



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

HELANO SOUSA MACAMBIRA

CEGUEIRA DELIBERADA E DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO

FORTALEZA

2018

HELANO SOUSA MACAMBIRA

CEGUEIRA DELIBERADA E DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M112c Macambira, Helano.

Cegueira Deliberada e Dispensa Ilegal de Licitação / Helano Macambira. – 2018.
66 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Samuel Arruda Miranda.

1. Cegueira Deliberada. 2. Dolo Eventual. 3. Crimes Licitatórios. 4. Dispensa Ilegal de Licitação. I. Título.
CDD 340

HELANO SOUSA MACAMBIRA

CEGUEIRA DELIBERADA E DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Lino Edimar de Menezes

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Daniel Maia

Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus e a minha família.

RESUMO

A cegueira deliberada é uma doutrina de origem estrangeira que leva a responsabilização penal do sujeito que se depara com uma situação com elevada probabilidade de tipicidade e, ao invés de tomar as medidas necessárias ao aperfeiçoamento do seu conhecimento (que poderia leva-lo a confirmar a natureza criminoso da sua ação), opta por permanecer em ignorância sobre a completude do fato. Essa teoria no Brasil é geralmente empregada em crimes que envolvem lavagem de dinheiro, além de muitas decisões a utilizarem de modo insatisfatório. Desse modo, objetiva-se contribuir tanto para a expansão do uso da dita teoria em outros delitos, quanto para o aumento do conhecimento disponível sobre o tema, tornando possível uma melhora na fundamentação judicial e do debate acadêmico ao tratar da questão. Para tanto será detalhada às origens e o desenvolvimento do instituto, bem como às divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema nos Estados Unidos, país onde a cegueira deliberada alcançou maior consagração. Após isso será estudado o tratamento doutrinário e jurisprudencial na doutrina no Brasil, bem como a relação da cegueira deliberada com o dolo eventual, por fim concluindo sobre como aplicar a teoria em território nacional, rebatendo as críticas contrárias a tal. Em seguida, serão tratados os crimes licitatórios no geral e o crime de dispensa ilegal de licitação no particular, com a devida abordagem doutrinária. Os crimes licitatórios são de grande importância para a proteção de valores consagrados constitucionalmente, no entanto, sua aplicação fica abaixo do possível. Além disso, a jurisprudência tem cometidos repetidos equívocos em seu tratamento. O posicionamento jurisprudencial será analisado e criticado, criando o substrato necessário para a defesa da aplicação do dolo eventual, na modalidade da cegueira deliberada, no âmbito do crime de dispensa ilegal de licitação.

Palavras chave: Cegueira Deliberada. Dolo Eventual. Crimes Licitatórios. Dispensa Ilegal de Licitação.

ABSTRACT

Willful blindness is a doctrine of foreign origin that leads to criminal accountability of the subject who is faced with a situation with a high probability of be a crime and, instead of taking the necessary measures to improve his knowledge, chooses to remain in ignorance about completeness of fact (which could lead him to confirm the criminal nature of his activity). This theory in Brazil is generally used in crimes involving money laundering, in addition, many decisions that refer to the theory doesn't use it in a satisfactory way. Therefore, this work aims to contribute to the expansion of the use of this theory in other crimes, as well as to increase the knowledge available about the doctrine, making possible an improvement in judicial grounds and academic's works that deal with the theory. It will be detailed to the origins and development of the institute, as well as doctrinal and jurisprudential divergences on the subject in the United States, where willful blindness has a more widespread application. After this will be studied the doctrinal and jurisprudential treatment of the doctrine in Brazil, as well as the relationship between willful blindness *mens rea* in the knowing form, finally concluding on how to apply the theory in national territory, rebutting the criticisms against it. After that, the focus will be the crimes involving public binding in general and the crime of illegal waiver of the bidding, with the proper doctrinal approach. Bidding crimes are of great importance for the protection of constitutionally established values, however, its application is subpar. In addition, the jurisprudence has committed repeated misconceptions in its treatment. The jurisprudential positioning will be analyzed and criticized, creating the necessary substratum for the defense of *mens rea* in the knowing form, in the mode of willful blindness, in the scope of the crime of illegal waiver of the bidding.

Keywords: Willful Blindness. Act Knowing. Public Bidding Crimes. Ilegal Public Binding Exemption.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	7
2. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA	10
2.1 Conceito	12
2.2. A Divisão das Cortes Norte Americanas. O conceito restrito de cegueira deliberada..	17
3. CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL	20
3.1 O Conceito Defendido Para o Direito Brasileiro	24
<i>3.1.1 O Conceito Amplo de Cegueira Deliberada. Dolo Eventual e Culpa Consciente</i>	24
<i>3.1.2 Conceito Restrito da Cegueira Deliberada</i>	27
<i>3.1.3 Críticas</i>	29
4. JURISPRUDÊNCIA	32
4.1 Banco Central	33
4.2 Mensalão	35
4.3 Lava Jato	37
5. CRIMES LICITATÓRIOS	40
5.1 Dispensa Ilegal de Licitação	44
5.2 Dolo geral (e específico) no caput do art. 89 da Lei nº 8666/93	50
5.3 Dolo Eventual e Cegueira Deliberada no Caput do Art. 89 da Lei nº 8666/93	53
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	61

1. INTRODUÇÃO

Men readily regard their suspicions as unworthy of them when it is to their advantage to do so. To meet this, the rule is that if a party has his suspicion aroused but then deliberately omits to make further enquiries, because he wishes to remain in ignorance, he is deemed to have knowledge.¹

As condutas humanas são motivadas por uma multiplicidade de razões, de modo que a vontade nem sempre apresenta um aspecto “preto no branco”, de modo que raramente é fácil compreender o seu fim. Igualmente complexa é a tarefa de determinar qual é o grau de conhecimento que nos guia antes de tomar uma decisão. Tal realidade, como não poderia deixar de ser, repete-se no universo criminal. Diversas vezes não é possível distinguir com clareza qual a extensão da vontade dos indivíduos envolvidos com o delito, bem como o seu grau de conhecimento sobre ele, de modo que emergem dúvidas sobre qual seria a devida responsabilização penal para esses agentes. Na busca de uma solução para essa questão, alguns julgados passaram a adotar uma teoria de origem estrangeira, a willful blindness ou cegueira deliberada². Essa teoria nasceu na Inglaterra, sendo posteriormente importada e desenvolvida nos Estados Unidos da América ainda no século XIX³.

Através do uso dessa teoria torna-se possível a responsabilização penal de um agente aparentemente tem um conhecimento probabilístico da natureza criminosa da sua conduta e, apesar de ter os meios para confirmar a ilicitude da sua ação, intencionalmente se blinda da obtenção do conhecimento que poderia confirmar o enquadramento da sua conduta em um tipo penal. Exemplificando esse entendimento, Sérgio Moro afirma:

Se o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da subsunção da conduta ao tipo penal, e que escolheu permanecer alheio ao conhecimento deste fato, não é vislumbrado nenhuma objeção jurídica ou moral para não reputá-lo responsável pelo resultado delitivo⁴.

Paulatinamente essa teoria migrou para os países de tradição do Civil Law, chegando às terras brasileiras na Apelação Criminal ACR nº 5520/CE, o famoso caso do roubo do Banco Central de Fortaleza. Nessa oportunidade o Tribunal Federal da 5ª Região entendeu por bem reformar a decisão da 1ª instância que aplicou a cegueira deliberada para enquadrar a conduta de alguns dos réus agentes no crime de lavagem de dinheiro. O tribunal

¹ROBBINS, Ira P.. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Rea. **Journal Of Criminal Law And Criminology**, Evanston, v. 81, n. 2, p.192, 1990 *apud* G. WILLIAMS, CRIMINAL LAW: THE GENERAL PART § 57, p.157 (2d ed. 1961).

²No restante do texto os dois termos serão tratados como sinônimos.

³ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. Spurr V. United States nº 448. Washington.

⁴MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

entendeu, nessa altura, que tal argumentação levaria a responsabilização penal objetiva e vedou a sua aplicação⁵.

No entanto, posteriormente, os tribunais, ainda em relação ao crime de lavagem de capitais, passaram a entender de modo diverso, notadamente na jurisdição do Tribunal Federal da 4^o Região, onde na a AP 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, o acórdão consagrou o entendimento que “Absolutamente pertinentes aqui as construções do Direito anglo-saxão a respeito da doutrina da cegueira deliberada”⁶.

Por hora o uso dessa teoria no direito brasileiro concentra-se nos sobre os delitos previstos pela Lei nº 9.613/98, sendo ainda tímida a sua aplicação em outros crimes, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, onde a teoria é empregada em todos os tipos de delitos e até em questões cíveis⁷.

Esse uso limitado acaba por favorecer autores de atos ilícitos, principalmente em contextos onde o agente pode argumentar o seu desconhecimento sobre a natureza criminosa das suas ações para elidir ação penal, excluindo o dolo da sua conduta, acarretando falta de punibilidade da sua conduta, nos moldes do parágrafo único do art. 18 do Código Penal⁸.

Uma seara onde essa dificuldade é sentida é dos delitos contra a administração pública. Estes diversas vezes apresentam um considerável nível de complexidade, envolvendo diversos agentes, operações e vasta documentação, o que não só dificulta o trabalho investigativo, mas como torna demasiadamente difícil, quando não impossível, demonstrar o elemento subjetivo de todos os envolvidos na prática criminosa, que podem se esconder sua participação e conhecimento sobre os fatos por meio de inúmeros subterfúgios.

Eis o caso da estrutura administrativa de um município. Figuras como a desconcentração administrativa, que são, em si, legítimas, acabam sendo deliberadamente empregadas pelos seus gestores como um escudo para blindá-los do conhecimento da prática criminosa que teria o dever jurídico de coibir⁹, como a realização de crimes licitatórios. Uma vez que os prefeitos relegam aos seus secretários, ou a mesmo à subordinados destes, a

⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5^o Região. Apelação Criminal nº 2005.81.00.014586-0/CE. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira.

⁶ TRF-4, AP 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, Relator Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, página 136.

⁷ Estados Unidos, Suprema Corte dos Estados Unidos da América, GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S. A.

⁸ Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

⁹ Art. 13, §2^o, alínea a do Código Penal: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

incumbência de realizar licitações, quando são detectadas irregularidades nestas, alegam que não poderiam ser responsabilizados, pois de nada sabiam.

Dentro do âmbito estreito que é aplicada em território nacional, a teoria da cegueira deliberada muitas vezes é tomada como um sinônimo do dolo eventual. Como entende Nascimento:

Para a teoria da cegueira deliberada o dolo aceito é o eventual. Como o agente procura evitar o conhecimento da origem ilícita dos valores que estão envolvidos na transação comercial, estaria ele incorrendo no dolo eventual, onde prevê o resultado lesivo de sua conduta, mas não se importa com este resultado. Não existe a possibilidade de se aplicar a teoria da cegueira deliberada nos delitos ditos culposos, pois a teoria tem como escopo o dolo eventual, onde o agente finge não enxergar a origem ilícita dos bens, direitos e valores com a intenção de levar vantagem. Tanto o é que, para ser supostamente aplicada a referida teoria aos delitos de lavagem de dinheiro “exige-se a prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe seja indiferente”¹⁰.

Não obstante o seu estado ainda embrionário em terras brasileiras, a teoria também despertar acalorada oposição, notadamente daqueles que entendem que esta seria incompatível com os conceitos de dolo do ordenamento jurídico pátrio, de modo que a sua aplicação acarretaria a responsabilização objetiva.

Outra linha argumentativa dos seus críticos nacionais é que a cegueira deliberada priorizaria “aquilo que o sujeito não sabe (os conhecimentos adicionais potencialmente alcançáveis), ao invés de estudar-se aquilo que está devidamente representado pelo autor ao decidir prosseguir agindo¹¹”, e que “todos os elementos de fato que não são representados pelo agente, por intencionalidade ou não, não integram o elemento intelectual do dolo e, portanto, não podem acarretar nenhuma condenação por crime doloso¹²”.

Por fim, certas críticas alegam que mesmo nos países onde o uso da willful blindness é pacífico, existe considerável controvérsia sobre os requisitos para seu uso. Nos Estados Unidos, por exemplo, impera uma divisão entre as cortes federais sobre a questão.

Portanto, parte desse trabalho acadêmico será direcionado a demonstrar a compatibilidade da cegueira deliberada, em pelo menos uma das modalidades empregadas pelos tribunais norte-americanos, com o Direito Penal brasileiro, retratando a sua relação com o dolo eventual, se é um sinônimo ou uma modalidade dele, ou se são ao menos equiparáveis.

Ultrapassado este ponto, o foco passará para a aplicação da cegueira deliberada nos crimes licitatórios, tanto os previstos na Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações), notadamente

¹⁰ NASCIMENTO, André Ricardo Neto. Teoria Da Cegueira Deliberada: Reflexos de sua aplicação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98).

¹¹ LAUFER, Chistian. SILVA, Robson A. Galvão da. A Teoria da Cegueira Deliberada e o Direito Penal Brasileiro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 17, n. 204, novembro de 2009, p. 10 e 11.

¹² Idem.

no crime de dispensa ilegal de licitação (art. 89 da Lei nº 8666/93). Para tanto, far-se-á uma sucinta explanação das partes do referido documento legislativo que interessam à temática do presente trabalho, como às hipóteses de dispensa e inexigibilidade, para desenvolver o necessário substrato intelectual que possibilite que em sequência seja desenvolvido adequadamente a tese da aplicação do willful blindness no tipo penal pertinente contornando as críticas ao uso do instituto no Direito brasileiro.

2. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Esta teoria, ou doutrina, nasceu no âmbito da Common Law, no Direito Britânico durante o século XIX, mais especificamente no ano de 1861, no caso Regina v. Sleep, onde a cegueira deliberada foi pela primeira vez aceita pelos tribunais, embora, nesse caso em particular, não tenha fundamentado uma condenação. Diante da acusação que o réu estava transportando clandestinamente bens de propriedade do Estado, o tribunal frisou que o réu não poderia ser condenado porque não foram apresentados indícios suficientes “nem que o acusado sabia que os bens estavam marcados como de propriedade do governo **nem que este propositalmente se absteve de adquirir este conhecimento**”¹³ (grifo não presente no original). Observa-se que a ideia de responsabilizar o agente que se abstém deliberadamente de descobrir que está cometendo um ilícito não foi rechaçada, mais, somente não foi aplicada para embasar uma eventual condenação por falta de indícios que demonstrassem o intento de permanecer em ignorância.

Passados quatorze anos os tribunais ingleses voltaram a tratar da questão em Bosley v. Davie. Dessa vez acusava-se o proprietário de um hotel de permitir jogatina no seu estabelecimento. O réu afirmou que não sabia que os seus hóspedes realizavam tal prática, o que foi confirmado por estes. No entanto, o tribunal entendeu que “o pleno conhecimento do fato pela parte acusada não era necessário, bastando que houvessem evidências que o acusado ou os seus funcionários foram coniventes com que estava acontecendo”¹⁴ (tradução livre).

Ainda no séc. XIX tal ideia atravessou o Atlântico, aportando nas cortes norte-americanas. Curiosamente, tal como os seus contrapartes britânicos, os tribunais estadunidenses primeiramente citaram a doutrina em uma absolvição, em People v. Brown, no ano de 1887. A Suprema Corte da Califórnia, ao absolver um réu acusado de falsificação de

¹³ Regina v. Sleep, 169 Eng. Rep. 1296, 1302 (Cr. Cas. Res. 1861). Tradução livre.

¹⁴ Caso citado por CHARLOW Robbin em Wilfull Ignorance and Criminal Culpability. Texas Law Review, vol. 70, 1992, página 196.

provas declarou que “se fosse evidente que (o réu) suspeitava que o fato fosse real e que este falhara em inquirir as informações que deveria obter, o conhecimento do fato poderia ser inferido”¹⁵.

A primeira condenação, no entanto, só viria doze anos depois, em 1899, no caso *Spurr v. United States*. Aqui o réu, gerente de um banco, era acusado de ter certificado cheques sem fundos, em violação à comandos legais que impunha o dever de vigilância. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que “um desígnio maligno pode ser inferido se o responsável se mantém propositalmente em ignorância se o depositante possui dinheiro no banco”¹⁶, não reconhecendo a defesa de que o réu desconhecia a falta de fundos.

Esse julgado tornou-se um paradigma para a definição e aplicação do *willful blindness*. Tanto que mais de cem anos depois, a citada corte ainda o *case* quando trata do tema:

A doutrina da cegueira deliberada é bem estabelecida no direito penal. Várias leis penais requerem provas que o acusado agiu com conhecimento ou por assunção do risco, e os tribunais decidiram que os réus não podem escapar do alcance legal deliberadamente blindando-se da patente evidência de fatos críticos indicados pelas circunstâncias. A concepção tradicional da doutrina é que o acusado que age desta maneira é tão culpado quanto aquele que age com o pleno conhecimento. Essa Corte endossou posição similar mais de um século atrás em *Spurr v. United States*(...)¹⁷

A partir de *Spurr v. United States* o uso da doutrina da cegueira deliberada tornou-se gradativamente de uso generalizado nas cortes norte-americanas, sendo empregada desde crimes tráfico de drogas até para questões cíveis, como demonstra o já citado acórdão da Suprema Corte deste país, no caso *GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S. A.*, que tratava de de um caso de quebra de patentes.

O uso da teoria não passou despercebido pelos países de tradição civil law. Rodrigo Leite cita que o Tribunal Supremo da Espanha já chancelou o em diversas situações, aplicando-o como equivalente ao dolo eventual, decidindo que “existe um dever de conhecer que impede que se feche os olhos diante de circunstâncias suspeitas”¹⁸.

¹⁵ *People v. Brown*, 74 Cal. 306, 310, 16 P. 1, 3 (1887) Tradução livre.

¹⁶ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Spurr V. United States* nº 448. Tradução livre.

¹⁷ *GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S. A.* Suprema Corte dos Estados Unidos (2011). Tradução Livre. Trecho original: 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*

¹⁸ STS 6796/2006 citado por Rodrigo Leite Prado em DI CARLI, Carla Veríssimo (Org.), *Lavagem de Dinheiro, Prevenção e Controle Penal*. Editora Verbo Jurídico. 2ª edição. 2014. Capítulo 7. Tradução livre.

O Tribunal Constitucional da Espanha, seguindo a linha da jurisprudência norte-americana vem decidindo “que atua dolosamente quem pratica o núcleo do tipo, diante de uma situação suspeita, colocando-se em condição de ignorância, sem se importar em conhecer mais a fundo as circunstâncias de fato”¹⁹.

2.1 Conceito

No caminhar do seu desenvolvimento a teoria ou doutrina recebeu diversos nomes, como willful blindness, contrived ignorance, ostrich doctrine e diversos outros²⁰. Similarmente à profusão na nomenclatura, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras tiveram, e continuam a ter, dificuldade para definir o que seria o willful blindness, discordando entre si sobre os requisitos e alcance da doutrina.

No plano Norte-americano, um ponto de partida no meio desse mar tempestuoso é a definição dada pelo Model Penal Code. Este documento, elaborado por advogados, professores de direito e demais profissionais jurídicos no ano de 1961, não usufrui de vigência legal, mas busca servir de modelo para as legislações e tribunais federais e estaduais, dando conceitos de crimes e de *mens rea*²¹ ou culpability. Nesse sentido goza considerável prestígio, sendo citado por cortes de todas as instâncias²², apesar da falta de capacidade vinculativa. Ao tratar dos requerimentos para a configuração do elemento subjetivo do tipo (o culpability) o Model Penal Code declara:

¹⁹ LAUFER, Chistian. SILVA, Robson A. Galvão da. A Teoria da Cegueira Deliberada e o Direito Penal Brasileiro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 17, n. 204, novembro de 2009, p. 10 e 11.

²⁰ Robin Charlow, cita uma longa lista de termos pela qual teoria já foi chamada: “purpose to avoid learning the truth, deliberate ignorance, deliberately avoiding knowing, deliberately choosing not to learn, purposely abstaining from all inquiry, studied ignorance, willful shutting of the eyes, deliberately omitting to make further inquiries, and knowledge of the second degree.” CHARLOW Robbin. Wilfull Ignorance and Criminal Culpability. Texas Law Review, vol. 70, 1992, página 1356.

²¹ O elemento subjetivo do tipo. No Direito Norte-americano o elemento subjetivo do tipo divide-se em (1) Purposely, (2) Knowingly, (3) Recklessly e (4) Negligently. Os dois primeiros tipos seriam equiparáveis ao dolo (art. 18, inciso I do Código Penal), no Direito Brasileiro, já os dois subsequentes seriam equivalentes ao conceito de culpa (art. 18, inciso II do Código Penal).

²² Inclusive pela Suprema Corte Norte Americana, como se verá mais à frente.

2.02 Requisitos Gerais de Culpabilidade.

(1) Requisitos Mínimos de Culpabilidade. Exceto conforme previsto na Seção 2.05, uma pessoa não é culpada de uma ofensa a menos que tenha agido de propósito, com conhecimento, imprudência ou negligência, conforme a lei exigir, com relação a cada elemento material da infração.

[...]

(7) Exigência de Conhecimento Satisfeito pelo Conhecimento da Alta Probabilidade. Quando o conhecimento da existência de um fato específico é um elemento de uma ofensa, tal conhecimento é estabelecido se uma pessoa está ciente de uma alta probabilidade de sua existência, a menos que ele realmente acredite que ela não existe²³.

A citada subseção nº7 trata exatamente da cegueira deliberada, como os comentários do Código (realizado pelos seus autores no próprio corpo do documento) demonstra:

Knowledge Satisfied by High Probability. Subsection (7) deals with the situation that British commentators have-denominated "wilful blindness" or "connivance," the case of the actor who is aware of the probable existence of a material fact but does not determine whether it exists or does not exist²⁴.

Desse modo pode-se concluir que para o Model Penal Code, a cegueira deliberada é o estado mental do agente que (1) está ciente da elevada probabilidade de que o fato criminoso existe e (2) o agente não acredita na inexistência do fato. Glanville Williams, citado por Ira Robinson, definiu o instituto como:

Um tribunal pode adequadamente encontrar cegueira deliberada apenas onde quase pode ser dito que o acusado realmente sabia. Ele suspeitou do fato; ele percebeu a sua probabilidade; mas ele se conteve em obter a confirmação final porque ele desejava poder negar o conhecimento. Isso, e isso apenas, é cegueira deliberada²⁵.

Pela definição de Williams, a cegueira deliberada está configurada quando o agente suspeita do fato e se abstém de obter a confirmação da sua existência pois deseja poder negar que o conhecia. Sendo assim, para William, a cegueira deliberada poderia,

²³ Model Penal Code. Tradução Livre. Trecho original:

2.02 General Requirements of Culpability

(1) Minimum Requirements of Culpability. Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.

[...]

(7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.

²⁴ Idem.

²⁵ ROBBINS, Ira, *The Ostrich Doctrine and Criminal Mens Rea*, página 196 *apud* WILLIAMS, *CRIMINAL LAW: THE GENERAL PART* § 57, at 159 (2d ed. 1961). Tradução livre. Texto original: A court can properly find willful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realized its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is willful blindness.

praticamente, ser equiparado ao conhecimento do crime. Já Alexander Sarch procurou conceituar a doutrina como:

Cegueira deliberada básica: Estar deliberadamente ignorante de proposição acusatória, P (o que nós iremos supor que é verdade), deve no mínimo:
 (1) deve ter robusta suspeita que o fato P é verdade (ou seja, acredita na alta probabilidade da sua veracidade) e
 (2) deliberadamente (no sentido de oposto de negligentemente ou descuidadamente) falhe em realizar as medidas possíveis para descobrir com maior certeza que o fato P é verdade²⁶.

O dicionário legal Merriam-Webster, define o instituto como um deliberate failure to make a reasonable inquiry of wrongdoing (as drug dealing in one's house) despite suspicion or an awareness of the high probability of its existence²⁷. Outro dicionário, o US Legal, por sua vez, afirma o seguinte:

Willful blindness is a term used in criminal law to refer to the acts of a person who intentionally fails to be informed about matters that would make the person criminally liable. It describes an attempt to avoid civil or criminal liability for a wrongful act by intentionally putting oneself in a position to be unaware of facts which create liability.²⁸

A jurisprudência do país também tratou do tema. A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao se deparar com o tema em um processo civil, traçou a sua visão do instituto nos seguintes moldes, seguindo os contornos previstos no Model Penal Code:

Enquanto as Cortes de Apelação articulem a cegueira deliberada de maneiras ligeiramente diversas, todas parecem concordar com dois requerimentos básicos: (1) o réu deve subjetivamente acreditar na alta probabilidade da existência dos fatos; (2) o réu deve deliberadamente agir para evitar conhecimento do fato²⁹.

Já em terras brasileiras, a doutrina nacional vem, paulatinamente, dando atenção ao tema, interpretando o instituto e oferecendo as suas próprias definições, a despeito do emprego ainda incipiente do instituto pela jurisprudência nacional. Nessa oportunidade, deve-se ressaltar que no Brasil a maioria das abordagens em relação se deu em volta dos crimes de lavagem de capitais. Tal fato acabou por influenciar os doutrinadores brasileiros ao definir a cegueira deliberada. Nessa toada, cita-se Sérgio Moro:

²⁶ SARCH, Alexander, Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law, p. 1037. Tradução livre. Trecho original: Basic Willful Ignorance: To be willfully ignorant of an inculpatory proposition, P (which let us suppose happens to be true), one must at a minimum: (1) have sufficiently serious suspicions that P is true (that is, believe that there is a sufficiently high probability of the truth of),-and (2) deliberately (as opposed to, say, negligently or recklessly) fail to take reasonably available steps to learn with greater certainty whether P actually is true.

²⁷ Merriam-Webster.

²⁸ US Legal.

²⁹ Estados Unidos, Suprema Corte dos Estados Unidos da América, GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S.

A willful blindness doctrine tem sido aceita pelas cortes norte-americanas quando há prova de: a) que o agente tinha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime e; b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento³⁰.

Seguindo a mesma linha de tratar a cegueira deliberada em conjunto com os crimes de lavagem de dinheiro, Taiane Alves Monteiro, define o instituto da seguinte maneira:

A teoria da cegueira deliberada existe quando o agente finge não enxergar a ilicitude da procedência de bens, direitos e valores com o intuito de auferir vantagens. Deve-se condenar com base no fato de que é necessário se precaver no que diz respeito à proveniência do que está colocando em circulação [...] O nome dessa teoria é proveniente de um ato de avestruz, ou seja, o avestruz enterra a sua cabeça na areia para não ver ou escutar más notícias, evitando, dessa forma, tomar conhecimento de coisas que lhe sejam desagradáveis. Isto é, exatamente, o que ocorre com o sujeito que responde pelo crime através da teoria da cegueira deliberada, por esta ótica, entende-se que o sujeito “enterra” a sua cabeça na areia para não tomar conhecimento da natureza ou extensão deste ilícito³¹.

Já Renato Brasileiro, buscando expandir o escopo de aplicação da teoria para englobar outros tipos penais com ele compatíveis, afirma que “Por força da teoria da cegueira deliberada, aquele que renuncia a adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa de um crime responde por ele como se tivesse conhecimento³²”.

Até aqui a cegueira deliberada pode ser conceituada como o estado mental do agente que consciente da elevada possibilidade que sua conduta é ou poderá vir a ser um ilícito penal, escolhe por permanecer em ignorância sobre a completa natureza da conduta que está praticando ou vai praticar. Destarte, o instituto exige dois alicerces, (1) a previsão da elevada probabilidade da natureza ilícita da ação e (2) a escolha consciente e voluntária de não se certificar sobre o status criminal da conduta. Tal concepção da teoria é conhecida no contexto norte-americano como “conceito amplo da cegueira deliberada”, por não exigir um fim especial na escolha em permanecer no estado de ignorância.

À parte, dessa conceituação “pura”, também existem definições que elencam elementos adicionais para a configuração do instituto.

Rodrigo de Leite Castro, apesar de formular um conceito de cegueira deliberada independente de uma conexão com a lavagem de dinheiro, deste modo distanciando-se ao da maioria dos doutrinadores brasileiros ao tratar do tema, acaba por aplicar uma definição do

³⁰ MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. P. 94.

³¹ MONTEIRO, Taiane Alves. Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil.

³² DE LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora JusPodivm. 2ª edição. 2014. p. 319.

instituto que é conhecida no contexto norte-americano como “conceito restrito de cegueira deliberada”.

As concepções restritas de cegueira deliberada incorporam um ou mais requisitos adicionais às definições “puras” até então comentadas, isto é, que a escolha do agente em permanecer em ignorância tenha este ou aquele fim específico. Eis o tratamento de Rodrigo de Leite:

[...] aquele que desejando cometer um crime ou supondo que poderá via a fazê-lo, opta, a fim de prevenir futura responsabilidade, por não aperfeiçoar a compreensão sobre a eventual subsunção de sua conduta a um tipo penal, demonstra um grau de indiferença diante do bem jurídico protegido tão alto quanto o de quem atua com dolo eventual, motivo pelo qual ambos merecem a mesma reprimenda³³.

Observa-se que nesse caso o fim específico do agente para permanecer em ignorância seria o de evitar uma possível persecução penal da sua conduta. Essa modalidade de conceito restrito de cegueira deliberada foi elaborada por parte da jurisprudência das Cortes Federais Norte Americanas, bem como de parcela da doutrina do mesmo país, como se observa:

Uma cegueira deliberada ou instrução de indiferença deliberada é apropriada quando há evidência para apoiar a inferência de que o réu estava ciente de uma alta probabilidade da existência do fato em questão e propositalmente planejou para evitar o aprendizado de todos os fatos a fim de ter uma defesa contra processos posteriores³⁴.

Todavia, alguns doutrinadores entendem que somente o fim específico de evitar uma investigação ou processo penal não é o único capaz de justificar a incidência da teoria. Para essa corrente, outros fins especiais para a manutenção da ignorância são tão culpáveis quanto uma tentativa de evasão do *ius puniendis* do Estado. Por todos, cita-se Alexander Sarch:

D's willful ignorance-of the basic variety-satisfies the knowledge element of a crime, C, if and only if it involved a breach of the duty of reasonable investigation that was sufficiently serious to make D's subsequent performance of the actus reus at least as culpable as the analogous conduct of a similarly situated knowing criminal who is guilty of C³⁵.

³³DI CARLI, Carla Veríssimo (Org.), Lavagem de Dinheiro, Prevenção e Controle Penal. Editora Verbo Jurídico. 2ª edição. 2014. Capítulo 7, p. 295.

³⁴ United States v. Barnhart, 979 F.2d 647, 652 (8th Cir.). Tradução Livre. Trecho original: A willful blindness or deliberate indifference instruction is appropriate when there is evidence to "support the inference that the defendant was aware of a high probability of the existence of the fact in question and purposely contrived to avoid learning all of the facts in order to have a defense" against subsequent prosecution .

³⁵ SARCH, Alexander, Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law. Grifos não presentes no original.

Este raciocínio defende que não somente o fim especial de evitar uma eventual persecução penal é suficiente para a configuração do instituto, uma vez que para o citado autor esta hipótese não abarcaria todas as situações onde o instituto deveria ser aplicado, mas que qualquer fim “igualmente grave” (ao fim de evitar uma responsabilização penal) deveria ser capaz de ser enquadrado no instituto da cegueira deliberada.

De qualquer forma, a despeito dessa peculiaridade, a posição da corrente aqui representada por Sarch pode ser classificada sem problemas, dentro do bojo daquela que exige um fim específico na vontade do indivíduo de permanecer em ignorância, ou seja, entre os defensores do conceito restrito de cegueira deliberada, bastando, para tanto, que se complemente a definição do instituto. Desse modo, em apertada síntese, para essa corrente a cegueira deliberada é o estado mental do agente que ciente da elevada possibilidade de que a conduta que está praticando ou está em vias de praticar é um ilícito penal, escolhe por permanecer em ignorância sobre a completa natureza da conduta que está praticando ou vai praticar movido por um fim específico.

2.2. A Divisão das Cortes Norte Americanas. O conceito restrito de cegueira deliberada. Análise Crítica.

Os tribunais federais norte americanos possuem um consenso sobre os elementos mínimos para a aplicação da cegueira deliberada, com embasamento na definição dada pelo Model Penal Code, como bem enumerou a Suprema Corte deste país: “(1) o réu deve subjetivamente acreditar na alta probabilidade da existência dos fatos; (2) o réu deve deliberadamente agir para evitar conhecimento do fato³⁶”. No entanto, como visto impera uma divergência sobre se tais elementos seriam capazes, de por si só, embasar uma condenação fundada na ignorância deliberada do agente, sendo que uma corrente entende que os referidos pontos são suficientes (conceito amplo) e os que defendem requisitos adicionais (conceito restrito).

Os defensores do conceito restrito, ao criticar o conceito amplo da cegueira deliberada alegam que tais requisitos são insuficientes e que é constante a necessidade de aplicação de fatores alheios à cegueira deliberada para que essa sirva como fundamentação para uma condenação. Na prática isso estaria levando a criação na prática de outros requisitos, ainda que não admitidos pela corrente que adota o conceito amplo. Compartilhando desse

³⁶ Estados Unidos, Suprema Corte dos Estados Unidos da América, GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S. A. Vide nota nº 21.

sentimento Robin Charlow comenta que “In recent years, jury charges often include one' or both" of these elements, but courts rarely, if ever, use these elements alone to describe the notion of wilful ignorance³⁷”.

Os 8º, 10º e 11º Circuitos Federais³⁸, acatando tal crítica, defendem que além dos comentados elementos básicos deve ser acrescido como requisito necessário para aplicação do instituto um fim especial à conduta do agente no momento em que ele escolhe permanecer em um estado de ignorância. Este seria:

A willful blindness or deliberate indifference instruction is appropriate when there is evidence to "support the inference that the defendant was aware of a high probability of the existence of the fact in question and purposely contrived to avoid learning all of the facts **in order to have a defense" against subsequent prosecution**³⁹.

Deste modo percebe-se que para as citadas cortes o elemento adicional que se deve acrescentar à cegueira deliberada é o fim especial de empregar a ignorância conscientemente construída como um escudo para elidir eventual ação penal. Esse entendimento é compartilhado por parte da doutrina deste país. Por todos, cita-se o pensamento de Husak e Callendar:

In summary, a defendant is wilfully ignorant of an incriminating proposition p when he is suspicious that p is true, has good reason to think p true, fails to pursue reliable, quick, and ordinary measures that would enable him to learn the truth of p, and, finally, **has a conscious desire to remain ignorant of p in order to avoid blame or liability in the event that he is detected.**⁴⁰.

Prosseguem os mesmos autores defendendo que tal restrição é necessária, porque se não fosse esse o caso “uma pessoa que não agisse em relação a sua suspeita sobre o fato p, meramente por preguiça ou falta de curiosidade, poderia ser responsabilizado através da cegueira deliberada, por p”⁴¹.

No entanto, tal entendimento não é livre de críticas. Alexander Sarch, apesar de discordar do posicionamento daqueles que defendem a posição que ele chama de “cegueira deliberada irrestrita” ou ampla (por não exigir um fim especial na conduta de permanecer em ignorância), reconhece que esta tem um vantagem em relação a abordagem da “cegueira deliberada restrita”⁴², porque:

³⁷ CHARLOW, Robin, Willful ignorance and Criminal Culpability, página1368.

³⁸ Equivalentes aos Tribunais Regionais Federais no Brasil.

³⁹ United States v. Barnhart, 979 F.2d 647, 652 (8th Cir. 1992), citado por Alexander Sarch. Grifo não presente no original.

⁴⁰ Douglas N. Husak & Craig A. Callender, Wilful Ignorance, Knowledge, and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality, 1994 Wisconsin Law Review, Volume 29.

⁴¹ Idem. Tradução livre.

⁴² SARCH, Alexander, Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law. Página 1045.

(...) the willfully ignorant actor's decision not to investigate his or her suspicions can be made **for a variety of reasons**, and the desire to avoid liability is just one of many possibilities. While the sort of reason singled out by the restricted motive approach—namely, wanting to avoid liability—is one **possible** reason for deciding to remain ignorant, one might make this decision for **other** reasons as well⁴³.

Logo, ao restringir o uso da cegueira deliberada aos casos em que esta foi praticada com o fim de obstar uma ação penal, acaba-se por entregar de bandeja uma desculpa aos acusados, uma vez que bastaria afirmar que a escolha de não obter o conhecimento sobre o fato foi motivado por qualquer razão diversa da construção de um instrumento para protegê-los em possível ação penal.

No entanto, as fragilidades do conceito restrito da cegueira deliberada não findariam aí. Afinal, segundo Sarch outros motivos para se manter em ignorância sobre a natureza criminal da conduta podem ser tão graves quanto o de evitar uma persecução penal. Ele traz o exemplo de um funcionário de docas que ao suspeitar que o seu empregador esteja transportando drogas, se abstém de abrir os caixotes que transporta, ainda que não haja o risco de investigá-los, para que continue recebendo os bônus que recebe pela sua “discrição”⁴⁴.

Tal reserva é compartilhada pelo restante dos Circuitos Federais. Inclusive, o 9º Circuito reformou uma decisão de primeiro grau que previa o fim específico de evasão a uma futura persecução penal, defendendo o posicionamento da necessidade apenas dos dois requisitos básicos consagrados pela corrente que defende o conceito amplo de cegueira deliberada:

Heredia argumenta que o motivo (especial) é necessário para evitar punir os indivíduos que não investigam porque as circunstâncias o tornam inseguro ou impraticável. Ela afirma que está dentro desse grupo, porque suas suspeitas não surgiram até que ela estava dirigindo em uma estrada aberta, onde teria sido muito perigoso parar. Ela afirma, assim, que tinha outro motivo que não evitar a culpabilidade criminal por não descobrir o contrabando escondido no porta-malas. **Acreditamos, no entanto, que o segundo ponto da instrução, a exigência de que o réu tenha deliberadamente evitado o aprendizado da verdade, fornece proteções suficientes para os réus nessas situações. Uma ação deliberada é aquela que é “intencional; premeditado; totalmente considerado”**⁴⁵.

⁴³ SARCH, Alexander, Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law. Página 1046. Grifos do original.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ United States v. Heredia, 483 F.3d 913, 924 (9th Cir. 2007). Grifos não presentes no original. Tradução livre. Trecho original: Heredia argues that the motive prong is necessary to avoid punishing individuals who fail to investigate because circumstances render it unsafe or impractical to do so. She claims that she is within this group, because her suspicions did not arise until she was driving on an open highway where it would have been too dangerous to pull over. She thus claims that she had a motive other than avoiding criminal culpability for failing to discover the contraband concealed in the trunk. We believe, however, that the second prong of the instruction, the requirement that defendant have deliberately avoided learning the truth, provides sufficient protections for defendants in these situations. A deliberate action is one that is “[i]ntentional; premeditated; fully considered.

Não falta pertinência nas críticas levantadas contra o conceito restrito. Imagina-se, por exemplo, a seguinte situação hipotética, usando um contexto brasileiro como base. José, namora com Maria a três anos. O seu relacionamento foi cheio de idas e vindas sendo que apenas recentemente os dois fizeram as pazes após uma briga que quase pôs um termo ao namoro. José está prestes a realizar uma viagem internacional e Maria lhe pede que leve uma mala de seu irmão para que seja entregue a um amigo deste no país de destino da viagem. José sabe que o irmão de Maria já foi preso anteriormente por tráfico internacional de drogas, mas sem querer abalar o recém-reatado relacionamento decide levar a mala sem questionar a amada sobre o conteúdo da bagagem. José, inclusive, recebe a mala um dia antes da viagem e passa a noite com a mala em sua residência, mas decide não abri-la. No momento do embarque José é parado pela polícia federal e um cachorro especializado encontra 5 quilogramas de cocaína na mala.

Pela teoria restrita da cegueira deliberada José não poderia ser responsabilizado, uma vez que a sua motivação para não olhar a mala, ainda que tenha sido possível inspecioná-la, foi por desejar não “trair” a confiança que a namorada lhe depositou e não para evitar uma eventual persecução penal. No entanto, é inegável que José estava ciente da elevada probabilidade que estava em vias de cometer um crime⁴⁶ e preferiu assumir o risco de praticar a conduta, tornando digno de responsabilização pela legislação penal.

Claro, não se desconsidera que é passível de debate se a conduta de José é permeada pelo mesmo volume de culpabilidade do que daquele que escolheria permanecer em ignorância por uma promessa de vantagem financeira ou daquele que prevendo a possibilidade da existência do crime, tomasse medidas para impedir o seu descobrimento, como esconder a mala dentro de outra para dificultar a ação dos agentes de segurança. No entanto, tais considerações não desconstituíram a tipificação da conduta de José no crime previsto pelo art.33 da Lei nº 11.343/2006, no máximo influenciariam o cálculo da pena, nos moldes do art. 59 e seguintes do Código Penal.

3. CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL

A teoria da cegueira deliberada, como comentado, ainda é de uso incipiente no território brasileiro. No entanto, surpreendentemente, em pontos espaçados do ordenamento jurídico nacional é possível encontrar vislumbres da previsão do instituto no Brasil. Um deles

⁴⁶ Pode-se argumentar, inclusive, que ao manter a mala em seu poder, ciente da elevada probabilidade do seu conteúdo, José já teria consumado um das condutas prescritas no art. 33 da Lei de Drogas.

é o Decreto nº 4388/02, que recepcionou no Direito Brasileiro o Estatuto de Roma, que o estabelece o Tribunal Internacional Penal e os crimes de sua competência. O art. 28 do referido decreto, ao tratar da responsabilidade dos superiores hierárquicos sobre os atos dos seus subordinados traz a seguinte previsão:

Artigo 28

Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

[...]

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea *a*), **o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:**

a) O superior hierárquico teve conhecimento **ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes**⁴⁷; (grifos nossos)

Vislumbre-se facilmente na transcrição do art. 28 do Decreto nº 4388/02, especialmente na alínea “a”, a presença dos requisitos básicos para a configuração da cegueira deliberada, ou seja, a percepção do agente da alta probabilidade da natureza típica da conduta e a escolha consciente em permanecer em ignorância sobre o conhecimento do fato. No caso em tela o superior hierárquico é exposto à informação de que os seus subordinados estariam praticando ou que estavam em vias de praticar um crime de competência do Tribunal Penal Internacional (a alta probabilidade do fato) e, em face desse conhecimento, o superior preferiu não tomar as ações necessárias para averiguar o caso (escolha deliberada de manter-se em ignorância).

Igualmente digno de destaque é a determinação realizada pela Constituição Federal, onde no art. 5º, §4º, submete o Brasil a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Segue-se o dispositivo em comento:

⁴⁷ BRASIL, Decreto nº 4388/02.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão⁴⁸.

Desse modo não se pode negar que há previsão legal da cegueira deliberada no ordenamento jurídico nacional. No entanto esse não é o único dispositivo legal que faz alusão ao instituto em terras brasileiras, sendo alguns, inclusive, anteriores à previsão do Decreto nº 4388/02. Esse é o caso do art. 180, §3º do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996, in ipsi literis:

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

[...]

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso⁴⁹.

Observa-se, uma vez mais, a presença dos requisitos básicos para a configuração da cegueira deliberada. Pelas condições com que o bem adentra a posse do sujeito, fica extremamente evidente para este que o bem possui origem ilícita. No entanto, a despeito desse fato, o indivíduo opta por não perquirir maiores detalhes sobre o bem, tomando-o para si. Infelizmente, o legislador optou por prever uma penalidade inferior para quem pratica a conduta do §3º em relação com a do caput⁵⁰. Tal escolha carece uma lógica jurídica que a justifique, até mesmo quando se desconsidera a teoria da cegueira deliberada. Afinal o art. 18, inciso I do Código Penal, ao trazer a definição de dolo, não faz qualquer distinção entre dolo direto e eventual. Portanto, não existe, em tese, diferença entre o elemento subjetivo do autor da conduta do caput do art. 180 do Código Penal com o do seu §3º. Ao se aplicar a cegueira deliberada tal equívoco evidencia-se ainda mais. Uma vez que por ela, o agente que age com conhecimento da extrema probabilidade da tipicidade da conduta que está a praticando ou vai praticar e que concomitantemente escolhe permanecer em ignorância sobre o caráter criminoso das suas atividades é, no mínimo tão culpado quanto aquele que atua com pleno conhecimento dos fatos⁵¹. Em entendimento que corrobora o que aqui foi dito, Moro, em

⁴⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴⁹ BRASIL, Código Penal de 1940.

⁵⁰ Detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas para a conduta do paragrafo em análise e reclusão, de um a quatro anos, e multa para a do caput do art. 180.

⁵¹ Vide a definição do Model Penal Code no capítulo 2 dessa obra.

matéria de lavagem de capitais, defende serem subjetivamente típicas condutas que tenham sido praticadas em uma situação de “autocolocação em estado de desconhecimento”, quando o agente procura não conhecer detalhadamente as circunstâncias de fato de uma situação suspeita⁵³.

No entanto, foi na seara da lavagem de dinheiro que mesmo sem previsão legal expressa que a teoria encontrou o terreno mais fértil para se desenvolver em nosso país.

Entende-se por lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais como o processo “mediante o qual se pretende ocultar a origem ilícita de determinadas bens, tendo em vista a sua introdução no mercado lícito”⁵⁴. As condutas que se enquadram nesse contexto são tipificadas no art. 1º da Lei nº 9613 de 1998 e os seus parágrafos. Como nessas condutas diversas vezes ocorrem divisão de tarefas e o uso de terceiros estranhos à prática da infração penal antecedente, torna-se factível para agentes envolvidos na lavagem alegar que desconheciam a origem ilícita dos bens, a despeito da elevada probabilidade da origem ilícita dos valores. Eis o ponto em que a cegueira deliberada encaixa-se perfeitamente para demonstrar o dolo desses agentes. Nas palavras de Renato Brasileiro:

[...] restará configurado o delito, a título de dolo eventual, quando comprovado que o autor da lavagem de capitais tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade. Em outras palavras, conquanto tivesse condições de aprofundar o seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento, daí porque deve responder pelo crime a título de dolo eventual. Afinal, nos mesmos moldes que a *actio libera in causa*, positivada no artigo 28, II do CPB, ninguém pode beneficiar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio⁵⁵

Tal explanação é corroborada pelos fatos. A maior parte das menções à teoria pelos tribunais brasileiros é dada no contexto da lavagem de dinheiro, sendo vários os casos em que o uso da teoria foi fundamental para a responsabilização penal dos acusados e as decorrentes condenações.

⁵² Por consequência do explanado, imagina-se que a decisão do legislador em diferenciar o tratamento das duas condutas tenha natureza exclusivamente política. Infelizmente, maiores explicações que visem a alteração do dispositivo analisado fogem ao escopo do presente trabalho.

⁵³ MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 100-101.

⁵⁴ WELTER, Antônio Carlos, citando PINHEIRO, L. G. O Branqueamento de Capitais e a Globalização, em DI CARLI, Carla Veríssimo (Org.), Lavagem de Dinheiro, Prevenção e Controle Penal. Editora Verbo Jurídico. 2ª edição. 2014. Capítulo 5, Dos Crimes, Dogmática Básica, fl. 187.

⁵⁵ DE LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora JusPodivm. 2ª edição. 2014.

3.1 O Conceito Defendido Para o Direito Brasileiro

Desde já se esclarece que o presente trabalho defende, em regra, a aplicação do conceito amplo de cegueira deliberada no território brasileiro. De fato, o conceito amplo de cegueira deliberada é capaz de abarcar no seu âmbito de incidência um número maior de condutas, torna a acusação “imune” a alegações da defesa que o réu permaneceu em ignorância por motivos diversos à criação de uma blindagem contra uma eventual persecução penal ou outros motivos determinantes⁵⁶, assim como é a abordagem aceita pela maioria da doutrina estrangeira. Não obstante, igualmente entende-se que o conceito restrito também é aplicável, embora, dado a capacidade do conceito amplo de configurar, por si só, o elemento subjetivo do tipo, o seu uso torna-se secundário, mas de maneira alguma desprezível.

3.1.1 O Conceito Amplo de Cegueira Deliberada. Dolo Eventual e Culpa Consciente

O conceito amplo de cegueira deliberada exige apenas o conhecimento subjetivo do réu sobre a (1) elevada probabilidade da natureza criminosa da sua conduta e a (2) opção deliberada em permanecer em ignorância sobre o conhecimento que lhe daria a certeza de que estaria cometendo ou em vias de praticar um crime. Desse modo, no contexto jurídico dos Estados Unidos da América, basta que a acusação comprove a presença desses dois requisitos para que o réu responda como se houvesse agido com o pleno conhecimento da natureza criminosa da sua conduta.

Já na seara jurídica brasileira, os mencionados quesitos já seriam o suficiente para configurar o dolo eventual nos moldes da segunda parte do art. 18, inciso I do Código Penal, *in verbis*:

Art. 18 - Diz-se o crime:
I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Assim o é porque nessa seara a assunção do risco de praticar uma conduta criminosa decorre diretamente da consciência da alta previsibilidade de que a sua conduta configura ou possa vir a configurar um ilícito penal e da deliberada (ou seja, de livre e espontânea vontade) escolha de permanecer ignorante sobre a natureza total do fato. Desse modo, a conduta de quem age em cegueira deliberada constitui um modo de dolo eventual

⁵⁶ Nesse sentido, vide Alexander Sarch, fls. 20 e 21 do presente trabalho.

(como uma espécie em relação ao gênero), que sendo o último um conceito mais amplo, pode abarcar outras condutas sobre o seu manto.

Destaca-se, por oportuno, que a escolha em permanecer em ignorância pressupõe a existência de meios para aprofundar o conhecimento sobre os fatos, que são ignorados pelo agente. Destarte, situações em que o réu não tem meios para aperfeiçoar o seu conhecimento não são enquadrados pela cegueira deliberada.

Ao se analisar os conceitos de dolo eventual confeccionados pela doutrina brasileira, a possibilidade de equiparar os institutos torna-se mais evidentes. Cézar Roberto Bitencour ao tratar desta modalidade de dolo diz que “haverá **dolo eventual** quando ao agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceitá-la como possível ou até provável, **assumindo o risco da produção do resultado**”⁵⁷. Detalhando o que seria essa assunção de risco, Nelson Hungria declara que “assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr risco: é consentir previamente com o resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer”⁵⁸.

O agente que se depara com a elevada probabilidade da natureza criminosa e, ainda assim escolhe por ainda praticá-la está assumindo o risco de praticar um ilícito penal. Ademais, o termo “elevada probabilidade” distânciava a percepção da natureza delituosa do “achismo” e o aproxima de uma quase certeza, o que já é suficiente para demonstrar o dolo, sendo que tanto para cegueira deliberada quanto para o dolo eventual, não se chega a exigir que o agente tenha certeza do resultado como criminoso.

Mais, a opção por não aprofundar o seu conhecimento sobre a materialidade do fato demonstra tanto a indiferença do agente pelo bem jurídico, que se materializa, inevitavelmente, no seu consentimento prévio com a realização da conduta ilícita, quanto a assunção do risco de praticar crimes.

Por seu lado, Rogério Greco, ao comentar sobre a questão leciona que “fala-se em dolo eventual quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito”⁵⁹.

Ao se analisar a simples expressão “assunção do risco” já é possível entrever os elementos da cegueira deliberada pelo conceito amplo da doutrina, uma vez que o termo risco

⁵⁷BITENCOURT, Cézar Roberto. Tratado de Direito Penal, Volume I. 19ª edição. Editora Saraiva. Grifos do original.

⁵⁸ Idem, apud HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio De Janeiro, Forense, 1978, cit. v. 1, t.2, p.122.

⁵⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. Volume I. 11ª edição. Impetus, p. 192.

engloba a elevada probabilidade da natureza criminosa da conduta e o termo assunção (ou aceite) em produzi-lo é uma manifestação da escolha em não aprofundar o conhecimento sobre o fato).

José Faria Costa, citado por Guilherme de Souza Nucci por seu turno, comenta sobre o dolo eventual o que se segue:

o não querer aqui avençado 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 dizer-lo, que o agente sempre poderia dizer não. Sucede que não o faz porque a vontade de praticar a ação principal com que arresta 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 representadas⁶⁰.

Ou seja, o dolo eventual corresponde ao animus do agente que embora não diretamente desejando a produção do fato criminoso, por desejar um fim que acompanha este, o aceita. Este fim pode ser, por exemplo, um ganho financeiro, com o doleiro que busca desconhecer a origem dos bens dos seus clientes, apesar de um contexto que grite a origem ilícita dos mesmos, para que continue recebendo os percentuais pelas operações financeiras. Outro exemplo seria de um gestor público que ignora os constantes avisos de superfaturamento que recheiam a execução do serviço, pois deseja entregar uma obra em ano eleitoral, uma vez que se acatasse o pedido para que em investigar a obra, esta não seria concluída a tempo e ele perderia capital político perante a população.

Uma vez estabelecido que a cegueira deliberada pode ser equiparada à uma modalidade de dolo eventual, pouco há a comentar sobre suas diferenças para com a culpa consciente além daquilo que já se diz sobre tema na doutrina nacional, escapando ao objeto desse trabalho elaborar maiores considerações sobre essa questão. Somente para ilustrar a tormentosa tarefa de diferenciar estes dois animus subjetivos, cita-se, uma vez mais, Guilherme Nucci:

Em ambas as situações o agente tem a previsão do resultado que sua conduta pode causar, embora na culpa consciente não o admita como possível, esperando, sinceramente, a sua não ocorrência; no dolo eventual, admite a possibilidade de se concretizar, sendo-lhe indiferente. É o que se denomina por assumir o risco⁶¹.

Ainda que no plano teórico seja possível a separação entre os dois institutos, na prática a diferenciação torna-se uma tarefa de pura adivinhação, tendo em vista a

⁶⁰COSTA, José de Faria. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Reimpressão. Editora Coimbra *apud* NUCCI, Guilherme de Souza, Curso de Direito Penal. Volume I. 1º edição. Editora Forense. P. 376.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza, Curso de Direito Penal. Volume I. 1º edição. Editora Forense. P. 393.

incapacidade de se adentrar na mente do réu (frisa-se que não se considera tal prática, se possível, desejável ou moralmente correta), sendo que muitas vezes não é possível extrair do contexto fático indícios que demonstrem um ou outro elemento subjetivo. Por fim, concorda-se plenamente com o citado autor quando a eliminação da culpa consciente, devendo esta ser absorvida pelo dolo eventual, “pois aquele que consegue prever o resultado mais grave deve parar imediatamente a sua conduta rumo ao primeiro resultado sob pena de responder pelo crime na modalidade dolosa”⁶².

3.1.2 Conceito Restrito da Cegueira Deliberada

Importante destacar que se o conceito amplo é aplicável ao direito brasileiro, com mais razão ainda seria possível aplicar o conceito restrito de cegueira deliberada. Afinal, nesse caso haveriam ainda mais elementos capazes de demonstrar o dolo eventual do agente. Tais elementos seriam verificáveis pela escolha em permanecer em ignorância com o fim específico de evitar uma eventual persecução penal (conceito restrito tradicional), ou por outro motivo escuso, tal como a percepção de alguma vantagem financeira ao apoio político (conceito restrito com alcance estendido, nos moldes defendidos por Alexander Sarch).

Portanto, o uso ideal do conceito restrito da cegueira deliberada no ordenamento jurídico pátrio seria a de um “soldado de reserva”, que poderia ser empregado sempre que o conceito amplo fosse incapaz de demonstrar, por si só, o dolo eventual do agente. Obviamente, é claro, se existentes os indícios que os agentes agiram com esses intuitos específicos em mente ao escolherem permanecer em ignorância sobre a natureza criminosa das condutas que estão praticando ou prestes a praticar⁶³.

⁶² Idem.

⁶³ Em *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Rea*. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 81, 1990, Ira Robbins traz interessante argumentação em que o uso da cegueira deliberada poderia demonstrar que o agente agiu com vontade de praticar o ato (dolo direto, para o Direito brasileiro), mas, procura simular uma suposta ignorância sobre fato, com o fim evitar futura responsabilização penal:

“A case that contains evidence of wilful ignorance will usually also contain circumstantial evidence that a reasonable person would have known. From such evidence the jury may infer that the particular defendant knew. Similarly, proof that a defendant appeared deliberately to avoid knowledge could be circumstantial evidence from which to infer that the defendant really did know but pretended not to know. To the extent wilful blindness or wilful ignorance meant connivance in this sense, the wilfully ignorant individual deliberately closed himself off from positive knowledge, and he did so intentionally for the wrongful purpose of secretly participating in or promoting an improper or illegal act by another party. (fl. 15, Robbin Charlow). This tactic appears to preserve the defense of ignorance when knowledge is an element of an offense. By refraining from inquiry or investigation, most defendants can deny actual knowledge of the pertinent facts and presumably escape conviction. (grifos não presentes no original)”

Infelizmente, escapa ao escopo do presente trabalho adentrar com a merecida atenção aos meandros dessa posição, que é, importante ressaltar, própria deste autor.

Outro uso interessante do conceito restrito da cegueira deliberada que pode ser dado no direito nacional, a depender do contexto fático, seria a sua incidência nos casos onde ocorre uma quebra de dever de vigilância e cuidado por parte de um garantidor, ensejando a sua responsabilização penal.

Este é caso das situações onde a omissão é penalmente relevante (crimes omissivos impróprios), conforme prevê o art. 13, §2º do Código Penal:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado⁶⁴

Para melhor ilustrar essa tese, suponha-se o caso em que o prefeito de um município receba de um servidor de certa secretaria a informação que o secretário responsável pela pasta estaria desviando recursos públicos municipais (crime de peculato). Como superior hierárquico o prefeito teria o dever de tomar medidas para averiguar a veracidade dessa informação, como, por exemplo, um processo administrativo. No entanto, o referido secretário possui fortes ligações com a câmara de vereadores e o alcaide teme perder o apoio dos vereadores caso o secretário tenha o seu possível esquema descoberto, de modo que ele não tem o menor interesse que o eventual crime seja descoberto. Adicionalmente, o gestor mor espera que, na pior das hipóteses, isto é, caso o crime exista e seja exposto, a sua pessoa não seja responsabilizada, uma vez que poderia afirmar que desconhecia a prática criminosa.

Por conseguinte, temendo tanto a veracidade da informação, quanto a possibilidade que o servidor que fez a denúncia leve aos órgãos de segurança a notícia da sua omissão, o prefeito o transfere para uma localidade de difícil acesso, longe da sede do município.

Nessa situação hipotética, ao manter a sua ignorância sobre as eventuais práticas ilícitas do seu subordinado o prefeito pretendeu tanto manter uma vantagem (o apoio dos vereadores fiéis ao secretário) quanto blindar-se contra possível ação penal pela prática do crime de peculato. Inclusive, o gestor mor tomou medidas ativas para permanecer em ignorância, chegando a punir o servidor que tinha o conhecimento do eventual delito, o que poderia servir como indício para demonstrar o seu estado mental.

⁶⁴ BRASIL, Código Penal de 1940.

Resumidamente, o alcaide agiu por meio de uma omissão dolosa, descumprindo o seu dever de vigilância e cuidado para com a *res* pública municipal. Desse modo, caso o secretário, de fato, tenha praticado o crime de peculato, o seu superior deve com ele ser responsabilizado, com base nos artigos art. 13, §2º art. 18, inciso I, segunda parte, do Código Penal e sob o embasamento teórico do conceito restrito da cegueira deliberada.

3.1.3 Críticas

Imperioso destacar aqui que outras vozes já trataram da compatibilidade da cegueira deliberada com o ordenamento jurídico pátrio, sendo que nem todas elas concluíram com um juízo positivo sobre a questão, ou, ao menos, defenderam restrições a sua implementação em terras brasileiras. Tendo em vista as limitações próprias da modalidade presente de trabalho acadêmico, fez-se necessário selecionar algumas para que sejam comentadas.

Primeiramente, Vinícius Arouck, defende que a teoria da cegueira deliberada não preencheria os requisitos necessários para configurar o dolo no ordenamento jurídico brasileiro, previstos no já citado art. 18, inciso I do CP, uma vez que o conceito de dolo seria constituído por dois elementos, um cognitivo, que é “o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade ou, no caso do dolo eventual, a assunção do risco de realizá-la⁶⁵”. O autor continua, dizendo que o grau de conhecimento sobre o fato é temperado no caso do dolo eventual, mas tal diminuição não constituiria ausência (que suponha-se, seja o caso nos casos de cegueira deliberada), de modo que declara:

sabendo-se que o conhecimento das circunstâncias do fato típico é indispensável para a imputação a título de dolo — seja direto ou eventual —, questiona-se seu emprego na Teoria da Cegueira Deliberada[26] nos casos em que não se tem o conhecimento efetivo das circunstâncias do fato típico, ainda que por culpa do agente, mesmo que muitas vezes haja mera suposição⁶⁶.

Por outro lado, Pierpaolo Cruz Bottini, aceita que a cegueira deliberada pode ser equiparada ao dolo eventual. No entanto, para tanto o autor narra três exigências para que isso ocorra:

⁶⁵ AROUCK, Vinícius, A Teoria da Cegueira Deliberada e a sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Pátrio.

⁶⁶ Idem.

Em primeiro lugar, é essencial que o agente crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento, com a intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, caso ela ocorra. Mas, para isso, há um segundo requisito: o motivo da criação dos **filtros de cegueira** deve ser precisamente evitar o conhecimento específico de atos *infracionais penais*. Por fim, é necessário que a **suspeita** de que naquele contexto será praticada **lavagem de dinheiro** esteja escorada em elementos objetivos. A **possibilidade genérica** que os usuários do serviço ou atividade praticarão **mascaramento** de capital não é suficiente. São imprescindíveis elementos concretos que gerem na mente do autor a **dúvida razoável** sobre a licitude do objeto sobre o qual realizará suas atividades⁶⁷ (grifos do original).

Por seu turno, Renato de Melo de Jorge Silveira concede “que existem, sim, situações em que pode haver uma eventual justaposição entre os institutos do dolo eventual e da cegueira deliberada”⁶⁸, no entanto complementa afirmando que:

Diga-se, pois, que não existe, verdadeiramente, a possibilidade de simples acoplamento de uma noção de alta probabilidade com a ideia de risco, e mais. Os limites da cegueira implicariam uma leitura de algo diverso do dolo, como já pontuou Ragués I Vallès. Se isso é verdade, estar-se-ia, aqui, a pretender uma imputação para além do que permite o Código Penal brasileiro, o que seria, em si, ilegal e ilegítimo⁶⁹.

Em relação às críticas de Vinícius Arouck, observa-se que estas giram basicamente em torno de uma suposta defasagem de conhecimento do agente que age sob cegueira deliberada sobre o fato, que não atingiria o mínimo suficiente para configurar um elemento cognitivo que justificasse sequer o dolo eventual. No entanto, o citado autor não informa qual o quantidade mínima de conhecimento seria necessário para justificar o dolo eventual, nem os meios para quantificá-lo (se é que isso é possível). Prossegue o autor e diz que o dolo não poderia ser configurado nem sequer se a falta de conhecimento se desse por culpa do próprio agente. Data vênha, ao entendimento do citado autor, mas se alguém já desconfia do caráter ilícito da sua conduta, tem os meios para esclarecer a situação e ainda assim escolhe não conhecê-los, praticando a ação sob o véu de uma ignorância artificial, estão presentes sim elementos suficientes para configurar um mínimo de elemento cognitivo. Negar esta afirmação seria o mesmo que dar uma interpretação a um dispositivo legal (art. 18, inciso I do Código Penal) que lhe negaria toda e qualquer eficácia, ainda que sua constitucionalidade sequer tenha sido questionada. O fazê-lo seria um ataque aos cânones hermenêuticos, que dizem que o intérprete de dar preferência a uma interpretação que “propicie mais eficácia para a norma”⁷⁰.

⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. DIREITO DE DEFESA. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. Revista Consultor Jurídico.

⁶⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. Boletim do IBCCrim 246, 2013.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ FILHO, Glauco Barreira Magalhães. Curso de Hermenêutica Jurídica. 4ª edição. Editora Atlas. P. 67.

Quanto às objeções realizadas por Pierpaolo Cruz Bottini, observa-se que ele não considera suficientes per si os elementos básicos do conceito amplo da cegueira deliberada para que seja possível uma equiparação com esta com o dolo eventual. Em, apertada síntese ele defende que a escolha do agente em permanecer em ignorância deve ser cristalizada em atos que criem barreiras que impeçam o conhecimento de chegar até ele, que estas barreiras o protejam exatamente sobre o conhecimento sobre a ilicitude (criminal) do fato e que a suspeita sobre a tipicidade da conduta seja objetivamente verificável.

Percebe-se que a preocupação do autor em comento gira em torno da possibilidade de se comprovar em juízo o estado mental de quem age em cegueira deliberada. Afinal, sendo impossível (e indesejado) que se leia as mentes das pessoas deve-se buscar elementos que indiquem a manifestação do elemento subjetivo no mundo fático. Nesse sentido, as observações realizadas por Bottini são razoáveis e devem estar na mente daqueles que forem aplicar o instituto ao caso concreto.

No entanto, as colocações de Bottini são mais pertinentes como questões que comprovam a existência da cegueira deliberada, e não requisitos para equipará-la ao dolo eventual. Para esse fim, os elementos do conceito amplo da cegueira deliberada já suficientes sozinhos, na maioria dos casos (com o uso do conceito restrito do instituto de forma complementar).

Por fim, quanto às colocações realizadas por Renato de Melo de Jorge Silveira, observa-se que ele destaca que a simples elevada probabilidade da natureza criminosa da conduta não seria o suficiente, por si só, para configurar a assunção de risco previsto pelo Código Penal ao tratar do dolo eventual. E de fato, nesse ponto em específico, concorda-se com a pontuação feita. No entanto, tal como já esclarecido, pela tese defendida neste trabalho a conduta realizada pelo agente sob cegueira deliberada somente configura a assunção do risco do dolo eventual quando presentes dois requisitos, quais sejam, a elevada probabilidade da tipicidade do fato e a escolha baseada na ciência dessa probabilidade de evitar aperfeiçoar o conhecimento sobre a total natureza ação. Tal colocação acaba por, também, rebater o segundo ponto levantado por Silveira.

O citado autor entende que os limites da cegueira deliberada iriam além dos limites do dolo pelo direito brasileiro, que por ser estabelecido em lei, seria estático, ao contrário do que, por exemplo, ocorre na Espanha, onde não há uma definição estreita do que seria o dolo. No entanto, como demonstrado, ao se adotar os dois requisitos do conceito restrito de cegueira deliberada é possível sim enquadrar a teoria dentro da moldura legal criada pelo legislador no art. 18, inciso I do Código Penal.

4. JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência nacional já foi levada a decidir sobre a aplicação da cegueira deliberada, notadamente, conforme já se destacou, no âmbito dos crimes ligados à lavagem de dinheiro. Contudo, existem decisões condenatórias fundadas na teoria em relação à crimes de natureza diversa, como no Agravo em Recurso Especial nº 809.140 - SP (2015/0277937-9), com a Relatoria sob a responsabilidade do Ministro Joel Ilan Paciornik.

Nesse processo a ré, inconformada pela sua condenação pelos crimes de manutenção de depósitos não declarados no exterior (art. 22, parágrafo único da Lei nº 7.492/86) e de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), perpetrou o recurso especial. A ré alegava que não tinha conhecimento sobre a manutenção das ditas contas que teriam sido abertas pelo seu falecido marido, que teria pedido para ela assinar alguns papéis, cujo conteúdo ela desconhecia. O entendimento da Egrégia Corte foi uma verdadeira aula sobre a cegueira deliberada:

A propósito, não será despidendo lembrar que, nos termos do art. 18, I, do Código Penal, o crime é doloso não só quando o agente deseja o resultado, mas também quando assume o risco de produzi-lo. Adotando-se a terminologia consagrada no Direito norte-americano, pode-se afirmar que a APARECIDA **agiu com cegueira deliberada (willful blindness), optando, pois, por uma ignorância deliberada face às circunstâncias atípicas (i.e. ilegais) em que a movimentação dos valores no exterior ocorriam. Com efeito, em casos tais em que o agente procura repelir sua responsabilidade simplesmente alegando desconhecer as circunstâncias típicas de sua conduta sem apontar justificativas plausíveis para tanto, tem a doutrina e jurisprudência se socorrido da teoria da cegueira deliberada, de matriz anglo-saxônica, segundo a qual a ignorância deliberada equivale ao dolo eventual, não se confundindo com a mera negligência (culpa consciente).** A justificação para a regra, conforme se infere do leading case sobre o tema (United States, v. Jewell, 532 F.2d 697, 70 [9th Cir. 1976]), é que agir com conhecimento não é necessariamente agir apenas com conhecimento positivo, **mas também agir com indiferença quanto à elevada probabilidade da existência do fato em questão**, eis que, conforme as regras de experiência, alguém conhece fatos mesmo quando não está absolutamente certo sobre eles[...] **A teoria em referência tem sido aplicada em nosso ordenamento jurídico principalmente para aquilatar a autoria nos delitos de lavagem de dinheiro, mas nada impede sua aplicação em casos outros, como o ora vertente**⁷¹ (grifos não presentes no original).

Outros tribunais também já tiveram a oportunidade de se pronunciarem sobre o tema. Na apelação criminal nº 5001945-68.2013.404.7004 que tramitou perante o Tribunal Federal da 4ª Região, o réu buscou reformar a sua condenação pelo uso de documento falso, no entanto o tribunal entendeu por bem por manter a condenação. Segue-se a ementa:

EMENTA: PENAL USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CP. CARACTERIZADO O AGIR DOLOSO. DOLO EVENTUAL. TEORIA DA

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 809.140 - SP (2015/0277937-9).

CEGUEIRA DELIBERADA. IMPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Age dolosamente não só o agente que quis (por vontade consciente) o resultado delitivo (dolo direto), mas também o que assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), conforme o artigo 18, inciso I, do Código Penal. 2. Hipótese na qual as circunstâncias fáticas, o interrogatório do acusado e a prova testemunhal indicam que havia ou ciência do acusado quanto à falsidade do documento apresentado às autoridades policiais ou ignorância voluntária. 3. **Pertinente, nesse cenário, a teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine), que aponta para, no mínimo, o dolo eventual.** 4. **A aplicação da teoria da cegueira deliberada para a configuração de dolo eventual exige: que o agente tenha tido conhecimento da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal; que o agente tenha tido condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e que o agente deliberadamente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento.** 5. Motorista de veículo roubado que apresenta aos policiais rodoviários federais CRLV falso não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao documento falso, tendo condições de aprofundar o seu conhecimento e sabendo da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal, especialmente quando recebera quantidade de dinheiro considerável frente à tarefa que iria desempenhar. 6. **Considerando os elementos contidos nos autos, e revelando-se presentes todos os requisitos para a configuração do dolo eventual, em plena consonância com a teoria da cegueira deliberada, as razões do apelante referentes ao pedido de absolvição não merecem prosperar.** (TRF4, ACR 5001945-68.2013.404.7004, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Rachid de Oliveira, juntado aos autos em 25/02/2015)⁷²

Em ambos os julgados transcritos percebe-se a possibilidade da equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual. No segundo julgado, inclusive, há menção aos requisitos do conceito amplo de cegueira deliberada, ainda que de forma indireta. A elevada probabilidade da natureza criminal da conduta é citada expressamente e escolha do agente em manter-se em ignorância é a manifestação da indiferença deste para tanto a obtenção do conhecimento quanto para o bem jurídico. Como anteriormente comentado, a possibilidade de obter o conhecimento sobre a natureza criminosa da ação não é um requisito para a configuração da cegueira deliberada, tal como foi posto na ementa, mas sim um pressuposto para a escolha de permanecer em ignorância.

Nesse momento, é salutar destacar alguns julgados paradigmáticos, que marcaram o desenvolvimento do tratamento dispensado à cegueira deliberada pelos tribunais brasileiros.

4.1 Banco Central

O furto ao Banco Central em Fortaleza foi o maior assalto da história do Brasil, com R\$ 164,8 milhões subtraídos das dependências do prédio⁷³. O juiz federal Danilo Fontenelle Sampaio, ao fundamentar a sua sentença condenatória de empresários que

⁷² BRASIL. Tribunal Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5001945-68.2013.404.7004. Relator Ricardo Rachid de Oliveira.

⁷³ Dado retirado da reportagem Após 10 anos, assalto ao BC do CE tem 26 esperando julgamento e 2 foragidos.

venderam veículos ao grupo criminoso em troca de elevada quantia em dinheiro vivo pelo crime de lavagem de capitais, o assim declarou:

Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da "ignorância deliberada", ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta. Portanto, muito embora não haja previsão legal expressa para o dolo eventual no crime do art. 1.º, caput, da Lei 9.613/1998 (como não há em geral para qualquer outro crime no modelo brasileiro), há a possibilidade de admiti-lo diante da previsão geral do art. 18, I, do CP e de sua pertinência e relevância para a eficácia da lei de lavagem, máxime quando não se vislumbram objeções jurídicas ou morais para tanto" - (Sentença fls.3863/3864).

No entanto, os réus, inconformados, recorreram ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, onde a sua apelação foi recebida com o número ACR 5520-CE 2005.81.00.014586-0. No julgamento da ação, o posicionamento do relator do caso, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, foi no seguinte sentido:

2.4- Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do § 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do §§ 2º.

- Não há elementos suficientes, em face do tipo de negociação usualmente realizada com veículos usados, a indicar que houvesse dolo eventual quanto à conduta do art. 1.º, § 1º, inciso II, da mesma lei; na verdade, talvez, pudesse ser atribuída aos empresários a falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não, dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de modo informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes⁷⁴.

A posição do relator foi seguida pelos demais julgadores. No entanto, embora a primeira vista pareça que tal entendimento tenha rechaçado a aplicação da cegueira deliberada por incompatibilidade com o nosso ordenamento jurídico, não foi este o caso. Pelo contrário. Em seu voto o Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira defendeu que a cegueira deliberada beirava a responsabilização objetiva **“nos moldes da sentença recorrida”** (grifos nossos), o que indica que, ao menos para o relator, a cegueira delibera não seria incompatível em tese com o Direito brasileiro, mas apenas que o seu uso naquele caso em específico não foi o adequado. Mais a frente em seu voto o eminente Desembargador diz expressamente ser do seu posicionamento “que a aplicação da teoria da cegueira deliberada depende da sua

⁷⁴ Apelação Criminal n° 5520-CE 2005.81.00.014586-0. P. 08.

adequação ao ordenamento jurídico nacional. No caso concreto, pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual”⁷⁵.

Continuando a análise do voto vencedor observa-se que a recusa em se aplicar a teoria da cegueira deliberada fundamentou-se em uma interpretação da antiga redação do art. 1º, parágrafo 2º, inciso I da Lei 9613/98, que determinava que era cabível a mesma pena do caput a quem “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores **que sabe** serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo” (grifo não presente no original). O entendimento vitorioso no Tribunal Federal da 5ª Região foi de que a expressão “que sabe” tornava exigível o pleno conhecimento da origem ilícita dos bens, sendo incabível o dolo na sua modalidade eventual, e, por consequência, a aplicação da teoria da cegueira deliberada.

É imperioso destacar que a redação do art. 1º, parágrafo 2º, inciso I da Lei 9613/98 foi alterado em 2012 pela Lei nº 12.683, que veio a suprimir exatamente o termo “que sabe” da redação do citado dispositivo. Deste modo, empregando um raciocínio a *contrario sensu*, se a redação atual existisse àquela época, tornar-se-ia plenamente cabível a incidência da teoria sobre o fato objeto da apelação.

De toda sorte, a primeira tentativa de aplicação da teoria da cegueira deliberada no acabou por não vingar, apesar do reconhecimento da aplicabilidade do instituto pelo Poder Judiciário. No entanto, tal estado de coisas não se manteria por muito tempo, sendo logo a teoria referida uma vez mais pela Justiça brasileira, dessa vez de forma vitoriosa.

4.2 Mensalão

Indiscutivelmente a Ação Penal Originária nº 470/MG foi um divisor de águas para o Direito Penal brasileiro, figurando como um marco na punição de criminosos de colarinho branco que atuavam nos mais altos escalões da Administração Pública. Entre os fatores jurídicos que possibilitaram essa condenação destacou-se a adoção da teoria do domínio do fato.

No entanto, essa não foi a única teoria relativamente nova no ordenamento brasileiro que foi citada como fundamentação para o acórdão. No âmbito das condenações por lavagem de dinheiro, a teoria da cegueira deliberada, ainda que de forma tímida, também

⁷⁵ Apelação Criminal nº 5520-CE 2005.81.00.014586-0, fl. 96.

recebeu o seu lugar ao sol. Desse modo, ainda que de forma sucinta, deve-se comentar sobre o que foi dito pelo instituto na ocasião deste antológico julgamento.

O Ministro Celso de Mello foi o primeiro a trazer à baila a teoria. Em seu voto, propugnando pela condenação dos acusados por lavagem de dinheiro, afirmou “Admito a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como ‘teoria da cegueira deliberada’, que deve ser usado com muita cautela”⁷⁶.

É bem verdade que no caso em tela o citado Ministro afirmou que não enxergava a necessidade de aplicação da cegueira deliberada uma vez que para ele a “conduta de tais acusados mostra-se impregnada do dolo determinado ou dolo direto”⁷⁷. Todavia, a aplicabilidade do instituto foi afirmada. Concomitantemente, percebe-se a aceitação do dolo eventual em relação os delitos de lavagem de capitais, superando o entendimento esposado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª região no caso do assalto ao Banco Central, aliás, o Ministro Celso foi além e defendeu que a teoria da cegueira deliberada poderia servir como um fundamento para averiguar a configuração do dolo eventual nesses delitos.

Esse entendimento não foi manifestado de forma isolada. No seu voto a ministra Rosa Weber discorreu sobre o tema com a profundidade permitida pelo momento:

O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (willful blindness doctrine). 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. Embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão na Sentencia 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro. Na hipótese sub judice, há elementos probatórios suficientes para concluir por agir doloso - se não com dolo direto, pelo menos com dolo eventual [...]”⁷⁸.

Nesse ponto a Ministra ressaltou a necessidade da presença dos requisitos básicos defendidos pela corrente doutrinária e jurisprudencial norte-americana que defende o conceito amplo da cegueira deliberada⁷⁹. Em um primeiro momento poder-se-ia chegar à conclusão de

⁷⁶ Disponível em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Ministro Celso de Mello acompanha voto do relator no item VII da AP 470, sobre lavagem de dinheiro.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG – Plenário. Relator Ministro Joaquim Barbosa. P 1273.

⁷⁹ Quais sejam, (1) o réu deve subjetivamente acreditar na alta probabilidade da existência dos fatos; (2) o réu deve deliberadamente agir para evitar conhecimento do fato.

que a Ministra Weber teria elencado um requisito adicional para a constituição do instituto, “o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento”.

Contudo, ao se analisar o trecho de forma mais minuciosa, nota-se que na verdade que este aparente elemento novo está logicamente inserido no *animus* da conduta daquele que delibera por permanecer em estado ignorância (que seria o terceiro requisito elencado pela Ministra), sendo na verdade uma manifestação da escolha em permanecer em ignorância. Deste modo foram, na realidade, elencados apenas os requisitos consagrados pelo conceito amplo de cegueira deliberada.

Independentemente dessa questão, destaca-se o reconhecimento da mais alta Corte do país, por parte de pelo menos dois dos seus integrantes, da plena compatibilidade da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, como uma manifestação do dolo eventual. No julgamento em questão, tendo em vista os Ministros entenderem pela presença de elementos que demonstravam o dolo direto dos agentes, a teoria não foi aplicada *in concreto*, mas foi ressaltado que se fosse o caso de enquadrar a conduta dos réus como movida pelo dolo eventual, a cegueira deliberada teria sido aplicada.

4.3 Lava Jato

Iniciada para apurar indícios de desvios de dinheiro e lavagem de dinheiro em contratações realizadas pela estatal de petróleo PETROBRAS essa operação levou essa questão do combate à crimes contra a Administração Pública a patamares nunca antes imaginados, nem mesmo durante o julgamento da Ação Penal nº470/MG. Nas palavras do Ministério Público Federal a operação Lava Jato:

[...] é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função.

Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados⁸⁰.

No que interessa ao objeto deste trabalho, a Lava Jato também foi o momento de consagração da teoria da cegueira deliberada no Brasil. Com várias condenações tendo como

⁸⁰ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>>.

justificativa o emprego da teoria como demonstração do dolo eventual dos réus. Como afirma Renato de Mello Jorge Silveira:

[...]em diversas sentenças pretendeu-se justificar a condenação de alegadas condutas de lavagem de dinheiro na modalidade de dolo eventual. Aliás, foi-se mais longe, e procurou-se, sim, tecer um paralelo do dolo eventual com o é denominado cegueira deliberada, um dos institutos que explicaria o elemento subjetivo em sede de common law⁸¹.

Dada à profusão de sentenças e acórdãos que citam a cegueira deliberada, essa operação torna-se um objeto de estudo inestimável para a análise do tema. Todavia, o volume do material passível de análise constitui igualmente um desafio, ainda mais em trabalho cujo escopo é diverso⁸². Destarte, urge a necessidade de selecionar tanto os processos cujo uso da cegueira deliberada foi mais premente, bem como a argumentação jurídica neles empregada seja a que mais se aproxima do presente objeto de estudo. Nesse sentido, duas sentenças foram selecionadas.

O primeiro caso de interesse a ser aqui abordado é a sentença proferida na Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Para fundamentar a condenação dos réus pelo crime de lavagem de dinheiro o juiz titular da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, Sérgio Fernando Moro, declara que:

346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da "cegueira deliberada" ou "willful blindness" e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010).

347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos⁸³.

Digno de nota é a referência expressa à um dos elementos da teoria para os adeptos do conceito amplo da cegueira deliberada, qual seja, a delibera decisão de permanecer em ignorância sobre o natureza da conduta praticada. O ilustre magistrado também equipara o comportamento de quem age em cegueira deliberada com o dolo eventual, citando a jurisprudência do Supremo Tribunal Espanhol, país que compartilha a tradição do Civil Law com o Brasil, que de igual forma estabelece uma correspondência entre dolo eventual e

⁸¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. Boletim do IBCCrim 246, 2013.

⁸² A lista não exaustiva de pedidos de cautelares, denúncias, decisões interlocutórias, sentenças, etc, encontra-se disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/decisoesda-justica>>.

⁸³ Sentença na Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. FI 90.

cegueira deliberada⁸⁴. Ao se referir à corte suprema espanhola o juiz buscou rebater as possíveis críticas no sentido de que a cegueira deliberada seria um instituto próprio do sistema do common law, incompatível com os países da tradição do direito continental. O magistrado conclui “ Portanto, mesmo que não fosse reconhecido o dolo direto em relação a parte dos acusados, seria forçoso o reconhecimento do dolo eventual.” Notadamente, curiosamente não se faz referência ao segundo requisito para configuração da cegueira deliberada pela defensores do conceito amplo, ou seja a consciência da elevada probabilidade da natureza criminosa da conduta. Tal estranheza é reforçada pelo fato que esse requisito é tratado pelo próprio magistrado em obra doutrinária sobre o tema⁸⁵. Não há meios de se saber se tal ausência é proposital ou não. Sendo, é merecedora de críticas, uma vez que a elevada percepção da natureza criminosa é fundamental tanto para demonstrar a assunção do risco de praticar o delito, quanto para expor a indiferença para com o bem jurídico protegido.

Outro caso digno de atenção é o da sentença na Ação Penal nº 047229-77.2014.4.04.7000/PR, igualmente proferida pela 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba. Uma vez mais se equiparou a cegueira deliberada com o dolo eventual. No entanto, nesse caso, corretamente ressaltou-se de forma explícita a necessidade da percepção do agente da elevada probabilidade que está ou esteja prestes a praticar um fato tipificado:

“[...]viável a equiparação entre cegueira deliberada e dolo eventual. No dolo eventual, o agente representa o resultado delitivo como uma probabilidade e persiste na realização da conduta típica que pode levar ao resultado delitivo de forma indiferente à representação realizada. É o que ocorre, por exemplo, quando se desfere um tiro na direção de alguém, mesmo quando o agente não deseja o homicídio, mas, tem o resultado delitivo, morte, como provável e assume o risco de produzi-lo. **É o que também ocorre quando o agente tem presente a elevada probabilidade de que os recursos envolvidos em uma transação têm origem criminosa, mas ainda assim persiste em sua realização, indiferente ao resultado delitivo.** Isso especialmente, como é o caso, quando o agente tinha condições de aprofundar seu conhecimento sobre o resultado de suas ações.⁸⁶” (grifos não presentes no original).

Sem adentrar no mérito do restante da decisão, entende-se como irretocável a sentença quanto a abordagem dada à cegueira deliberada. Ambos os requisitos do conceito amplo da cegueira deliberada foram lembrados e atendidos e a equiparação como uma

⁸⁴ [...] 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 Mayo. Supremo Tribunal Espanhol na STS 33/2005, Idem, fl. 90 e 91.

⁸⁵ Vide a nota nº04.

⁸⁶ Ação Penal nº 5047229-77.2014.4.04.7000/PR. Fl 78.

modalidade dolo eventual preenche a necessidade de definição do elemento subjetivo do tipo da conduta dos réus.

No entanto, tal como a operação Lava Jato em si, não faltam críticos para o uso da cegueira deliberada nas decisões da operação em geral e das sentenças em citadas em particular. Por todos cita-se Renato de Mello, que afirma, em apertada síntese, que, ao menos na acepção em que foi empregada nas condenações da Lava Jato, não haveria paralelismo entre dolo eventual e cegueira deliberada, uma vez que a definição de dolo dada pelo Código Penal não alcançaria o animus do agente que escolhe permanecer em ignorância sobre a conduta típica e que “O risco dogmático da ampliação do foco subjetivo através desse novo instituto, em particular no Brasil parece, assim, absolutamente temerário, pois tudo, simplesmente tudo, poderia ser enquadrado, de alguma forma, como situação de cegueira, em algum momento, deliberada⁸⁷.” Isto é, o autor acredita que o uso dado à cegueira deliberada acarretaria insegurança jurídica, pois os órgãos de acusação e julgamento poderiam entender que qualquer ação poderia se hipoteticamente enquadrada pelo instituto.

No entanto, tais críticas não prosperam. O primeiro ponto, já foi tratado e rebatido (vide o item 3.1). Quanto à alegação de que o uso da cegueira deliberada abriria as portas para o arbítrio judicial, tal afirmação desconsidera a existência dos citados elementos básicos do conceito amplo da cegueira deliberada, que ao demonstrar a indiferença do sujeito para com o bem jurídico, limitam as condutas passíveis de exame jurisdicional sobre a eventual materialidade.

Em conclusão, a Operação lava Jato, a despeito de qualquer outra consideração, é um marco de consagração do uso da cegueira deliberada no nosso país, notadamente em relação aos crimes relacionados à lavagem de capitais, apesar das pontuais falhas. No entanto, ainda encontra-se em aberto o potencial para a aplicação da teoria em outros crimes que lhe são compatíveis.

5. CRIMES LICITATÓRIOS

A Lei nº 8666/93 busca, nos dizeres do seu artigo 1º, estabelecer “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos” para obras, compras e serviços a serem adquiridos pela Administração Pública, direta ou indireta, nas três esferas da Federação, bem

⁸⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. Boletim do IBCCrim 246, 2013. Fl. 10.

como as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público. A obrigação da sua realização é de natureza constitucional, prevista pelo art. 37, inciso XXI:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações⁸⁸.

Ao tratar de crimes licitatórios, é indispensável conceituar, ainda que sucintamente, o que é uma licitação. Nas palavras de Alexandre Mazza licitação é “o procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta”⁸⁹.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o instituto da seguinte maneira, “Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com eles travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa das conveniências públicas”⁹⁰.

Por último, Hely Lopes Meirelles afirma que licitação “é o procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”⁹¹.

A Lei em comento ressalta a importância do respeito aos procedimentos licitatórios. No caput do seu art. 3º o documento legislativo declara:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos⁹².

⁸⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸⁹ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2º edição. São Paulo, Saraiva, 2012. P. 550.

⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26º edição, São Paulo, Malheiros, 2009. P. 517.

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 27ª edição. São Paulo, Malheiros, 2002. P. 260.

⁹² BRASIL, Lei de Licitação Pública de 1993.

Uma vez que se entende a licitação como uma garantia dos princípios acima elencados, não causa surpresa o fato de o Legislador ter previsto sanções de natureza penal para punir as mais graves transgressões aos trâmites e a própria existência de uma licitação, que nada mais são do que a procedimentalização dos princípios citados pelo art. 3º da Lei nº 8666/93.

Fraudes em procedimentos licitatórios, infelizmente, não são incomuns. Uma rápida pesquisa em um site de buscas irá revelar uma infinidade de resultados, ocorrendo desde o âmbito municipal⁹³ ao federal, sem ignorar o estadual⁹⁴. Destaca-se que o maior esquema de corrupção descoberto no Brasil (e há quem diga que no mundo), a Lava Jato, gira em torno de fraudes nas contratações realizadas pela PETROBRAS, com empresas fraudando sistematicamente, com o auxílio e conivência de agentes públicos, por meio de ajustes e combinações de preços, a lisura de procedimentos licitatórios (art. 90 da Lei nº 8666/93).

Antevendo a possibilidade do cometimento de ilícitos, a Lei de Licitações buscou oferecer uma proteção maior a regularidade do procedimento licitatório e a coibir aqueles que pretendem violá-la. Na seção III da Lei, intitulada “Dos Crimes e das Penas”, que corresponde aos artigos 89 e 99, são previstos tipos penais que visam garantir a lisura do processo licitatório (ou até mesmo a sua realização). Todos esses crimes são de ação penal pública incondicionada (tal como determina o art. 100 da Lei nº 8666/93). São crimes, em sua maioria, comuns, podendo ser praticados tanto por particulares quanto por agentes públicos.

Ressalta-se que a imputação por crimes licitatórios não ocasiona prejuízo à paralela aplicação de sanções de natureza administrativa, como as previstas pela Lei nº 8429/98, que trata da improbidade administrativa. Aliás, apesar de ambos regramentos legais objetivarem o mesmo fim, a proteção do patrimônio e princípios públicos, elas possuem natureza independente entre si, ou seja, uma não necessita da outra para ser aplicada, bem como a aplicação de uma não impede que a outra seja igualmente empregada⁹⁵, como bem explicitado pela própria Constituição Federal, no §4º do citado art. 37:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível⁹⁶.

⁹³ Cita-se, por exemplo a seguinte reportagem <<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/pf-investiga-34-servidores-e-politicos-por-suspeita-de-fraudes-em-licitacoes-de-merenda-escolar-em-sp.ghtml>>.

⁹⁴ Cita-se, por exemplo a seguinte reportagem <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/ex-secretaria-de-estado-e-presa-em-operacao-contradesevio-de-verbas-e-fraudes-em-licitacoes-no-am.ghtml>>.

⁹⁵ Sanções de natureza civil são igualmente independentes em relação às de natureza penal e administrativa.

⁹⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, cabe ressaltar que estes tipos penais constituem tipos especiais, prevalecendo sobre disposições do Código Penal que regem as mesmas condutas (por exemplo, o art. 94 da Lei nº 8666/93 que tipifica a devassamento do sigilo de proposta em procedimento licitatório, prepondera sobre o art. 326 do Código Penal, que tipifica a conduta de devassidão de proposta de concorrência pública).

A despeito das intenções do legislador ao criar o rol de crimes licitatórios, percebe-se pelo volume de casos descobertos pelos órgãos fiscalizadores que, infelizmente, a tipificação das condutas previstas na Seção III da Lei em comento não se consubstanciou em uma queda na criminalidade nesse âmbito. Tal constatação agrava-se quando se leva em consideração que os órgãos de fiscalização conseguem trazer à tona apenas uma fração das condutas praticadas em desrespeito à Lei.

Várias razões podem ser apontadas para tentar explicar esse fenômeno, tais como a dificuldade em obtenção dos indícios que revelem a fraude, uma vez que não raras vezes estas são perpetradas com o auxílio de pessoas com formação técnica em direito e contabilidade, o que as permite produzir procedimentos licitatórios formalmente válidos, mas na prática, por exemplo, fraudado para ser direcionado à determinada empresa (art. 90 da Lei nº 8666/93)⁹⁷; conluio entre as empresas e agentes públicos, de modo que ninguém tem interesse em entregar o esquema; penas baixas para os tipos penais dos crimes licitatórios (todos preveem pena de detenção); caráter complexo dos crimes, que embora possam ser realizados por autoria singular, na maioria das vezes são praticados por meio de associações ou organizações criminosas; dificuldades em se punir os líderes do esquema, uma vez que a maioria dos atos do *inter criminis* são realizados por pessoas interpostas, de modo que as vezes o órgão de acusação até sabe quem são os líderes, mas uma vez que não possível provar a sua participação, ou até mesmo conhecimento, estes permanecem incólumes; prerrogativa de fora para determinados agentes públicos, que muitas vezes permanecem livres enquanto os demais participantes vão presos, uma vez que os tribunais pelo excesso de processos sobre a sua competência (e ocasional indisposição) não tem os meios para realizar em tempo hábil os meandros dos inquéritos e processos penais, etc.

⁹⁷ A sofisticação técnica com qual é feita a fraude acaba por exigir que o órgão de fiscalização seja suficiente treinado para reconhecê-la ao se deparar com uma situação suspeita. Tal necessidade, dificulta ainda mais a detecção dos crimes licitatórios, principalmente nos municípios do interior do país, onde a presença policial é parca e os membros do Ministério Público, que não raras vezes são responsáveis cada um por vários municípios, na maioria das vezes não tem a assessoria física e pessoal para investigar estes fatos enquanto tem que atender as demandas de todas as outras ações que tramitam sob a sua responsabilidade (que vão desde causas cíveis à crimes contra a vida).

A lista acima é puramente exemplificativa e não tem a menor pretensão de esgotar as causas para a permanente impunidade dos crimes licitatórios. Ainda assim, cada um dos motivos elencados é merecedor de teses próprias, assim como os diversos tipos penais presentes na Seção III da Lei nº 8666/93. Deste modo, necessário é o recorte epistemológico. Logo, aqui o enfoque será direcionado ao crime de dispensa ilegal de licitação, previsto no art. 89 da Lei de Licitações e na responsabilização de detentores de posição de mando no Poder Público através da teoria da cegueira deliberada.

5.1 Dispensa Ilegal de Licitação

O art. 89 abre a Seção III, dos Crimes e das Penas, da Lei nº 8666/93. Abaixo o dispositivo em sua literalidade:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público⁹⁸.

Se todos os tipos penais previstos na citada seção procuram preservar a lisura do procedimento licitatório (e conseqüentemente, dos princípios da Administração Pública e o erário público), este artigo em particular protege a própria realização da licitação, buscando elidir que ela deixe de ser realizada fora das exceções previstas em lei. Por esta perspectiva, pode-se concluir que o tipo penal previsto pelo art. 89 é o mais importante do rol da Lei. No entanto o comando legal vai além e determina que mesmo nos casos em que licitação não pode ser realizada ou se optou pela sua não realização, serão criminalizados as condutas que desrespeitarem o regramento para a inexigibilidade e dispensa, respectivamente. Afinal, a realização da licitação é a regra, sendo a sua não ocorrência, por ser uma exceção, somente deve se dar de acordo com a mais estrita legalidade e cautela do administrador. Vide o art. 2º da Lei de Licitações que prevê:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei⁹⁹.

⁹⁸ BRASIL, Lei de Licitação Pública de 1993.

⁹⁹ Idem.

Tal dispositivo espelha no plano infraconstitucional aquilo que a Lei Maior já havia determinado no seu art. 37, inciso XXI:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações¹⁰⁰.

Além disso, segundo André Guilherme Tavares de Freitas:

[...] por vezes (que não poucas) a contratação direta indevida pode vir acompanhada de um superfaturamento de preços, de desvios de verba pública, de crimes de corrupção, etc., caso em além da sanção civil estabelecida no art. 25, §2º, da Lei nº 8666/93, podemos ter um concurso de crimes do art. 89 desta lei com outras infrações penais praticadas. Esse concurso de crimes pode se dar, v.g., com o crime de peculato (art. 312 do CP), como o crime de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), ou com alguma modalidade do Decreto-Lei nº201/67[...]¹⁰¹.

Destarte, intensifica-se a importância do dispositivo em análise, pois além da sua importância isolada, diversas vezes este crime é “porta de entrada” para que outros ilícitos sejam realizados.

Quanto ao sujeito ativo do crime observa-se que o tipo penal somente pode ser praticado por funcionário público competente para realizar a dispensa ou declarar a inexigibilidade no exercício da sua função (no caso do caput do artigo). Afinal, não fosse este o caso, a dispensa ou inexigibilidade sequer teriam capacidade de existir perante o Direito, por nulidade absoluta por incompetência do autor que proferiu a decisão¹⁰². Por conseguinte, o crime de dispensa ilegal de licitação é um crime próprio. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencour:

as condutas previstas no caput do art. 89 – *dispensar* ou *inexigir* licitação, ou *deixar de observar* formalidades pertinentes – identificam-se com atribuições próprias do exercício de função pública, conseqüentemente, trata-se de crimes que exigem uma *qualidade especial* do sujeito ativo, qual seja, a de funcionário público, configurando o denominado *crime próprio*¹⁰³

Por sua vez, André Guilherme Tavares de Freitas entende que o crime do caput do art. 89 é de mão própria, ou seja, o núcleo do objeto do tipo penal do art. 89 somente poderia

¹⁰⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁰¹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Crimes na Lei de Licitações. 3ª edição, Niterói, IMPETUS, 2013, p.42.

¹⁰² Vicente Greco Filho, por outro lado, entende que a dispensa realizada pelo agente incompetente para realizá-la também constituiria uma infração penal enquadrável no art. 89 da Lei nº 8666/93. Para o citado autor “ocorre, na hipótese, o crime por que, havendo incompetência da autoridade, também há ilegalidade na dispensa.” VICENTE, Grego Filho. Dos Crimes da Lei de Licitações. 2º edição, São Paulo, Saraiva, 2007. P. 61.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito Penal das Licitações. 1º edição, São Paulo, Saraiva, 2012. P.133. Grifos no original.

ser realizado pelo agente público com competência para dispensar ou inexigir a licitação. No entanto, o citado autor acredita que pelo emprego da teoria do domínio do fato, torna-se possível a coautoria mesmo nos crimes de mão própria¹⁰⁴, ao contrário do que entende Bitencour, que acredita que o extraneus só pode concorrer ao crime como partícipe¹⁰⁵.

Destaca-se que as distinções entre coautor e partícipe são construções doutrinárias, com um emaranhado de teorias conflitantes, sendo uma das questões mais controversas do direito penal. No entanto, independentemente dessa discussão, o art. 29 do Código Penal estabelece que “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, de modo que essa discussão torna-se um tanto quanto estéril. Reforça-se essa posição quando se recorda que o art. 30 do citado diploma legislativo afirma que quando forem elementares do crime as condições de caráter individual se comunicam.

Quanto aos elementos objetivos do crime, observa-se que eles são as condutas de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais” e “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”. Destarte, deve-se buscar saber quais são as hipóteses em que a lei permite a aplicação da dispensa ou impõe a inexigibilidade, bem como os procedimentos que devem ser observados pelo administrador nessas hipóteses.

Os art. 17 e 24 da Lei nº 8666/93, trazem em caráter taxativo, as hipóteses em que o procedimento licitatório é dispensável. Somente o art. 24 traz em seu bojo trinta e cinco incisos, cada um tratando de uma hipótese autorizadora diversa. Seguem-se alguns dos mais importantes:

Art. 24. É dispensável a licitação:

- I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
- II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

¹⁰⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Crimes na Lei de Licitações. 3ª edição, Niterói, IMPETUS, 2013. F. 44.

¹⁰⁵ BITENCOUR, César Roberto. Direito Penal das Licitações. 1º edição, São Paulo, Saraiva, 2012. P.135.

[...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas¹⁰⁶;

Segundo Alexandre Mazza, os casos de dispensas “envolvem situações em que a competição é possível, mas sua realização pode não ser para a Administração conveniente e oportuna, à luz do interesse público”¹⁰⁷. Logo, observa-se que na dispensa de licitação abre-se uma margem de discricionariedade ao administrador para decidir ou não pela realização da dispensa. No entanto, tal decisão não prescinde da necessidade de fundamentação. Em outras palavras, a hipótese autorizadora da dispensa deve ser demonstrada pela autoridade que a decreta, como se verá mais a seguir. Além do mais, devido ao caráter taxativo das hipóteses de inexigibilidade, qualquer dispensa realizada por um motivo diverso daqueles previstos no art. 24 é apta a configurar o crime de dispensa ilegal de licitação por realizar uma dispensa fora das hipóteses legais, uma vez que é “inadmissível, a analogia, interpretação extensiva ou analógicas para ampliá-las”¹⁰⁸.

Já as hipóteses de inexigibilidade estão previstas em um rol exemplificativo no art. 25 da Lei de Licitações. Em apertada síntese, uma situação de inexigibilidade é toda aquela em que é impossível realizar o procedimento licitatório por inexistência de competição para oferecer o objeto. Segue-se o citado dispositivo:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

¹⁰⁶ BRASIL, Lei de Licitação Pública de 1993.

¹⁰⁷ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2º edição. São Paulo, Saraiva, 2012. P. 618. Grifos do original.

¹⁰⁸ BITENCOURT, César Roberto. Direito Penal das Licitações. 1º edição, São Paulo, Saraiva, 2012. P.147.

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública¹⁰⁹.

Por sua vez, a decisão que declara uma situação de inexigibilidade é vinculada, ou seja, uma vez reconhecida vincula a administração, obrigando-a a realizar a contratação direta. Devido ao caráter exemplificativo das hipóteses de inexigibilidade, o que levará ou não a configuração do crime será a existência ou não de uma situação que demonstre a inexistência da possibilidade de concorrência para atender a demanda da Administração. Ressalta-se o papel da autoridade que identificará a impossibilidade e confeccionará a sua demonstração.

Por fim, tanto as hipóteses de dispensa quanto as de inexigibilidade, também ocorrerá o crime quando não forem observadas as formalidades pertinentes para cada modalidade de contratação direta. Ou seja, ainda que afastada (ou inaplicável) a licitação, a escolha que levará a contratação deverá ser devidamente justificada e possuir um procedimento de contratação simplificado antecedente. As formalidades que o art. 89 da Lei nº 8666/93 busca exigir são estabelecidos pelo art. 26 da mesma lei, *in verbis*:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados¹¹⁰.

Além dos requisitos elencados no dispositivo (notadamente em seu parágrafo único), André Guilherme Tavares de Freitas entende que o descumprimento de outros “eventuais atos normativos que disponham a respeito das formalidades a serem observadas pelo servidor público, nos casos de dispensa ou inexigibilidade, que não, necessariamente,

¹⁰⁹ BRASIL, Lei de Licitação Pública de 1993.

¹¹⁰ BRASIL, Lei de Licitação Pública de 1993.

precisam ser federais ou tratar-se de leis propriamente ditas”¹¹¹ também configuram o crime. Em outras palavras, para o citado autor o descumprimento de qualquer formalidade que incida sobre um determinado ato de dispensa ou inexigibilidade, independentemente de sua origem legislativa ser o Congresso Nacional, uma Câmara Legislativa estadual, mesmo uma Câmara de vereadores ou até mesmo um ato normativo de autoria do Poder Executivo competente, configurará, em tese, o delito previsto no art. 89 da Lei de Licitações. Cezar Roberto Bitencour critica esse posicionamento:

Eventuais diretrizes estabelecidas por outras esferas legislativas ou administrativas, criando novos procedimentos ou exigindo novas formalidades [...] não ultrapassarão o plano administrativo, e jamais poderão integrar a norma penal incriminadora. Esses outros complementos normativos, de outras esferas (estadual, municipal, etc.), se existirem, seus efeitos ficarão limitados ao plano administrativo, podendo anular o edital ou, dependendo das circunstâncias, o próprio certame licitatório, sem, contudo, produzir efeito na lei incriminadora¹¹².

Entende o citado autor que somente Lei em sentido estrito, elaborada pelo Congresso Nacional pode estabelecer os procedimentos que desobedecidos configurariam a conduta tipificada pelo art. 89. *Venia concessa*, tal entendimento não merece prosperar. É verdade que a interpretação dada por André de Freitas expande o alcance da lei penal, no entanto, deve-se recordar que a Lei nº 8666/93, estabelece normas gerais sobre licitações (nos dizeres do seu art.1º), o que demonstra a legitimidade para outros entes da federação elaborem outras normas com procedimentos obrigatórios em seus respectivos âmbitos de incidência, desde que observados as normas gerais estabelecidas pela citada lei. Este é o ponto de destaque, uma vez que se essas normas complementares existem para dar uma maior eficiência às normas gerais (entre elas a princípio da obrigatoriedade do procedimento licitatório e os requisitos para as dispensas e inexigibilidades), não se pode negar que elas também sejam protegidas pelo tipo penal do art. 89.

Quanto à conduta do parágrafo único, observa-se que ela sujeita o particular que não só concorreu à realização de uma das condutas previstas no caput, mas que “beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público” (ressalta-se aqui a necessidade de um benefício para o agente, requisito este não previsto para o caput). Por esta particularidade, entende-se que o particular, para que responda por este crime, deve ter agido com o dolo específico de contratar com o Poder Público (e de com isso, obter uma

¹¹¹FREITAS, André Guilherme Tavares de. Crimes na Lei de Licitações. 3ª edição, Niterói, IMPETUS, 2013. F. 86.

¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito Penal das Licitações. 1º edição, São Paulo, Saraiva, 2012. P.152.

vantagem, não necessariamente econômica), ao contrário da conduta do agente público, cujo dolo, como se verá, é genérico.

5.2 Dolo geral (e específico) no caput do art. 89 da Lei nº 8666/93.

Cirino dos Santos ensina com propriedade que “o elemento subjetivo dos tipos dolosos é o dolo, que normalmente preenche todo o tipo subjetivo; às vezes, ao lado do dolo, aparecem elementos subjetivos especiais, como as intenções de ação, ou mesmo motivações excepcionais, que também integram o tipo subjetivo”¹¹³.

Pois bem. Ao se analisar texto do caput do art. 89 da Lei de Licitações, não se encontra, em lugar nenhum indícios da presença do que Cirino dos Santos chamou de “elementos subjetivos especiais”, apenas do dolo, isto é, a “vontade consciente de praticar a conduta”¹¹⁴, que no caso é dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais ou realizá-los sem a observância dos requisitos legais. Cezar Roberto Bitencour, esclarece que:

As elementares subjetivadoras especiais - configuradoras do *especial fim de agir* – são, normalmente, representadas por expressões, tais como, ‘a fim de’, ‘para o fim de’, ‘com a finalidade de’, ‘para si ou para outrem’, ‘com o fim de obter’; ‘em proveito próprio ou alheio’, entre outras, indicadoras de uma finalidade transcendente, além do dolo natural configurador do tipo subjetivo¹¹⁵.

Conclui o renomado autor que “não se vislumbra nas elementares objetivas e subjetivas constantes do caput do art. 89 a exigência do denominado elemento subjetivo especial do tipo”¹¹⁶. Tal entendimento é compartilhado pela maioria da doutrina¹¹⁷. Tal posicionamento é o mais adequado. Quando foi do intento do legislador estabelecer um “especial fim de agir” ou dolo específico, este expressamente demonstra esse desejo. Por exemplo, cita-se o parágrafo único do próprio art. 89 da Lei nº 8666/93, que traz a expressão “para celebrar contrato com o Poder Público”, restando evidente que para a configuração do crime é indispensável que o agente aja com o fim de contratar com a Administração. Outro exemplo é o dispositivo seguinte, o art. 90, que declara:

¹¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do fato Punível*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2002. P. 62

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *Curso de Direito Penal*. Volume I. 1º edição. Editora Forense. P.370.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. 1º edição, São Paulo, Saraiva, 2012. P.163.

¹¹⁶ *Idem*, p. 162.

¹¹⁷ V.g., FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crimes na Lei de Licitações*. 3ª edição, Niterói, IMPETUS, 2013. F. 66.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, **com o intuito de obter**, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação (grifos nossos).

Destarte, o crime do art. 90 só restará configurado quando a fraude tiver o fim específico de obtenção de vantagem decorrente da contratação. Uma vez esclarecido este ponto, é de causar espanto, para dizer o mínimo, que a jurisprudência dos tribunais superiores atualmente espouse o entendimento de que o crime previsto no art. 89 necessita de dolo específico de lesar o erário. Seguem-se, a título de exemplo, duas ementas do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ARESTO CONDENATÓRIO QUE RECONHECE A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. VERIFICAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Verifica-se que o paciente, na função de Prefeito Municipal, foi denunciado em razão de ter dispensado a licitação para compra de areia em hipótese não prevista em lei, fracionando a compra e o pagamento em várias etapas.

2. Entende essa Corte que o crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/1993 não é de mera conduta, sendo necessária a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público, o que não foi reconhecido pelo Tribunal a quo.

3. O aresto condenatório consignou apenas que é evidente o dolo genérico da conduta ainda que não se possa provar o efetivo prejuízo causado à administração pública, pelo fato de ter o paciente efetuado contratação direta em hipótese não prevista pela Lei de Licitações, sem prévia orientação técnica e jurídica a respaldar os procedimentos realizados.

4. Não havendo comprovação da ocorrência de prejuízo ou de dolo de causar dano ao erário com as contratações realizadas, deve ser reconhecida a atipicidade das conduta.

5. Ordem concedida a fim de anular a condenação e o respectivo processo de execução penal do paciente.

HC 377711 / SC HABEAS CORPUS 2016/0291119-8. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Publicado em 09/03/2017.

RECURSO ESPECIAL. ART. 89, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.666/1993. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE TERMO DE PERMISSÃO DE USO. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL DOS ACUSADOS PROVIDO E RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.

1. Esta Corte, após inicial divergência, pacificou o entendimento de que, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes do STF e do STJ.

2. Na hipótese, após absolvição em primeiro grau, os recorrentes foram condenados pelo TRF 3ª Região como incurso nas sanções do art. 89, caput, e parágrafo único, da Lei 8.666/1993. O próprio acórdão recorrido afirmou, em total confronto com a jurisprudência deste Tribunal e do Excelso Pretório, que o delito em tela é de mera conduta, sendo desnecessária a demonstração de elemento subjetivo do tipo (dolo genérico ou específico).

3. Não havendo menção, na denúncia de intenção deliberada de causar prejuízo à Administração ou de obter favorecimento pessoal, a celebração do Termo de Permissão de Uso, a título precário, sem a devida licitação configura irregularidade formal, fato que é insuficiente para demonstrar, per si, o elemento subjetivo indispensável à configuração do crime do art. 89 da Lei 8.666/2003, que exige a prova do dolo específico de causar dano ao erário e a administração pública.

4. Recurso Especial provido, para restabelecer a sentença absolutória, prejudicado o recurso do Ministério Público que versava sobre a dosimetria da pena e pretendia a condenação de réu cuja absolvição foi mantida pelo Tribunal a quo.

REsp 1485384 / SP RECURSO ESPECIAL 2014/0251046-4. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em 26/09/2017.

Tal entendimento tornou-se dominante nas cortes superiores a partir do julgamento do Inquérito nº 2.482¹¹⁸, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, pelo Supremo Tribunal Federal, publicado em 17/2/2012. Neste julgado, no que interessa a este tópico, alegou-se a necessidade de um “escrutínio rigoroso” no momento de analisar o dolo do agente para evitar “fazer-se esse tipo de imputação que vai se aproximar muito da ideia de uma responsabilidade objetiva”¹¹⁹. Desde então o Superior Tribunal de Justiça passou a compartilhar do entendimento equivocado do Supremo Tribunal Federal.

Data máxima vênia ao entendimento vencedor no citado inquérito, mas este não merece prosperar. Pela leitura do texto do caput do art. 89 observa-se claramente o seu elemento subjetivo. O dolo de realizar uma dispensa ou inexigibilidade fora das hipóteses autorizadas legais ou realizá-las sem a observância dos requisitos legais. Destarte não há como se falar aqui em responsabilização penal objetiva, pois não só o dolo existe como pode (e deve) ser demonstrado pelo Ministério Público. No afã de impedir em abstrato uma possível responsabilização objetiva os Ministros do Pretório Excelso arrogaram-se na posição de legisladores e alteraram na prática a redação de um dispositivo legal.

Paralelamente a criação fantasiosa da exigência do dolo específico, os tribunais superiores passaram a exigir um efetivo dano ao erário decorrente da contração realizada por meio da dispensa ou inexigibilidade ilegal (ou irregular) para configurar o crime do art. 89. Ou seja, uma vez mais criaram um elemento não previsto no tipo, considerando o crime como material (sendo que nada no texto do artigo ao sequer indique isso). No entanto, nessa seara, parece que parte da jurisprudência apercebeu-se do seu equívoco. Na Ação Penal nº 971¹²⁰, de relatoria do Ministro Edson Facchin, votado em 26/06/2016, a 1ª Turma do STF corretamente entendeu pela caráter formal do crime, que dispensa a comprovação de efetivo dano ao erário para sua configuração.

¹¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2482. Redator para acórdão Ministro Luis Fux. Publicado em 17/02/2012.

¹¹⁹ Idem. P. 28.

¹²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 971. Relatoria do Ministro Edson Facchin, votado em 26/06/2016.

Em boa hora, afinal, o dano ao erário, se presente, levará a tipificação recair sobre outros crimes (como, por exemplo, o peculato, previsto no art. 312 do Código Penal), que empregaram a dispensa ilegal como um meio para a sua realização. Entender de modo diverso acabaria por inutilizar o art. 89 da Lei de Licitações, já que se ao considerar que ele só acontece com o dano erário, e este leva inexoravelmente a configuração de outro crime que usa o dispositivo em comento como meio, sempre ocorreria a consunção, sendo a dispensa ilegal de licitação absorvida pelo outro delito.

5.3 Dolo Eventual e Cegueira Deliberada no Caput do Art. 89 da Lei nº 8666/93

Superada a questão dos equívocos da jurisprudência dos tribunais superiores, cabe indagar se além do dolo genérico é cabível, para o crime de dispensa de licitação, o dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, e, com ele, a teoria da cegueira deliberada. A previsão do dolo eventual encontra-se na segunda parte do art. 18, inciso I do Código Penal, *in verbis*:

Art. 18 - Diz-se o crime:
I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;¹²¹

Guilherme de Souza Nucci ensina com propriedade que:

A lei não faz distinção entre o dolo direto e o eventual para fins de configuração do crime e, para a aplicação da pena. Assim, o juiz poderá, em tese, fixar a mesma pena para quem agiu com o dolo direto e para quem atuou com dolo eventual.

[...]

Excepcionalmente, quando a lei exigir unicamente o dolo direto, tal circunstância vem claramente definida no tipo penal, como se pode observar no caso da denunciação caluniosa (imputar que “crime de que o sabe inocente”), do art. 339 do Código Penal¹²².

Uma vez mais, ressalta-se, por oportuno, que o artigo 89 da Lei nº 8666/93 não faz qualquer menção sobre a exclusividade do dolo direto como o *animus* do agente no momento em que ele realiza a dispensa ou declara a inexigibilidade fora das hipóteses legais ou sem a devida observância das determinações normativas que as regem. Destarte, não há impedimento teórico para o cabimento da aplicação do dolo eventual a este tipo penal. Por consequência, não haveria igualmente uma incompatibilidade lógica para a aplicação da cegueira deliberada ao crime em análise, uma vez que, como já se viu, este pode identificar-se com o dolo eventual.

¹²¹ BRASIL, Código Penal de 1940.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza, Curso de Direito Penal. Volume I. 1ª edição. Editora Forense. P. 377.

Para ilustrar essa afirmação, imagina-se o seguinte quadro fático hipotético. O prefeito Toupeira, tão logo toma posse no cargo de chefe do Poder Executivo, declara situação de emergência no município. Desse modo busca dar a guarida jurídica para que os chefes de pasta possam realizar dispensas de licitação sob a hipótese autorizadora do art. 24, inciso IV da Lei de Licitações¹²³. O alcaide alega que encontrou a máquina pública tomada pelo caos e com vários contratos não renovados¹²⁴. Desse modo, afirma que serviços indispensáveis para a população, como transporte escolar e coleta de lixo, estariam em vias de não poderem ser prestados. No entanto, apesar das alegações de caos generalizado, apenas uma dispensa é realizada, para a coleta de lixo, mas por valores extremamente expressivos, muito acima dos praticados no mercado, uma vez que parte do valor da contratação seria repassado ao secretário de infraestrutura e ao presidente da comissão de licitação pela empresa vencedora do certame. Além disso, no procedimento de dispensa, não foi realizada a coleta de preço e nem apresentada a justificativa de preço. Antes da adjudicação do objeto do contrato um funcionário da comissão de licitação, onde estava sendo operacionalizado o procedimento, procurou o prefeito no seu gabinete para informar estes fatos, contudo, após comentar a possibilidade de irregularidades no procedimento, é interrompido pelo Sr. Toupeira antes que possa dar os detalhes da situação. O prefeito informa que não deseja saber de nenhum detalhe sobre os procedimentos de contratação e pede que no futuro o funcionário não leve informações dessa natureza à sua pessoa. O procedimento de dispensa é finalizado e o é contrato assinado pelo secretário de infraestrutura.

Na situação narrada houve uma situação que configurou, ao menos em tese, uma das hipóteses autorizadas para a realização da dispensa, isto é, a situação de emergência (art. 24, inciso IV da Lei nº 8666/93). Todavia, não foram obedecidos os requisitos estabelecidos nos incisos II e III do parágrafo único do art. 26 da Lei de Licitações, que determinam que nos procedimentos de dispensa de sejam apresentadas as razões para a escolha do vencedor e a justificativa do preço, respectivamente. Desse modo resta

¹²³ IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

¹²⁴ Destaca-se que pelo entendimento atual do Tribunal de Contas da União, tomado no Acórdão n.º 1138/2011-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, publicado em 04/05/2011. A ementa do julgado afirma que “A situação prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares”.

configurado o crime previsto no art. 89 da citada lei por “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

Passa-se a análise da conduta do Prefeito Toupeira. Embora ele não tenha, pessoalmente, realizado nenhuma conduta referente ao processo de dispensa em si, foi ele que deu causa para a argumentação jurídica para a sua autorização. Mais, do decreto de emergência de sua autoria somente originou-se apenas uma dispensa, cujo valor estava muito acima do praticado pelo mercado, o que deveria, no mínimo, ter lhe chamado a atenção. Até aqui a conduta do Sr. Toupeira ainda poderia ser considerada como “meramente” negligente, merecedora de reprimenda apenas na seara da improbidade administrativa. No entanto, ele foi além. Quando diretamente informado de que irregularidades estavam ocorrendo, e, por consequência, que o elevado valor do objeto acarretaria dano ao erário, ele optou por não conhecer a fundo a pertinência das alegações, ainda que estas fossem de um funcionário que estava diretamente envolvido com o procedimento.

Em síntese, o alcaide “fechou os olhos” para a realização do ilícito. Evidente que ao fazê-lo o prefeito assumiu o risco que o resultado típico se concretizasse. Essa assunção fica clara ao se aplicar os dois elementos do conceito amplo da cegueira deliberada, quais sejam, o conhecimento da elevada probabilidade do fato criminoso e escolha livre e consciente de não aprofundar o seu conhecimento sobre o fato. Ambos os requisitos estavam presentes na situação narrada. O Sr. Toupeira é informado por uma fonte privilegiada da iminência do cometimento do fato (elevada probabilidade do fato criminoso) e ainda assim afirma que deseja não conhecer os detalhes da situação (escolha em permanecer em ignorância). Destarte, não há impedimentos para a responsabilização penal do prefeito pelo o crime previsto pelo art. 89 da Lei nº 8666/93.

Além de todos os pontos até aqui narrados, um elemento adicional implica ainda mais a conduta do prefeito. Este é o dever de vigilância que o Sr. Toupeira tem perante a atuação dos seus subordinados, de modo que ele deveria ter agido para evitar o ilícito fosse cometido. A desobediência a este dever ocasiona a sua responsabilização penal nos moldes do art. 13, §2º, alínea “a” do Código Penal, *in verbis*:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

[...] ¹²⁵

É verdade que não se pode esperar que o chefe do executivo conheça todos os detalhes das atividades que são praticadas pelos seus subordinados. Essa falta de onisciência justifica que o superior hierárquico não seja automaticamente responsabilizado pelos crimes praticados por aqueles que ele tem o dever de fiscalizar. No entanto, no caso narrado o prefeito foi informado da possibilidade da prática de crimes e ainda assim optou por não investigar a veracidade da informação, de modo que a sua desídia em muito supera o campo da negligência e adentra o da indiferença para com o bem jurídico, aceitando a prática do ilícito, a despeito do seu dever para evitá-lo.

Outra situação fictícia pode ilustrar ainda mais essa tese. Agora o prefeito Toupeira encontra-se no segundo ano do seu mandato. Devido ao acúmulo de acusações de casos de corrupção nas contratações da sua gestão, o alcaide deseja a contratação de um escritório de advocacia para prestar assessoria jurídica para a comissão de licitação. Ele relega os detalhes da contratação para a secretária de governo. Esta, em conluio com o presidente da comissão de licitação, planeja a contratação de um escritório de advocacia que tem como sócio o seu filho. Para concretizar este fato o presidente da comissão de licitação declara a inexigibilidade da licitação nos termos do art. 25, inciso II da Lei nº 8666/93¹²⁶, uma vez que assessoria é considerada como serviço técnico especializado pelo art. 13, inciso III da citada Lei¹²⁷. No entanto, o serviço em questão não exige “a notória especialização”, como o procurador do município deseja informar o Sr. Toupeira. O procurador também deseja comunicar que tanto a procuradoria do município pode realizar o serviço, como no município e nas cidades vizinhas existem outros escritórios de advocacia igualmente capazes de prestar o serviço.

¹²⁵ BRASIL, Código Penal de 1940.

¹²⁶ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

¹²⁷ Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

[...]

II - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

No entanto, ao escutar do procurador sobre a existência de irregularidades no procedimento de inexigibilidade, afirma, uma vez mais, que não trata diretamente das contratações e não deseja saber os detalhes das contratações. E arremata que precisa da assessoria funcionando o quanto antes, para que possa argumentar que está tomando medidas para combater os boatos de corrupção na prefeitura, impedindo assim maiores desgastes políticos para a sua gestão e que não se importa quem forneça o serviço e nem como. Desse modo, o procedimento de inexigibilidade avança e o escritório do filho da secretária de governo é contratado.

Pela situação narrada observa-se que apesar de formalmente correta, no sentido da justificativa legal para a sua realização (serviço técnico especializado), na prática não estava presente uma situação de inexigibilidade, porque não era um caso de impossibilidade de concorrência, uma vez que tanto o objeto do contrato não exigia notável especialização como não havia singularidade quanto número de fornecedores. Destarte, tal inexigibilidade foi realizada fora das hipóteses legais, configurando o crime do art. 89 da Lei nº 8666/93. Quanto à conduta do Sr. Toupeira, observa-se que uma vez mais ele optou por “fechar os olhos” para a possibilidade de que um crime estava em vias de ser praticado. Apesar de ser informado por alguém com conhecimentos sobre o fato (e suas consequências jurídicas) ele preferiu permanecer em ignorância, uma vez que a concretização do processo de inexigibilidade lhe traria benefícios políticos, sendo lhe irrelevante que para tanto fosse cometido um delito, delito este, que como já narrado, ele teria o dever de evitar por força do comando do art. 13, §2º, alínea “a” do Código Penal. Por conseguinte, lhe é plenamente cabível a responsabilização penal a título de dolo eventual.

Observa-se que neste caso a escolha do prefeito em permanecer em ignorância sobre o caráter criminoso da conduta dos seus subordinados foi motivado pelo ganho político que ele buscava ganhar com a concretização do procedimento de dispensa. Desse modo, além dos elementos do conceito amplo de cegueira deliberada, estava presente um fim especial para a manutenção do estado em ignorância, o que torna possível a incidência do conceito restrito da cegueira deliberada como fundamento para a incidência do dolo eventual.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi buscado a demonstração da compatibilidade da teoria da cegueira deliberada com o direito penal brasileiro, no geral, e no crime de dispensa de licitação no particular. Para tanto, inicialmente foi realizado um apanhado das origens e

desenvolvimento do instituto da cegueira deliberada. Foi citado a jurisprudência inglesa e norte-americana que deu os contornos primordiais ao instituto, bem como o seu gradual expansão para os países da civil law, primeiro na Europa Continental e depois no Brasil, bem como foi realizado um esforço para conceituar o que é cegueira deliberada, com referências as posições de autores e julgados nacionais e estrangeiros.

Em seguida, foi analisado de forma mais pormenorizada o tratamento jurisprudencial e acadêmico dado à cegueira deliberada nos Estados Unidos, país onde, não só, foi mais amplamente empregada pelos tribunais, mas também, e, até certa medida, por consequência, recebeu maior atenção da doutrina. Foi tratada, como a atenção possível, a celeuma jurídica, já referenciada, para conceituar a cegueira deliberada nesse contexto, com a maior parte da jurisprudência, incluída aí a Suprema Corte deste país defendendo o chamado conceito amplo de cegueira deliberada, e a jurisprudência minoritária com o apoio de parte da doutrina se aglutinando em torno do intitulado conceito restrito de cegueira deliberada.

Foram citados as principais críticas às duas correntes, que o conceito amplo poderia levar a responsabilização penal a título de dolo¹²⁸ pessoas que teriam agido de forma meramente negligente ou imprudente, já o conceito restrito acarretaria uma saída legal para os acusados com base na cegueira deliberada, que apenas teriam que afirmar que permaneceram ignorantes por uma razão diversa de escapar de eventual persecução penal para se verem livres da acusação, uma vez que é extremamente difícil descobrir o *animus* que anima o agente ao escolher permanecer em ignorância sobre a natureza criminosa da ação.

A temática seguinte foi um breve discorrimento sobre desenvolvimento da teoria da cegueira deliberada no Brasil, passando pelas previsões legislativas que tocavam, por assim dizer, o espírito que anima a cegueira deliberada (punir aqueles que escolhem não conhecer a natureza criminosa da conduta que praticam, ainda que cientes da elevada potencialidade na natureza típica da ação), tanto as que o faziam de forma mais contundente (como o Estatuto de Roma), como aquelas que o fazem de forma mais tênue, como a receptação privilegiada. Além disso, comentou-se sobre a adoção da cegueira deliberada pela jurisprudência (e doutrina) nacional para os crimes de lavagem de dinheiro.

Ultrapassado este ponto adentrou-se em um dos cerne deste trabalho, qual seja, a possibilidade de aplicação da cegueira deliberada no Brasil e o seu relacionamento como a figura do dolo eventual, bem como qual dos referidos conceitos de cegueira deliberada, o

¹²⁸ Ressalta-se que no direito norte-americano não existe uma equivalência direta com o conceito de dolo, tal como entendido pelo direito nacional. Existem as figuras do *Purposely* e do *Knowingly*, que indicariam, respectivamente, de agir com o fim de produzir o resultado e agir com consciência da produção do resultado.

amplo e o restrito, seria o mais adequado ao direito brasileiro. Foi explanado que a conceituação legal de dolo, prevista no art. 18 do Código Penal abarca a cegueira deliberada em ambos os seus conceitos, ao estipular a expressão “assumir o risco de produzi-lo”, que representa o dolo eventual. Também foram citadas as abordagens da doutrina nacional sobre o dolo eventual, realçando a compatibilidade entre os institutos. Por fim, conclui-se que a relação entre dolo eventual com a cegueira deliberada seria aquele entre gênero e espécie, sendo o primeiro mais amplo que o segundo, uma vez que abarcaria um número maior de situações, sendo o emprego da cegueira deliberado mais restrito.

Quanto qual dos dois conceitos da cegueira deliberada seria o mais apropriado ao contexto brasileiro, optou-se pelo conceito amplo. Tal escolha se deu devido a inerente vantagem dessa posição, que dispensa a necessidade de se adentrar nas profundezas da psique do agente em busca do seu fim em permanecer em um estado de ignorância, o que constituiria uma verdadeira prova diabólica para os órgãos de investigação. Além disso, os elementos do conceito amplo, já seriam por si só para atender para demonstrar tanto a previsibilidade da conduta criminosa quanto a assunção do risco em produzi-lo, denotando a indiferença para com o bem jurídico. No entanto, tal escolha não procura inibir a aplicação do conceito restrito da cegueira deliberada em território nacional, que pode e deve ser empregado quando for possível provar a existência dos fins específicos do agente para permanecer ignorante.

Quanto a diferenciação entre a cegueira deliberada e culpa consciente, ressaltou-se que esta não tem nada de diverso da já conhecida e espinhosa tarefa de separar o dolo eventual da culpa consciente, tarefa que no caso concreto pode se apresentar como extremamente árdua. Todavia, tal dificuldade não pode ser empregada para interpretar os dispositivos legais de tal modo que torna-se em letra morta a previsão legal da existência do dolo eventual, que visto, teria como uma das suas modalidades a cegueira deliberada. O passo seguinte foi listar as principais críticas que se fazem ao uso da cegueira deliberada no Brasil, bem como a demonstração do porquê estas estão equivocadas.

Na sequência o foco foi a tratamento dado pela jurisprudência, ao longo do tempo, à aplicação da cegueira deliberada. Foram escolhidos três momentos que marcaram bem a história do instituto em terras brasileiras. O primeiro foi o caso do assalto ao Banco Central em Fortaleza, o segundo a Ação Penal nº 470, o chamado Mensalão. Por fim, comentou-se sobre algumas das sentenças proferidas no âmbito da operação Lava Jato.

O próximo passo foi comentar, ainda que de forma sucinta, os crimes licitatórios, o porquê da sua existência, relevância, os bens jurídicos que pretendem proteger, etc. *In continenti* foi repetido o processo, desta vez focado no crime de dispensa ilegal de licitação

(art. 89 da Lei nº 8666/93) em especial. Nessa seara, foi discorrido e criticado o tratamento jurisprudencial dado a este tipo penal pelos tribunais superiores, notadamente sobre a indevida criação de elementos não previstos no dispositivo legal para a configuração do crime (quais sejam, a exigência de dolo específico e de dano ao erário).

Após demonstrar a impertinência das construções da jurisprudência dos tribunais superiores, com o devido aporte doutrinário, enfim chegou o momento de demonstrar a aplicabilidade do dolo eventual ao crime de dispensa de licitação, e, conseqüentemente, da incidência da cegueira deliberada sobre o tipo penal em questão. Para tanto, foram apresentados exemplos em que se vislumbrava com clareza tal pretensão, ao demonstrar que um agente como o dever legal de evitar um resultado criminoso, ao ser exposto à elevada probabilidade da natureza criminoso de uma conduta em curso (quê, como comentado, ele tinha o dever de evitar que se concretizasse), prefere, de forma livre e consciente, por não aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos, ainda que isso lhe fosse possível. Desse modo evidencia-se a assunção do risco da realização do resultado criminoso pelo agente, revelando a sua indiferença para com o bem jurídico.

Após tudo que foi exposto, espera-se ter contribuído, ainda que da forma mais mínima imaginável, para esclarecimento da teoria da cegueira deliberada ao mundo acadêmico brasileiro, demonstrando, dentro dos limites possíveis, a sua origem e desenvolvimento, bem como as suas características mais marcantes, o que se espera, leve a um aumento da abordagem doutrinária sobre o assunto. Além disso, o uso da teoria pelos tribunais nacionais, ainda bem limitado, muitas vezes adota uma abordagem simplista do instituto, ignorando (na sua modalidade não deliberada) as suas divisões (como o conceito amplo e o restrito) e muitas vezes não citando todos os elementos citados pela jurisprudência americana para a configuração da cegueira deliberada. Ao expandir o horizonte científico disponível aos magistrados espera-se que estes possam fundamentar melhor suas decisões ao empregar a cegueira deliberada.

Paralelamente, ao focar no uso da cegueira deliberada no âmbito dos crimes licitatórios, espera-se chamar a atenção para o potencial desta para levar a justa responsabilização penal a indivíduos que hoje ainda escapam desta em crimes diversos da lavagem de dinheiro (onde, hodiernamente, concentram-se a maioria dos julgados que aplicam a doutrina). Por sua vez, os crimes licitatórios em si, igualmente sofrem um relativo desuso (o que, até certa medida, é compreensível, tendo em vista, às baixas penas previstas para os tipos) o que constitui uma lástima, tendo em vista a importância dos bens jurídicos por eles protegidos. Tal contexto salienta-se no caso do crime do art. 89 da Lei de Licitações, que

ao proteger a própria observância do procedimento licitatório, é o principal escudo dos bens jurídicos caros à Lei nº 8666/93. Deste modo, ao demonstrar a aplicabilidade da cegueira deliberada ao tipo penal do art. 89 da citada Lei, buscou-se “matar dois coelhos com uma cajadada só”, relembrando a importância do dispositivo legal ao mesmo tempo em que se busca abrir um novo caminho para a sua efetivação.

Por fim, espera-se, mui humildemente, ter contribuído para, no geral, o debate do uso da cegueira deliberada no Brasil e, no particular, para a aplicação da cegueira deliberada no crime de dispensa de ilegal de licitação, com a esperança que futuros trabalhos acadêmicos possam debater o aqui exposto, gerando frutos para o trabalho jurisprudencial possa prestar a devida proteção aos bens jurídicos caros à sociedade, aumentando, dentro da legalidade, a efetividade do combate aos crimes contra a administração pública, que tanto afligem o nosso país.

REFERÊNCIAS

AROUCK, Vinícius, **A Teoria da Cegueira Deliberada e a sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Pátrio**, publicado em 08/07/2017, disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio>. Acessado em 23 mar. 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição, São Paulo, Malheiros, 2009.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações correlatas**. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Volume I**. 19ª edição. Editora Saraiva.

_____, Cézar Roberto. **Direito Penal das Licitações**. 1ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

BRASIL, Lei de Licitação Pública de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acessado em 23 mar. 2018.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm. Acessado em 23 mar. 2018.

_____, Código Penal de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em 23 mar. 2018.

_____, Decreto nº 4388 de 25 de setembro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acessado em 23 mar. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Penal AP nº 470/MG – Plenário. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. 23 abr. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Ministro Celso de Mello acompanha voto do relator no item VII da AP 470, sobre lavagem de dinheiro. Publicado em 17 de outubro de 2012. Acessado em 23 abr. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2482. Redator para acórdão Ministro Luis Fux. Publicado em 17/02/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1745114>>. Acessado em 27 abr. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 971. Relatoria do Ministro Edson Facchin, votado em 26/06/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=971&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 27 abr. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 809.140 - SP (2015/0277937-9). Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=cegueira+deliberada&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acessado em 24 abr. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. HC 377711 / SC HABEAS CORPUS 2016/0291119-8. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Publicado em 27 abr. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1485384 / SP RECURSO ESPECIAL 2014/0251046-4. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em 27 abr. 2018.

_____, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 2005.81.00.014586-0/CE. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. em <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acessado em 20 abr. 2018.

_____, Tribunal Regional Federal (4ª Região). ACR – Apelação Criminal nº 5008479-45.2010.404.7000. Relator: desembargador Sebastião Ogê Muniz. Disponível em:<<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/269377754/apelacao-criminal-acr-50084794520104047000-pr-5008479-4520104047000/inteiro-teor-269377855>>. Acessado em 23/01/2018.

_____, Tribunal Federal da 4ª Região. ACR 5001945-68.2013.404.7004. Relator Ricardo Rachid de Oliveira. Disponível em <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/170290945/apelacao-criminal-acr-50019456820134047004-pr-5001945-6820134047004/inteiro-teor-170290992>>. Acessado em 24 abr. 2018.

_____, Tribunal de Contas da União, tomado no Acórdão n.º 1138/2011-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, publicado em 04/05/2011. Disponível em <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_1138_15_11_P.doc>. Acessado em 27 abr. 2018.

_____, Decreto n.º 4388 de 25 de setembro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acessado em 19 de abril de 2018.

_____, Advocacia-Geral da União. Manual de Boas Práticas Consultivas. 3.ed. Brasília: AGU, 2014. 68 p. Disponível em <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idConteudo=153380&idSite=1104&aberto=&fechado=>>>. Acessado em 19 abr. 2018.

_____, Ministério Público Federal. Denúncia nos autos dos inquéritos n.º 500661729.2016.4.04.7000/PR e 5035204-61.2016.4.04.7000/PR. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/DENUNCIALULA.pdf>>. Acessado em 19 abr. 2018.

_____, Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>>. Acessado em 21 abr. 2018.

_____, Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Decisões da Justiça. Papel da Justiça, do Ministério Público e da Polícia. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/decisoes-da-justica>>. Acessado em 21 abr. 2018.

_____, Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1138/2011-Plenário, TC-006.399/2008-2, relator Ministro Ubiratan Aguiar, publicado em 04/05/2011. Disponível em <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_1138_15_11_P.doc>. Acessado em 27 abr. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A Cegueira Deliberada no Julgamento da Ação Penal. 470.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470#_ftn6_8778>. Acessado em 19 abr. 2018.

_____, DIREITO DE DEFESA. **A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em 19 abr. 2018.

CABRAL, Bruno Fontenele. **Breves comentários sobre a teoria da cegueira deliberada (willful blindness doctrine).** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/autor/bruno-fontenele-cabral>>. Acesso em 23 mar. 2018.

CHARLOW, Robin. **Willful Ignorance and Criminal Culpability**. Texas Law Review, vol. 70, n. 6, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. United States v. Jewell.

_____, Suprema Corte dos Estados Unidos. Spurr V. United States nº 448. Washington. Disponível em <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/174/728.html>>. Acessado em 22 jan. 2018.

_____, Suprema Corte dos Estados Unidos da América. GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S. A. Disponível em:<<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acessado em 22 jan. 2018.

FILHO, Glauco Barreira Magalhães. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. 4º edição. São Paulo. Editora Atlas, 2013.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. 3ª ed. Niterói, IMPETUS, 2013.

FRIEDMAN, T. Paul e SMITHLINE Ruti, Is **“Conscious Avoidance” Sufficient to Establish Knowledge Under the FCPA?**, Business law Today, American Bar Association, publicado em Fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://apps.americanbar.org/buslaw/blt/content/2012/02/article-01-friedman-smithline.pdf>>. Acessado em 22 jan.18.

GOMES FLÁVIO, Luiz. **“Dilma, Temer, Lula, Aécio... podem ser condenados por cegueira deliberada?”** Publicado em junho de 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/51054/dilma-temer-lula-aecio-podem-ser-condenados-por-cegueira-deliberada>>. Acessado em 19 mar. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2ª ed., São Paulo: SARAIVA 2007.

GRECO, Luís. **Comentario al artículo de Ramon Ragués**. Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal, 2014.

HUSAK, Douglas. **Willful Ignorance, Knowledge and the “Equal Culpability” Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality**. In: HUSAK, Douglas. The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 200 a 231. Disponível em <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Yn-ijQMbUjQC&oi=fnd&pg=PR9&dq=HUSAK,+Douglas.+Willful+Ignorance,+Knowledge+and+the+%E2%80%9CEqual+Culpability&ots=c_ZOCiNs-i&sig=3MuSZEK7XVuLGP05gGwpfZH3N40#v=onepage&q&f=true>. Acessado em 05 fev. 2017.

LAUFER, Chistian. SILVA, Robson A. Galvão da. **A Teoria da Cegueira Deliberada e o Direito Penal Brasileiro**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 17, n. 204, novembro de 2009, p. 10 e 11. Disponível em <<http://infodireito.blogspot.com.br/2009/11/artigo-teoria-da-cegueira-deliberada-e.html>>. Acessado em 05 fev. 2018.

_____, **A cegueira deliberada na lava-jato**. Publicado em 15/11/2015. Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br/backup/a-cegueira-deliberada-na-lava-jato-por-robson-a-galvao-da-silva-e-christian-laufer/>>. Acessado em 05 fev. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações ente Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Editora JusPodivm. 2ª edição. 2014.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes do crime). Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/1998**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2º edição. São Paulo, Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 27º edição. São Paulo, Malheiros, 2002.

MERRIAM-WEBSTER LEGAL DICTIONARY. Disponível em <<https://www.merriam-webster.com/legal/willful%20blindness>>. Acessado em 20 mar.2018.

MONTEIRO, Taiane Alves. **Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-28/necessario-dolo-especifico-caracterizacao-corrupcao-eleitoral>>. Acessado em 22 fev.2018.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, **Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem**. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 99 – 100.

NASCIMENTO, André Ricardo Neto. **Teoria Da Cegueira Deliberada: Reflexos de sua aplicação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98)**. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/137/3/20570516.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2018.

NEISSER, Fernando e SYDOW, Spencer Toth, **Cegueira deliberada só pode ser aplicada se preencher oito requisitos**, publicado em 14 de junho de 2017, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/opiniao-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-oito-requisitos>>. Acessado em 24 jan. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROBBINS, Ira P. **The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Rea**. *Journal Of Criminal Law And Criminology*, Evanston, v. 81, n. 2, p.191-234, 1990.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. **Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro**. *Boletim do IBCCrim* 246, 2013.

SARCH, Alexander F. **Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law**. *St. John's Law Review*, 2015.

STEFAN A. Noe, "**Willful Blindness**": **A Better Doctrine for Holding Corporate Officers Criminally Responsible for RCRA Violations**. De Paul University 1993.

MADEIRO, Carlos. **Após 10 anos, assalto ao BC do CE tem 26 esperando julgamento e 2 foragidos**. Maceió, 05 ago. 2015. UOL. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/08/05/apos-10-anos-assalto-ao-bc-do-ce-tem-26-esperando-julgamento-e-2-foragidos.htm>>. Acesso em 20 abr. 2018.

US LEGAL. Disponível em <<https://definitions.uslegal.com/w/willful-blindness/>>. Acessado em 20 mar. 2018.

VICENTE, Grego Filho. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. 2º edição, São Paulo, Saraiva, 2007.

WASH, Brian W. **The Supreme Court's Willful Blindness Doctrine Opens the Door to More Wrongful Criminal Convictions**. The Heritage Foundation 3304, 2011. Disponível em <<https://www.heritage.org/report/the-supreme-courts-willful-blindness-doctrine-opens-the-door-more-wrongful-criminal>>. Acessado em 22 de janeiro de 2018.