no caso *sub examine*, de forma que a mera ciência da probabilidade do resultado, por si só, é insuficiente para configuração do elemento subjetivo, sendo imprescindível a identificação da relação de vontade como principal fator distintivo da figura dolosa em relação à culpa. Nesse sentido, refere-se à explanação de Alberto Silva Franco:

Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de querê-lo (Apud BITENCOURT, 2012, p.308)

Conforme supradito, a distinção entre ambas as espécies de dolo reside justamente no âmbito do elemento volitivo, uma vez que esse sentimento de querer se manifesta de maneira diferenciada na conduta do sujeito. Bitencourt (2012, p. 308) precisa tal distinção por meio da afirmação de que “o primeiro [dolo direto] é a vontade por **causa** do resultado; o segundo [dolo eventual] é a vontade **apesar** do resultado⁸⁸”.

Ademais, uma vez bem distinguido o dolo direto e eventual, torna-se necessário diferenciar este último de um terceiro tipo de elemento subjetivo, relevante ao presente estudo, compreendido da órbita da culpa em sentido estrito: trata-se da chamada culpa consciente. Essa tarefa se mostra importante dada a tênue diferenciação entre ambos os conceitos, como ressalva Bitencourt (2012, p.308):

[...] como a distinção entre *dolo eventual* e *culpa consciente* paira sob uma penumbra, uma zona gris, é fundamental que se estabeleça com a maior clareza possível essa região fronteira, diante do tratamento jurídico diferenciado que se dá às duas categorias.

Assim, a culpa consciente é definida comumente pela doutrina como quando o agente, conhecendo a periculosidade, representa a produção do resultado típico como possível, ou seja, há a previsão, mas age deixando de observar as diligências necessárias as que estavam vinculadas, de modo que confia convictamente que o resultado não se produzirá (BITENCOURT, 2012); dessa forma, o elemento constitutivo fundamental da culpa consciente é “esperança sincera” do sujeito em relação a não produção do resultado ilícito previsto atrelado ao “dever de cuidado” violado, inerente ao conceito de culpa⁸⁹. Contudo, tem-se que os limites entre dolo eventual e culpa consciente se mostram complexos no

⁸⁸ Grifo no original.

⁸⁹ Assim, difere-se da chamada “culpa inconsciente”, na medida em que esta se caracteriza como a “culpa por excelência”, uma vez que no ponto do vista do sujeito não há qualquer previsão (ato de prever) sobre o resultado típico e sim apenas a mera previsibilidade (possibilidade de prever) (NUCCI, 2014 p.189). Nos dizeres de Bitencourt (2012, p. 325), trata-se da “culpa *ex ignorantia*”, em que se verifica que embora haja a possibilidade de previsibilidade *ex ante*, não se apresenta a previsão, seja por descuido, desatenção ou mesmo desinteresse pelo sujeito. Mais além, enfatiza o autor que na culpa inconsciente há “ausência absoluta de nexos psicológico entre o autor e o resultado de sua ação” (BITENCOURT, 2012, p. 325), sendo somente punível se restar evidenciado a possibilidade de conhecimento (previsibilidade) dos riscos oriundo de seu comportamento.

âmbito da Teoria do Crime, uma vez que ambos os conceitos compartilham a ideia de previsão do resultado ilícito.

Bitencourt (2012), a princípio, aduz o contraste ao estabelecer que no dolo eventual o agente “assume o risco do resultado”, enquanto que na culpa consciente o agente “repele a hipótese do resultado” na esperança convicta de sua não ocorrência. Em termos esquemáticos, o autor traça a diferenciação, evidenciando, na perspectiva do agente, a valoração das circunstâncias relativas à conduta e ao resultado, sendo que:

Na hipótese de dolo eventual, a *importância negativa* da previsão do resultado é, para o agente, menos importante do que o *valor positivo* que atribui à prática da ação. Por isso, entre desistir da ação ou praticá-la, mesmo correndo o risco da produção do resultado, opta pela segunda alternativa valorando sobremodo sua conduta. Já na culpa consciente, o *valor negativo* do resultado possível é, para o agente, mais forte do que o *valor positivo* que atribui à prática da ação. Por isso, se estivesse convencido de que o resultado poderia ocorrer, sem dúvida, desistiria da ação. Não estando convencido dessa possibilidade, calcula mal e age. (BITENCOURT, 2012, p.327)

Para Damásio de Jesus (2011), a culpa consciente se caracteriza na situação em que o sujeito possui a previsão do resultado, mas acredita levemente que ele não irá ocorrer ou que poderá evitar. Assevera o jurista que essa figura também é conhecida como “culpa com previsão”, destacando que este elemento, embora seja comum ao tipo doloso, integra excepcionalmente a forma culposa nessa concepção (JESUS, 2011). Em síntese, evidenciam-se entre as ideias de dolo eventual e culpa consciente um ponto de convergente – ambos tem em comum a representação ou previsão do resultado lesivo –, e um ponto divergente – a crença sincera e convicta na não produção do resultado (culpa consciente) e a indiferença e anuência quanto sua realização ou não (dolo eventual) –; sendo, portanto, este último seu fator distintivo (ALHO, 2012). Nucci (2014), por outro lado, advoga pela aglutinação da culpa consciente no dolo eventual em razão da própria materialização da circunstância ser, na prática, de difícil diferenciação:

Em razão dessa complexa e praticamente inviável apuração do real contexto mental do agente do crime (se dolo eventual ou culpa consciente), passamos a propor a eliminação da figura da culpa consciente, transferindo-se para o campo do dolo eventual todas as condutas de risco, quando o autor assume a potencialidade lesiva do seu comportamento, com ou sem sinceridade, no tocante ao resultado final. (NUCCI, 2014, p. 193)

Nessa proposta, afirma o autor, incumbiria ao juiz, na aplicação da pena, realizar a adequada valoração da conduta do agente em suas circunstâncias concretas, determinando o *quantum* na dosimetria de acordo com a postura do agente: seja assumindo o risco da produção do ilícito, seja no repúdio sincero ao resultado danoso (NUCCI, 2014).

5.1.3. Análise Comparativa do Elemento Subjetivo no Direito Norte-Americano e Brasileiro

Após analisadas as diversas óticas doutrinárias sobre o elemento subjetivo no direito brasileiro, sobretudo as formas de dolo direto, eventual e culpa consciente – relevantes aos objetivos deste trabalho – deve-se a partir de agora colocar esses elementos sob uma perspectiva comparativa com as noções correspondentes ao elemento subjetivo no direito americano, abordadas outrora (vide item 3.3.1.), recuperando especialmente os elementos normativos relativos à aplicação da TCD naquele sistema jurídico e, conseqüentemente, verificando o grau de compatibilidade em nosso sistema, destacando as eventuais dificuldades e saídas possíveis para sua integração no atual ordenamento legal brasileiro.

Conquanto o estatuto normativo tenha equiparado dois fenômenos do tipo doloso de graus contrastivos sob uma mesma categoria, a doutrina se manifesta no sentido de que sua percepção axiológica intensiva, sobretudo no caso concreto, conduz a um desvalio da conduta particularmente distintos. Nesse aspecto:

Embora a Reforma Penal de 1984 tenha afastado a intensidade do dolo da condição de circunstância judicial de medição da pena, não se pode negar, contudo, que uma ação praticada com dolo intenso será muito mais desvaliosa que outra realizada com dolo normal ou de menor intensidade, como, p.ex. com dolo eventual, a despeito de o legislador ter equiparado as duas espécies de dolo (direto e eventual). (BITENCOURT, 2012, p. 303)

Deve-se ter em consideração que, embora sejam formalmente equivalentes, o dolo direto e o dolo eventual são substancialmente distintos quanto à sua compreensão e intensidade na concretização do fato típico. Nessa esteira, deve-se compreender o dolo – e o elemento subjetivo, por extensão – não como um fenômeno único, estático e simples e, sim, sob uma compreensão analítica, levando em consideração sua condição de variabilidade manifestada no caso concreto agregado na psique humana. A propósito da conceituação de dolo eventual, importa destacar as considerações de Bitencourt (2012, p.308):

Com todas as expressões — aceita, anui, assume, admite o risco ou o resultado — pretende-se descrever um *complexo processo psicológico* em que se misturam elementos intelectivos e volitivos, conscientes e inconscientes, impossíveis de ser reduzidos a um conceito unitário de dolo.

Nessa continuidade, é preciso ter em conta que o elemento subjetivo não comporta apenas um grau de variabilidade materializado no fato típico, mas também apresenta níveis de intensidade em sua conduta a qual se correlacionam diretamente com o resultado danoso, especialmente no que se refere à própria previsão deste. Verifica-se, portanto, a existência de uma relação hierárquica quando justapostos esses elementos subjetivos, de modo que se reflete em uma escala do maior ao menor em sua tonicidade. Essa relação pode ser observada sinopticamente da seguinte maneira:

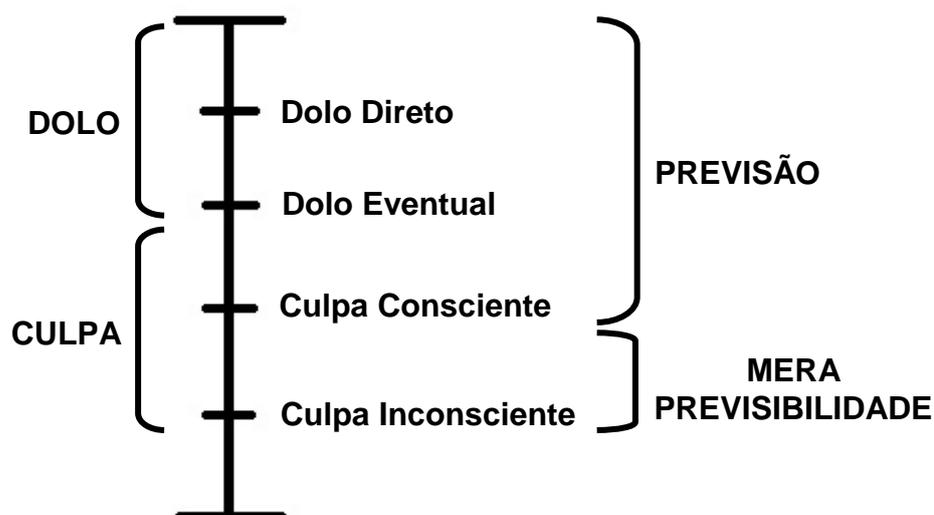


Figura 7: Escala de Intensidade do Elemento Subjetivo do Injusto no Direito Brasileiro

Analisando a própria ideia de escala do elemento subjetivo, observa-se que no tipo doloso, o dolo eventual ocupa a posição “mais branda” de sua espécie, enquanto que a culpa consciente se constitui como a forma “mais grave” da culpa em si mesma (ALHO, 2012), uma vez que contempla a previsão como um de seus fatores, característica própria do tipo doloso estendido a essa forma culposa (JESUS, 2011).

De outro giro, *Model Penal Code*, diretriz normativa seguida pelas cortes americanas, estabelece quatro formas de manifestação do elemento subjetivo, retomando: o proposital/intencional (*purposely/willfully*), consciente (*knowingly*), imprudente (*recklessly*) ou negligente (*negligently*), tal como exposto anteriormente (vide item 3.3.1.). Além disso, verificou-se que o referido estatuto também prevê a circunstância em que o requisito do conhecimento é plenamente satisfeito quando houver um conhecimento de alta probabilidade (MPC, 2.02.7), *ipsis litteris*: “*When knowledge of the existence of a particular fact is an element of a 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*”⁹⁰ (ALI, 1985, p.22).

⁹⁰Quando o conhecimento da existência de um fato específico seja um elemento de um crime, tal conhecimento é demonstrado se uma pessoa estiver ciente da alta probabilidade de sua existência, a menos que ela realmente acredite que tal fato não existe.

Conseqüentemente, dentro da escala gradual do elemento subjetivo estabelecido pelo MPC (Figura 5), esse fenômeno pode ser localizado no âmbito nos limites contrastivos do *knowingly* e do *recklessly*, podendo ser assim percebido:

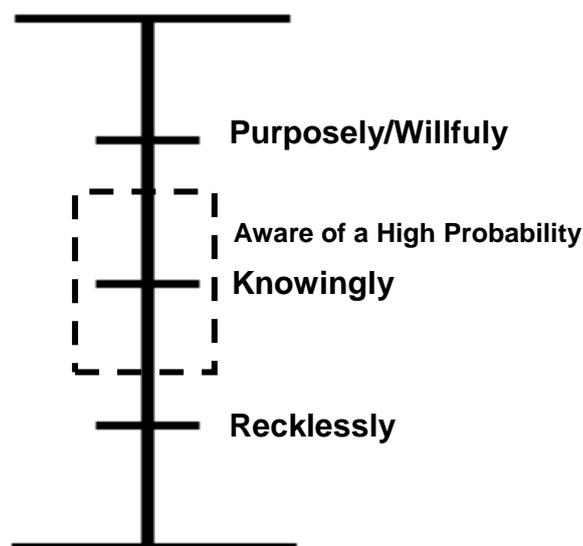


Figura 8: Conhecimento de Alta Probabilidade na Escala Gradual do *Mens Rea*

A princípio, em relação às primeiras duas formas de conduta, o direito norte-americano tende a distingui-las a partir de uma perceptiva pragmática do comportamento do agente em relação à sua maneira de perceber sua intenção determinada em cometer o delito. Essa diferenciação passa despercebida no direito brasileiro de maneira que se considera tão somente a figura do dolo direto em relação ao modo de agir determinado; entretanto, para compreender a extensão da própria da TCD, deve-se ter uma melhor elucidação sua diferenciação, ainda que tais aspectos não sejam familiares à tradição jurídica brasileira.

A partir de suas próprias definições no MPC, o grau mais elevado, *willfully* ou *purposely*, e o segundo mais elevado na escala, *knowingly* (ALI, 1985), podem ser compreendidos e contrastados por meio de suas respectivas naturezas, tomando emprestado, de forma análoga, as respectivas concepções de “conhecimento *a priori*” e “conhecimento *a posteriori*” desenvolvidos no campo filosófico. Por conseguinte, tem-se que o *willfully/purposely* se manifestaria como uma conduta do indivíduo que detém um “conhecimento *a priori*” sobre o delito, ou seja, o sujeito compreende os elementos

materiais do delito como seu propósito almejado; logo, o objeto criminoso é representado anteriormente na consciência do agente orientando a sua realização.

Em contraponto, o *knowingly* compreende a conduta do indivíduo expressando um “conhecimento *a posteriori*”, ou seja, o sujeito é ciente, por percepção empírica, de que os elementos materiais do delito são resultados de sua conduta atual ou de suas circunstâncias correlatas ao seu comportamento efetivo. Essa diferenciação relativamente sutil pode ser mais bem visualizada em alguns casos com enfoque na trajetória criminosa, isto é, o meio em que o surge e se desenvolve a ideia criminosa na psique do sujeito (BECKER, 2004): no conhecimento *a priori* (*willfully/purposely*), o agente, de antemão, tem o conhecimento arquitetado dos elementos típicos relativos à conduta que realizará, mentalizando-os como seu objetivo e, portanto, é comumente associado às fases que antecedem a execução que resultam em uma espécie de planejamento criminoso – p. ex. o ato premeditado –, fato que se destaca no *iter criminis* no momento dos atos de cogitação e atos preparatórios, pois, quando devidamente identificado, revelam a disposição do sujeito em praticar o delito.

De outro lado, no ponto de vista do conhecimento *a posteriori* (*knowingly*), verifica-se quando o sujeito toma conhecimento (positivo ou por elevada probabilidade), de forma atual, acerca de um conjunto de elementos referentes a sua própria conduta, sendo que sua postura intencional é revelada a partir dos atos de execução, prescindindo de qualquer propósito anteriormente concebido para realizar o delito e, por extensão, dos atos de cogitação e preparação; trata-se, portanto, de um cometimento de crime em que não se manifesta seu propósito doloso na mente do sujeito nas etapas anteriores e sim no instante em que se realiza.

Embora seja, de fato, uma linha tênue que o direito norte-americano estabelece dentro do que se conhece como dolo direto, sua relevância se apresenta na medida em que é a partir de um conhecimento sobre o delito no tipo “*a posteriori*”, isto é, de maneira empírica, é que se poderá viabilizar o desdobramento em relação a sua manifestação por alta probabilidade, bem como outras formas subjetivas de menor escala conforme se verá adiante.

Por conseguinte, consoante a hermenêutica da Suprema Corte norte-americana acerca desses dispositivos (*United States v. Jewell* (1976)), o *knowingly* (conduta consciente) se

configura na medida em que o sujeito possua, tal como dito, o conhecimento do fato de forma atual, incluindo em seu bojo a consciência da alta probabilidade do evento de maneira a ser entendido este último estado como uma escala menor do próprio fenômeno cognitivo. Importante observar, todavia, que no teor da referida norma 2.02.7 do MPC apresenta uma ressalva que – no mesmo sentido, mas lida de modo inverso – se expressa da seguinte forma: caso o agente realmente acredite que não exista algum elemento relacionado ao crime, ainda que se apresente a consciência em alta probabilidade, não se satisfaz o requisito do conhecimento em face à conduta do *knowingly* para a consubstanciação do delito.

Por outro lado, observa-se que segundo o teor do MPC, a conduta do *recklessly* é apresentada quando o sujeito age com desconsideração ou indiferença acerca de um risco substancial e injustificável sobre a existência de um ilícito ou seu resultado, cuja natureza deve ser um “desvio grosseiro” do padrão de conduta que uma pessoa normal seguiria. Deve-se considerar, todavia, que o conceito de *recklessly*, assim como o de *willfully* e *knowingly*, não está igualmente em perfeita identidade com a escala em que se concebe o elemento subjetivo no direito brasileiro. Desta forma, seu conteúdo compreende, de um lado, elementos característicos do dolo eventual, alcançando a intersecção com aspectos do *knowingly*; e de outro, a culpa consciente sobretudo na modalidade da imprudência.

Reportando-se novamente à interpretação da Suprema Corte no caso *Global-Tech Appliances, Inc. et. al. v. Seb S.A*, tem-se que a própria instância máxima realiza a distinção sobre cegueira deliberada no âmbito do *knowingly* em relação ao *recklessly*, em virtude deste último implicar, na ótica daquele direito, uma conotação singular de responsabilidade a partir um critério de “homem médio”, axiologicamente incompatível com a finalidade da TCD:

While the Courts of Appeals articulate the doctrine of willful blindness in slightly different ways, all appear to agree on two basic requirements: (1) the defendant must subjectively believe that there is a high probability that a fact exists and (2) the defendant must take deliberate actions to avoid learning of that fact. **We think these requirements give willful blindness an appropriately limited scope that surpasses recklessness and negligence. Under this formulation, a willfully blind defendant is one who takes deliberate actions to avoid confirming a**

high probability of wrongdoing and who can almost be said to have actually known the critical facts^{91, 92} (563 U. S. ____ (2011) p. 17)

Citando outros precedentes como *United States v. Pérez-Meléndez*, 599 F. 3d 31, 41 (CA1 2010); *United States v. Svoboda*, 347 F. 3d 471, 477–478 (CA2 2003); *United States v. Stadtmauer*, 620 F. 3d 238, 257 (CA3 2010); *United States v. Schnabel*, 939 F. 2d 197, 203 (CA4 1991), a corte projeta a noção de que a instrução pautada cegueira deliberada permite que se impute o elemento do “conhecimento” ao réu se as evidências indicarem que ele “fechou olhos” com a intenção de evitar saber as circunstâncias que acontecem em sua órbita de sua realidade. Nesse sentido, os supracitados requisitos de identificação da cegueira deliberada autorizam distinguir dentro da *recklessly* duas formas de comportamento: o dolo eventual assimilado ao *knowingly* e a culpa consciente da própria *recklessly*, os quais vão ao encontro da classificação referida por Silva Sánchez (2011, p. 118 Apud PEREIRA, 2013, p. 15), que apresenta uma conotação particularizada em *subjective recklessness* e o *objective recklessness*:

Enquanto a primeira se acha no limite da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, a segunda se situa no contexto da culpa inconsciente (como forma qualificada da mesma) de modo que sua adoção configura a discussão sobre a imputação subjetiva em termos radicalmente distintos.

Nessa esteira, obtem-se um interessante quadro do elemento subjetivo no sentido de que o expediente do MPC 2.02.7 – o conhecimento de alto probabilidade – atinge um duplo efeito na escala: a) matiza em certo grau a noção de *knowingly*, enquanto elemento correspondente ao dolo direto, viabilizando, em tese, a configuração máxima da TCD em sede de um dolo determinado a partir de um conhecimento *a posteriori*; e b) estende a

⁹¹ NT: Embora as Cortes de Apelação articulem a Doutrina da Cegueira Deliberada de maneiras ligeiramente diferentes, todos concordam em dois requisitos básicos. Primeiro, o réu deve acreditar subjetivamente que há uma alta probabilidade que um fato existe. Em segundo lugar, o réu deve realizar medidas deliberadas a fim de evitar tomar conhecimento do fato. **Nós pensamos que esses requisitos conferem à cegueira deliberada os limites apropriados de seu alcance que superam a imprudência e a negligência. Sob essa formulação, um réu intencionalmente cego é aquele que toma medidas deliberadas para evitar a confirmação de uma alta probabilidade de transgressão, e que quase se pode ser dito ter ele realmente conhecimento os fatos críticos.**

⁹² Grifo meu

conformação da TCD, no direito brasileiro, abarcando o dolo eventual, em certa circunstância de anuência ou indiferença acerca da produção do resultado – como parte da concepção do *recklessly*, uma vez que “[...] *permitiendo en caso de no existir “alta probabilidad”* [leia-se: o comportamento abarcado no *knowingly*], *la aplicación de la recklessness* [leia-se: aos aspectos correspondentes ao dolo eventual] [...]”⁹³ (HUERGO, 2010, p.4) – e, ainda, de forma excepcional, alcançando elementos correspondentes à culpa consciente (por imprudência), quando o comportamento reunir em si o desvio do padrão de conduta por desconsideração do risco em virtude de uma esperança sincera de que o resultado não viria a se produzir. Portanto, a partir dessas noções justapostas entre o elemento subjetivo no direito comparado Brasil-Estados Unidos, tem-se, em linhas gerais, o seguinte quadro:

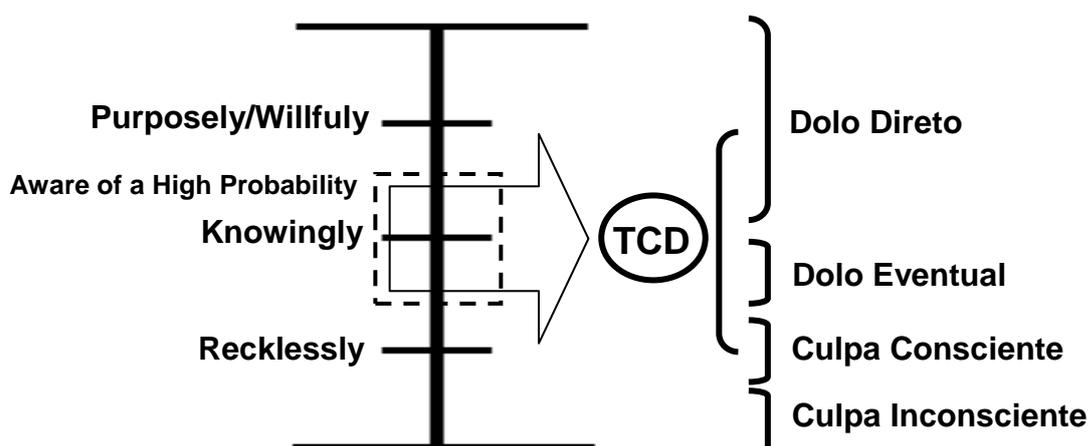


Figura 9: Esquema Comparativo da TCD no Direito Norte-Americano e Brasileiro

Isto posto, a esta altura importante não prescindir dessa análise o pensamento crítico que permeia o conceito desenvolvido por Jakobs – a cegueira diante dos fatos –, a qual embora não constitua em si próprio a noção de cegueira deliberada, contribui para uma compreensão dialética crítico-axiológica do assunto. Segundo Ragués I Vallès (2013), jurista alemão evidencia em seu trabalho o que considera um grave contrasenso a disparidade de tratamento dado ao dolo e a potencial consciência da ilicitude na legislação alemã que, semelhante ao direito brasileiro, atribui ao primeiro o caráter natural

⁹³NT: “[...] permitindo no caso de não existir “alta probabilidade”, a aplicação da *recklessly* [...]”.

ou psicológico e ao segundo o normativo. Acerca dessa questão, expõe o jurista suas considerações críticas:

Puesto que de lo que se trata es de personas y no de sujetos, desde la perspectiva funcional los conocimientos actuales del sujeto carecen de la importancia que le concede la dogmática tradicional, naturalista y apegada al hecho psíquico. El conocimiento es un diagnóstico psíquico e individual y no coincide ni con el ámbito ni con la medida de los distintos ámbitos de responsabilidad. Esta afirmación ha recibido ya un amplio reconocimiento en el ámbito de la conciencia de la antijuridicidad: la regulación del Derecho positivo (§ 17 StGB*) admite que se imponga la pena íntegra cuando existe un conocimiento defectuoso evitable. Y, de hecho, ésta es la solución correcta cuando el desconocimiento tiene su origen en una posición de indiferencia frente al Derecho. Sorprendentemente, esta perspectiva normativa se encuentra todavía en pañales en el ámbito de la competencia por la realización del tipo: hasta hoy em día se viene oponiendo sin conexión alguna un concepto psicologicista de dolo a un concepto normativo de culpabilidad⁹⁴. (JAKOB, 1996, p. 56)

Assim, Jakobs considera essa diferenciação de abordagem inaceitável, pois “[...] *obliga a responder de forma injustificadamente benigna ante ciertos supuestos de desconocimiento, concretamente los que denomina casos de “imprudencia dirigida a un fin” o “ceguera ante los hechos” (Tatsachenblindheit)*⁹⁵” (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p.25-26), todavia essa concepção, como se observa, não tem relação essencial com a própria cegueira deliberada (vide item 3.1.1.). Desta forma, Jakobs não dedica atenção aos casos em que o sujeito se mantém intencionalmente em estado de desconhecimento, o qual pressupõe um objetivo intermediário (evitar o conhecimento) e o objetivo final (lograr a impunidade, p.ex.), traços próprios da cegueira deliberada, mas sim a postura do sujeito que demonstra um “desinteresse”, “indiferença” ou “falta de escrúpulo” diante de fatos apresentados ao seu círculo de conhecimento (RAGUÉS I VALLÈS, 2013); assim explica:

⁹⁴ NT: Posto que se tratam de pessoas, e não sujeitos, a partir da perspectiva funcional o conhecimento atual do sujeito carece de importância atribuída pela dogmática tradicional, naturalista e apegada ao fato psíquico. O conhecimento é um diagnóstico psíquico e individual e não coincide nem com o alcance, nem com a extensão das diversas áreas de responsabilidade. Esta afirmação tem recebido já um amplo reconhecimento no âmbito da consciência da ilicitude: a norma do Direito positivo (§ 17 StGB*) admite que se imponha a pena integral quando existe um conhecimento defeituoso evitável. E, de fato, esta é a solução certa quando a ignorância está enraizada em uma posição de indiferença para com o Direito. Supreendentemente, esta perspectiva normativa ainda está engatinhando no que compete a realização do tipo: até os dias de hoje se vem opondo, sem conexão alguma, um conceito psicologicista de dolo à um conceito normativo de culpabilidade.

⁹⁵ NT: “[...] *obliga a responder de forma injustificavelmente benigna a certos pressupostos de ignorância, especificamente aqueles que ele denomina casos de “imprudência direcionada ao fim” ou “cegueira diante dos fatos”*”.

[...] muchas personas desconocen que producen ruidos excesivos o que contaminan el medio ambiente, porque tanto los demás conciudadanos como el medio ambiente les son indiferentes. Si se interesaran por el bien de otros o por el de todos, los efectos perjudiciales les resultarían a todas luces evidentes, pero ese interés falta.⁹⁶ (JAKOBS, Apud RAGUÉS I VALLÉS, 2013, p. 26)

Sendo esse desconhecimento privilegiado tido como axiologicamente injustificável para Jakobs, torna-se necessário então empreender uma interpretação desse comportamento delitivo de modo a considerar a imprudência de uma maneira mais grave em razão dos reflexos sociais da conduta. Nesse aspecto, a cegueira diante dos fatos surge como uma modalidade mais intensa de imprudência consciente, pois em seu bojo contém uma valoração negativa sobre os fatos de forma a julgar como irrelevante ou indiferente ante seus olhos, menosprezando não o resultado em si, mas as informações que lhes são apresentadas que indicam o potencial lesivo de sua conduta.

Portanto, conforme exposto, depreende-se que a TCD se apresenta no direito brasileiro, em tese, sob três formas possíveis de conduta de acordo com as circunstâncias do caso concreto: i) dolo direto, ii) dolo eventual e iii) culpa consciente.

A cegueira deliberada como dolo direto (i) – em virtude do *knowingly* na circunstância de *aware of a high probability* –, ocorre quando o conjunto probatório analisado criticamente for determinante no sentido de que a) o sujeito detinha suficientes elementos de conhecimento habitual e/ou representações mentais atuais que possam subsidiar um conhecimento, por previsão, altamente provável sobre a existência ou natureza de um ilícito e, b) com o intuito de induzir à ausência de justa causa ou afastando a tipicidade em relação à sua conduta, o agente toma medidas, comissivas ou omissivas, em afastar os elementos apreensíveis e verificáveis de sua esfera cognitiva; por fim, tido como um elemento implícito, c) tais medidas devem ser hábeis a sustentar a substância do seu conhecimento altamente provável, compreendendo a noção de ajustes dos meios em virtude dos fins. A respeito dessa primeira forma, indo ao encontro desse entendimento,

⁹⁶ NT: “[...] muitas pessoas desconhecem que produzem ruídos excessivos ou que contaminam o meio ambiente, porque tanto os outros cidadãos como o meio ambiente são indiferentes a elas. Se estivessem interessadas pelo bem dos outros ou pelo bem de todos, os efeitos nocivos se mostrariam mais evidentes, mas esse interesse é ausente”.

Huergo (2010, p.6): “[...] si nos atenemos a la regulación que de este instituto realiza el Model Code, verificamos que el campo de aplicación de la willful blindness resulta más estrecho que nuestro dolo eventual, al exigir “alta probabilidad”⁹⁷”.

Adiante, a cegueira deliberada como dolo eventual (ii) – a propósito do *recklessly* em circunstância de *subjective recklessness* e parcialmente assimilado à luz do *knowingly* por *aware of a high probability* – manifesta-se quando o conjunto probatório indicar que a) o sujeito detinha suficientes elementos de conhecimento habitual e/ou representações mentais atuais que possam subsidiar um conhecimento, por previsão, altamente provável sobre a existência ou natureza de um ilícito, e b) a aceita ou anui para a produção do resultado ilícito que, embora não fosse seu propósito almejado, é tido na forma de consequências colaterais (secundárias) compreendidos como possíveis de sua conduta primariamente lícita; por último, c) embora tenha sempre o poder de escolha entre realizar ou não a conduta, desconsidera esta última opção em prol da afirmativa em relação à sua vontade de realizar a conduta primária acima de tudo.

Por último, a cegueira deliberada como culpa consciente (iii) – em razão do *recklessly*, subtraídos os elementos correspondentes essencialmente ao dolo eventual – se verifica quando o quadro de provas sugerir o comportamento no sentido de que a) o sujeito detinha suficientes elementos de conhecimento habitual e/ou representações mentais atuais que possam subsidiar um conhecimento, por previsão, altamente provável sobre a existência ou natureza de um ilícito, porém b) manifesta uma crença convicta e/ou uma esperança sincera de que o resultado não se produzirá, apesar das circunstâncias contrárias; e, assim, c) desconsidera e/ou evita a postura normal e necessária a ser tomada igualmente por uma pessoa média diante das mesmas circunstâncias.

Em suma, vislumbra-se a cegueira deliberada nas formas de dolo direto e eventual o comportamento semelhante ao arquétipo da raposa outrora aludida (vide item 3.1.1.a), em razão de haver um comportamento subjetivo de afastar o conhecimento sobre o ilícito com o objetivo de obter algum tipo de vantagem, sobretudo esquivar-se de uma responsabilidade penal resultante de sua conduta; enquanto que a cegueira deliberada excepcionalmente na forma de culpa consciente remete em alguns casos à ideia de um

⁹⁷NT: “[...] se nos ativermos à regulação deste instituto pelo *Model Code*, verificamos que o campo de aplicação da Willful Blindness se mostra mais estreita que nosso dolo eventual por exigir “alta probabilidade”.

comportamento típico de avestruz (vide item 3.1.1.b), em especial, quando evita tomar uma postura normal e necessária para não frustrar a esperança sincera de que o ilícito não exista, procurando não cair em realidade de confrontar uma questão ética ou moral ao lidar com o fato ilícito.

5.2. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO PENAL 470/MG

5.2.1. Breve contextualização fática

Considerado o escândalo brasileiro de maior notoriedade da primeira década do século XXI, o chamado “mensalão” desencadeou uma crise de profunda repercussão que marcou do primeiro mandato do governo do então presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva (PT) (GALLI, 2007). O ponto de ruptura do caso ocorre em maio de 2005, quando um funcionário da ECT, Maurício Marinho, é flagrado recebendo propina de empresários. Desde então, Marinho, que tinha como padrinho o deputado federal Roberto Jefferson (PTB), se torna o centro das investigações e o referido parlamentar, em pouco tempo, passa a ser acusado de integrar o esquema de corrupção dos Correios. Jefferson, se sentindo acossado, concede uma entrevista em junho do mesmo ano denunciando uma rede de compra de votos dos parlamentares no Congresso Nacional.

Em linhas gerais, tratava-se de grandes quantias de dinheiros, cujos pagamentos eram efetuados regularmente a deputados da base aliada em troca de votos favoráveis à tramitação de projetos de interesse do governo lula; segundo Jefferson, os valores mensais eram de R\$30 mil (GALLI, 2007) – daí, portanto, a origem da expressão “mensalão”, a qual o deputado Ibrahim Abi-Ackel (PP-MG) assim se manifesta “*Chame-se a isso mensalão quem quiser; chame-se a isso quinzenão quem quiser; chame-se a isso semanão quem quiser*” (GALLI, 2007). O pagamento era realizado pelo então tesoureiro do PT, Delúbio Soares, enquanto que o empresário Marcos Valério de Souza, proprietário de agências de publicidade – SMP&B e DNA Propaganda – servia de fachada para dissimular as doações ilícitas da campanha eleitoral, recebendo os depósitos cujo destinatário final era o PT. Em síntese:

[...] para esconder o caixa-dois da campanha do PT, empresas que faziam doações ao partido tinham os valores repassados diretamente para uma das empresas de Marcos Valério, que era responsável por ocultar as irregularidades. Para justificar a saída de dinheiro para o PT, o publicitário contraía empréstimos bancários junto ao BMG, ao Banco Rural ou ao Banco do Brasil e entregava o dinheiro à base aliada do governo ou ao próprio PT. Como o dinheiro dos doadores era depositado diretamente na conta de suas empresas, Marcos Valério quitava os empréstimos com esses valores. (GALLI, 2007)

Instaurada a chamada CPI do Mensalão, os parlamentares procederam às investigações que duraram entorno de 120 dias, e que por fim teve seu relatório final não votado, sendo que o desfecho historicamente emblemático acabou “terminando em pizza” – expressão esta que, desde então, se tornou sinônimo de impunidade. Mais tarde convertida em Ação Penal nº 470, após a formal denúncia do então Procurador-Geral da República Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, o processo se desenvolveu sob os holofotes da mídia nacional e internacional. O cerne da peça criminal consistia, pois, na compra de apoio parlamentar consubstanciada no pagamento de contas de campanhas eleitorais passadas ou organização de futuras (ATTUCH, 2012).

Segundo a denúncia do Procurador-Geral, o esquema representava uma “[...] *“sofisticada organização criminosa, dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude”* (fls. 5621)” (BRASIL, 2012c, p.6). Além disso, se constatou que o esquema tinha como objetivo: *“garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros Partidos Políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais”* (BRASIL, 2012c, p.6).

5.2.2. A Configuração do Esquema Ilícito

De acordo com o relatório confeccionado pelo então ministro Joaquim Barbosa, com base nas informações obtidas pelas investigações da PGR, a atividade criminosa apelidada de “mensalão” consistia em uma estruturação profissional, cujas operacionalizações eram precipuamente setorizadas, as quais – nos dizeres do Procurador-Geral da República –

funcionariam como verdadeiros “núcleos”, que realizavam as atividades de forma coordenada de acordo com as áreas em que estivessem incumbidos, de modo a permitir a circulação clandestina dos recursos financeiros por meio de mecanismos de lavagem de dinheiro (BRASIL, 2012c). Conforme a exordial acusatória, o esquema havia sido arquitetado ainda durante as eleições de 2002, sendo efetivamente executado a partir de 2003 (BRASIL, 2012c); entretanto, os chamados “núcleos” do esquema já se encontravam em operação naquele mesmo ano:

Já em dezembro de 2002, os réus do denominado “núcleo publicitário” da quadrilha – especialmente os réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH – já haviam sido apresentados para os réus do denominado “núcleo central” – formado pelos réus JOSÉ DIRCEU, JOSÉ GENOÍNO, DELÚBIO SOARES e SÍLVIO PEREIRA -, com o fim de pôr em prática o plano de corrupção de parlamentares da então frágil base aliada, com intuito de *“negociar apoio político, pagar dívidas pretéritas do Partido e também custear gastos de campanha e outras despesas do PT e dos seus aliados”* (fls. 5621)⁹⁸. (BRASIL, 2012c, p.7)

O esquema era composto, em realidade, por três grandes núcleos ativos para a consecução da atividade ilícita: i) o “núcleo político”, também denominado “núcleo partidário” ou, ainda, “núcleo central”, cuja função desempenhada por agentes políticos era organizar e promover a negociação política consistente em pagamentos regulares de altas quantias em troca de voto e apoio do legislativo para os projetos do executivo, fomentando o fortalecimento da base aliada e, conseqüentemente, pavimentando o caminho do controle e permanência do partido no poder político; ii) o “núcleo financeiro”, formado por agentes que atuam estrategicamente nos bancos, cujo objetivo era viabilizar o processo de dissimulação dos recursos financeiros através de facilidades indevidas na concessão de créditos de forma temerária; e iii) o “núcleo publicitário”, sendo a contrapartida desse processo de lavagem de dinheiro, na medida em que funcionava como catalisador na cadeia de movimentação dos recursos, articulando a origem ilícita intermediando os desvios financeiros convertidos sob aparência lícita de empréstimos bancários.

⁹⁸ Grifo no original.

O esquema é assim sintetizado no relatório:

Segundo a acusação, os réus do núcleo político ou central, com intuito de permanecerem por longos anos no Poder, teriam optado por utilizar mecanismos criminosos oferecidos pelos réus dos núcleos publicitário e financeiro, os quais, segundo o Procurador-Geral da República, já vinham sendo praticados no Estado de Minas Gerais, especialmente a partir do Governo do atual Senador EDUARDO BRANDÃO DE AZEREDO, do PSDB, cuja conduta está em análise na AP 536. (BRASIL. 2012c, p.8)

O núcleo central, por sua vez, se aproxima dos núcleos financeiro e publicitário, dando-lhes “carta branca” para realizar da maneira que for necessária o abastecimento de recursos financeiros, para que se pudessem propiciar as negociações políticas de compra de apoio, subsumidas aos crimes de corrupção (BRASIL, 2012c). Em síntese, a estrutura criminosa em núcleos pode ser ilustrada da seguinte maneira:

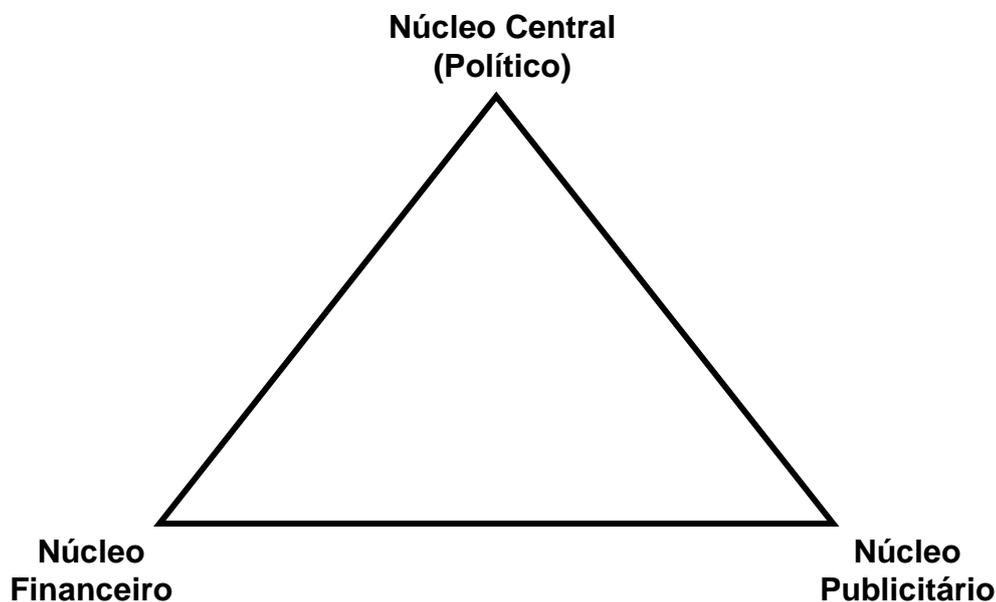


Figura 10: Quadro Esquemático - Núcleo de Atuação Criminosa no Caso Mensalão

Retomando as noções analisadas anteriormente sobre os níveis de atuação do crime de colarinho branco (vide item 2.4.3.), verifica-se nesse quadro criminoso do mensalão a dupla manifestação do nível intelectual e do nível operacional da atividade ilícita. O núcleo

central identifica-se com o nível altamente intelectual do esquema, embora contenha, em certo grau, o nível operacional, de tal modo que se constitui no centro irradiador do esquema, cuja organização e atuação pressupõem o domínio intelectual dos meios operacionais do esquema e dos fins maiores da organização, determinando as diretrizes do processo decisório ainda que não estivesse diretamente a par dos meios de atuação dos demais núcleos.

Por outro lado, os núcleos financeiro e publicitário são familiares ao nível operacional outrora analisado, conquanto guardem igualmente algum grau relativo ao nível intelectual, pois suas atuações, cada qual em seu núcleo, consistem em executar as atividades de cunho material do esquema, isto é, o processo de captação, dissimulação e movimentação dos recursos ilícitos, convertido sob a aparência lícita, para os respectivos destinatários políticos auspiciados pelo núcleo central.

Observando a temática proposta deste trabalho, especial destaque deve ser dado ao nível operacional deste caso concreto e notório de crime de colarinho branco, uma vez que a cegueira deliberada se manifesta primordialmente neste nível, malgrado possa também ser vislumbrado em circunstâncias práticas da dimensão intelectual. Com efeito, a peça acusatória ensejadora da AP nº470/MG assim afirma sobre o comportamento dos agentes atuantes nos núcleos financeiro e publicitário:

[...] a análise das movimentações financeiras dos investigados e das operações realizadas pelas instituições financeiras envolvidas no esquema demonstra que estes, fazendo tabula rasa da legislação vigente, mantinham um intenso mecanismo de lavagem de dinheiro com a omissão dos órgãos de controle, uma vez que possuíam o apoio político, administrativo e operacional de JOSÉ DIRCEU, que integrava o Governo e a cúpula do Partido dos Trabalhadores. (BRASIL, 2012c, p.8)

Particularmente ao núcleo financeiro, é perceptível a caracterização do crime de colarinho nos parâmetros estudados antes (vide itens 2.3. e 2.4.), uma vez que os réus, agentes econômicos atuantes na área bancária, se utilizaram de suas posições estratégicas para obterem vantagens para si em troca de colaboração omissiva e comissiva no esquema criminoso, sobretudo no processo de desvinculação da origem ilícita dos recursos:

[...] réus do núcleo financeiro – KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO, VINÍCIUS SAMARANE e AYANNA TENÓRIO – teriam se utilizado de suas posições no Banco Rural para, com o fim de aumentar os lucros do banco e de obterem vantagens do Governo Federal – especialmente com a redução ou ausência de fiscalização do Banco Central -, praticar inúmeras fraudes caracterizadoras de crimes de *gestão fraudulenta de instituição financeira*, dentre as quais a classificação irregular do risco de empréstimos (inclusive daqueles concedidos ao Partido dos Trabalhadores e a empresas dos réus do núcleo publicitário); renovações sucessivas de empréstimos sem as garantias exigidas para a preservação do equilíbrio do Sistema Financeiro Nacional; disponibilização de agências do Banco Rural para prática de crimes de lavagem de dinheiro, dentre outras. Segundo a denúncia, o falecido Vice-Presidente do Banco Rural, Sr. José Augusto Dumont, “assumiu a responsabilidade de ser a face visível dos ilícitos praticados pelos dirigentes dessa instituição financeira, que sempre tiveram plena consciência de que a lucratividade do banco advém de incontáveis transações financeiras realizadas à margem da legislação”⁹⁹. (BRASIL, 2012c, p.11)

Ainda com enfoque do núcleo financeiro-publicitário, a questão nevrálgica do esquema criminoso, sobre a qual versa a aplicação da TCD, aborda a configuração típica da lavagem de capitais. Quanto ao caso específico, o relatório destaca a ementa do acórdão de recebimento da denúncia aos réus donos da empresa Bônus Banval (referidos como 22º e 23º denunciados) e da empresa Natimar (24º denunciado), envolvidos no processo de dissimulação dos recursos ilícitos em benefício de agentes políticos pertencentes ao PP e, ainda, se organizando de forma estável para o cometimento das respectivas infrações penais – respectivamente:

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. OCULTAÇÃO E DISSIMULAÇÃO DA ORIGEM, MOVIMENTAÇÃO, LOCALIZAÇÃO E PROPRIEDADE DE VALORES. RECEBIMENTO DE MILHARES DE REAIS EM ESPÉCIE. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTA PESSOA. TIPICIDADE DA CONDUTA. MERO EXAURIMENTO DO CRIME ANTERIOR. IMPROCEDÊNCIA. CRIMES AUTÔNOMOS. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. São improcedentes as alegações de que a origem e a destinação dos montantes recebidos pelos acusados não foram dissimuladas e de que tais recebimentos configurariam mero exaurimento do crime de corrupção passiva. Os acusados receberam elevadas quantias em espécie, em alguns casos milhões de reais, sem qualquer registro formal em contabilidade ou transação bancária. Em muitos casos, utilizaram-se de pessoas não conhecidas do grande público e de

⁹⁹ Grifo no original.

empresas de propriedade de alguns dos denunciados, aparentemente voltadas para a prática do crime de lavagem de dinheiro, as quais foram encarregadas de receber os valores destinados à compra do apoio político. Com isto, logrou-se ocultar a movimentação, localização e propriedade das vultosas quantias em espécie, bem como dissimular a origem de tais recursos, tendo em vista os diversos intermediários que se colocavam entre os supostos corruptores e os destinatários finais dos valores.

2. A tipificação do crime de lavagem de dinheiro, autônomo em relação ao crime precedente, é incompatível, no caso em análise, com o entendimento de que teria havido mero exaurimento do crime anterior, de corrupção passiva.

3. Existência de inúmeros depoimentos e documentos nos autos que conferem justa causa à acusação, trazendo indícios de autoria e materialidade contra os acusados.

4. Denúncia recebida contra 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º, 27º, 28º, 29º, 30º, 31º e 32º acusados. (BRASIL, 2012c, p.28-29)

Quanto ao delito de formação de quadrilha¹⁰⁰:

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. FORMAÇÃO DE “QUADRILHAS AUTÔNOMAS”. EXISTÊNCIA DE MERO CONCURSO DE AGENTES. TESE INSUBSISTENTE. CONFORMAÇÃO TÍPICA DOS FATOS NARRADOS AO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL FORMADA, EM TESE, PARA O FIM DE COMETER VÁRIOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO PASSIVA, AO LONGO DO TEMPO. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE DENÚNCIA CONTRA DOIS ENVOLVIDOS. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. MÍNIMO DE QUATRO AGENTES. NARRATIVA FÁTICA. TIPICIDADE EM TESE CONFIGURADA. EXISTENTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. Não procede a alegação da defesa no sentido de que teria havido mero concurso de agentes para a prática, em tese, dos demais crimes narrados na denúncia (lavagem de dinheiro e, em alguns casos, corrupção passiva). Os fatos, como narrados pelo Procurador-Geral da República, demonstram a existência de uma associação prévia, consolidada ao longo tempo, reunindo os requisitos *estabilidade* e *finalidade voltada para a prática de crimes*, além da união de desígnios entre os acusados.

2. Também não procede a alegação de que a ausência de acusação contra dois supostos envolvidos – beneficiados por acordo de delação premiada - conduziria à rejeição da denúncia, por violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da inaplicabilidade de tal princípio à ação penal pública, o que, aliás, se depreende da própria leitura do artigo 48 do Código de Processo Penal. Precedentes.

3. O fato de terem sido denunciados apenas três dentre os cinco supostamente envolvidos no crime de formação de quadrilha (capítulo VI.2 da denúncia) não conduz à inviabilidade da inicial acusatória, pois, para análise da tipicidade, devem ser considerados os fatos tal como narrados, os quais, *in casu*, preenchem claramente os requisitos estipulados no artigo 41 do Código de Processo Penal, e constituem crime, em tese.

4. Existentes indícios de autoria e materialidade do crime, suficientes para dar início à ação penal.

¹⁰⁰ Na época da denúncia, ainda era vigente a redação antiga do Código Penal referente ao delito “Quadrilha ou bando”, in verbis “Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, 1 a 3 anos. [...]”, alterada posteriormente pela Lei 12.850/2013 (Vide item 2.3.7.).

5. Denúncia recebida contra 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º e 27º acusados, pela suposta prática do crime definido no art. 288 do Código Penal. (BRASIL, 2012c, p.30)

Por conseguinte, o relatório sublinha as considerações da PGR no sentido de que há provas robustas e contundentes de entrega de valores em datas próximas a votações de projetos relevantes ao governo Lula, sobretudo relativos a repasses ilícitos ao PP, o qual providenciou o esquema de dissimulação das respectivas quantias, configurando para o núcleo central, em tese, os delitos de corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, enquanto que para o núcleo financeiro-publicitário, em tese, os delitos de lavagem de dinheiro e formação de quadrilha. (BRASIL, 2012c).

Segundo o Procurador-Geral da República, o *modus operandi* da lavagem de dinheiro relativos aos recursos ilícitos recebidos pelo PP privilegiava duas sistemáticas: i) recebimento em espécie de recursos disponibilizados diretamente em agências do Banco Rural; e ii) recebimento de recursos por meio da estrutura empresarial fornecida pelas empresas Bônus Banval e Natimar, atuando como intermediários dos recursos recebidos pelos acusados de corrupção ativa, os quais entravam em contato com aqueles para viabilizar a dissimulação dos valores (BRASIL, 2012c). Nesse sentido, o relatório frisa:

O Procurador-Geral da República assegurou que, seguindo a sistemática de lavagem de dinheiro disponibilizada pelos núcleos publicitário e financeiro da quadrilha narrada no Capítulo II da denúncia e, ainda, da nova estrutura especificamente montada pelos réus vinculados ao Partido Progressista (Capítulo VI.1 da denúncia), “No período compreendido entre os anos de 2003 e 2004, os parlamentares federais JOSÉ JANENE, PEDRO CORRÊA e PEDRO HENRY, auxiliados por JOÃO CLÁUDIO GENU, receberam R\$ 2.905.000,00 (dois milhões, novecentos e cinco mil reais) oferecidos por JOSÉ DIRCEU para votarem a favor de matérias do interesse do Governo Federal” (fls. 45.385).

Em síntese, *grosso modo*, o esquema criminoso popularmente conhecido como “mensalão” se constitui de uma complexa rede de operacionalização de desvios de recursos públicos e concessões de benefícios indevidos a agentes particulares, em troca de grandes quantias em dinheiro e compra de apoio político com propósito de permanência do poder político (BRASIL, 2012c).

5.2.3. Análise da Aplicação da TCD no Julgamento da Ação Penal nº 470/MG

Diante do exposto, a Ação Penal nº 470 teve seu julgamento realizado no plenário do Supremo Tribunal Federal em outubro de 2012, momento o qual as condutas ilícitas foram extensamente analisadas e debatidas e teve, por fim, 37 réus julgados, dos quais 25 foram condenados pela corte. Do inteiro teor do acórdão, reunido em 8405 páginas, especial destaque deve ser dado ao julgamento relativo ao delito de lavagem de capital, circunstância em que a TCD fora efetivamente aplicada em relação aos comportamentos delitivos do núcleo financeiro-publicitário em que se realizou a dissimulação dos valores indevidos, vinculados aos membros do PP, por intermédio da estrutura empresarial disponibilizada pelas empresas Bônus Banval e Natimar.

A questão colocada *sub judice*, a princípio, abordava a possibilidade de enquadramento típico do delito de lavagem de capitais quanto ao seu elemento subjetivo doloso, o qual suscitara a viabilidade de compreender não somente a espécie do dolo direto, mas também o dolo eventual quantos aos verbos descritos da legislação. Acerca desse tema o entendimento da ministra Rosa Weber se revela no sentido de que:

O **dolo eventual na lavagem** significa, apenas, que o agente da lavagem, embora sem a certeza da **origem criminosa** dos bens, valores ou direitos envolvidos quando pratica os atos de ocultação e dissimulação, tem ciência da **elevada probabilidade** dessa procedência criminosa¹⁰¹. (BRASIL, 2012a, p. 1271)

Situando a questão no âmbito prático, a ministra aduz o cenário habitual das relações entre os agentes no setor financeiro em que sub-repticiamente se desenvolvem os esquemas de dissimulação de valores: de um lado, o fato de que o profissional de lavagem de dinheiro assume “[...] *uma postura indiferente quanto à procedência criminosa dos bens envolvidos e, não raramente, recusa-se a aprofundar o conhecimento a respeito*” (BRASIL, 2012a, p. 1272); de outro, o agente interessado no processo de lavagem, autor do crime antecedente, “*quer apenas o serviço realizado e não tem motivos para revelar os seus segredos, inclusive a procedência criminosa específica dos bens*

¹⁰¹ Grifo no original.

envolvidos, ao lavador profissional – conclui, portanto, que “*a regra no mercado profissional da lavagem é o silêncio*” (BRASIL, 2012a, p.1272). Tal exame contextual coincide, na medida do possível, com noções relativas às análises sujeito-meio e meio-objeto anteriormente expostas nas considerações sobre o conhecimento de alta probabilidade nos crimes de colarinho branco (vide item 4.2.2.).

Consoantes às considerações da própria ministra Rosa Weber como também do ministro Gilmar Mendes, tem-se que o conhecimento de alta probabilidade é um contingente mínimo para a configuração dos respectivos delitos de colarinho branco, destacando o ministro tal entendimento por meio da doutrina pertinente ao tema:

*É certo que “o agente deverá saber que os bens resultam de uma certa espécie de crime constante do ‘catálogo’. Este conhecimento parece bastar-se com uma mera informação – vg. se alguém comunica ao agente que os bens provêm da prática de um crime de corrupção –, desacompanhada de qualquer conhecimento do substrato fático do crime precedente. Não seria político-criminalmente adequado exigir um conhecimento detalhado e pormenorizado do crime de onde derivam os bens – caso contrário só poucas condutas seriam puníveis”. (Jorge Alexandre Fernández Godinho, *Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade*, Almedina, Coimbra, p. 208).*

*Portanto “não é necessário um conhecimento exato sobre a procedência criminosa dos bens, capitais ou valores” (Luiz Regis Prado, *Direito Penal Econômico*, RT, 366). (BRASIL, 2012a, p.5717)*

Verifica-se, logo, que os elementos fáticos circunscritos à realidade a qual se insere o delito tem o feitio de nortear o processo de examinação do grau de consciência e conhecimento do teor ilícito de maneira a viabilizar a ilação sobre a intensidade das representações mentais que convergem para a elevação da probabilidade. Essa noção correspondente ao ambiente se torna o universo possível de percepção, a *lebenswelt*, o qual o sujeito não se encontra *a priori* desvinculado senão por forçosa opção de ignorar os elementos objetivos dessa circunstância factual, afastando-os da órbita de seu conhecimento, este compreendido enquanto operação cognitiva de apreensão da realidade empírica. De acordo com a explanação do Ministro Mendes (BRASIL, 2012a, p. 5717), “*o que se deve verificar, em concreto, é o grau de conhecimento ou de consciência da procedência dos bens, sendo certo que não pode situar-se no campo da mera desconfiança ou, ainda, da negligência (falta de cautela ou cuidado)*”.

Ainda sobre esse aspecto fático em relação ao grau de consciência do ilícito, é relevante trazer à baila as considerações tecidas por Günther Jakobs sobre o conhecimento difundido dentro da sociedade. O jurista alemão compreende o fenômeno do conhecimento como um conjunto de saberes empíricos que estão em certa medida penetrados na realidade social, conferindo ao sujeito o conteúdo necessário para se realizar como indivíduo pertencente a um respectivo corpo social. A respeito desse conhecimento, o jurista (JAKOBS; STRUENSEE, 1998, p.60) faz a seguinte ponderação:

En una sociedad de cierta densidad, ese conocimiento no surge como saber aislado, que también se pudiera volver a olvidar, sino como saber con múltiples puntos de apoyo, dentro de un complejo de conocimientos respecto del cual no puede suceder que sea dejado de lado o desplazado, o que ni siquiera se aprenda o que ya no se conozca, ya porque este saber configura la orientación en el mundo de cada persona y ella fracasaría sin él¹⁰².

Levando em conta que esse corpo social – ou sociedade – setorizado em áreas de saberes distintos, sendo alguns casos determinados por saberes de caráter profissional em sentido amplo, o sujeito nele inserido tem perante si um conjunto potencialmente disponível de conhecimento o qual sua percepção poderá se distinguir em caráter atual ou habitual, tal como concebido filosoficamente por Locke (1999) (vide item 4.1.1.). O conhecimento habitual, em sentido prático, representa o conhecimento agregado na medida em que a experiência empírica do sujeito inserido na realidade se intensifica por sua interação seus componentes objetivos, além de outros múltiplos fatores, alguns dos quais se remetem novamente às concepções anteriormente analisadas sobre a caracterização do crime de colarinho branco (em especial, vide itens 2.3.6., 2.3.7., 2.3.8., 2.4.3. e 4.2.2).

Denota-se a partir das explanações de Jakobs a importância de delinear os contornos e o grau de envolvimento do sujeito na área do saber empírico em que realiza o comportamento típico, uma vez que a “densidade” a qual alude o autor refere-se à própria

¹⁰² NT: Em uma sociedade de certa densidade, esse conhecimento não surge como um saber isolado, que também pode ser esquecido novamente, mas como um saber com múltiplos pontos de apoio, dentro de um complexo de conhecimento sobre o qual não se pode acontecer que seja deixado de lado ou deslocado, ou que nem sequer se aprenda ou que já não se conheça, isso porque este conhecimento configura a orientação no mundo de cada pessoa e ela fracassaria sem ele.

disposição quantitativa e qualitativa de informações e elementos objetivos de um dado contexto passíveis de apreensão humana. Mais adiante, Jakobs ilustra:

Si, por ejemplo, una persona arroja una piedra pesada contra la cabeza de otro ser humano, y sabe esto, conoce también el peligro de una lesión; pues en la vida cotidiana la precipitación de una piedra se vincula en tal medida de modo múltiple con la violencia, la fuerza, el ímpetu, y una cabeza, en igual medida de modo múltiple con la fragilidad, que la suposición de que eso no ocurriría, o incluso la ausencia de toda suposición sobre la consecuencia, hablaría de la incapacidad para vivir, y, por ello, puede resultar imposible en una persona que conduce su vida de modo al menos en cierta medida aceptable¹⁰³. (JAKOBS; STRUENSEE, 1998, p.60)

De forma contundente, o autor conclui que o conhecimento resultante de uma percepção empírica de representações mentais originárias, e posteriormente passando às derivadas, se manifesta no sujeito necessariamente em um determinado grau “aceitável” para que este possa realizar suas atividades cotidianas satisfatoriamente. Segundo Locke (1999), essas operações cognitivas de representar as relações de acordo/desacordo sobre causalidade, semelhança e contiguidade entre os objetos na realidade densa, a qual o sujeito interage habitualmente, são tidos como fenômeno próprio das relações ambientais e interpessoais. De modo contrário, salienta Jakobs (1998), se não fosse essa operação intelectual um comportamento inerente ao homem em sociedade, este não estaria apto a se relacionar com outros semelhantes e com o meio propriamente dito, tornando inviável uma convivência social relativamente profícua, pois *“formulado de modo drástico: quien al conocer el hecho de que una piedra se encuentra con una cabeza no asocia a ello la consecuencia de una lesión, no vivirá él mismo por mucho tiempo”*¹⁰⁴. (JAKOBS; STRUENSEE, 1998, p. 60)

¹⁰³ NT: Se, por exemplo, uma pessoa joga uma pedra pesada contra a cabeça de outro ser humano, e sabe disso, também conhece o perigo de uma lesão; pois, no cotidiano, a precipitação de uma pedra é muitas vezes ligada a violência, força, impulso; e uma mente na mesma proporção em debilidade, com a suposição de que isso não aconteceria, ou mesmo a ausência de qualquer suposição sobre a consequência, se diria como incapaz para viver e, por isso, pode resultar impossível em uma pessoa que conduz sua vida de certa forma aceitável.

¹⁰⁴ NT: Formulado de forma drástica: quem, ao saber do fato de que uma pedra atinge uma cabeça não associa a ela a consequência de uma lesão, não viverá por muito tempo.

No que tange à cegueira deliberada propriamente dita, fundamentando-se no direito comparado, principalmente no anglo-americano, o julgamento do comportamento delituoso em comento reconhece a aplicação em sede de dolo eventual, considerando suas peculiaridades relativas à caracterização do conhecimento de alta probabilidade, tal como anteriormente consignadas. Todavia, para tanto, no respectivo voto, a ministra Weber (BRASIL, 2012a, p. 1273) assim norteia:

Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.

Nesse sentido, há vários precedentes, como US vs. Campbell, de 1992, da Corte de Apelação Federal do Quarto Circuito, US vs. Rivera Rodriguez, de 2003, da Corte de Apelação Federal do Terceiro Circuito, US vs. Cunan, de 1998, da Corte de Apelação Federal do Primeiro Circuito.

Conquanto sejam os referidos precedentes notáveis, deve-se ter em conta as considerações tecidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos em decisão recente no caso *Global-Tech Appliances, Inc. et. al. v. Seb S.A*, proferida em 2011, cujo teor foi exaustivamente analisado em tópico passado (vide itens 3.2.4. e 3.3.2.). A corte americana prescreve como vetores de aplicação da TCD dois requisitos: o subjetivo, relativo à circunstância em que o agente subjetivamente acredita que há uma alta probabilidade de que um fato exista; e o objetivo, corroborado pela realização de atos intencionais no sentido de efastar de sua órbita o conhecimento efetivo daquele fato. A síntese de ambos constitui a essência da conduta tida como cegueira deliberada pela perspectiva do direito norte-americano conforme exposto no respectivo *Opinion of the Court*.

De outro giro, esses dois requisitos encontram correspondência no entendimento relativo às exigências I e III supramencionadas, enquanto que o requisito II nada tem em relação aos critérios expressados no referido caso. Acerca deste último, cuja essência é correspondente à noção de indiferença, comum ao conceito de dolo eventual, remete-se, em determinado aspecto, à cegueira diante dos fatos, delineada por Jakobs (vide item

3.1.1.), para o qual o sujeito não adquire os conhecimentos necessários em razão de considerar tal circunstância como irrelevantes, comportamento-se de modo indiferente em relação à própria conduta deficiente do elemento cognitivo.

A partir deste ponto, portanto, a questão assume contornos delicados, uma vez que nessa acepção a TCD cinge a região subjetiva do dolo eventual e da culpa consciente, tal como vislumbrado anteriormente (Figura 9). Com efeito, em conformidade com a análise comparativa supra (vide item 5.1.3.), a admissão da exigência II, mencionada no voto da ministra Weber, implicará conceber a cegueira circunscrita àquelas duas formas subjetivas, isto é: a) dolo direto ou eventual, quando a conduta do sujeito implicar o conhecimento de alta probabilidade e a realização de ato idôneo, comissivo ou omissivo, no sentido de afastar os elementos fáticos de sua esfera de conhecimento; e b) culpa consciente, quando o agente embora tenha conhecimento de alta probabilidade, representando o evento ilícito como possível, acredita ou espera sinceramente que o resultado não ocorrerá, de modo a não tomar as diligências necessárias de sua verificação (imprudência).

Em alternativa, a questão sobre o traslado da cegueira deliberada da *common law* para o *civil law* é enfrentada pela ministra weber invocando a *Setencia 22/2005* do Supremo Tribunal Espanhol, cujo sistema jurídico, semelhante ao brasileiro, recepciona o instituto sob a forma jurídica do dolo eventual nos casos de lavagem de dinheiro. O teor da decisão da corte espanhola é assim reproduzido:

Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de Mayo, y se reitera en las de 356/98 de 15 de Abril, 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 1842/99 de 28 de Diciembre, 774/2001 de Mayo, 18 de Diciembre de 2001, 1293/2001 de 28 de Julio, 157/2003 de 5 de Febrero, 198/2003 de 10 de Febrero, 1070/2003 de 22 de Julio, 1504/2003 de 25 de Febrero y 1595/2003 de 29 de Noviembre, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, La naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTS 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de

Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo¹⁰⁵. (BRASIL, 2012a, p.1298)

Denota-se que a jurisprudência espanhola admite a TCD sob os parâmetros normativos não menos que correspondentes ao dolo eventual, sendo, pois, suficiente na ótica jurídica daquele ordenamento para a aplicação do instituto. Além disso, interessante observar que perante aquela corte a cegueira deliberada assume status de princípio, com o propósito de nortear a aplicação judicial ao comportamento delitivo em comento.

A respeito do mérito propriamente dito, os votos dos ministros Rosa Weber, Gilmar Mendes e Celso de Mello endossam a assimilação da cegueira deliberada – “no mínimo” – a título de dolo eventual, embora cada qual tenha seu ponto de vista particular sobre o tema. Respectivamente, para a ministra Weber (BRASIL, 2012a, p.1273): “*na hipótese sub judice, há elementos probatórios suficientes para concluir por agir doloso - se não com dolo direto, pelo menos com dolo eventual - [...]*”. Ademais, empreendendo elementos interpretativos similares à análise tríplice considerada antes (vide item 4.2.2.), seu voto destaca acerca dos elementos fáticos à demonstração probatória no sentido da cegueira deliberada assegurada pelo dolo eventual no primeiro caso, e sua insuficiência probante no segundo:

Quanto aos agentes contratados para ocultação e dissimulação dos valores recebidos, no caso os dirigentes da Bônus Banval, **é forçoso reconhecer o dolo de lavagem em vista da própria natureza dos serviços por eles prestados, em verdadeira terceirização profissional da lavagem**. No tocante ao acusado Carlos Alberto Rodrigues Pinto, houve um único repasse, com saque, ausente, por essa circunstância, elemento probatório suficiente para concluir pela presença do dolo eventual¹⁰⁶. (BRASIL, 2012a, p.1274)

¹⁰⁵ NT: “Esta doutrina se origina na STS 755/97 de 23 de maio, e reitera em 206/98 de 15 de abril, 1637/99 de 10 de janeiro de 2000, 1842/99 de 28 de dezembro, 774/2001 de mayo, 18 de dezembro de 2001, 1293/2001 de 28 de julho, 157/2003 de 5 de fevereiro, 198/2003 de 10 de fevereiro, 1070/2003 de 22 de julho, 1504/2003 de 25 de fevereiro e 1595 / 2003 de 29 de Novembro, entre outras, precisando a jurisprudência citada que não se exige um dolo direto, bastando o eventual ou inclusive como se faz referência na sentença de instância, é suficiente se situar na posição de ignorância deliberada. Quer dizer que quem podendo e devendo conhecer a natureza do ato ou colaboração que se pede, se mantém em situação de não querer conhecer, mas não obstante presta sua colaboração. É o princípio de ignorância deliberada a que tem se referido a jurisprudência desta Sala, entre outras em SSTS 1637/99 de 10 de janeiro de 2000, 946/2002 de 16 de maio, 236/2003 de 17 de fevereiro, 420/2003 De 20 de março, 628/2003 de 30 de abril - 785/2003 de 29 de mayo”.

¹⁰⁶ Grifo meu.

Mais adiante, outros dados fáticos são levantados corroborando na identificação da cegueira deliberada no primeiro caso:

O caso presente, aliás, ilustra a utilidade do dolo eventual em relação a profissionais da lavagem e os problemas decorrentes de sua não admissão. [...] **As provas indicam certa profissionalização da lavagem** realizada por meio dessas duas empresas. Difícil, contudo, a meu juízo, afirmar que os dirigentes dessas empresas agiram com dolo direto, cientes, com absoluta certeza, da procedência criminosa dos valores envolvidos. Entretanto, **ao realizarem a tarefa para agentes políticos, em contato direto com Marcos Valério, e ao concordarem em realizar operações de ocultação e dissimulação da entrega desse dinheiro aos parlamentares, parece-me óbvio que tinham ciência da elevada probabilidade da origem criminosa dos valores envolvidos e, mesmo assim, persistiram na conduta**¹⁰⁷, evitando se aprofundar a respeito e assumindo o risco de lavar produto de crime. Agiram, portanto, com dolo eventual. (BRASIL, 2012a, p. 1300)

O ministro Mendes em seu voto conclui, a princípio, pela viabilidade de tipificação da lavagem de capitais em sede de dolo eventual, uma vez que compreende que a própria norma penal se utiliza da expressão “indiretamente”. Em seguida, o ministro ressalta a importância de considerar a transposição do instituto entre os dois sistemas legais, dimensionando-o de forma congruente dentro dos fundamentos da ordem jurídica pátria. Nesse aspecto, ainda, advoga o ministro, alicerçado em renomados juristas, pela especial relevância em identificar no caso concreto os vetores próprios da cegueira deliberada:

Ad argumentandum tantum, deve-se admitir com cautela a tese aqui também já referida acerca da *cegueira deliberada (willful blindness)*. Tese essa que encontra limitações teóricas e práticas na *common Law* e não pode ser importada sem suas adequadas implicações, por exemplo, a exigência de “*criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento*” (Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*, RT, p. 99). (BRASIL, 2012a, p.5717)

Contemplando o aspecto processual, o ministro Mendes argumenta em relação da produção de provas, particularmente quanto ao elemento subjetivo, o qual, segundo o

¹⁰⁷ Grifo meu.

magistrado, é tido como a “prova possível”, nos termos em que sendo o *factum probandum* situado na esfera abstrata das intenções, quando ela não é aferida por elementos objetivos no âmbito dos fatos, se materializaria tão somente pela via confessional. Por essa linha, admite-se a possibilidade lógica de se apreciar por método indutivo-dedutivo a manifestação do dolo, considerando o conjunto probatório extraído do contingente objetivo do caso *sub judice*.

Com efeito, utilizando-se de uma análise interpretativa das circunstâncias que cingem o fato delitivo, extraem-se indícios convergentes à conformação do dolo, ainda que “no mínimo”, nos aportes do dolo eventual tal como já referido, de forma que diante de seu juízo expressa o ministro:

Reafirmo que o elemento subjetivo do tipo – dolo – pode ser aferido das condições factuais objetivas e, com efeito, não há como se acolher a tese da ignorância, salvo se se admiti-la como deliberada. São vultuosas quantias recebidas em espécie, a despeito dos mecanismos seguros e usuais do mercado. São valores provenientes de empresas de publicidade contratadas pelo Poder Público. São despesas e créditos tratados à margem da legislação eleitoral. Informalidade? Não. Transferências de recursos que não encontram legitimidade ética e legal. E os próprios mecanismos utilizados pelos réus, inclusive com artifícios para ocultar a origem e a destinação dos recursos, denotam a concretude da imputação. (BRASIL, 2012a, p.5733)

Ademais, convém registrar o teor do Informativo nº 677 do STF, o qual versando sobre a síntese da própria AP nº 470/MG inteira os argumentos positivos do ministro Celso de Mello em relação à admissibilidade do dolo eventual em face ao crime de lavagem de dinheiro, em que seu reconhecimento e convicção jurídica se estribam “[...] no denominado critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida” (BRASIL, 2012b).

5.3. ASPECTO PROCESSUAL PENAL: A CEGUEIRA DELIBERADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO

Transpostas as questões de direito substantivo sobre a cegueira deliberada, faz-se necessário analisar esse fenômeno jurídico sob o prisma adjetivo, verificando sua concretização no âmbito do processo penal, sobretudo quanto aos meios de provas. De tal maneira, a TCD, consoante a interpretação dada pelo STF, ingressou no conjunto probatório da AP470/MG sob a forma de prova indiciária, uma vez que o fato probando – o dolo – localiza-se no chamado “mundo das intenções”, sua demonstração ocorre por meio de um processo crítico de raciocínio indutivo-dedutivo. Nesse sentido, o plenário do egrégio tribunal, consignando essa questão com base na doutrina processualista, se manifesta no teor do *decisium* da seguinte maneira:

[...]

Como adverte a doutrina, “em relação especificamente à prova da existência do dolo, bem como de alguns elementos subjetivos do injusto (elementos subjetivos do tipo, já impregnado pela ilicitude), é preciso boa dose de cautela. E isso ocorre porque a matéria localiza-se no mundo das intenções, em que não é possível uma abordagem mais segura. Por isso, a prova do dolo (também chamado dolo genérico) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras de experiência comum do que ordinariamente acontece”. (Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de Processo Penal*, Lumen Juris, p.295). (Grifei).

Nesse sentido, inclusive, a já citada Convenção de Palermo, art. 6º, alínea f, prescreve que: “O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente artigo, poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas”. (BRASIL, 2012a, p.5719)

A despeito do indício no âmbito dos “meios de prova”, a doutrina costuma classificá-la propedeuticamente como “prova indireta” (MESSA, 2014), isto é, uma vez que “para alcançar uma conclusão acerca do fato a provar, o juiz se vê obrigado a realizar pelo menos duas operações inferenciais” (LIMA, 2016, p. 792). Consequentemente, os indícios são assim definidos no CPP: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (BRASIL, 1941); ou seja, deve-se ter um fato comprovado como ponto de partida do qual, por meio de um raciocínio dedutivo, se chega a um fato se

que queira comprovar (LIMA, 2016). Todavia, importantes ressalvas no meio jurídico elevam a questão para uma perspectiva mais apurada sobre o tema.

Embora elencada no CPP, no capítulo das provas propriamente ditas, os indícios são considerados pela doutrina não como um “meio de prova” em si mesmo, mas sim uma operação de raciocínio indutivo-dedutivo, cujo lastro provém da valoração de uma ou mais provas de um fato ou circunstância, o qual se concluirá a existência de um outro ou de uma outra (OLIVEIRA, 2014); em síntese, não se trata necessariamente de um “meio de prova”, mas de um “*resultado probatório de um meio de prova*” (LIMA, 2016, p.793). Por esse ângulo:

O que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são unicamente pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não, ainda, o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do depoimento da testemunha (BARBOSA MOREIRA, 1988, p.59 Apud OLIVEIRA, 2014, p.440)

Na esfera político-criminal, a justificação da prova indiciária se apresenta especialmente nos casos em que as únicas evidências quanto à existência de um delito se manifestam de maneira “indireta”, de forma que se torna “*humanamente impossível exigir-se outros meios de prova do fato*” (ARENHART, 2005, p.8); essa questão pode ser intuitivamente apreendida nos dizeres de Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 439) sintetizado na ideia fundamental de que “*não há como demonstrar, como prova material, o que não pode ser materializado*”. Nesse diapasão, é de notório consenso doutrinário que a prova indiciária tem especial utilização na identificação do elemento subjetivo do tipo, uma vez que:

[...] somente poderá ser aferido por meio da constatação de todas as circunstâncias que envolverem o fato, a partir das quais será possível se chegar a alguma conclusão. E esta somente será obtida, quando possível, pela via do processo dedutivo, com base nos elementos fornecidos pelas regras da experiência comum, informadas pelo que ordinariamente acontece em situações semelhantes. (OLIVEIRA, 2014, p.439)

Nessa linha, o elemento subjetivo, por definição, é materialmente indemonstrável por si só, ou seja, trata-se de um aspecto desconhecido para o qual o processo de raciocínio deve se direcionar a partir de elementos conhecidos “*a priori*”, e que não constitui – a princípio – o *thema probandum*, mas que permite abrir caminho para se chegar a este (MARQUES, Apud ANDRADE, 198-?, p. 89). Decorre da prova indiciária a noção de “presunção”, sendo aquela seu ponto de partida conformado por um juízo de lógica dedutiva de valoração das circunstâncias correlacionadas ao fato principal, caracterizando efetivamente seu produto probatório o qual integrará o rol das demais provas em um processo. Nesse caso, sendo essa uma operação inferencial aplicada no âmbito do processo penal, a presunção é eminentemente judicial, também chamada de presunção simples ou *præsumptiones hominis*, cuja função teleológica é evitar que “[...] exigências demasiado severas em matéria de prueba restrinjam desmesuradamente la tutela jurídica.”¹⁰⁸ (WALTER, 1985, p. 230 Apud ARENHART, 2005, p.9).

A noção de “*regras da experiência comum*” (OLIVEIRA, 2014, p.439), as quais estabelecem as diretrizes norteadoras do processo inferencial da prova indiciária, pressupõem, dentre outras experiências comuns possíveis, uma relação com o contexto em que se desenvolveu o fato típico, o qual abrange aspectos circunstanciais que podem fornecer elementos de relevante contribuição para consolidação da prova indiciária. Essas regras de experiência, que conformam à produção de prova indiciária, constituem a própria essência da prova, a qual se apresentará à apreciação judicial na forma de presunção, cujo valor é atribuído pelo julgador de maneira oportuna tais como quaisquer outras provas materiais. Em síntese, embora formalmente não seja considerado um “meio de prova”, o indício produz o mesmo efeito probatório tais como as demais fontes de prova (OLIVEIRA, 2014, p. 439).

Ainda, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2014), não havendo prova material em sentido contrário, os indícios se reputam como válidos no âmbito da instrução processual, podendo integrar normalmente o conjunto probatório. Nesse aspecto, Carnelutti (2002, p.231 e 243 Apud OLIVEIRA, 2014, p. 439) explica:

¹⁰⁸NT: “[...] exigências bastante severas em matéria de prova restrinjam exageradamente a tutela jurídica”.

[...] Porém se as regras da experiência operam também para deduzir do fato representativo o fato a provar, desaparece a diferença entre indício e meio [fonte] de prova imaginada por Schmidt [...] Cada uma das fontes de prova, enquanto tema de prova, pode ser, por sua vez, provada com qualquer tipo de fonte de prova, ou seja, mediante a prova histórica [depoimento, documento] ou mediante a prova crítica [pela via da dedução]

A prova indiciária, bem a como a presunção judicial resultante de sua operação inferencial, é especialmente relevante aos aspectos outrora estudados sobre a configuração da cegueira deliberada, seja no plano cognitivo ou na ação humana. Essa percepção se manifesta pela coesão entre o procedimento silogístico da prova indiciária e a configuração crítico-axiológica dos elementos relativos à análise tríplice do conhecimento por alta probabilidade (vide item 4.2.2.) e do processo praxeológico de ajustar os meios escolhidos aos fins pretendidos a partir de uma escala de valores ou necessidades (vide item 4.2.3.), cujos dados essenciais de ambas as perspectivas se manifestam expressivamente no mundo das intenções.

Desta forma, no âmbito prático, a referida coesão se verifica na obtenção da prova indiciária, cuja operação é, em linhas gerais, compreendida pelo esquema esboçado por Comoglio, Ferri e Taruffo (1995, p. 652 Apud ARENHART, 2005, p.10):

[...] existe um fato F, conhecido pelo juiz, que pode ser tido como premissa de uma inferência I, fundada sob um critério C (solidamente constituído por máximas da experiência: [...]), a qual consente e atribui um grau G de correção à asserção pela qual o fato a prova FP é verdadeiro ou falso.

Percebe-se, assim, que o processo constitutivo da prova indiciária é sustentado pela maior ou menor precisão das premissas, isto é: “[...] no grau de “certeza” que se tem da efetiva ocorrência do fato secundário e no grau de vinculação que existe entre a verificação deste e a conseqüente e necessária existência do fato primário [...]” (ARENHART, 2005, p. 10); tal acepção coaduna-se com os elementos abarcados pela cegueira deliberada. Nessa esteira, considerando a aplicação do instituto sob a égide do

dolo eventual, interessam o seguinte informativo nº 518 do STF relativo à prova indiciária sobre o respectivo elemento subjetivo:

Observou-se que para a configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente, nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento, sendo imprescindível, isso sim, que delas (circunstâncias) se extraia o dolo eventual e não da mente do autor. Desse modo, reputou-se que o dolo eventual não poderia ser descartado ou julgado inadmissível, de modo abstrato e presumido, na fase do *iudicium accusationis*, como fizera o tribunal de justiça. (STF: HC 91.159/MG, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 02.09.2008). (BRASIL, 2008.)

Rementendo-se ao esboço esquemático de Comoglio, Ferri e Taruffo, na constituição da prova indiciária devem-se destacar, sobretudo, os fatores do “critério C” e do “grau G”, cuja natureza referencial se manifesta na realidade em determinado grau de intensidade. Tais fatores são lastreados a partir de uma síntese dos dados informativos extraídos pelas relações entre sujeito-meio, meio-objeto e sujeito-objeto, considerados dialeticamente com a postura da ação humana praxeológica de buscar sempre a satisfação, afastando-se de circunstâncias desconfortantes de seu *status quo*.

Além disso, considerando o a presente exposição temática, esses aspectos devem ser avaliados crítica e concomitantemente à realidade onde a criminalidade de colarinho branco se insere e se manifesta: no caso, a intersecção público-privada, em que os esquemas criminosos adquirem um caráter parasitário, constituindo-se como um “Estado impostor ou paralelo” (vide item 2.4.2.), cuja estrutura de comando, hierarquia e divisão de tarefas – intelectual e operacional –, assumem feições características próprias: compartimentação informal e proposital de informações, resultando no *plausible deniability* (vide item 2.4.3.); componentes culturais e habituais internos de caráter “típico” do crime organizado (vide item 2.3.7.); o domínio do conhecimento a respeito da área (política, econômica, profissional, etc.) em que o agente atua (vide item 2.3.8.); o grau de assimetria da informação e de envolvimento no KYC (vide item 4.2.2.); os ajustes dos meios aos fins pretendidos, considerando a motivações sob os arquétipos da raposa ou avestruz (vide itens 4.2.3. e 3.1.1., respectivamente); além de outras particularidades que possam ver verificadas no caso concreto.

Nessa sequência, a análise tríplice sobre a convergência e a intensidade das representações mentais para o conhecimento provável, bem como o exame praxeológico da ação humana de cegueira deliberada discutidos no tópico anterior (Capítulo 4) adquirem caráter fundamental da demonstração da cegueira deliberada. Além disso, as considerações críticas tecidas sobre o crime de colarinho branco em si, bem como sua manifestação na estreita dimensão público-privada (Capítulo 2), apresentam o particular quadro contextual para o qual se deve voltar à investigação probatória, cujas regras de experiência comum devem ser extraídas precipuamente desse ambiente no qual se desenvolve esse tipo específico de criminalidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após percorrer as principais questões relativas ao tema aqui proposto, cumpre nesta última etapa refletir, de forma crítica, os aspectos outrora levantados, confrontando-os entre si e com a situação em que se encontra a realidade jurídico-cultural brasileira frente à problemática penal contemporânea.

Procurou-se, a princípio, na primeira parte do trabalho relativa à criminalidade na dimensão público-privada, se procurou desenvolver uma discussão multidisciplinar, abarcando elementos históricos, sociológicos, criminológicos e dogmáticos sobre o fenômeno social qualificado como “crime de colarinho branco”. A partir dos elementos informativos extraídos da melhor doutrina, pode-se verificar as abordagens concernentes à compreensão desse tipo de crime profissional-econômico em suas peculiaridades, dificuldades e aperfeiçoamentos mais recentes. Nessa oportunidade, quando analisado o movimento convergente entre os setores público e privado, se constatou também as implicações não só econômicas, mas, sobretudo, criminais no que tange ao fenômeno do desvirtuamento das instituições estatais em prol de interesses privados escusos de um *establishment* político-econômico.

Buscando explorar a causa e os desdobramentos desse quadro, importantes considerações foram tecidas, as quais, em linhas gerais, são: i) a presença de uma cultura de *realpolitik*, cujos interesses concorrem para uma estruturação da administração pública nos moldes convenientes do patrimonialismo-burocrático e de forma a infiltrar elementos estranhos aos ditames princiológicos mais caros à *res pública*; ii) a convergência de interesses dos agentes públicos e particulares que vislumbram no Estado a fonte e o potencial instrumental para a consecução de atividades ilícitas e, em especial, a subversão das normas postas pelo ordenamento jurídico e a perversão das normas implícitas dos princípios derivados da ética, moral e boa-fé no trato coisa pública e das relações privadas; iii) a consolidação da conduta descrita como crime de colarinho branco fundada em pressupostos fáticos do comportamento criminoso, orientado por uma abordagem que prima pela análise dialética da relação que se estabelece entre sujeito e meio para verificar o grau de envolvimento do indivíduo dentro do universo criminoso, cuja essência ontológica implica o conhecimento particular da área de atuação, afastando,

assim, uma visão defasada de crime de colarinho branco baseada em *argumentum ad hominem*.

Examinando esses principais tópicos desse tipo de criminalidade, foi possível distinguir um conjunto de comportamentos em dissonância aos valores éticos do serviço público e com a boa-fé nas relações civis, identificando a partir da conduta do agente – independente de critérios de respeitabilidade ou elevado estatuto social – uma postura intencional em realizar atos ilícitos violando os códigos e profanando o espírito do ordenamento jurídico como um todo, demovendo a confiança ética das relações sociais, compreendida como lubrificante para o bom funcionamento das engrenagens que movem as instituições democráticas livres.

Por seu turno, compreendendo esse quadro político-criminal sobre o delito de colarinho branco, em especial na intersecção público-privada, se verificou a importância de revisitar a dogmática jurídico-penal tradicional, cujas instâncias que subsidiam o *jus puniendi* em seu controle formal do crime se encontram em dissonância com a realidade contemporânea em que o ilícito se aperfeiçoa na mesma velocidade e intensidade que o desenvolvimento tecno-econômico da sociedade. Nesse sentido, atendo-se especificamente nos instrumentos da *persecutio criminis* desse tipo de criminalidade, se constatou a relevância de institutos como a chamada *plea bargain*¹⁰⁹ e a *willful blindness doctrine*, cuja incidência, cada qual com sua teleologia peculiar, logram atingir o cerne estrutural de complexos esquemas criminosos, promovendo o desmantelamento da organização e a devida responsabilização penal dos agentes envolvidos.

Diante desse contexto, surge a construção jurídica da cegueira deliberada, em que sua origem se buscava resolver uma importante questão jusfilosófica: a natureza e a extensão do conhecimento do indivíduo enquanto sujeito ativo de crime. Nesse ínterim, se estudou sua trajetória histórica desde as primeiras questões jurídicas suscitadas nos tribunais ingleses e seu posterior aperfeiçoamento nas cortes norte-americanas, estabelecendo os contornos normativos e jurisprudenciais que consolidaram o instituto até os dias atuais, empreendendo um breve estudo do recente caso - *Global-Tech Appliances, Inc. et. al. v. Seb S.A* – o qual colocou a cegueira deliberada mais uma vez sob apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos. Por conseguinte, arregimentando um suporte teórico

¹⁰⁹NT: Delação premiada.

na filosofia ocidental, se buscou compreender o conhecimento, enquanto fenômeno cognitivo de operação do raciocínio humano de percepção das representações mentais extraídas da realidade empírica. Nesse âmbito, em relação ao requisito do conhecimento por alta probabilidade, importantes obras filosóficas como de Locke e Hume foram consideradas na medida de sua contribuição para uma dialética crítico-axiológica do processo de conhecimento, procurando estabelecer, em linhas gerais, sua manifestação na consciência do sujeito diante dos fatos que se apresentam em sua esfera de percepção. Por outro lado, aprofundando o segundo requisito do comportamento voltado a afastar os elementos fáticos de sua esfera de conhecimento, foram invocadas as noções gerais fornecidas por uma perspectiva praxeológica, entendida como uma teoria sobre a ação humana a qual, cingindo a esfera prática da causalidade, compreende uma relação entre escalas de valores e necessidades – favoráveis e desfavoráveis – e o processo de tomada de decisão pragmática de ajustes dos meios em relação aos objetivos almejados.

Por fim, tendo consolidada tal bagagem antecedente, empreendeu-se uma dupla investigação do instituto da cegueira deliberada no direito brasileiro: no plano teórico, estabelecendo um exame crítico sobre o elemento subjetivo do tipo nas modalidades de dolo direto, eventual e culpa consciente – figuras jurídicas relevantes ao tema em comento –, bem como sua correlação com as noções de *mens rea* do direito norte-americano, valendo-se de uma abordagem comparativista para alcançar, na medida do possível, as semelhanças e dessemelhanças entre as formas subjetivas nos respectivos sistemas legais. No âmbito prático, por outro lado, intentou-se explorar a aplicação da TCD no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a partir do caso AP nº 470/MG – apelidada de mensalão –, cuja amplitude e complexidade criminosa mobilizaram esforços do *jus puniendi* em alcançar a responsabilidade penal e, de modo reflexo, expôs o descompasso dos instrumentos punitivos frente aos mecanismos evasivos de frustrar a resposta estatal. Nessa instância máxima, a cegueira deliberada fora utilizada com êxito na condenação de indivíduos envolvidos numa rede de lavagem de capitais para beneficiar agentes políticos de alto escalão, do feitio que o fundamento jurídico empregado compreende o instituto, naquela circunstância, sob o auspício do dolo eventual.

Entrementes, devem-se entabular algumas reflexões críticas e ponderações correlatas à aplicação da TCD no contexto brasileiro, com intuito de promover o melhor ajuste axio-

fático-normativo da cegueira deliberada para a concretização da pacificação social frente aos múltiplos casos de crimes de colarinho branco disseminados na estrutura político-econômica brasileira. Consoantes algumas constatações graves consignadas por Ragués I Vallès, tem-se observado que tribunais estrangeiros, em diversos casos, acabaram se excedendo no uso da cegueira deliberada, de forma que “[...] *en numerosas oportunidades apeló innecesariamente a esta doctrina, ya que de los hechos probados se desprende como mínimo la existencia de dolo eventual*”¹¹⁰ (HUERGO, 2010, p.14). Tal consideração parte da conotação mais estreita dada a cegueira deliberada (aqui entendida a partir dos vetores restritivos já aludidos (vide itens 3.3.2. e 5.1.3.)), conduzindo ao entendimento de que o instituto requer uma postura ligeiramente distinta (aproximando-se do dolo direto pelo *knowingly*) daquela concebida tradicionalmente como o dolo eventual, tendo a cegueira deliberada seu âmbito próprio de aplicação. Portanto, verifica-se um quadro desconcertante em que:

[...] lamentablemente muchas veces se ha apelado a la ignorancia deliberada para reducir sensiblemente las necesidades de fundamentación, al no tener que individualizar los indicios que demuestran una sospecha inicial por parte del autor de estar participando de un delito, cuando éste alega desconocimiento¹¹¹. (HUERGO, 2010, p.14)

Conseqüentemente, por um lado, considera-se que a recepção da doutrina da cegueira deliberada poderá representar um importante avanço na viabilização da responsabilidade penal na esfera delitos econômicos que, conforme já reprisado, ainda não alcançam eficientemente os agentes tidos como criminosos de colarinho branco. Desta forma, aos dispositivos de persecução penal será agregado um novo instrumento jurídico de interpretação princiológica das condutas de forma a atingir, sobretudo, a linha esquemática das operações criminosas altamente organizadas. Em compensação, a incorporação da cegueira deliberada deve ser tomada dentro das medidas circunscritas de sua aplicação, ou seja, na esfera em que ela realmente se deva fazer necessária, tendo em vista os indícios circunstanciais que impliquem nas considerações da relevância

¹¹⁰NT: “[...] em inúmeras ocasiões, se apelou desnecessariamente a esta doutrina, uma vez que dos fatos comprovados se evidencia, no mínimo, a existência do dolo eventual”.

¹¹¹NT: “[...] lamentavelmente, muitas vezes se tem apelado à ignorância deliberada para reduzir substancialmente a necessidade de fundamentação, ao não ter que individualizar os indícios que mostram uma suspeita inicial por parte do autor em participar de um crime quando este alega seu desconhecimento”.

do comportamento causal do agente na cegueira sobre o teor criminoso de sua conduta, cujo afastamento de seu conhecimento lhe beneficie de alguma forma.

Além disso, deve-se precaver para a não usurpação da teoria da cegueira deliberada como forma de desvirtuamento do ônus da prova, afrontando os princípios constitucionais relativos ao devido processo legal, CF/88, Art. 5º, LIV, e a presunção de inocência, CF/88, Art. 5º, LVII (BRASIL, 1988); assim, a aplicação da TCD deve estar sustentada em um conjunto probatório convergente aos requisitos necessários de sua identificação. Diante desse aspecto, defende-se uma postura conservadora de zelar pela devida aplicação da cegueira deliberada, de forma a não se tornar um ponto de partida para imputações dolosas generalizadas, sob o risco de exercer um poder excessivo e injusto frente ao verdadeiro sentido da construção teórica e, conseqüentemente, deteriorando sua razão teleológica, tal como ressalva Huergo (2010, p.18):

[...] una invocación irreflexiva a esta construcción podría permitir la extensión del *ius puniendi*, generalizando imputaciones dolosas en las que el autor no haya contado siquiera con la representación inicial del riesgo de comisión delictiva. Asimismo podría relajar las exigencias de fundamentación de los fallos en lo que respecta a la prueba del conocimiento en el dolo eventual¹¹².

Portanto, o *jus puniendi*, sendo um poder-dever, não poderá ser aplicado arbitrariamente, tomando a cegueira deliberada como um “atalho penal” para facilitar o árduo – porém necessário – trabalho investigativo e instrucional acerca da produção de provas relativo ao comportamento da cegueira deliberada. Em síntese, segundo as considerações de Huergo (2010) e Ragués I Vallès (2013), se quer dizer que o uso recorrente e inadvertido da TCD poderá implicar o desgaste de sua construção dogmática e em uma possível perversão ontológica que invariavelmente acarretará na perda de sua finalidade precípua em combater à sofisticação criminosa.

De outro ponto de vista, considerando o processo evolutivo da sociedade contemporânea, principalmente na difusão dinâmica e atual dos meios de comunicação, deve-se ter em

¹¹²NT: “[...] uma invocação irreflexiva a essa construção poderia permitir a extensão do *jus puniendi*, generalizando imputações dolosas em que o autor nem sequer contou com a representação inicial do risco da conduta delitiva. Da mesma forma se poderiam regalar os requisitos de justa causa nos julgamentos em relação à prova do conhecimento no dolo eventual”.

conta que a interação do sujeito em relação ao seu meio se torna cada dia mais estreita, dinâmica e funcional, sendo que sua percepção empírica sobre a realidade a qual se insere é ainda mais apurada do que era há algumas décadas. Nesse contexto de multiplicidade de fontes informativas se torna cada vez menos crível conceber, na prática, que uma pessoa seja incapaz de agregar um relativo conhecimento habitual diante dos contingentes fáticos.

Nesse entendimento, uma importante e necessária crítica reflexiva que se deve tomar no direito brasileiro é a questionável postura rousseuniana de projetar presumidamente no indivíduo pós-moderno o mito do *bon sauvage*¹¹³, de forma a sustentar a plausibilidade de um completo desconhecimento ingênuo do sujeito ante a conduta ou o resultado ilícito, quando as circunstâncias objetivas factuais indicam, dentro do conjunto probatório, a presença altamente provável de conhecer o teor ou as consequências de seu comportamento. Trata-se, portanto, de um problemática eminentemente sócio-cultural, em que tende a analisar o fenômeno criminal sob uma ótica idealista-romântica do homem em detrimento de uma avaliação empirista sobre uma dimensão praxeológica da postura do sujeito frente à universidade de escolhas, possíveis e passíveis de percepção cognitiva, as quais revelam, em seu processo decisório individual, a materialização das suas intenções humanas ocultas que são invariavelmente dirigidas à melhor satisfação de sua situação pessoal (MISES, 2010).

Tal como aludido, além das questões teóricas e práticas já investigadas sobre a cegueira deliberada, é importante ter em vista o fator cultural que contempla a realização do instituto em ambos os ordenamentos jurídicos, uma vez que o direito, conforme apresentado no início deste estudo, é entendido como um fenômeno histórico-cultural (REALE, 1979); no mesmo sentido, Tocqueville é categórico ao afirmar que “*não há sequer uma opinião, sequer um hábito, sequer uma lei, poderia dizer mesmo sequer um acontecimento, que não possa ser explicado sem dificuldade pela origem do povo*” (2010, p.55).

Quanto a este aspecto cultural, cabe atribuir uma acentuada diferenciação no modo de pensar e de agir das pessoas situadas na comunidade jurídica e social norte-americana em relação à brasileira. Esse contraste pode ser intuitivamente percebido dentro da temática abordada sob a relação que o sujeito estabelece entre o direito e a realidade:

¹¹³Bom selvagem.

nessa circunstância, temos que a perspectiva norte-americana é eminentemente pragmática, a propósito de sua abordagem do elemento subjetivo, diferenciando, p.ex., as condutas de *willfully/purposely* da *knowingly* à luz da própria intencionalidade prática em virtude dos fins jurídico-penais; enquanto que a perspectiva brasileira, sob os mesmos critérios, tende a ser formalista, visto que o elemento subjetivo, neste caso, é tratado indistintamente sob a forma de dolo direto, de modo que a forma jurídica em questão prevalece sem considerar os fins a que destinam.

Não obstante essas diferenças jurídico-culturais, sobretudo no que tange aos traços pertinentes ao *common law* e *civil law* e aos aspectos teóricos discutidos nos tópicos passados, vislumbra-se, de modo geral, a viabilidade da recepção do instituto no sistema legal brasileiro. Todavia, tal como ressalva Huergo a sobre a incorporação do instituto sob o ponto de vista argentino: “[...] *pero con ello no basta, pues su incorporación debería ser precedida por un amplio debate acerca del concepto de dolo y sus elementos constitutivos*”¹¹⁴ (HUERGO, 2010, p.18).

Logo, diante das ponderações apresentadas, infere-se que a entrada da TCD no ordenamento jurídico brasileiro, por si só, não é integralmente capaz de suprir as expectativas acerca de eficiência do Estado no combate à criminalidade político-econômica, mas, sim, poderá ser visto por uma possível abertura para uma importante renovação nas discussões acerca dos institutos jurídicos tradicionais, tendo como ênfase os componentes da teoria do crime, e mais especificamente em relação ao objeto aqui estudado, a concepção do dolo. Sendo essas questões, pois, consideradas como importantes fontes precursoras para um redimensionamento do direito penal clássico em prol de uma maior eficácia na *persecutio criminis* em relação às novas formas delitivas da sociedade contemporânea, principalmente no que se refere à criminalidade político-econômica organizada que se infiltra no aparato da Administração Pública.

¹¹⁴NT: “[...] mas isso não é o suficiente, porque sua incorporação deve ser precedida de um amplo debate sobre o conceito de dolo e seus elementos constitutivos”.

7. REFERÊNCIAS

7.1. BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALHO, Filipe Soares. **A linha tênue que distingue o dolo eventual da culpa consciente nos homicídios de trânsito**. In: E-GOV: Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. 26 de outubro de 2012. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/22800/a-linha-tenue-que-distingue-o-dolo-eventual-da-culpa-consciente-nos-homicidios-de-transito/print> > Acesso em ago de 2017.

ANDRADE, Christiano José de. **Dos Indícios no Processo Penal**. In: Revista justitia. n. 072. p. 87-98. Disponível em: < <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/90d888.pdf> > Acesso em ago de 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. **O indício e a prova no direito processual**. 2005. Disponível em <http://www.rabello.pro.br/wp-content/uploads/2009/08/arenhart_indicio_prova.pdf>. Acesso em ago de 2017.

ATTUCH, Leonardo. **O que foi o Mensalão?** In: Isto É. 27 julho 2012. Disponível em: <http://istoe.com.br/224843_O+QUE+FOI+O+MENSALAO/> Acesso em ago de 2017

BECKER, Marina. **Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004

BENSON, Michael L; SIMPSON, Sally S. **White-Collar Crime: An opportunity perspective**. New York, USA: Taylor & Francis e-Library, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral 1**. 17. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOCHENSKI, J. M. **Diretrizes do Pensamento Filosófico**. 4ª Ed. São Paulo: Herder, 1971. Coleção Cairoscópio.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 6. ed. São Paulo: Campos, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. **A História do Direito Penal Brasileiro**. In: Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade. V. 5; n. 2. Disponível em: <<http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/viewFile/410/367>> Acesso em jan de 2017

FRAGOSSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A nova Parte Geral**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Gustavo H. B. **As Leis Secretas da Economia: Revisitando Roberto Campos e as leis do Kafka**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

FREITAS FILHO, Milton Barreto. **O dolo e a culpa são componentes da tipicidade, da culpabilidade ou de ambas?**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 23 set. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29045&seo=1>>. Acesso em mar de 2017.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

GALLI, Ana Paula. **Entenda o Mensalão**: Relembre o início do escândalo, seus desdobramentos e os envolvidos. In: Revista Época. Ed. nº 48. 22 agosto 2007. Disponível em:< <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG78680-6009,00-ENTENDA+O+ESCANDALOBRO+DO+MENSALAO.html>> Acesso em ago de 2017

GEIS, Gilbert. **White-Collar and Corporate Crime: A documentary and reference guide**. California, USA: Greenwood, 2011.

HUERGO, María Victoria. **Reflexiones em torno de la doctrina de la Willfull Blindness y su posible recepción en Argentina**. In: CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. 2010. Disponível em: < www.ciidpe.com.ar/area1/willful%20blindness%20Huergo.pdf > Acesso em fev de 2017

HUME, David. **Investigação Acerca do Entendimento Humano**. Trad. Anoar Aiex. [S.l.]: Acrópolis. 2006.

IORIO, Ubiratan Jorge. **Ação, Tempo e Conhecimento: A Escola Austríaca de economia**. 1ª Ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2011

JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas Captales del Derecho Penal Moderno**. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Espanha: Civitas, 1996.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Vol. 1

_____. **Código Penal Anotado**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LACERDA, Antonio Correa. **O Brasil na economia globalizada**. In: Revista Gestão e Planejamento. UNIFACS, V. 1 n. 4, 2001. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rgb/article/view/157/160> Acesso em abril de 2017.

LIMA, Luís Armando Pereira. **Teoria do crime: elementos sobre a teoria neoclássica (neokantismo)**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4308, 18 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32411>>. Acesso em mar de 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal: Volume único**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. **As Reformas Administrativas no Brasil: Modelos, sucessos e fracassos**. In: RSP Revista do Serviço Público. Ano 49. Número 2, Abr-Jun 1998.

LINCK, José Alberto G. **Teoria da Associação Diferencial**. In: _____. Caderno de Criminologia Dom Alberto. Santa Cruz do Sul: Faculdade Dom Alberto, 2010.

LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LUBAN, David. **Contrived Ignorance**. In: Georgetown University Law Center. Washington DC, EUA, 1999. Disponível em: < <http://scholarship.law.georgetown.edu>

/cgi/viewcontent.cgi?article=2765&context=facpub > Acesso em 28 fevereiro 2017.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: Um tratado de Economia. Trad. Donald Stewart Jr. 3º Ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010

MURCHO, Desidério. **Conhecimento a priori e conhecimento a posteriori**. In: ESAS: Grupo de Filosofia. 2014. Disponível em: <http://www.esas.pt/dfa/conhecimento_a_priori_e_a_posteriori_murcho.htm> Acesso em ago de 2017.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 15ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOE, Stefan A. "Willful Blindness": A Better Doctrine of Holding Corporate Officers Criminally Responsible for RCRA Violations. **DePaul Law Review**. Vol 42, Issue 4, Summer 1993: Symposium – The Ratification of the Internacional Covenant on Civil and Political Rights. Disponível em: < <http://via.library.depaul.edu/law-review/vol42/iss4/14> > Acesso em jul de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Anselmo Lima. **A Culpa Temerária nos Homicídios de Trânsito**: Uma alternativa ao dolo eventual e culpa consciente. Teixeira de Freitas/BA. Trabalho de Conclusão de Curso. In: Ministério Público do Estado da Bahia. Disponível em: < https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/a_culpa_temeraria_nos_homicidios_d_e_transito_uma_alternativa_ao_dolo_eventual_e_culpa_consciente_-_anselmo_pereira_0.pdf > Acesso em ago de 2017

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en derecho penal**. Barcelona: Editora Atelier, 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Mejor no saber**: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. In: Discusiones. N° 13, 2; 2013. Pp. 11 a 38. Disponível em: < <http://www.cervantesvirtual.com/obra/mejor-no-saber-sobre-la-doctrina-de-la-ignorancia-deliberada-en-derecho-penal/> > Acesso em fev de 2017

ROBBINS, Ira P. **The ostrich instruction**: deliberate ignorance as a criminal mens rea. The Journal of Criminal Law & Criminology. Northwestern University School of Law, USA, v. 81, 1990, p. 191-234.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Noções Preliminares de Direito**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Teoria do Conhecimento - (Gnoseologia e Criteriologia)**. 3º Ed. São Paulo: Logos, 1958. Enciclopédia de Ciências Filosóficas e Sociais, Vol. IV.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SIMPSON, Sally S; WEISBURD, David. **The Criminology of White-Collar Crime**. New York, USA: Springer Science + Business Media, 2009.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model Penal Code**: Official Draft and Explanatory Notes. Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at. Washington, D.C., May 24, 1962. Philadelphia, PA: The American Law Institute, 1985.

VIEIRA, Vanderson Roberto; ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **O sistema clássico da teoria do delito - a análise da teoria causal-naturalista da ação e da teoria psicológica da culpabilidade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1692;Open>. Acesso em mar de 2017.

7.2. LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em ago de 2017

BRASIL. Exposição de Motivos N° 211, de 9 de maio de 1983. **Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal**. In: Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Legislação Informatizada; Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html> Acesso em abril de 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em set de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em ago de 2017.

BRASIL. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários**. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm> Acesso em mar 2017.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências**. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: Acesso em set de 2016.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de Agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em set de 2016.

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em fev de 2017.

7.3. JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº470/MG.2012. In: **Notícias STF**. 22 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>> Acesso em out de 2016 (a)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 518, Brasília, 1º a 5 de setembro de 2008. In: **Informativo STF**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo518.htm#Revalorização da Prova e Dolo Eventual – 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo518.htm#Revalorização%20da%20Prova%20e%20Dolo%20Eventual%20-%201)> Acesso em ago de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 677, Brasília, 27 a 31 de agosto de 2012. In: **Informativo STF**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo677.htm#AP 470/MG - 52](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo677.htm#AP%20470/MG%20-%2052)> Acesso em ago de 2017. (b)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório Ação Penal 470 Minas Gerais. In: **Notícias STF**. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>> Acesso em ago de 2017. (c)

USA. Supreme Court of the United States. Global-tech Appliances, Inc v. SEB S.A. In: **Supreme Court of United States of America**. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>> Acesso em out de 2016