FÁBIO TOFIC SIMANTOB

DOLO EVENTUAL E CEGUEIRA DELIBERADA NO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA PRATICADO NO AMBIENTE EMPRESARIAL

A fronteira entre o saber e o não saber no crime de corrupção

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2019

FÁBIO TOFIC SIMANTOB

DOLO EVENTUAL E CEGUEIRA DELIBERADA NO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA PRATICADO NO AMBIENTE EMPRESARIAL

A fronteira entre o saber e o não saber no crime de corrupção

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2019

Catalogação da Publicação

Simantob, Fábio Tofic

Dolo eventual e cegueira deliberada no crime de corrupção ativa praticado no ambiente empresarial - a fronteira entre o saber e o não saber no crime de corrupção / Fábio Tofic Simantob. - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2019.

126f.

Orientador: Professor Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira.

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração, Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, 2019.

1. Cegueira deliberada. 2. Dolo eventual. 3. Corrupção ativa. 4. Responsabilidade Penal. 5. Criminalidade Econômica. 6. Direito Penal Econômico I. Silveira, Renato de Mello Jorge. II. Título.

CDU

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Fábio Tofic Simantob

Título: Dolo eventual e cegueira deliberada no crime de corrupção ativa praticado no ambiente empresarial - a fronteira entre o saber e o não saber no crime de corrupção

Natureza: Dissertação de Mestrado

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Orientador: Professor Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira

Área de Concentração: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia

Data da Banca: _____

Banca Examinadora

Professor Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira (Orientador)

Prof. Dr._____

Prof. Dr._____

Prof. Dr._____

Para Elisa, com muito amor, companheira em quem enxergo todas as qualidades que não tenho, e são muitas, e que com sua simplicidade e realismo me ajuda a permanecer com os pés no chão.

AGRADECIMENTOS

Difícil nominar todas as pessoas que de alguma forma colaboraram, não apenas para a que o produto final desta dissertação saísse do forno, mas para que a própria ideia de ingressar no mestrado numa idade, digamos assim, na qual poucos se aventuram, ou porque já estão por demais envolvidos com outras atividades, como é o meu caso na advocacia que já pratico há quinze anos, ou porque já perderam de tal forma o vínculo com os bancos universitário que não faz mais sentido retornar.

É por este motivo que em primeiríssimo lugar o meu agradecimento duplo é dirigido ao meu orientador Renato de Mello Jorge Silveira. Mesmo muito antes de ingressar no mestrado, as conversas e discussões que tive com ele em torno de temas variados do direito penal foram me despertando a atração pelo universo da ciência jurídica, me encorajando a sair do conforto do escritório de advocacia, onde já dominava a técnica e o savoir faire, para me aventurar em terreno novo da academia, com nova linguagem, novos desafios e novas descobertas. Não teria ingressado no mestrado se não fosse o empurrão inicial que este grande professor e amigo me deu. E como orientador, não pude ter sorte maior, não apenas pela generosidade com que ele compartilha o seu vasto conhecimento, mas também pela paciência que teve com meus percalços e atrasos.

Meu agradecimento vai também a outros professores e amigos, Alberto Zacharias Toron, Heloisa Estellita, Marina Pinhão Coelho e Alamiro de Souza Velludo Salvador Netto. Ao Toron devo a emoção do primeiro encontro com esta eterna namorada, a advocacia criminal, e com ela o interesse pelo direito penal. Advogado combativo e grande orador, Toron é dos poucos que sabe combinar o talento do advogado com a boa técnica dos grandes professores, e foi muito importante, em algumas poucas conversas que tivemos, para mostrar o que eu *não* deveria fazer na dissertação. Heloísa, por sua vez, me desafia há mais de dez anos a pensar o direito penal fora da "caixa", permitindo que o amadurecimento deste exercício intelectivo resultasse em parte no presente trabalho. Marina e Alamiro foram fundamentais para me mostrar alguns rumos e escapar de algumas armadilhas que o trabalho acadêmico às vezes pode oferecer.

Um agradecimento especial faço às minhas sócias, Débora Gonçalves Perez, Maria Jamile José e Mariana Tranchesi Ortiz, pela paciência e profissionalismo, grandes advogadas com quem aprendo todos os dias, e sem cuja compreensão e amizade teria sido impossível conciliar o mestrado com as exigências diárias que a advocacia nos impõe. Mariana e Jamile, em especial, agradeço pelas importantes conversas e conselhos, além da leitura crítica que a primeira fez do trabalho final, o qual me permitiu fazer derradeiros e indispensáveis reparos, dos quais de fato a dissertação não podia prescindir.

Algumas pessoas foram muito importantes pelos mais variados apoios e auxílios que me deram ao longo da jornada diária: São elas: Marcia Vilela de Souza, Barbara de Souza Lima, João Paulo Bernardes e Daniele Naves.

SIMANTOB, Fábio Tofic. *Dolo eventual e cegueira deliberada no crime de corrupção ativa praticado no ambiente empresarial* - a fronteira entre o saber e o não saber no crime de corrupção. 126f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUMO

A proposta é realizar análise do instituto da cegueira deliberada e sua compatibilidade com o direito penal brasileiro, mais especificamente a possibilidade de sua equiparação ao dolo eventual e sua aplicação ao crime de corrupção, sobretudo aquela praticada dentro do ambiente empresarial. A origem estadunidense do termo, e sua depuração pela jurisprudência espanhola, fez com que desembarcasse em solo brasileiro um instituto permeado de imprecisões, dúvidas e até mesmo contradições, as quais vêm despertado debates acadêmicos e confusões jurisprudenciais. Como sói ocorrer em termos casuísticos, a cegueira deliberada tem sido usada como "coringa" para suprir a prova do dolo, dissimulando a utilização de puras presunções, incompatíveis com o sistema constitucional, permitindo condenações a título de dolo em hipótese em que a lei penal, a rigor, autorizaria no máximo uma condenação por culpa. Ao procurar punir a conduta de quem deliberadamente (voluntariamente) prefere manter-se em estado de ignorância, mesmo consciente dos riscos que sua inação pode implicar, a cegueira deliberada mais se aproxima da omissão dolosa do que do mero dolo eventual. Ainda assim, por força do artigo 13, do Código Penal, só punível nas hipóteses em que exista algum dever de agir oponível ao sujeito da omissão

Palavras-chave: Cegueira deliberada. Dolo eventual. Corrupção ativa. Responsabilidade Penal. Criminalidade Econômica. Direito Penal Econômico.

SIMANTOB, Fábio Tofic. *Willfull blindness and dolus eventualis in corruption crimes committed in the corporate environment* – the boundaries between knowing and not knowing in corruption crimes. 126p. Dissertation (Master's Degree) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the legal concept of willfull blindness and its compatibility with the Brazilian legal system, especially the possibility of equating it to the dolus eventualis and its applicability in corruption crimes, in particular those commited in the corporate environment. The term first appeared in the United States of America, being later scrutinized by Spanish case law. Because of that, the legal concept adopted in Brazil is full of inaccuracies, doubts and even contradictions, which have been arousing great debate and also jurisprudence mix-ups. It could be said that willfull blindness has been used as a way to fulfill any lack of evidence of intent, disguising the use of mere presumption, which is not compatible with the Brazilian Constitutional system, and allowing convictions with intent in cases in which our criminal code would only authorize, at the most, convictions without malicious intent. While trying to punish the actions of those who deliberately (voluntarily) choose to ignore the risks their inactions may entail, willfull blindness comes closer to the malicious omission than to the mere dolus eventuais. Even so, according to article 13 of our Criminal Code, it is only punishable in cases when the subject has a duty to act.

Keywords: Willfull blindness. Dolus eventualis. Active corruption. Criminal responsability. Economic criminality. Economic criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1. A CORRUPÇÃO NO BRASIL 21
1.1. Antecedentes da lei anticorrupção no Brasil 25
1.2. O tipo legal da corrupção na doutrina clássica 27
1.3. O combate à corrupção nos chamados "novos tempos" 31
1.3.1. A questão do ato de ofício no julgamento da Ação Penal 470 – o caso do Mensalão 34
1.3.2. Operação Lava Jato e as propinas com contrato 39
1.3.3. A Lava Jato e as doações eleitorais de campanha 46

2. A IMPUTAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA 49
2.1. O dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada 49
2.1.1. A distinção entre dolo direto de primeiro grau, de segundo grau e dolo eventual 50
2.1.2. Dolo como vontade 55
2.1.3. Dolo como conhecimento 60
2.1.4. Dolo eventual, dolo normativo e presunção de dolo 62
2.1.5. A fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente na corrupção ativa 65
2.1.6. Dolo eventual e a questão do "saber" e do "dever saber" 68
2.2. A omissão imprópria e o contexto empresarial 70
2.2.1. *Compliance* e dever de vigilância 71
2.2.2. A posição de garante do empresário e a possibilidade de incriminação de condutas 75
2.2.3. Cláusula de correspondência 80
2.3.4. A questão da participação nos crimes omissivos 81

3. É POSSÍVEL APLICAR A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO BRASILEIRO? 83
3.1. As raízes da teoria da cegueira deliberada 83
3.2. A teoria da cegueira deliberada e o Código Penal brasileiro 86
3.3. Os critérios informadores da cegueira deliberada no direito continental 91
3.4. Aplicação da teoria da cegueira deliberada nos tribunais brasileiros 96

3.5. Tem lugar a cegueira deliberada no direito penal brasileiro?.....103
3.6. Corrupção ativa no ambiente empresarial e a possibilidade de punição por dolo eventual ou cegueira deliberada.....106

CONCLUSÃO E SOLUÇÃO DOS CASOS.....113

REFERÊNCIAS 117

INTRODUÇÃO

O direito deve servir ao homem e não o homem ao direito. O cientista do direito não pode prescindir das particularidades concretas da ordem social e do contexto em que se dão os conflitos interpessoais que vão demandar seu auxílio, e é condição fundamental de um regime de garantias[1]. As normas incriminadoras precisam se submeter a um procedimento de verificação de sua legitimidade para que possam ser dogmaticamente incorporadas ao direito penal[2].

Constata-se, por outro lado, como fenômeno, como ser, e não como dever ser, que o direito vive tentando acompanhar os anseios ambiciosos da política criminal, tendo sempre que se desdobrar, esticar, puxa daqui, puxa dali para que consiga se ajustar cada vez ao maior número de hipóteses incriminadoras perseguidas pelos agentes incumbidos da persecução penal. É assim que o conceito de autor procura cada vez definições mais amplas, que consigam abarcar as necessidades da política criminal, e não é diferente com o dolo. A história do dolo é a história dos tribunais procurando esticar suas fronteiras para se amoldar a casos para os quais antes só se concebia a ideia de culpa.

O movimento de expansão muito bem identificado e descrito por SILVA SÁNCHEZ[3] não se dá apenas no acúmulo de novos tipos penais, que circundam todas as esferas da vida naquilo que BECK[4] define como sociedade de risco, mas também na forma como os conceitos dogmáticos se dobram às necessidades do momento ou da necessidade de combater o inimigo ou os inimigos da ocasião.

É assim que as próprias fronteiras dos tipos penais começam a se expandir, a se flexibilizar, para que os tribunais possam responder aos anseios da sociedade que pede a condenação deste ou daquele acusado. O crime de lavagem de dinheiro, pela sua natureza de delito que descreve condutas normais do cotidiano de uma sociedade capitalista (movimentar, receber valores) é talvez o que oferece o campo mais fértil para fazer brotar todo tipo de condenação que se exige *naquele* momento. A conjugação deste perfil de

---

[1]TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 273-277.
[2]Id. *Fundamentos de teoria do delito.* Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 53.
[3]SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. reimpr. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.
[4]BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

crime com a flexibilização do conceito de dolo eventual permite que se condene um número nunca antes visto de pessoas, ainda que não se possa inferir a reprovabilidade da conduta praticada.

Nesse sentido, ao estudar a ideia de sanção como elemento constitutivo e diferencial da norma jurídica, Norberto Bobbio afirma que "a evolução do ordenamento jurídico se exprime não na restrição, mas na ampliação do aparato sancionador"[5]. E, para tanto, constantemente se renova o eleito como "inimigo" da sociedade, o qual deve ser perseguido e combatido a qualquer custo.

É bastante impactante a imagem desenhada por Zaffaroni, que observa que uma das técnicas utilizadas na construção do inimigo se faz através da propaganda. Ao analisar o autoritarismo totalitário do Estado nazista, o jurista argentino faz menção à técnica *völkisch*, que "consiste em alienar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez, [...] lançando mão do recurso que sempre se usou para legitimar o poder punitivo ilimitado em qualquer emergência: a alucinação de uma guerra"[6].

Parece inevitável perceber que, assim como já foram as drogas e o terrorismo, a corrupção é o inimigo do momento. Esmagá-la é urgente. Nenhuma condescendência se pode ter com quem a comete. É preciso resistir inclusive à tentação de colocar princípios e garantias constitucionais na frente da necessidade premente de extirpar este grande mal da sociedade.

A diferença para as drogas e para o terrorismo é que a corrupção sempre existiu de forma disseminada, isto quando não era a própria forma de funcionar das sociedades, de modo que não se trata de um mal moderno. Moderna é a necessidade que a sociedade global passou a sentir de exterminá-la a qualquer custo e depositando no direito penal toda a sua esperança de acabar com ela[7].

A corrupção – neste capítulo compreendida em seu sentido amplo – é prática existente em praticamente todos os países, sendo extensamente combatida pelas nações no âmbito doméstico. Apenas recentemente, todavia, percebeu-se que os efeitos da corrupção

---

[5]BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução*:* Ariani Bueno Sudatti, Fernando Pavan Baptista. Bauru: Edipro, 2001. p. 170.
[6]ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 58.
[7]PRADO, Luiz Regis. A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de tráfico de influência internacional*. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 803, p. 441-458, set. 2002.

ultrapassam os limites do território nacional, passando a ser objeto de preocupação da comunidade internacional. Os Estados Unidos foram o primeiro país a abordar a problemática da corrupção internacional, através da edição do FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), em 1977[8].

PAGOTTO narra que o FCPA foi editado como resposta à reação da opinião pública ao escândalo da *Lockheed Aircraft Corporation*, empresa norte-americana acusada de envolvimento no pagamento de propina a funcionários públicos estrangeiros, a fim de garantir ou manter contratos para venda de aeronaves[9]. A empresa confessou o repasse financeiro de aproximadamente US$ 22 milhões[10]. No entanto, os responsáveis não foram condenados criminalmente, pois não se punia, nos Estados Unidos ou em qualquer outro país do mundo, o suborno de um funcionário público estrangeiro[11].

Foi neste contexto que surgiu o FCPA. O dispositivo, aplicável às empresas americanas e às empresas que emitem ações nos Estados Unidos, proíbe "*o pagamento, oferta ou promessa de qualquer quantia em dinheiro ou coisa de valor para funcionários públicos estrangeiros com o intuito de obter ou manter negócios ou exercer qualquer influência indevida*"[12].

A proibição, todavia, colocou as empresas americanas em desvantagem competitiva com a dos países onde estavam estabelecidas, países nos quais o combate à corrupção ainda era frouxo, de modo que suas concorrentes locais raramente sofriam consequências penais caso subornassem agentes públicos[13]. Assim, os Estados Unidos passaram a exercer pressão perante a OCDE (*Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico*) para que outros países tipificassem a corrupção internacional[14].

A diplomacia americana obteve sucesso em 1997, quando foi assinada a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em

---

[8]TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção - considerações introdutórias sobre o crime de corrupção privada. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.) *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017. p. 521.

[9]PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). *Temas de anticorrupção &* compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 24.

[10]Id. Ibid., p. 24.

[11]Id., loc. cit.

[12]Id. Ibid., p. 25.

[13]TEIXEIRA, Adriano. op. cit., p. 521.

[14]PAGOTTO, Leopoldo. op. cit., p. 27.

Transações Comerciais[15], assumindo os seus signatários a obrigação de criminalizar a corrupção de autoridades públicas estrangeiras, entre outros compromissos[16]. Após se tornar membro da OCDE, o Brasil se tornou signatário da convenção, tendo assinado e ratificado o documento em 2002[17].

Após a aprovação da Convenção da OCDE, outras organizações internacionais passaram a promover medidas anticorrupção, destacando-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promovida pela OEA (*Organização dos Estados Americanos*), e a Convenção de Mérida, também conhecida como Convenção da ONU (*Organização das Nações Unidas*) contra a Corrupção[18].

A complexidade do crime de corrupção, com seus elementos novos para a dogmática penal, teve seu impacto inicial determinado pela teoria do crime de colarinho branco. Esse impacto determinou novas reflexões criminológicas, em especial para se conseguir instrumentos não só para a prevenção destes crimes, mas também para seu tratamento no âmbito judiciário. Nas palavras de LIVIANU:

> "O crime de corrupção, na sua percepção atual, que atinge uma vítima difusa, sem possibilidade de identificação, tem características próprias: a figura dos agentes, normalmente pessoas influentes, com capacidade econômica sólida, além de um modo de execução diferente dos tipos penais comuns, praticados isoladamente pelos agentes do governo e de fácil repressão"[19]

E, de fato, quanto maior o poder discricionário e a margem de arbítrio do agente público, mais propício o campo para florescer a corrupção[20]. Por isto que o combate à corrupção parece tarefa mais difícil nos países cuja sociedade demorou mais tempo para colocar limites ao poder de agentes estatais.

---

[15]ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/convencao-ocde>. Acesso em: 02 nov. 2018.

[16]TEIXEIRA, Adriano. op. cit., p. 521. PAGOTTO, Leopoldo. op. cit., p. 30.

[17]TEIXEIRA, Adriano. op. cit., p. 521.

[18]BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 294. PAGOTTO, Leopoldo. op. cit., p. 34.

[19]LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal*: um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 149.

[20]Id., loc. cit.

A preocupação, no entanto, tem ido além da relação com o poder público, desaguando já agora numa exigência ética, que passa a impor inclusive a incriminação da corrupção praticada em ambiente privado[21].

É neste contexto que a doutrina da cegueira deliberada começa a se insinuar em acusações e julgados brasileiros, ciosos da necessidade de alargar a possibilidade de punição a título de dolo eventual em hipóteses nas quais, a rigor, esta equação não seria possível.

Muito embora circunscrito em um primeiro momento aos casos de tráfico e lavagem de dinheiro, não demorou muito para que o conceito passasse a ser utilizado nas mais variadas espécies de imputação, tendo sido prodigamente utilizado pelo Ministério Público Federal de Curitiba na formulação de acusações por corrupção ativa.

A pergunta de alta indagação que se buscará responder é se a figura da cegueira deliberada encontra correspondência na do dolo eventual prevista no artigo 18, I, segunda parte do Código Penal (aquele que assume o risco de produzir o resultado), ou se, ao contrário, sua aplicação por aqui não acabaria por violar o aludido dispositivo legal.

Não só pelo teor do artigo 18 do Código Penal a cegueira deliberada merece ser estudada, mas sobretudo do ponto de vista do que dispõe o artigo 20, de onde se deduz que, para o legislador brasileiro, se o dolo exige conhecimento das circunstâncias de fato do tipo legal, então o erro sobre circunstâncias de fato do tipo legal exclui o dolo[22].

O dolo sempre gerou grandes polêmicas doutrinárias, tanto em razão da nebulosa – e ao que parece, nunca resolvida a contento – separação entre o dolo eventual e a chamada culpa consciente, como também em virtude da relevante diferença de penas cominadas para modalidades de culpa *lato sensu* tão próximas[23].

De fato, a dificuldade na referida distinção (entre dolo eventual e culpa consciente) sempre foi ressaltada tanto pela doutrina nacional: *"Os limites fronteiriços entre dolo eventual e culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da*

---

[21]GONTIJO, Conrado de Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: Liberars, 2016. p. 16.

[22]SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 144-145.

[23]O crime de homicídio, por exemplo, se cometido na modalidade dolosa, ainda que eventual, recebe uma sanção criminal que varia de seis a vinte anos; em contrapartida, se o magistrado entender que, no caso, apenas se configurou culpa consciente, a reprimenda é reduzida, de forma avassaladora, para as margens de um a três anos.

Teoria do Delito"[24]; quanto pela estrangeira: "*A questão de como determinar e como delimitar o dolo eventual frente à imprudência consciente não só tem uma importância prática extraordinária, como também é considerada uma das questões mais difíceis e discutidas do direito penal.*"[25].

Não bastasse essa primeira – e problemática – diferenciação, as dificuldades já no chamado direito penal clássico[26], mesmo em crimes como o de homicídio, encontradas para distinguir as hipóteses em que o agente atua com dolo eventual daquelas em que há mero erro[27], multiplicaram-se a partir da expansão do direito penal[28] e, sobretudo, com a criação de novos delitos, integrantes da chamada criminalidade econômica.

É que, conforme aponta CLAUS ROXIN

> "se, portanto, concebemos o "conhecimento" dos elementos do tipo como percepção de seus elementos descritivos e compreensão de seus elementos normativos, se suscita a questão subseqüente de quão precisamente esses elementos apareceram diante do olhar físico ou intelectual do sujeito para poder falar de um "conhecimento" e, portanto, de ação dolosa"[29].

Ademais, é de rigor notar que este novo âmbito de criminalidade econômica contempla diversas ações chamadas neutras[30] ou até mesmo com aparência de licitude, que

---

[24]BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 377.

[25]ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. p. 1023. Tradução livre.

[26]Nelson Hungria, por exemplo, constata que "o *error facti* penalmente relevante é o que faz supor a inexistência de elemento de fato integrante do crime" (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 2, p. 223), de forma que, não raras vezes, seria possível deparar-se com situações de difícil precisão: atua o agente com desconhecimento da realidade, ou apenas a ignora e aceita o risco do resultado?

[27]Em estudo detalhado sobre o tema, Flávio Antônio da Cruz já afirmava que, para uma conduta ser dolosa, é preciso identificar o objeto e a profundidade do conhecimento que tem o agente da realidade típica. Contudo, "havendo uma falta deste conhecimento, haverá o erro de tipo, conceito *simétrico* ao dolo" (*O tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 236).

[28]É que, conforme lembra Jesús-María Silva Sánchez, "A solução para a insegurança, ademais, não busca em seu, digamos, 'lugar natural' clássico – o delito de polícia -, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se veem às vezes tachadas de excessivamente 'rígidas' e se apregoa a sua 'flexibilização'" (*A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 51).

[29]ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 471. Tradução livre.

[30]Segundo Luís Greco, condutas neutras são "aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais... contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis". Segundo o renomado autor, "as ações neutras justamente por serem neutras, tornam, certas vezes, inidônea a proibição" (*Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 110).

tornam mais difícil a imputação penal a título de dolo, o que acabou tornando a atividade do aplicador muito mais complexa, a exigir, senão novas ferramentas de interpretação, também o socorro a institutos estrangeiros, como a cegueira deliberada[31], embora nem sempre consentâneos com a lei brasileira.

É essa a reflexão feita, também, por Renato de Mello Jorge Silveira, segundo quem

> "notadamente questões ligadas ao tráfico de drogas, e mais contemporaneamente, à lavagem de capitais geraram um sem número de novas modalidades de imputação penal. Como que na busca de uma boa razão para o punir, intentam-se novas leituras de múltiplas ordens. Nesse contexto, nota-se o início da utilização de um instituto da ignorância ou cegueira deliberada de origem na *common law* também na realidade brasileira"[32].

Com efeito, não tem sido raro pessoas figurarem no polo passivo de ações penais devido ao fato apenas de terem assinado contratos, efetuado pagamentos bancários, transportado objetos etc.

E não tem sido raro também essas pessoas acabarem condenadas, mesmo não havendo qualquer prova de que sabiam do conteúdo ilícito da ação praticada, sendo que o subterfúgio usado é o de que, se não sabiam, no mínimo assumiram o risco de produzir o resultado, ou então, colocaram-se deliberadamente na situação de quem não quer ver.

Interessante notar, contudo, que a primeira menção ao instituto se deu no famoso "julgamento do Banco Central", realizado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no qual se estabeleceu uma comparação da doutrina da ignorância deliberada com a responsabilização *objetiva*, para *afastar-se a condenação exarada em primeiro grau* e, assim, absolver os réus então processados criminalmente, *verbis*:

> "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

[31]Assim, indicando a importância crescente que pode ter tal figura jurídica, o professor espanhol Ramon Raguéz i Vallès afirma que "a decisão do Supremo Tribunal espanhol, consoante se depreende de vários julgamentos proferidos a partir do ano 2000, de resolver o problema a partir de algumas premissas que correspondem diretamente à ignorância deliberada e o dolo" aumentou sistematicamente o interesse da doutrina penalista pela chamada cegueira deliberada (*La ignorancia deliberada em Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 22, tradução livre).

[32]SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 246, p. 3-4, maio 2013.

> 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. 9.613/98"[33].

Entretanto, em tempos mais recentes, quando a "ideologia expansionista" contaminou de forma mais intensa a aplicação do Direito Penal, o entendimento pretoriano nacional tem modificado sistematicamente seus contornos: a cegueira deliberada tem sido instrumento utilizado não mais para reforçar a ideia de responsabilidade objetiva, mas para fundamentar condenações a título de dolo.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem se mostrado como importante ente do Poder Judiciário a afirmar a adoção do instituto em âmbito nacional:

> "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"[34].

O próprio Tribunal Regional Federal da 5ª região que antes, como visto, não reconhecia a legitimidade da doutrina da cegueira deliberada para fundamentar condenações criminais, atualmente, já demonstrou entendimento em sentido oposto: "Ao ignorar a origem de um produto, o sujeito ativo da receptação qualificada põe-se numa espécie de estado de cegueira deliberada, assumindo, por consequência, a luz da previsão legal, o risco de incorrer na prática da conduta censurada pelo referido dispositivo"[35].

---

[33]TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO – TRF5. AC nº 200581000145860, Rel. Des. Rogério Fialho Moreira, Segunda Turma, DJe 09.09.2008.

[34]TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. AC nº 5001945-68.2013.404.7004, Rel. Des. Fed. Ricardo Rachid de Oliveira, Sétima Turma, DJe 25.02.2015. No mesmo sentido, ainda: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. AC nº 5000220-41.2013.404.7005, Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, Oitava Turma, DJe 22.11.2013; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. AC nº 5019147-41.2011.404.7000, Rel. Des. Fed. Leandro Paulsen, Oitava Turma, DJe 20.07.2015; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. AC nº 5006743-13.2011.404.7208, Rel. Des. Fed. Leandro Paulsen, Oitava Turma, DJe 26.08.2015; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. AC nº 5014585-46.2012.404.7002, Rel. Des. Fed. Cláudia Cristina Cristofani, Sétima Turma, DJe 12.06.2015.

[35]TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO – TRF5. AC nº 00111923120104058300, Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão, Quarta Turma, DJe 06.08.2015.

A propósito, o debate sobre o dolo eventual e a cegueira deliberada se acendeu ainda mais no já mencionado julgamento da Ação Penal 470, sobretudo no exame de crimes de lavagem de dinheiro, passando daí a receber atenção redobrada da doutrina.

Em diversas passagens, Ministros de nossa mais alta Corte se pronunciaram expressamente sobre a matéria, fazendo ponderações e reflexões em torno do novel instituto e, no caso do Min. Celso de Mello, chegando a expressamente reconhecer sua adoção no Direito penal pátrio[36].

A própria alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro, que antes exigia que o agente soubesse da origem espúria dos valores escondidos, agora se contenta, pelo menos segundo alguns especialistas[37], com a modalidade do dolo eventual. Por este raciocínio, incorreria no crime não só aquele que sabe, mas também aquele que, pela posição ocupada, deveria saber, e não toma as providências para investigar a origem.

É importante notar, todavia, que o tema está longe de ser pacífico e levanta, outrossim, diversos importantes questionamentos.

A primeira dúvida que esta forma de interpretação suscita é a seguinte: se a conduta plenamente se subsome ao dolo eventual (como pareceu refletir o E. Supremo

---

[36]Afirmou o Ministro: "Pode-se identificar na conduta dos acusados-beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada. Para o crime de lavagem de dinheiro, tem se admitido, por construção do Direito anglo-saxão, a responsabilização criminal através da assim denominada doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*). Em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta. Nesse sentido, há vários precedentes das Cortes norte-americanas como *US vs. Campbell*, de 1992, da Corte de Apelação Federal do Quarto Circuito, *US vs. Rivera Rodriguez*, de 2003, da Corte de Apelação Federal do Terceiro Circuito, *US vs. Cunan*, de 1998, da Corte de Apelação Federal do Primeiro Circuito. Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, que o agente tenha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime, que o agente atue de forma indiferente a esse conhecimento, e que o agente tenha deliberadamente escolhido permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando era 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, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17.12.2012. Publicado em 22/04/2013.

[37]Ainda que recomende a não aceitação do dolo eventual na lavagem de dinheiro, Pierpaolo Cruz Bottini reconhece que tal entendimento pode ser adotado pela jurisprudência nacional, ao que frisa: "é fundamental notar que o dolo eventual, ainda que careça da vontade de resultado e da ciência plena da origem ilícita do bem, exige uma consciência concreta do contexto no qual se atua... Deve-se averiguar se o agente percebeu o *perigo* de agir, e se assumiu o risco de contribuir para um ato de lavagem" (BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97).

Tribunal Federal, por exemplo), por que então se socorrer da cegueira deliberada, não prevista na legislação brasileira?

A impressão geral – que se pretende investigar de forma mais criteriosa com o presente trabalho – é que, se é necessário se socorrer da cegueira deliberada para condenar alguém é porque nossa figura de dolo eventual não é por si só suficiente para tanto.

Essencial, portanto, que em um primeiro momento da pesquisa se realize uma detida análise do conceito, tradicional em nosso sistema jurídico, mas que cada vez mais vem recebendo tratamentos diversos tanto da doutrina, quanto da jurisprudência nacional (inclusive realizando as pertinentes comparações entre dolo e culpa).

Noutra banda, se o dolo eventual não é por si só suficiente para condenar alguém nestas circunstâncias, seria lógico supor que o uso da cegueira deliberada implicaria necessariamente julgar – e condenar – em situações tais não previstas expressamente na lei penal, e aí teríamos um grave problema de legalidade.

A condenação a título de dolo eventual cria deveres de agir onde o legislador não criou[38], na medida em que, por força do artigo 13 do Código Penal, comete o crime na modalidade omissiva aquele que *"criou o risco de ocorrência do resultado",* ou *"assumiu a responsabilidade de impedir o resultado",* ou ainda *"tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância"*.

A cegueira deliberada encontra campo propício de aplicação nestes casos porque ela trata justamente da hipótese do sujeito que *podia* e *devia* agir para evitar o resultado[39], mediante melhor compreensão da conduta que praticava.

Ocorre que, para a lei penal brasileira, não basta ser enquadrado no artigo 13 para responder pelo crime a título de dolo[40].

---

[38]Chamando a atenção para uma interpretação extensiva dos dispositivos da nova Lei de Lavagem, especialmente no que toca à responsabilização por omissão dos advogados, vide: PASCHOAL, Janaína Conceição. Lei 12.683/12 - mais um capítulo na ingerência indevida. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

[39]"Para poder falar em ignorância deliberada, alguns autores, e a própria jurisprudência, exigem que o sujeito que tenha renunciado em obter aquela informação, que podia alcançar, tenha o 'dever de conhecer' aqueles dados ignorados" (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal.* Barcelona: Atelier, 2007. p. 142, tradução livre).

[40]Reafirmando a importância de identificação do elemento subjetivo do injusto mesmo nos casos de omissão penalmente relevante, vide: PASCHOAL, Janaína Conceição. *Ingerência indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

Entender o desenvolvimento da doutrina, desde sua elaboração no direito norte-americano, até sua repercussão na jurisprudência espanhola (cujo sistema jurídico-penal é mais próximo ao brasileiro), é de essencial relevância para compreender os limites de sua aplicação possível e desejável – o que constitui o passo seguinte a ser adotado neste trabalho.

De fato, parece necessário um confronto analítico dos julgados da Suprema Corte americana e espanhola com os acórdãos brasileiros que adotam a cegueira deliberada como fundamento para condenar a título de dolo, a fim de se verificar se não estamos dando à teoria norte-americana uma interpretação muito mais ampla do que a dada pelos seus próprios idealizadores.

Ademais, deve fazer parte do estudo o exame da cegueira deliberada sob a ótica do mero *erro*.

Sim, o erro, já que não são poucas as situações nas quais a cegueira deliberada se confunde com a errada percepção da realidade fática[41], hipótese que muito se assemelha ao erro de tipo previsto na lei penal brasileira.

Sob este prisma, vale investigar se a cegueira deliberada dos norte-americanos não está mais aparentada com nossas hipóteses de erro de tipo – ou até de erro de proibição – ou se seria uma parente próxima da omissão imprópria brasileira, ou até mesmo do dolo eventual.

A pesquisa pretende, portanto, analisar tema de relevante valor para o contemporâneo cenário do Direito Penal no país. A atualidade do tema, bem como sua cada vez maior repercussão na vida prática do sistema criminal, indica que uma compreensão doutrinária sistematizada e voltada para o cenário legislativo específico do país revela-se medida de todo urgente.

[41]Para explicação da correlação entre a cegueira deliberada e o erro, vide: GEHR, Amanda. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro.* 2012. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. A autora cita uma distinção feita entre ignorância (deliberada) e erro, pois "não pode errar aquele que não tem interesse em conhecer. Em outras palavras, quem não tem a mínima intenção de saber não se equivoca com seu desconhecimento, ou não emite juízo falso sobre a realidade, precisamente porque o que busca é não ter que emitir juízo algum".

Casos que inspiraram o presente trabalho

Caso 1: O presidente da empresa E1, contratada para fazer obras de infraestrutura para uma estatal fornecedora de elétrica, ajusta com o sujeito OP, empresário sem qualquer relação com o poder público, pagamentos a fim de que OP o auxilie a resolver conflitos com a estatal no tocante a divergências nas medições e no atraso de pagamentos. Para tanto, E1 solicita ao diretor D1, a ele subordinado e responsável pelo centro de custos daquela obra específica, que operacionalize a celebração de contratos, assinaturas e pagamentos. D1, então, entra em contato com OP, participa da elaboração do contrato, realiza os pagamentos, mas não toma conhecimento de nenhuma informação referente à real atuação de OP, que se reporta sempre diretamente a E1. Investigações posteriores revelam que OP dividia parte dos valores com altos diretores da estatal e políticos que os indicavam para os respectivos cargos.

Caso 2: Naquela mesma situação hipotética, E1 tem fortes suspeitas de que OP é um operador de propinas, compartilha suas suspeitas com o subordinado D1, mas pedindo para não tomar nenhuma medida que possa aprofundar as suspeitas.

Caso 3: E1, alto executivo de empresa, entra na sala de P1, presidente da companhia, para lhe contar que determinado agente público lhe solicitou dinheiro para facilitar a empresa em um contrato com uma estatal. P1 lhe diz para resolver da forma que lhe parecer melhor, mas que a partir dali preferia não saber mais do assunto.

Caso 4: No mesmo contexto do caso 3, E1 entra na sala, conta da propina, mas tranquiliza P1 dizendo que está conversando, e qualquer novidade lhe comunica novamente. P1 confia na forma ética com que E1 conduz os negócios, e acreditando que nada seria feito sem sua prévia anuência, nunca mais pergunta do assunto. Meses depois P fica sabendo que E1 pagou o agente público.

Caso 5: No caso 4, P1 sabe que E1 é conhecido por tentar resolver as coisas de forma não ortodoxa, algumas vezes sem comunicar os superiores, mas mesmo assim não toma providências para impedir que o pagamento ocorresse.

1. A CORRUPÇÃO NO BRASIL

Não há país livre da corrupção. A corrupção pode variar de intensidade de país para país. Pode haver países onde há "atos de corrupção" e países em que há "estado de corrupção"[42]. A definição legal do que é corrupção pode variar também de país para país. O termo "corrupção" é empregado em contextos diversos, com significados distintos. Um primeiro emprego é aquele que a doutrina costuma denominar "conceito amplo"[43]. Comumente utilizado nas matérias jornalísticas e nas ciências sociais, o conceito amplo ultrapassa o sentido dos delitos denominados de corrupção na legislação penal[44]. TEIXEIRA elucida o significado do conceito, utilizando-se da definição da ONG *Transparency International*, como "*um abuso de poder confiado para fins ou ganhos privados*"[45]. A corrupção em sentido amplo inclui, portanto, os tipos legais de peculato, concussão, fraude a licitações etc[46].

O segundo sentido do termo, aquele utilizado pelo ordenamento jurídico, corresponde ao conceito estrito de corrupção. É, nas palavras de TEIXEIRA, "esse conceito mais restrito de corrupção que serve de base ou reflete os tipos penais de corrupção ativa e passiva existentes em praticamente todos os ordenamentos jurídicos do mundo"[47]. É este o sentido utilizado neste trabalho, exceto quando expresso o contrário.

O conceito estrito de corrupção foi definido por HUNGRIA como "a venalidade em torno da função pública, denominando-se passiva quando se tem em vista a conduta do funcionário corrompido, e ativa quando se considera a atuação do corruptor"[48].

Em sentido semelhante, defende FARIA que

---

[42]MAIRAL, Héctor A. *As raízes legais da corrupção*: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 22.

[43]TEIXEIRA, Adriano. op. cit., p. 519-520. Cf também QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.) *Crime e política:* corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2017. p. 53.

[44]TEIXEIRA, Adriano. op. cit., p. 519-520.

[45]Id., loc. cit.

[46]Id., loc. cit.

[47]Id., loc. cit.

[48]HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9, p. 365.

> "A corrupção é o tráfico da função pela qual se estabelece uma relação ilícita entre o funcionário indigno e o terceiro que, valendo-se da sua venalidade, sujeita-o às iniciativas da sua vontade. [...] É, consoante o conceito incisivo de PESSINA – a prostituição da pureza do cargo pela parcialidade ou pelo interesse [...] O seu elemento básico é, em regra, a cupidez do ganho, a venalidade, que é incriminada e punida independentemente da justiça ou injustiça do próprio ato, por isso que é do interesse universal que não caia em descrédito ou seja suspeitado o Poder Público, tornando venais os atos de ofício cuja prestação gratuita é imposta por lei"[49].

Na doutrina moderna, GRECO parte do pressuposto de que a separação entre as esferas pública e privada é característica constitutiva de um Estado de Direito liberal, funcionando como garantia de que o funcionário estatal permaneça fiel ao serviço público[50]. O injusto da corrupção se consubstanciaria, então, "*em um abuso de poder via perversão da coisa pública em um benefício privado*", estando o "pacto de injusto" completo quando a vantagem se combina com o exercício da função pública pelo servidor[51].

Para TEIXEIRA,

> [...] é possível identificar três atores envolvidos num ato de corrupção: um agente, que representa um principal, e um terceiro, que na literatura se costuma denominar cliente. Nessa relação triangular, o agente, a quem é confiada uma posição de poder ou confiança pelo principal, solicita ou recebe uma vantagem para, em regra, agir em favor do terceiro ou cliente. Consequentemente, pode-se dizer que corrupção é um abuso de poder perpetrado por um agente, condicionado por uma vantagem, em benefício de um terceiro. A princípio, portanto, a principal "vítima" da corrupção é o principal, ao passo que o agente e o cliente afiguram-se como autores.[52]

Engana-se quem pensa que a corrupção – aqui compreendida em seu sentido amplo – é um problema dos tempos modernos ou da realidade brasileira.

NORONHA já afirmava que "laboraria, entretanto, em equívoco quem pensasse que esse vírus que ataca e corrói a administração seja peculiar, próprio dos nossos dias. Desde remotas eras, os povos o repudiam e combatem"[53].

---

[49]FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*: Decreto-lei 2848, de 7/12/40. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1959. 7 v. p. 101.
[50]GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 159-188, ago. 2017. p. 163-164.
[51]Id. Ibid., p. 159-188.
[52]TEIXEIRA, Adriano. op. cit., p. 519-520.
[53]NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 4, p. 337.

Assim também, HUNGRIA caracteriza a corrupção como sendo "*de todos os tempos*"[54]. Exemplifica sua afirmação narrando que Montesquieu já a tratava como uma das causas da queda do Império Romano[55]. No antigo direito romano, conta o autor, punia-se o juiz corrupto com a morte, sendo o mesmo tratamento concedido pela lei mosaica na Grécia[56]. O jurista brasileiro faz referência, ainda, à Idade Média, período em que eram editadas punições rigorosas contra a venalidade dos funcionários públicos[57].

No Brasil, há relatos de corrupção desde o período colonial. Ao debruçar-se sobre as origens históricas da corrupção, COSTA afirma que os arranjos institucionais portugueses estabelecidos nas colônias eram extremamente complexos e fomentavam práticas corruptas[58]. A autora explica que, no Brasil-Colônia, o ofício público era atributo da soberania do rei, que distribuía – ou delegava a competência para tanto – os cargos públicos aos nobres, não raro com base em troca de favores e venalidade[59].

Sobre o assunto, LISBOA revela que "a venalidade dos cargos era outra copiosa fonte de rendas; e o escândalo nesta matéria subiu a tal ponto pelos meados do século passado que na corte havia corretores que os vendiam publicamente a quem mais dava"[60]. Exigia-se ainda, para o exercício da função pública, formação universitária, somente disponível em Coimbra à época[61]. Por consequência, referidos cargos eram ocupados, majoritariamente, por portugueses natos, que viam na colônia brasileira uma possibilidade de obtenção rápida de riquezas e posterior ascensão social-profissional[62].

Como bem sintetizado por HANDELMANN,

> "O funcionalismo luso-brasileiro estava afundado em grande corrupção: descuidando-se dos deveres e da honra do seu cargo, só cogitava de enriquecer. E este alvo alcançava-se com tanto maior deslocamento, quanto os cargos eram ocupados na maioria (porque não podia ser

[54]HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9. p. 363.
[55]Id., loc. cit.
[56]Id., loc. cit.
[57]Id., loc. cit.
[58]COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). *Temas de anticorrupção &* compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 10.
[59]Id. Ibid., p. 1-20.
[60]LISBOA, João Francisco. Crônica do Brasil colonial: apontamentos para a história do Maranhão. Petrópolis; Brasília: Vozes; INL, 1976. *Apud*. COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial, cit., p. 10.
[61]COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial, cit., p. 1-20.
[62]Id., loc. cit.

> adquirida no Brasil a cultura jurídica para o serviço do Estado) por portugueses natos; estes, entretanto, não ligados à colônia nem à sua população por laço algum, nada tinham para tomar em consideração; só tratavam de fazer fortuna, a fim de regressar a terra o mais depressa possível. Rapacidade e corruptibilidade eram no Brasil, por consequência, o vício geral do funcionalismo"[63].

Neste contexto, a corrupção se desenrolava na realidade colonial, sobrevindo, por exemplo, nas relações de comércio, na administração da justiça e na arrecadação tributária[64].

Se a corrupção era disseminada já nos primórdios da história brasileira, não o era por ausência de previsão de punição à prática. As Ordenações Filipinas, que regiam o direito brasileiro no período colonial, vedavam, entre outros, o recebimento de peitas ou serviços por funcionários públicos, podendo a pena chegar, em alguns casos, à morte[65].

Também após a independência brasileira e o início do período imperial, previa o direito pátrio punição à corrupção. O Código de 1830 punia o "*recebimento ou aceitação de promessa de dinheiro e qualquer donativo*" (peita) e o "*corrompimento por influência ou peditório*" (suborno)[66]. Após a proclamação da República, o Estatuto de 1890 previa uma seção denominada "peita ou suborno", em que punia diversas modalidades de recebimento, exigência e oferta de retribuição, dádiva ou recompensa indevidas[67].

O Código de 1940, aproximando-se do Código Suíço, passou a distinguir a corrupção passiva da ativa[68]. Enquanto a legislação anterior implicava uma correspondência entre as duas modalidades de corrupção, de modo que se uma não

---

[63]HANDELMANN, Heinrich. História do Brasil. Trad. Lúcia Furquim Lahmeyer. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1982, p. 173-174. *Apud* COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial, cit., p. 10.

[64]COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial, cit., p. 1-20.

[65]NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 338. Cf também COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial, cit., p. 1-20.

[66]BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Cf também NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 338 e HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9. p. 365.

[67]BRASIL. *Decreto nª 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Cf também NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 338 e HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9. p. 365.

[68]NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 339.

estivesse consumada, a outra só poderia ser reconhecida na modalidade tentada, o Código vigente passou a incriminar autônoma e separadamente a corrupção passiva e a ativa[69].

1.1. Antecedentes da lei anticorrupção no Brasil

Com a globalização das relações econômicas e a internacionalização do direito em vários âmbitos, a ciência penal passou a adotar um novo conceito criminológico de corrupção, muito mais amplo do que a clássica definição típica do direito penal "antigo", focado no singelo suborno de funcionário público, com ofensividade limitada ao bem jurídico "Administração Pública".

Sob esta nova perspectiva, não só o pagamento de propinas a funcionários públicos, mas outras condutas capazes de afetar a confiança da comunidade no fiel funcionamento da ordem econômica, entre elas a própria lavagem de dinheiro, estariam albergadas neste novo conceito.

A corroborar esta linha de pensamento, o preâmbulo da Convenção de Mérida mostra específica preocupação com "os vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular a delinquência organizada e a delinquência econômica, incluindo a lavagem de dinheiro"[70]. Tal diretriz acenaria para um conceito *lato sensu* de corrupção, verificado com a concorrência destas três manifestações delitivas, dotando-a de uma particular gravidade[71].

Assim, embora com feições ainda pouco definidas, surge este novo conceito de corrupção econômica, delito integrante não mais do rol dos crimes contra a administração pública, mas pertencente à categoria dos crimes de colarinho branco, ou, na bipartição de Tiedemann, ao grupo de delitos econômicos em sentido amplo[72].

---

[69]HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9. p. 365-366.

[70]BRASIL. *Decreto nº 5687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 04 nov. 2018.

[71]BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 10, nov./dez. 2009.

[72]TIEDEMAN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007. p. 19.

Seguindo esta tendência mundial, o legislador brasileiro editou recentemente leis que buscam refrear o avanço do crime organizado, sobretudo na esfera pública. A Lei nº 12.846/2013, chamada "Lei Anticorrupção", veio dispor sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, como anuncia sua própria ementa:

> *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.*

A configuração básica do Estado tem sofrido evoluções sensíveis desde a queda do absolutismo e a instituição do Estado de Direito, que veio substituir o Estado de Polícia, e evoluiu no tempo até ganhar os contornos que hodiernamente conhecemos de Estado Social de Direito.

A moldura constitucional do Estado brasileiro prescreve a responsabilidade de desempenho de uma série de atividades, deixando ao crivo dos particulares outras tantas, as chamadas "atividades econômicas", sendo legítima a atuação estatal nesta matéria apenas quando "necessária aos imperativos de segurança nacional" ou "relevante interesse coletivo, conforme definido em lei" (art. 173, *caput*, da Constituição da República).

Nessa seara, o Brasil adere a uma forma de liberalismo sob tutela do Estado, ao não confiar cegamente na lei do mercado e ao criar a possibilidade de intervenção na atividade econômica, buscando preservar certos valores coletivos, impondo determinadas condutas aos particulares por meio da fixação de sanções caso elas não sejam cumpridas[73]. Nas palavras de BANDEIRA DE MELLO:

> "A atividade de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se 'poder de polícia'. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos"[74]

[73]DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz et al. *Lei Anticorrupção*: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-18.
[74]BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013. p. 838.

A lei anticorrupção, Lei 12.846/13, cria uma responsabilidade civil e administrativa da empresa por atos de qualquer de seus integrantes e, embora de forma ainda bastante tímida, faz a- menção a um dever das empresas de adotar um conjunto de regras internas destinadas a criar uma cultura, digamos, ética no âmbito de suas atividades, contribuindo desta forma para evitar a prática de crimes.

É neste contexto que surge para o hermeneuta brasileiro a reflexão sobre as implicações que podem -decorrer desta normatização para o direito penal, sobretudo na relação compartimentada típica do ambiente empresarial, no qual a responsabilidade é fatiada, tornando mais difícil identificar "culpados".

1.2. O tipo legal da corrupção na doutrina clássica

O art. 333, caput, do Código Penal tipifica a corrupção ativa, compreendida como "oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício".

Trata-se de crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa[75]. Assim, o sujeito ativo pode ser tanto o particular, como o funcionário público, agindo este na condição de cidadão comum[76]. O crime se configura mesmo quando a oferta ou promessa é feita por terceiros intermediários, que podem vir a ser responsabilizados como coautores[77].

A conduta típica consiste em oferecer ou prometer vantagem indevida. Oferecer é apresentar, colocar à disposição, exibir, expor ou mostrar a vantagem[78]. Para parte da doutrina, a conduta típica de "oferecer" está caracterizada quando o agente efetivamente "dá" ao funcionário público vantagem indevida[79]. Prometer é afirmar entrega futura, obrigar-se, comprometer-se a entregar a vantagem.

---

[75]HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9. p. 434. Cf também MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2169. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 347-348.

[76]BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 347-348.

[77]MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2169.

[78]HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9. p. 348.

[79]GIUSTO, Bruno; PERILLO, Marcela. O crime de corrupção – uma breve análise sobre o delito nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. In: SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017. p. 549-550.

Para alguns, como HUNGRIA e FARIA, a vantagem indevida há de ter caráter patrimonial, podendo se tratar de dinheiro ou qualquer utilidade material[80]. Para outros, como NORONHA e FRAGOSO, a vantagem não precisa ser econômica, podendo ter cunho moral, sexual etc.[81] A vantagem deve ser indevida, ou seja, que a lei não autoriza, a que o funcionário não tenha direito[82].

Funcionário público, por sua vez, é aquele descrito no art. 327, caput, ou seja, "*quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".* Equipara-se a funcionário público, nos termos do parágrafo primeiro deste dispositivo, "*quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública".*

O elemento subjetivo é o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de praticar os elementos do tipo, e específico, consistente no fim de "*determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício*"[83].

Para alguns, como FARIA, ato de ofício é apenas ato lícito, "é o que se encontra no catálogo dos que são expressamente atribuídos ao funcionário[84]. Para outros, como HUNGRIA, "*irrelevante que o ato funcional (comissivo ou omissivo) sobre que versa a venalidade seja ilícito ou lícito, isto é, contrário, ou não, aos deveres do cargo ou da função. No primeiro caso fala-se em corrupção própria e, no segundo, em corrupção imprópria*"[85].

A consumação independe da aceitação da promessa pelo *intraneus* funcionário público, visto que se trata de crime formal, que se consuma com a mera oferta ou promessa

---

[80]HUNGRIA, Nelson*. Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9, p. 368. FARIA, Bento de. op. cit., 7 v. p. 105.

[81]NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 446. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial*.* Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 4, p. 1103.

[82]DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 903 e 908. MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2173. Cf também NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 435.

[83]NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 446. MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2169. p. 435.

[84]FARIA, Bento de. op. cit., 7 v. p. 146. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 350. MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2169. p. 2175.

[85]HUNGRIA, Nelson*. Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9, p. 366-367. Cf também MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2169. p. 2171-2172. NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 435.

de vantagem[86]. A efetiva prática, omissão ou retardamento de ato é causa de aumento de pena, nos termos do parágrafo único do artigo 333.

A corrupção passiva, por sua vez, está tipificada no artigo 317, *caput*, e consiste em "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem".

Trata-se de crime próprio, de modo que o sujeito ativo é o funcionário público, não sendo necessário que o agente se encontre no exercício atual da função, desde que a cobrança decorra desta[87]. Se o funcionário público agir por pessoa interposta, admite-se a punição deste a título de concurso de agentes, ainda que seja particular[88].

A conduta típica é a de solicitar ou receber vantagem indevida. Solicitar é pedir, procurar, induzir, buscar, manifestar que quer receber a vantagem[89]. A solicitação não precisa ser expressa, podendo ser feita de modo velado ou insinuado[90]. Receber é aceitar e obter, tomar posse, adquirir, alcançar[91].

Discute-se na doutrina e na jurisprudência a necessidade de relacionar a conduta à prática de um ato de ofício. Para alguns, uma vez que o dispositivo não contempla a expressão "ato de ofício", como o faz o tipo de corrupção ativa, basta que a vantagem seja solicitada ou recebida em razão do exercício da função[92]. Para outros, é indispensável que

---

[86]NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 436. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9, p. 368; MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2169 e 2176. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 350.

[87]HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9, p. 367-368. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 294-295.

[88]FARIA, Bento de. op. cit., 7 v. p. 100. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9, p. 368. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 294-295. MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2169 e 2061.

[89]NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 342. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 296-296. MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2169. p. 2062.

[90]NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 342. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 296-296. MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2169 e 2062.

[91]NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 342. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 296-296. MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2169 e 2062.

[92]Neste sentido, GRECO e TEIXEIRA argumentam que "É curioso perceber que a redação desses dispositivos indica que o tipo da corrupção passiva é mais amplo do que o tipo da corrupção ativa, pois este exige que o corruptor busque determinar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, ao passo que o tipo da corrupção passiva pressupõe apenas que o servidor solicite ou receba vantagem indevida em razão do cargo, ainda que fora da função ou antes de assumi-la. Ou seja, não é mais pressuposto da corrupção passiva, como o era em nossos códigos anteriores, que a vantagem se combine com um ato de ofício do funcionário público." (GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção, cit., p. 169. Cf. também BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 296-297.

a solicitação ou recebimento se dê em contrapartida à realização de um ato de ofício[93]. Esta questão será debatida com maior profundidade, todavia, no segundo capítulo deste trabalho.

O tipo subjetivo consiste no dolo genérico, na vontade livre e consciente de solicitar, receber ou aceitar tal vantagem[94]. Nas palavras de FARIA, o elemento psíquico é expresso "*pela vontade e pela consciência de solicitar ou receber a vantagem ou aceitar a promessa como retribuição indevida pela prática, omissão ou demora do ato do ofício*"[95].

O crime se consuma com a mera solicitação ou aceitação da vantagem, ou, na modalidade recebimento, com a sua efetiva entrega[96].

O tipo prevê, ainda, uma modalidade qualificada e outra privilegiada. A corrupção passiva qualificada se dá quando "em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional", nos termos do parágrafo primeiro. Já a privilegiada está disciplinada no parágrafo segundo, e corresponde a uma modalidade de menor gravidade, em que o "sujeito ativo, em vez de atuar no interesse próprio, visando a uma vantagem indevida para si ou para outrem, cede a pedido ou influência de outrem"[97].

Além de tipificar a corrupção passiva e ativa, o nosso Código Penal prevê o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional. Referido tipo legal foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro após a ratificação da já mencionada Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais. Introduziu-se, através da Lei nº 10.476/2002, o art. 337-B no Código Penal, que assim dispõe:

> "Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

[93]Ao comentarem o tipo de corrupção passiva, HUNGRIA e NORONHA vinculam o ato de ofício como contrapartida da corrupção. NORONHA, E. Magalhães. op. cit., p. 344. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9, p. 366-367.
[94]HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361, cit., v. 9, p. 370.
[95]FARIA, Bento de. op. cit., 7 v. p. 108.
[96]BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., p. 300. MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2065-2066.
[97]MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 2067.

> Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. ”

Ademais, na seara administrativa, considera-se ato de improbidade “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades” regidas pela lei[98].

Assim também, a recente Lei 12.846 institui a responsabilidade civil e administrativa da pessoa jurídica que “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”[99].

1.3. O combate à corrupção nos chamados “novos tempos”

A partir de 2003, o Brasil passou a contar com uma política pública de Estado de prevenção e combate à corrupção por meio da ação articulada entre os diversos órgãos e do estímulo à participação da sociedade civil no controle da gestão. Uma política que, seguindo padrões internacionais, dá ênfase tanto a medidas repressivo-punitivas, como a medidas preventivas.

Somente no âmbito legal, temos a lei que regulamenta o Conflito de Interesses no âmbito do Poder Executivo Federal, coibindo condutas como o uso de informação privilegiada, o exercício de atividade incompatível com o cargo e a concessão de benefícios indevidos a particulares[100]; a lei que institui a Responsabilização de Pessoas Jurídicas por Atos de Corrupção, que vem sendo denominada Lei Anticorrupção e trouxe,

---

[98]BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm>.

[99]BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>.

[100]BRASIL. *Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013*. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nos 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Brasil, Brasília, 16 maio 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm>.

de forma inédita, punições severas a empresas corruptoras[101]; a Nova Lei de Lavagem de Dinheiro, que endureceu o combate a esse crime, aumentando a multa a que está sujeito quem é condenado, que hoje é cem vezes maior[102]; a lei que pune as organizações criminosas e regulamenta técnicas especiais de investigação que permitem identificar e desarticular essas organizações, dentre elas a chamada delação premiada[103]; e a lei que reestruturou o CADE, fortalecendo a sua atuação no combate a cartéis[104]. Tratam-se de diplomas legais que geraram grandes alterações estruturais no sistema de combate à corrupção, em especial no que toca à sua punição.

Ocorre que o elogiado ideal de eliminação da corrupção, ao invés de levar ao aperfeiçoamento do sistema público de administração e de justiça, pode acarretar um retrocesso legal, que até pode se prestar a saciar em parte os anseios momentâneos, mas que, paradoxalmente, corre o risco de se revelar um incremento do próprio mal combatido: a corrupção dos sistemas penal e processual penal (enquanto desvirtuamento de princípios legais e constitucionais) como meio para o "combate" à própria corrupção. Muitas das medidas – por mais que sejam bem-intencionadas na eliminação da hoje endêmica corrupção – representam um retrocesso punitivista do sistema penal e processual penal.

Nesse contexto, o que preocupa é a maneira pela qual se pretende enfrentar esse mal da corrupção. Em muitas das proposições, o fio condutor é, infelizmente, a já vetusta (mas sempre presente) política de recrudescimento do sistema penal para solução dos problemas imediatos que atormentam o sentimento público.

Não há dúvida de que a corrupção corrói sordidamente as instituições, limita o desenvolvimento de um país e, em última instância, suprime verbas que deveriam ser destinadas ao bem-estar das camadas mais necessitadas da sociedade. Estão todos os

---

[101]BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*, cit.

[102]BRASIL. *Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012*. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>.

[103]BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>.

[104]BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>.

envolvidos na temática dispostos a lutar contra todas as mazelas inerentes à corrupção. O inimigo, portanto, é comum. O que muda é a forma de combatê-lo.

Note-se que proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos[105], que somente vão inflar ainda mais o ordenamento sem, realmente, promover a eficácia pretendida e utilizada como argumento legitimador da incriminação.

O que se acaba fazendo é a criação de mais uma norma incriminadora que tolha garantias individuais para legitimar o discurso punitivo proveniente dos órgãos de acusação e punição, os quais assumem o papel de salvadores da sociedade das mazelas da corrupção, mas não conseguem exercê-lo sem esfacelar os direitos dos acusados ao longo do caminho.

Nesse aspecto, entra a dogmática, que não deve ser apenas uma técnica exegética, mas um instrumento de criação do direito, de modo a retificar, no plano argumentativo, o que o legislador havia normativamente consignado em detrimento da liberdade individual.

Deve-se trazer, assim, a relação entre dogmática penal e prática judicial, que percorrem caminhos contraditórios, ora exigindo pureza de conceitos, ora os confundindo em face da necessidade de enfrentar uma questão concreta e pugnar por uma solução imediata, ampliando ou restringindo a punibilidade.

Busca-se, assim, análise das situações de fato e a sua forma de avaliação pelas Cortes nacionais a partir da enunciação teórica e consequente abordagem do conteúdo prescritivo dos princípios penais de garantia, tomando-os "decorrentes da ideia de Justiça, baseada na autonomia moral do ser humano, a quem se deve reconhecer uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar *ad nutum*"[106]. Até mesmo porque se constitui como norma politizada e ilegítima aquela que, independentemente de filiação partidária, se identifique com uma política geral de repressão.

---

[105]BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Tradução de A. Carlos Campana. São Paulo: J. Bushatsky, 1978. p. 307.

[106]MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e segurança nacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 19, p. 163, 1978-1980.

1.3.1. A questão do ato de ofício no julgamento da Ação Penal 470 – o caso do Mensalão

A Suprema Corte brasileira, em dois momentos relevantes de um passado recente, se debruçou sobre a questão do ato de ofício no crime de corrupção. A primeira delas foi no julgamento do ex-Presidente Fernando Collor de Melo.

Embora tivesse sofrido impeachment, ao ser julgado criminalmente pelo STF anos depois, quando ainda vigorava o entendimento de que o foro por prerrogativa de função persistia mesmo depois de deixado o cargo, foi absolvido, porque se entendeu que não havia comprovação do ato de ofício no crime de corrupção passiva[107]. Havia provas de que Collor se beneficiara economicamente de valores que recebeu durante o mandato de Presidente, mas não havia prova de que os valores eram contrapartida a algum ato de governo praticado ou prometido em favor de alguém[108].

Anos depois daquele julgamento, o STF voltou a enfrentar o tema, então no julgamento da ação penal 470, conhecida como caso do "Mensalão". Diversos réus eram acusados naquele caso de receber valores, mas era difícil estabelecer a relação dos valores com algum ato de ofício[109]. Na verdade, a polêmica girava em torno do fato de que o termo "ato de ofício" só é elementar típica do crime de corrupção ativa e não do de corrupção passiva[110]. De todo modo, no crime de corrupção passiva, o tipo exige que o recebimento do valor esteja relacionado com o exercício de função pública[111].

No julgamento de Collor, não se logrou apurar de onde provinham, exatamente, os recursos que geraram o enriquecimento ilícito. O que se sabia era que Collor havia recebido montante expressivo de dinheiro para custear uma vida luxuosa, mas não se sabia quem eram os doadores do dinheiro, havendo, na época, forte suspeita de que pudesse ser sobra do caixa de campanha.

Já no julgamento da Ação Penal 470, o debate sobre o crime de corrupção, tanto ativa quanto passiva, precisar da comprovação do ato de ofício deu-se na análise dos itens

---

[107]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AP 307, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, segunda turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995. fls. 1-2.
[108]Id. Ibid., fls. 1-2.
[109]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17.12.2012. Publicado em 22/04/2013, fls. 210.
[110]Id. Ibid., fls. 90.
[111]Id. Ibid., fls. 15.

3 e 6 da denúncia. Fazendo expressa menção ao julgamento Collor, o Ministro Lewandowski iniciou destacando que

> "... esta Suprema Corte decidiu, na Ação Penal 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, que, para a caracterização da corrupção passiva, deve ser apontado o ato de ofício do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo por ele exercido. Deve-se entender, porém, que o ato de ofício mencionado no tipo descrito no art. 333 do Código Penal e que integra também a definição do ilícito mencionado no art. 317 do mesmo Codex consubstancia um ato que se insere na competência do funcionário público. Em outras palavras, é ato que guarda relação com a função, e que assim deverá ser identificado[112]".

Mesmo na corrupção passiva, tipo no qual não consta a expressão "ato de ofício", contentando-se em prever que a vantagem indevida deve ser "em razão da função pública", o entendimento do Ministro, citando Mirabete, é de que tal distinção "não exclui a imprescindibilidade da relação entre a conduta do agente e o ato funcional"[113].

De acordo com o voto de LEWANDOWSKI, autores como CELSO DELMANTO estão certos ao definir a corrupção como "o tráfico da função pública". E arremata: "a solicitação, recebimento ou aceitação deve ser para a prática ou omissão de ato inerente à sua função"[114].

O voto de LEWANDOWSKI ainda propôs uma comparação do Direito Penal brasileiro com o de outros países, de onde extrai a constatação de que

> "... a grande maioria dos países europeus exige a prática de um ato de ofício para caracterizar esse tipo delituoso. Segundo estudo do Centro Francês de Direito Comparado, divulgado em sua famosa publicação Les Codes Pénaux Européens, diplomas de países como a Itália (art. 318), Alemanha (§ 331), Áustria (§ 104), Bélgica (art. 104), Espanha (arts. 385 e 386), Finlândia (XL, § 1o), Franca (art. 177), Grécia (art. 235), Mônaco (art. 141), Noruega (art. 112), Holanda (art. 362), Portugal (art. 318), Romênia (art. 254), Suécia (XX, art. 2o), Suíça (art. 315) e Turquia (art. 211) exigem uma ação ou omissão do funcionário público como contraprestação da vantagem indevida"[115].

---

[112]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17.12.2012. Publicado em 22/04/2013, fls. 874.
[113]Id. Ibid., fls. 951.
[114]Id. Ibid., fls. 952.
[115]Id. Ibid., fls. 952.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, embora afirmasse que no crime de corrupção passiva não é necessária a comprovação de que a vantagem se vincule a algum ato de ofício específico, bastando que esteja atrelada a um potencial ato funcional, distinguiu os casos Collor e Mensalão, aduzindo que neste último houve a descrição de atos de ofício na denúncia, cuidado que não houvera no caso precedente.

Em passagem de extrema importância para a corrupção ativa, a Ministra Rosa Weber destacou que

> "Do ponto de vista do corruptor, se este, para angariar apoio político, promete ou concorda em pagar por ele, ainda que destinado ulteriormente o numerário para campanha eleitoral, não fica desnaturada a vantagem indevida e, por conseguinte, o crime de corrupção ativa do art. 333 do Código Penal"[116].

Esta questão será melhor explorada mais à frente, quando tratamos das doações eleitorais. De qualquer forma, é importante observar que, no entendimento de alguns Ministros, como é o caso da Rosa Weber, o julgamento da Ação Penal 470 não representou uma mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao caso retratado na Ação Penal 307 (caso Collor).

A diferença, de acordo com votos como o de Rosa Weber, não estaria no entendimento firmado pelo colegiado, mas nos fatos retratados em cada um dos casos. Enquanto na Ação Penal 307 não havia qualquer ato de ofício mencionado na denúncia, sequer potencial, na Ação Penal 470 haveria prova de que o pagamento de propina se destinava a obter vantagens dos agentes públicos, de modo que a comprovação da efetiva prática do ato funcional seria, no entender da ministra, algo prescindível para a condenação.

Para o Ministro Fux,

> "Não é necessário que o ato de ofício pretendido seja, desde logo, certo, preciso e determinado. O comportamento reprimido pela norma penal é a pretensão de influência indevida no exercício das funções públicas, traduzida no direcionamento do seu desempenho, comprometendo a isenção e imparcialidade que devem presidir o regime republicano"[117].

---

[116]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17.12.2012. Publicado em 22/04/2013, fls. 1288.

[117]Id. Ibid., fls. 1522.

Concluiu o referido Ministro, em síntese, que:

> "Em síntese: o crime de corrupção passiva configura-se com a simples solicitação ou o mero recebimento de vantagem indevida (ou de sua promessa), por agente público, em razão das suas funções, ou seja, pela simples possibilidade de que o recebimento da propina venha a influir na prática de ato de ofício. Já o crime de corrupção ativa caracteriza-se com o simples oferecimento de vantagem indevida (ou de sua promessa) a agente público com o intuito de que este pratique, omita ou retarde ato de ofício que deva realizar. Em nenhum caso a materialização do ato de ofício integra a estrutura do tipo de injusto"[118].

Embora tenha sustentado que não é necessária a prova da prática ou omissão do ato de ofício, o Ministro foi claro ao defender que, tanto na corrupção passiva como na ativa, é imprescindível que a vantagem indevida prometida, no caso da ativa, ou solicitada, no caso da passiva, esteja de alguma forma, ainda que potencialmente, relacionada a algum ato de ofício.

Tal entendimento fica muito claro na passagem abaixo:

> "Com efeito, a dispensa da efetiva prática de ato de ofício não significa que este seja irrelevante para a configuração do crime de corrupção passiva. Consoante consignado linhas atrás, o ato de ofício representa, no tipo penal da corrupção, o móvel do criminoso, a finalidade que o anima. Daí que, em verdade, o ato de ofício não precisa se concretizar na realidade sensorial para que o crime de corrupção ocorra. É necessário, porém, que exista em potência, como futuro resultado prático pretendido, em comum, pelos sujeitos envolvidos (corruptor e corrupto). O corruptor deseja influenciar, em seu próprio favor ou em benefício de outrem. O corrupto "vende" o ato em resposta à vantagem indevidamente recebida. Se o ato de ofício "vendido" foi praticado pouco importa. O crime de corrupção consuma-se com o mero tráfico da coisa pública"[119].

Tanto é assim que ao final arremata: "Nesse cenário, é indispensável, para caracterizar a corrupção passiva, que o agente público, ao receber a vantagem indevida, saiba para que ele está recebendo (para praticar certo e específico ato de ofício)"[120].

No mesmo sentido:

---

[118]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17.12.2012. Publicado em 22/04/2013, fls. 1523.
[119]Id. Ibid., fls. 1524.
[120]Id. Ibid., fls. 1524.

> "Não custa insistir, desse modo, e tendo presente a objetividade jurídica da infração delituosa definida no art. 317, caput, do Código Penal, que constitui elemento indispensável - em face do caráter necessário de que se reveste este requisito típico – a existência de um vínculo que associe o fato atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) e com a perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público"[121].

Releve-se que a tipificação do crime escusa até que o ato de ofício seja praticado, sendo suficiente a perspectiva da sua prática:

> "Para a integral realização da estrutura típica constante do art. 317, caput, do Código Penal, é de rigor, ante a indispensabilidade que assume esse pressuposto essencial do preceito primário incriminador consubstanciado na norma penal referida, a existência de uma relação da conduta do agente – que solicita, que recebe, ou que aceita a promessa de vantagem indevida – com a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício"[122].

Já o Ministro Celso de Mello fez as seguintes considerações:

> "Devo registrar, de outro lado, Senhor Presidente, e no que concerne à questão do ato de ofício como requisito indispensável à plena configuração típica do crime de corrupção passiva, tal como vem este delito definido pelo art. 317, "caput", do Código Penal, que dele não se pode prescindir no exame da subsunção de determinado comportamento ao preceito de incriminação constante da norma penal referida.
>
> Sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do tipo penal constante do art. 317, "caput", do Código Penal, venha a adotar comportamento funcional necessariamente vinculado à prática ou à abstenção de qualquer ato de seu ofício – ou sem que ao menos atue na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais –, não se poderá, ausente a indispensável referência a determinado ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva.
>
> Para a integral realização da estrutura típica constante do art. 317, "caput", do Código Penal, é de rigor, ante a indispensabilidade que assume esse pressuposto essencial do preceito primário incriminador consubstanciado na norma penal referida, a existência de uma relação da conduta do agente – que solicita, ou que recebe, ou que aceita a promessa de vantagem indevida – com a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício.
>
> Não custa insistir, desse modo, e tendo presente a objetividade jurídica da infração delituosa definida no art. 317, "caput", do Código Penal, que constitui elemento indispensável – em face do caráter necessário de que se reveste esse requisito típico – a existência de um vínculo que associe o

[121]STF, AP 307 – RTJ 162/264 – Ministro Celso de Mello.
[122]STF - AP 307/DF – RTJ 162/264 – Ministro Celso de Mello.

> fato atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) com a mera perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público.
>
> Basta, assim, e para efeito de integral realização do tipo penal, que a conduta do agente – quando não venha ele a concretizar, desde logo, a prática (ou abstenção) de um ato de seu próprio ofício – tenha sido motivada pela perspectiva da efetivação ulterior de um determinado ato funcional.
>
> Sem a necessária referência ou vinculação do comportamento material do servidor público a um ato de ofício – ato este que deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas atribuições funcionais (RT 390/100 – RT 526/356 – RT 538/324) –, revela-se inviável qualquer cogitação jurídica em torno da caracterização típica do crime de corrupção passiva definido no "caput" do art. 317 do Código Penal"[123].

O entendimento do Ministro Celso de Mello encontra respaldo em boa parte da doutrina brasileira, a qual salienta, na análise do tema, que o comércio da função pública, caracterizador do gravíssimo delito de corrupção passiva, reclama, dentre os diversos elementos que tipificam essa modalidade delituosa, um requisito de ordem objetiva consistente em "haver relação entre o ato executado ou a executar e a coisa ou utilidade"[124] oferecida, entregue ou meramente prometida ao servidor público.

Definitivo, sob esse aspecto, é o magistério doutrinário de Heleno Cláudio Fragoso, para quem o delito de corrupção passiva, tal como tipificado no "caput" do art. 317 do Código Penal, "está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo"[125].

1.3.2. Operação Lava Jato e as propinas com contrato

Com a operação Lava Jato, começou a ficar claro que o método de pagamento de propinas havia se sofisticado. Se antes o pagamento da propina era feito em dinheiro vivo, ou mediante depósitos em contas secretas ou de laranjas, no Brasil ou no exterior, na Operação Lava Jato descobriu-se que estas formas clássicas foram substituídas por

---

[123]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17.12.2012. Publicado em 22/04/2013, fls. 2442-2443.
[124]NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4, p. 244, item n. 1.320.
[125]FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2, p. 438.

esquemas mais elaborados, que contavam com uma nova peça da engrenagem, o chamado "operador de propina", alguém com empresas constituídas e dotadas de aparência de licitude[126]. Empreiteiras contratavam ficticiamente as empresas do operador de propina, que ficava encarregado de fazer o dinheiro chegar até o agente público, seja por meio de depósito no exterior com operações de dólar-cabo, seja com pagamento em dinheiro, ou qualquer outra forma.

O desafio jurídico que esta nova modalidade de pagamento de propina oferece é que a contratação dos operadores de propina por meio de suas empresas de fachada muitas vezes contou com a participação de funcionários das empreiteiras, que nem sempre sabiam da real natureza dos contratos.

Muitos foram colocados no banco dos réus por terem assinado contratos com as ditas empresas, ou efetuado pagamentos ao operador. Como nem sempre havia prova do dolo, ou seja, prova de que tinham conhecimento da natureza ilícita dos contratos celebrados com as empresas dos chamados "operadores", muitos foram acusados de corrupção com base na doutrina da cegueira deliberada, sob o argumento que nada fizeram para sair de seu estado de ignorância.

Cita-se, como exemplo, a Apelação Criminal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR. O caso partiu da acusação de que a empreiteira Andrade Gutierrez teria acertado o pagamento de vantagem indevida ao então Governador Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho no âmbito do contrato de terraplanagem do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (COMPERJ), celebrado com a Petrobrás[127]. A acusação arguia que as propinas teriam sido depois acertadas pelos dirigentes da Andrade Gutierrez com o então Governador e seus associados, Wilson Carlos Cordeiro da Silva Carvalho e Carlos Emanuel de Carvalho Miranda[128].

---

[126]O Ministério Público descreve o papel dos operadores de propina nos seguintes termos: "*Os operadores financeiros ou intermediários eram responsáveis não só por intermediar o pagamento da propina, mas especialmente por entregar a propina disfarçada de dinheiro limpo aos beneficiários. Em um primeiro momento, o dinheiro ia das empreiteiras até o operador financeiro. Isso acontecia em espécie, por movimentação no exterior e por meio de contratos simulados com empresas de fachada. Num segundo momento, o dinheiro ia do operador financeiro até o beneficiário em espécie, por transferência no exterior ou mediante pagamento de bens.*" ENTENDA o caso [Lava Jato]. *MFP – Ministério Público Federal*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 12 jun. 2018.

[127]TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. Apelação criminal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR, Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto, julgado em 30/04/2018.

[128]Id. Ibid.

Em resposta ao argumento da defesa de Carlos Miranda de que o juízo de primeira instância teria presumido o acordo prévio entre os agentes públicos e Carlos Miranda, sendo esta presunção contrária ao réu, vedada pelo direito penal, o Desembargador Relator, acompanhado pela maior parte da turma, afirmou que

> Não se trata de presunção, todavia, mas de entender os fatos de acordo com o contexto que o conjunto probatório carreado aos autos revela. Ora, não é crível que alguém fosse receber vultosa quantia em dinheiro e em nome de um Governador de Estado sem estar ciente do que se tratava. Seria mesmo ingenuidade imaginar que o réu CARLOS MIRANDA atuou somente como o "homem da mala", conforme sustenta a defesa. [...]
>
> As provas carreadas ao presente processo revelam ter havido dolo direto dos acusados na operação de toda a engrenagem criminosa que se estabeleceu para enriquecer agentes públicos por meio do contrato celebrado entre a Petrobras e a empreiteira Andrade Gutierrez.
>
> Mas, ainda que assim não fosse, e exclusivamente ad argumentandum tantum, viável a aplicação do dolo eventual, na forma de cegueira deliberada, porque os fatos, como ocorreram, quando e o montante envolvido, ensejariam suspeita ao mais desavisado dos indivíduos. [129]

Tanto por razões fenomenológicas, que tornaram a corrupção mais sofisticada, como por causa de uma sanha acusatória nunca antes vista, a Operação Lava Jato gerou intensos debates em torno de temas cuja discussão acadêmica já parecia ter se esgotado.

A consumação do crime de corrupção se dá no momento da assinatura dos contratos ou no momento do pagamento? No momento de qual pagamento, do empreiteiro para o operador, ou deste para o agente público?

A utilização de contratos fictícios como *meio* para o pagamento de propina também gerou uma série de discussões, porque passou a ser considerada como mecanismo de lavar o dinheiro proveniente da corrupção[130]. O mesmo ato, a assinatura de contratos, levou à condenação por dois crimes, corrupção e lavagem de dinheiro.

---

[129]TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. Apelação criminal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR, Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto, julgado em 30/04/2018.

[130]Dá-se como exemplo o processo nº 5061578-51.2015.4.04.7000/PR, que envolve contratos supostamente assinados entre as empresas do Grupo Schahin, membros da família Bumlai e a Petrobras. No caso, o Ministério Público Federal atribuiu à simulação de um contrato de quitação de empréstimo os crimes de gestão fraudulenta, corrupção ativa e lavagem de dinheiro. A imputação foi objeto de controvérsia, tendo, finalmente, a lavagem sido afastada pelo magistrado de 1ª grau na sentença por falta de adequação típica. JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ - JFPR. Ação Penal nº 5061578-51.2015.4.04.7000/PR, Juiz Sérgio Moro, julgado em 15/09/16, fls. 87-88.

No próprio julgamento da Ação Penal 470, o STF já havia decidido que um mesmo fato não pode configurar corrupção e lavagem de dinheiro, usando como crime antecedente a própria corrupção[131]. Ou, em outras palavras, a forma escamoteada de receber a propina, o *meio* dissimulado de fazer o dinheiro sair do patrimônio do corruptor e ingressar no do corrompido, não é lavagem de dinheiro da corrupção.

Na operação Lava Jato parece ter sido ignorada esta lição, e praticamente todas as imputações de corrupção na modalidade "contrato" foram também enquadradas em crimes de lavagem de dinheiro[132]. Em alguns casos, este *bis in idem* acabou disfarçado com a alegação de que na verdade o crime antecedente seria o de fraude à licitação ou cartel, mas neste caso o argumento é ainda mais falho, porque pela própria natureza desses crimes, nos quais há pagamento oficial do Estado ao particular, não há dinheiro escamoteado que necessite ser lavado.

Também no caso do ex-Presidente Lula, gerou muita polêmica a condenação, por serem os fatos posteriores ao exercício da função pública. O ex-Presidente foi acusado de corrupção e lavagem de dinheiro porque teria aceito um apartamento tríplex de presente, bem como benfeitorias feitas no imóvel pela empresa OAS, beneficiada em contratos com a Petrobras, quando já não era mais Presidente da República[133].

Em alguns casos da Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal desenvolveu linha acusatória tendente a obter a condenação de réus por corrupção ativa, mesmo não havendo prova categórica do dolo direto. Ora com alegações de cunho mais espiritual do que jurídico, como a de que "não é crível" que não soubessem, "é óbvio que sabiam", "não tinham como não saber", ou "tinham o dever de conhecer o objeto do

---

[131]"*Ementa: Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva "receber", sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. [...]*". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AP 470 EI-décimos sextos, Relator(a): Min. Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, acórdão eletrônico DJe-161 divulg 20-08-2014 public 21-08-2014.

[132]Alguns exemplos: JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ - JFPR. Ação Penal nº 5061578-51.2015.4.04.7000/PR, Juiz Sérgio Moro, julgado em 15/09/16, fls. 87-88. JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ - JFPR. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, Juiz Sérgio Moro, julgado em 02/02/17, fls. 2-5.

[133]JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ - JFPR. Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal Sérgio Moro, julgado em 12/07/2017, fls. 4.

contrato", buscou-se na verdade aproximar o elemento subjetivo da corrupção ao dolo eventual ou à cegueira deliberada[134].

Em alguns casos, houve menção expressa à doutrina da cegueira deliberada como fundamento para pedir a condenação pelo dolo direto, ou pelo menos pela cegueira deliberada, uma vez que, ainda que os acusados não tivessem conhecimento, devem responder pelo crime porque *deviam saber*[135]. A questão não deixa de suscitar uma arguição processual, uma vez que, embora próximas, as acusações a título de dolo direto e dolo eventual não se confundem. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu algumas vezes que quem é acusado por ter agido com dolo direto não pode ser condenado por dolo eventual (correlação entre denúncia e sentença)[136].

A novidade para a qual a Lava Jato chamou a atenção é que a institucionalização da corrupção dentro das empresas, com contratação de profissionais, chamados pelos acusadores de "operadores de propina", acabava envolvendo boa parte da engrenagem

---

[134]Cita-se, como exemplo, a apelação criminal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR, em que foi proferida a seguinte afirmação na análise do dolo: "*Ora, não é crível que alguém fosse receber vultosa quantia em dinheiro e em nome de um Governador de Estado sem estar ciente do que se tratava*". TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. Apelação criminal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR, Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto, julgado em 30/04/2018.

[135]Serve de exemplo, mais uma vez, a apelação criminal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR: "*Mas, ainda que assim não fosse, e exclusivamente ad argumentandum tantum, viável a aplicação do dolo eventual, na forma de cegueira deliberada, porque os fatos, como ocorreram, quando e o montante envolvido, ensejariam suspeita ao mais desavisado dos indivíduos*". TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. Apelação criminal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR, Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto, julgado em 30/04/2018.

[136]"EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONTRARIEDADE AO ART. 5º, XXXVIII, A e LXVI, DA CF. NÃO CABIMENTO. ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. ART. 483, III E § 2º, DO CPP. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA NA FORMULAÇÃO DE QUESITOS ESPECÍFICOS. OCORRÊNCIA DE DISPARO ACIDENTAL E DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. VÍCIO INEXISTENTE. ART. 593, III, A, DO CPP. INOVAÇÃO NA TESE DA ACUSAÇÃO DURANTE OS DEBATES EM PLENÁRIO. PRÁTICA DO CRIME A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. NULIDADE CONFIGURADA. DENÚNCIA E PRONÚNCIA QUE IMPUTAM AO ACUSADO A PRÁTICA DE CRIME DE HOMICÍDIO COM DOLO DIRETO. APRESENTAÇÃO DE PROPOSIÇÃO NOVA PELA ACUSAÇÃO. TESE DE DOLO EVENTUAL INCLUÍDA NA ELABORAÇÃO DOS QUESITOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA PLENITUDE DE DEFESA E DA CORRELAÇÃO. JULGAMENTO NULO. [...] 4. Segundo entendimento desta Corte Superior, o princípio da correlação entre a acusação e a decisão de pronúncia representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, uma vez que assegura que apenas podem fazer parte da pronúncia os fatos que foram narrados na inicial acusatória, de forma a garantir a não submissão do acusado ao Conselho de Sentença por fatos novos, não descritos na denúncia. 5. Na espécie, houve quebra dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da correlação entre a denúncia, a pronúncia e os quesitos, na medida em que o Parquet sustentou, em Plenário, proposição nova, não defendida anteriormente - imputação de prática do crime com dolo eventual -, tendo até mesmo sido elaborado quesito a esse respeito, o que constitui, nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, nulidade absoluta, não estando sujeita à preclusão. [...]". SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp 1678050/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 21/11/2017.

administrativa da empresa, que muitas vezes não tinha como saber o verdadeiro alcance da contratação de tais "operadores".

Assim é que muitos funcionários participaram de pagamentos, assinaram contratos, acertaram detalhes contratuais, renegociaram a dívida, alguns até estiveram com os operadores de propina, criando uma grande dúvida sobre a imputabilidade penal de seus atos (condutas neutras?) e sobre a presença do elemento subjetivo do tipo, o dolo, para a configuração do crime de corrupção.

Até que ponto podem estes funcionários ser responsabilizados pela corrupção praticada conscientemente pelo superior hierárquico? Até que ponto deveriam suspeitar que os contratos que assinavam eram, na verdade, meio de dissimular o pagamento de propina? Qual a conduta que se esperava deles, na hipótese de que tivessem, de fato, suspeitado que a operação era na verdade prática mascarada de corrupção? O fato do serviço contratado por elevados valores não poder ser visto nem fiscalizado pelo subordinado deveria ter levantado a suspeita de que se tratava de serviço na verdade fictício?

Estas questões suscitaram profundos debates no julgamento de algumas ações penais, mas não há decisão judicial que tenha enfrentado a problemática do elemento subjetivo do tipo da corrupção com a espessura e densidade que a questão merecia.

Houve casos, por exemplo, em que o delator, ao ser indagado se um executivo de segundo escalão da empresa que o contratou sabia da corrupção, ofereceu resposta positiva. Ocorre que, logo em seguida, perguntado pela defesa como poderia saber que o executivo sabia, o delator deu um passo atrás para dizer que, na verdade, se tratava de opinião sua[137].

Muito embora a acusação pedisse a condenação deste réu com base em todas as teorias do dolo que se possa conceber, dolo direto, dolo eventual, cegueira deliberada – não disfarçando que, no fundo, pretendia uma condenação por dolo presumido – a sentença, proferida pelo juiz Sérgio Moro, acabou absolvendo-o de todas as imputações, inclusive de lavagem de dinheiro, mas sem examinar a fundo a problemática do dolo ou do elemento subjetivo, simplesmente afirmando que a mera opinião do delator não é suficiente para provar o dolo[138].

---

[137]Ação Penal n. 5083351-89.2014.4.04.7000, da 13ª Vara da Justiça Federal do Paraná.
[138]Id. Ibid.

Não deixa de ser curioso como a questão do dolo é manipulada pelo acusador e pelo julgador caso a caso, conforme suas convicções[139], de modo que, quando existe a *convicção íntima* de que o réu é culpado, arruma-se uma forma de fundamentar sua responsabilidade no dolo eventual ou na cegueira deliberada, mas quando a convicção é em sentido contrário, a decisão vem em forma de veredito do júri, "*guilty or not guilty*" (culpado ou não culpado), e o réu é absolvido, sem que a sentença acabe dando grandes explicações sobre isto.

Em outro caso, o marqueteiro das campanhas do PT foi acusado de corrupção e lavagem de dinheiro pelo recebimento em conta no exterior não declarada de valores objeto de negociação entre uma empreiteira e o tesoureiro do partido, supostamente envolvendo pagamento de propina[140].

Afora o fato de que, com base no precedente da Ação Penal 470, o mesmo ato – depósito em conta estrangeira – não poderia configurar a consumação da corrupção e da lavagem ao mesmo tempo, a acusação por corrupção trazia consigo um problema à parte, na medida em que pressupunha um componente de conhecimento por parte do marqueteiro de que os valores negociados entre o tesoureiro do partido e o doador da campanha com contratos com o poder público advinham de práticas de corrupção[141].

O marqueteiro seria mero partícipe da corrupção, usado para *"receber"* a propina negociada entre o agente público e o empresário. A problemática naquele caso concreto se acentuava pelo fato de que não havia agente público na negociação, mas apenas o tesoureiro do partido que, embora fosse de agremiação que na época estava no poder, era pessoa que nunca havia ocupado qualquer cargo ou função pública[142].

---

[139]Em coletiva de imprensa que anunciou o oferecimento da denúncia contra o ex-presidente Lula, o procurador da República Roberson Pozzobon fez a seguinte declaração "Não teremos aqui provas cabais de que Lula é o efetivo proprietário, no papel, do apartamento, pois justamente o fato de ele não figurar como proprietário é uma forma de ocultação". Mais tarde na mesma entrevista, seu colega, o procurador Deltan Dallagnol afirmou que "provas são pedaços da realidade, que geram convicções sobre um determinado fato ou hipótese" e que "dentro das evidências que nós coletamos, a nossa convicção, com base em tudo que nós expusemos, é que Lula continuou tendo proeminência no esquema e continuou líder desse esquema mesmo depois de ter saído do governo". CARAZZAI, Estelita Hass; FERREIRA, Flávio. Fala de procurador sobre provas e convicção não foi dita como divulgado. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 set. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/09/1813692-frase-de-procurador-sobre-provas-e-conviccao-nao-foi-dita-como-divulgado.shtml>. Acesso em: 12 jun. 2018.

[140]JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ - JFPR. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, Juiz Sérgio Moro, julgado em 02/02/17, fls. 2-5.

[141]Id. Ibid., fls. 101.

[142]Id. Ibid., fls. 97-98.

O argumento do Ministério Público Federal naquele caso é de que, por diversas razões, o marqueteiro deveria saber ou ao menos suspeitar que os valores recebidos via caixa dois em conta no exterior eram fruto de propina. A defesa se bateu no fato de que nem todo caixa dois é propina, utilizando inclusive depoimento de delatores ouvidos nos autos, que atestavam muitas vezes terem doado por fora para campanhas políticas, mesmo que não houvesse qualquer acerto espúrio com o candidato[143]. De fato, a prova indicava que poderia haver vários motivos para um empresário doar por fora, mesmo que não fosse pagamento de propina.

Um outro argumento usado pela acusação seria o de que, no julgamento do conhecido caso "Mensalão", Ação Penal 470, outro marqueteiro havia passado pela mesma situação, o que obrigaria o acusado, na visão do Ministério Público Federal, a aumentar suas suspeitas sobre a origem dos valores[144]. O interessante aqui, e que envolve outra questão de alta indagação jurídica, referente à dúvida e ao erro no direito penal, é que, no caso precedente, o marqueteiro não foi sequer acusado do crime de corrupção, mas apenas de evasão de divisas e lavagem de dinheiro[145]. A denúncia foi recebida apenas pelo crime de evasão, do qual ao final acabou absolvido, porque não havia valores em conta em 31 de dezembro do ano tratado, para que se pudesse falar em evasão de divisas[146].

Deveria, então, o marqueteiro, submetido aos grilhões das autoridades da Lava Jato, suspeitar que estava cometendo crime de corrupção, se idêntica situação julgada pelo Supremo Tribunal Federal anos antes isentava profissional da mesma área de qualquer responsabilidade pelos crimes de corrupção e lavagem?

1.3.3. A Lava Jato e as doações eleitorais de campanha

A corrupção na história recente está de modo muito entronizado ligada ao sistema eleitoral. Bastante sintomático que em quase todos os países da América Latina onde as empresas brasileiras envolvidas na Lava Jato tiveram maior penetração, seus sistemas políticos acabaram expostos a investigações criminais com prisão de políticos importantes.

---

[143]JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ - JFPR. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, Juiz Sérgio Moro, julgado em 02/02/17, fls. 81.
[144]Id. Ibid., fls. 107-108.
[145]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17.12.2012. Publicado em 22/04/2013, fls. 3-43.
[146]Id. Ibid., fls. 365.

Assim como só existe o divórcio porque existe o casamento, a corrupção eleitoral é um mal próprio de regimes democráticos.

Não é só a forte presença do Estado em algumas atividades econômicas que cria ambiente propício para florescer a corrupção. É verdade que a Lava Jato desvelou um enorme esquema de corrupção envolvendo as maiores empresas do país e que grande parte deste esquema estava ligada à estatal petroleira, a Petrobras, assim como ocorreu na Operação Mãos Limpas na Itália, em que também o cerne da investigação atingia a estatal petroleira deles.

Ocorre que a corrupção na Petrobras foi apenas o pontapé inicial para que investigadores penetrassem outros setores da economia, aeroportos, portos, setor elétrico, e mesmo atividades cujo regime jurídico é cem por cento privado, como empresas alimentícias, de bens de consumo, farmacêuticas, entre outras, que ora dependem do poder regulatório do Estado, ora de impulsos ou ajudas, como empréstimos ou desonerações fiscais.

O ponto em comum de todos os escândalos é a obtenção de vantagens por meio de políticos influentes com a consequente doação de recursos para campanhas eleitorais por parte das empresas.

A questão da doação eleitoral de campanha desperta dúvidas e problemáticas adicionais ao já bastante controverso crime de corrupção. Quase todos os componentes da corrupção estão presentes na doação eleitoral, principalmente o “em razão da função pública”. Por outro lado, a lei brasileira não veda que ocupantes de cargos públicos se candidatem a cargos no executivo ou no legislativo, inclusive à reeleição, de modo que “solicitar ajuda” de campanha é algo não só normal, como também ínsito ao processo democrático brasileiro.

Aquele que pede, solicita, auxílio financeiro para sua campanha, comete crime de corrupção? Aquele que faz ainda pior, pede ajuda de campanha prometendo trabalhar pelos interesses do doador caso ganhe a eleição, pratica o mesmo delito? O que à primeira vista pode parecer corrupção, pode ser nada mais do que natural desenrolar da vida democrática. Afinal, não se espera do candidato ao legislativo que defenda os interesses daqueles que o apoiaram nas eleições? Não deveria ser sempre assim? A bancada da bala é eleita e apoiada pela indústria de armas, outros são eleitos pela indústria e defendem benefícios à atividade industrial, a bancada ruralista é eleita pelo *agrobusiness*, e assim por diante.

Estranho seria se o sujeito do *agrobusiness* doasse para o líder do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra, não?

Toda doação eleitoral deve pressupor alguma contrapartida do agente público no exercício do cargo, sob pena até de se configurar o tal do estelionato eleitoral. Como então distinguir a natural contrapartida, prova da competência, honestidade e lealdade do agente público com seus eleitores, da corrupção pura e simples?

A linha parece mesmo muito tênue. O deputado federal de nome fictício "Eu Juro" resolve atender vários empresários do setor cafeeiro para tratar de desonerações fiscais que ajudariam a impulsionar seus negócios na próxima década e colocar a indústria cafeeira brasileira na liderança mundial de exportações. Mal acabam de sair do gabinete do deputado, recebem um telefonema de um dos assessores, sugerindo que todos fizessem uma doação para o comitê de sua campanha à reeleição, passando o valor que cada um deveria depositar. Como distinguir tal doação eleitoral de corrupção?

2. A IMPUTAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

2.1. O dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada

Como a expressão "cegueira deliberada" ou mesmo "ignorância deliberada" não consta de qualquer norma jurídica brasileira, a primeira questão que se coloca é quanto ao tratamento que lhe deve ser dado pela ciência. É uma teoria, uma doutrina, uma tese, um argumento, um conceito jurídico, um instituto, ou uma mera circunstância fática que, por se traduzir em fenômeno tão *standard*, o jurista passou a lhe dedicar tratamento jurídico especial?

Não pretendemos responder esta indagação, mesmo porque parece que a resposta não é nenhuma das alternativas, mas talvez uma conjugação de tudo isto, muito embora pareça importante assinalar que o simples fato desta reflexão existir já é um dado importante para distingui-la de categorias jurídicas como a do dolo.

A rigor, boa parte da casuística a que se presta a aplicação da teoria da cegueira deliberada pode ser "solucionada" mediante aplicação do instituto do dolo eventual. Nesse sentido, Ragués i Vallès aponta que, de fato, existe um espaço para aplicação da teoria da cegueira deliberada em sistemas jurídicos romano-germânicos, mas que ele é restrito[147].

Mais do que confrontar a utilidade e as hipóteses de cabimento da cegueira deliberada, deve-se ressaltar que, muitas vezes, na experiência brasileira, invoca-se a teoria sem necessidade prática. Decerto, ainda que não haja prova direta do conhecimento do acusado a respeito do plano fático, é possível que o arcabouço indiciário não permita ao julgador chegar a outra conclusão senão a de que o acusado tinha conhecimento integral do plano fenomenológico.

Todas essas incursões teóricas e práticas prestam-se a evidenciar uma pleura de dificuldades na aplicação da teoria da cegueira deliberada, as quais devem ser observadas antes da incorporação do instituto ao Direito brasileiro.

---

[147]RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*, cit., p. 193.

Ressalvados os problemas de ordem legal — dado que inexiste previsão para sua aplicação —, não se nega que haveria espaço para a utilização dessa teoria no Brasil. Sem embargo, é imprescindível que os aplicadores do Direito sempre tenham em mente o contexto no qual a teoria foi desenvolvida, os seus requisitos, e ponderem a necessidade de sua importação para embasar qualquer manifestação ou decisão[148].

Caso contrário, a teoria da cegueira deliberada pode acabar servindo como álibi argumentativo para a prova do elemento cognitivo do dolo em situações em que ele não esteja, de fato, presente.

2.1.1. A distinção entre dolo direto de primeiro grau, de segundo grau e dolo eventual

A ciência penal dos últimos duzentos anos dedicou-se, como em poucos outros temas, a definir a natureza do dolo. A história da teoria do dolo é a história da busca por um conceito capaz de abarcar situações em que, na prática, não se afigura justa a condenação por culpa, o que já mostra como a ciência penal não persegue critérios científicos puros, mas está sempre em busca de algo capaz de satisfazer o sentimento de justiça de seus formuladores.

Identifica-se tal objetivo tanto entre os que seguiram a teoria da vontade, fincada na tese de que nenhuma definição de dolo pode estar desatrelada da ideia de *querer*, quanto entre os partidários da teoria da representação, que buscavam um conceito de dolo que podia ir além do desejo de realização do tipo[149].

A primeira construção clássica que buscava ampliar o conceito de dolo é aquela que previa a figura do dolo indireto, cujo mais famoso representante é BENEDIKT CARPZOV[150].

---

[148]CARVALHO, Felipe Fernandes de. Quais cuidados devem ser tomados para aplicar a teoria da cegueira deliberada? *Consultor Jurídico*, 19 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-19/felipe-carvalho-cuidados-aplicacao-teoria-cegueira-deliberada#author>.

[149]RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en proceso penal*. Barcelona: Jose Maria Bosh Editor, 1999. p. 53.

[150]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 160-161.

Antes dele, coube ao espanhol COVARRUVIAS, influenciado por BALDUS e BARTOLUS, estes na Itália, insistir na ideia de uma *vontade indireta,* que veio a se tornar tese central da teoria do dolo indireto[151].

A base do pensamento de COVARRUVIAS, com forte influência de São Tomás de Aquino, é de que, quem quer a causa, quer indiretamente o efeito, sempre que este efeito costume sobrevir normalmente[152].

Mas foi mesmo CARPZOV que, libertando-se dos subjetivismos que impregnavam o pensamento dos antecessores, embicou a teoria na direção que a faria chegar até nossos dias, ao estabelecer, de forma extremamente objetiva, que é também possível falar de uma vontade indireta (e, portanto, de dolo), quando o autor *pode* ou *deve* conhecer a possibilidade de que se produza a consequência não desejada[153]. É o pai, digamos assim, da fórmula do *sabe* ou *devia saber* que viria a se incorporar até mesmo em alguns tipos penais modernos.

Neste dealbar da teoria, a confusão entre dolo eventual e crime preterdoloso não deixa de ser percebida, por exemplo, quando CARPZOV afirma que a vontade de cometer um homicídio ocorre tanto quando alguém ataca outro com a intenção de matá-lo como quando lhe inflige uma ferida da qual em seguida se sucede a morte[154].

Para PUPPE, a teoria do dolo indireto tal como cunhada por CARPZOV ajudou a fincar as bases de um conceito normativo do dolo, desatrelado de paradigmas psicológicos[155], o que BARBERÁ rechaça, primeiro colocando dúvidas se isto seria motivo para comemorações, já que do ponto de vista da vontade só serviria dita teoria para ampliar o conceito de vontade, imputando-se ao agente certas consequências que, a bem da verdade, ele não desejava[156].

Para BARBERÁ, ademais, a teoria do dolo indireto não se diferencia da teoria tradicional da vontade, em torno da qual se erigiu a figura do dolo eventual, pois ambas pretendem ampliar de forma discricionária o conceito de vontade, visando atender

[151]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 162.
[152]Id. Ibid., p. 164.
[153]RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en proceso penal*, cit., p. 54-55.
[154]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 165.
[155]PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 27 e ss.
[156]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 166.

necessidades práticas, incluindo no conceito consequências não desejadas pelo agente, e que não apresentam nenhuma base normativa[157].

Ainda, para BARBERÁ, a contribuição de CARPZOV, ou sua ideia central, é atinente ao conhecimento[158]. Mas não segundo o interpretam PUPPE e LESCH. Enquanto para estes o *conhecimento* é uma exigência na teoria de CARPZO, para BARBERÁ, o ponto central é justamente a ideia de que, independente do sujeito ter conhecimento efetivo da consequência acessória, ainda assim, pode-se dizer, de um ponto de vista objetivo, que o autor podia e devia conhecer estas consequências[159].

A teoria do dolo indireto foi severamente criticada por FEUERBACH, que é o autor mais representativo da escola radicalmente contrária a qualquer possibilidade de extensão do conceito do dolo para além da situação em que o agente deseja a realização do resultado[160]. O autor equiparava o dolo à intenção entendida em sentido psicológico, adotando, assim, a posição de que o dolo deve ser verificado a partir de uma referência à subjetividade concreta do agente[161]. Admitia, contudo, que o agente pudesse responder pelas consequências não desejadas da ação dolosa a título de culpa, legando para nossos dias, portanto, sua importante contribuição para os chamados crimes qualificados pelo resultado[162].

A partir de FEUERBACH, porém, o conceito de dolo começou a se alterar para uma ideia mais ampla, que obtivesse uma base mais normativa e menos atrelada a elementos psicológicos, de fácil manipulação judicial, e sujeitos ao arbítrio. Isso porque, o autor era contrário à ideia de que o conceito de dolo pudesse admitir a inexistência de vontade[163].

É daí que começa a distinção entre dolo de primeiro grau, baseado apenas na intenção do agente, e o dolo de segundo grau, consoante o qual o agente responde por dolo não só quando persegue o resultado típico, mas também pelas consequências necessárias advindas da sua ação (que é também a ideia dos crimes qualificados pelo resultado).

---

[157]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 166-167.
[158]Id. Ibid., p. 167.
[159]Id., loc. cit.
[160]RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en proceso penal*, cit., p. 57.
[161]Id., loc. cit.
[162]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 169.
[163]FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1840. P. 99. *Apud*: PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 171.

É preciso, pois, fazer uma diferenciação entre o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual, pois naquele existe uma relação psicológica apenas negativa, na medida em que a consciência de que a conduta causará o resultado não o impede de prosseguir com a conduta[164].

Vale registrar, ainda, a fórmula de STUBEL: "A determinação de cometer um delito implica sem exceção a completa consciência da ilegalidade"[165]. Esta intenção também deve designar-se como dolo. Na sua opinião, "também são imputáveis a título de dolo, como intencionais, as consequências de uma ação que o autor, com toda convicção, representou como seguras"[166]. Se as consequências se apresentam só como prováveis, então, para este autor, haveria apenas imprudência.

No entanto, o próprio FEUERBACH acabou admitindo pelos menos duas hipóteses em que seria possível a aplicação do dolo em casos nos quais o agente executa uma ação intencional, lhe sendo indiferente qual será o delito que dali resultará, como o caso da mãe que maltrata brutalmente filho, sem se preocupar se vai matá-lo ou apenas lesioná-lo[167]. Ou também na hipótese em que o agente atua intencionalmente para cometer um delito e sabe da possibilidade de que daí advenha também outro delito[168].

O curioso é que tal forma de pensar se aproxima muito da teoria do dolo indireto, já que seus exemplos pressupõem sempre que o autor dirija sua vontade, pelo menos em um primeiro momento, a um fato objetivamente delitivo, o que aproxima dita teoria mais da noção dos crimes qualificados pelo resultado do que do dolo eventual[169].

Na mesma linha, outros autores que se seguiram recusaram a identificação do dolo eventual com o dolo, afirmando que há de se distinguir entre o dolo de lesão e o dolo de perigo, como STOOB, v. BAR e LIEPMANN[170].

É com a primeira fórmula de FRANK que se inicia uma ideia mais clara de integrar no conceito de dolo aspectos cognitivos (a representação da possibilidade) e volitivos (aprovação do resultado). O autor propõe que se indague o que faria o agente se

---

[164]PUPPE, Ingeborg. op. cit., p. 42.
[165]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 170.
[166]Id., loc. cit.
[167]FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter von. *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, II, 1804. P. 40 y ss. *Apud* PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 172.
[168]Id., loc. cit.
[169]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 173.
[170]Id. Ibid., p. 173-174.

soubesse que o resultado não desejado ocorreria[171], proposta que sofreu muitas críticas, a principal delas pelo fato de que pressuporia um direito penal do autor, pois este juízo hipotético só seria possível partindo-se do exame da personalidade de cada agente, permitindo, portanto, alta dose de subjetividade e preconceito[172].

É o maior expoente da teoria da *representação*, cuja conhecida primeira fórmula propunha que a representação de um resultado como possível constituiria dolo se, e somente se, sua representação como segura não tivesse inibido o autor a atuar[173]. Tal fórmula, como já dito, recebeu muitas críticas porque conduziria a um direito penal do autor, já que só seria possível afirmar como um sujeito agiria caso tivesse como segura a ocorrência do resultado mediante análise da personalidade do agente[174].

Caso que emblematicamente mostraria toda a fragilidade desta teoria é o famoso caso do "cinto de couro". Neste caso, dois rapazes assaltam a casa de um senhor homossexual e planejam asfixiá-lo por alguns minutos só para que perdesse a consciência[175]. Vivo, o senhor certamente não os denunciaria, porque, para isto, teria que revelar sua predileção por pessoas do mesmo sexo, o que era crime na época[176]. Este dado é extremamente relevante para entender como manter a vítima viva era profundamente importante para os agentes, tanto que tentaram de tudo para reanimá-la até se darem conta de que não haveria mais como livrá-la da morte.

Pela aplicação da primeira fórmula de FRANK, não haveria como condená-los a título de dolo, pois era indiscutível que não queriam a morte da vítima, e tampouco *aprovavam* o resultado, tanto que tentaram impedi-lo.

Para poder condená-los, o Tribunal precisou adaptar a fórmula de FRANK, sustentando que não é necessária a aprovação do resultado, bastando que haja *resignação, aceitação, conformação* com o resultado[177], algo que muito se aproxima do conceito de dolo eventual que conhecemos atualmente, sendo inclusive a fórmula adotada pelo artigo 18 do Código Penal.

---

[171]ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 538. FRANK, Reinhard. *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre.* In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), vol. 10, issue 1, 1890. P11. *Apud*. PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 181-182.
[172]FRANK, Reinhard. op. cit. *Apud*. PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 190.
[173]ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 438. FRANK, Reinhard. op. cit., p. 111.
[174]RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en proceso penal*, cit., p. 54-55.
[175]BGHSt, t.7, pp. 363 y ss., sentencia del 22/4/55 (causa 6, StR 35/55). *Apud* PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 263.
[176]Id., loc. cit.
[177]Id. Ibid., p. 265.

O dolo eventual e a culpa consciente passam a ter então o mesmo elemento cognitivo, que é a representação da possibilidade do resultado, mas enquanto no primeiro o agente *aceita*, *conforma-se*, *resigna-se* com a hipótese de ocorrência do resultado, nesta ele *confia* que não se sucederá.

Tampouco esta sistemática se mostra suficiente, além de ser extremamente suscetível a injustiças, pois privilegiaria os indivíduos da sociedade que se sentem mais confiantes diante do perigo, que a rigor são justamente os que costumam oferecer mais risco.

Mais recentemente, FRISCH propôs uma forma mais objetiva baseada no conhecimento do risco, colocando toda a distinção que separa o dolo da culpa no aspecto cognitivo[178]. Assim, o desconhecimento do risco afasta o dolo, enquanto que o conhecimento do risco permite responsabilização por dolo eventual[179].

2.1.2. Dolo como vontade

Desde pelo menos finais do século XVIII, a controvérsia em torno do dolo diz respeito aos aspectos volitivos e cognitivos. Há aqueles, como FEUERBACH, que não concebem a possibilidade de dolo sem que haja vontade do agente[180], enquanto para outros, mais ou menos na linha do que propunha STUBEL, a consciência da probabilidade autoriza a responsabilização a título de dolo[181].

Ao longo dos séculos, o debate sobre o dolo eventual gira em torno destes dois elementos, *conhecimento* e *vontade*.

Existem três teorias que trabalham o dolo eventual tendo em vista seus aspectos volitivos: a teoria do *consentimento (ou aprovação),* a teoria da *indiferença* e a teoria da *vontade de evitação não comprovada*[182].

---

[178]FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko.* Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. 1983. P. 27. *Apud* PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 525.

[179]ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 439-440.

[180]FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1840. P. 99. *Apud*: PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 171.

[181]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 170.

[182]SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis-SC: Empório do Direito, 2017. p. 140.

As que colocam o aspecto volitivo no centro do dolo são a teoria do *consentimento,* elaborada por MEZGER, a teoria da *indiferença ao bem jurídico*, desenvolvida por ENGISCH, a teoria da *não comprovada vontade de evitação do resultado,* desenvolvida por ARMIN KAUFMANN, e, a mais aceita hoje na doutrina, a teoria do *levar a sério o perigo, conformar-se com o resultado*[183].

A teoria do *consentimento*, que tem em MEZGER seu precursor, entende o dolo como aprovação (que em sua evolução passou a admitir a *resignação,* o *conformismo*) do resultado, que é previsto pelo autor[184]. Dita teoria é criticada por vários autores, como JESCHECK e WEIGEND, que identificam a aprovação com o dolo direto, de modo que, em casos como o do *cinto de couro*, como os agentes não queriam o resultado, responderiam por culpa[185].

Já a *teoria da indiferença ao bem jurídico*, desenvolvida por ENGISCH, identifica o dolo como indiferença frente ao bem jurídico protegido, mas exclui os resultados indesejados (novamente o caso do *cinto de couro*)[186]. Dita teoria trataria o caso do cinturão de couro como culpa consciente[187].

A *teoria da não comprovada vontade de evitação do resultado* (também conhecida como teoria da *objetivação da vontade de evitação do resultado*) tem bases finalistas, colocando o dolo eventual e a imprudência consciente na dependência da *ativação de contra fatores* para evitar o resultado[188].

O pai do conceito moderno de dolo é FEUERBACH. Antes disso, o dolo era tratado como *dolus ex re,* mais atrelado às circunstâncias, ou, pior, aos instrumentos e meio da prática do crime do que à vontade. Era um conceito casuístico, em que cada delito tinha seu próprio dolo (*animus necandi).*

Com FEUERBACH começa a se desenhar o dolo como vontade do sujeito, como algo que está na cabeça do agente, porque parecia naquela época uma forma mais estreita de interpretação.

---

[183]SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral, cit., 7. ed., p. 140-142.
[184]MEZGER, Edmund. *Strafrecht*, 1949. p. 447. *Apud*. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral, cit., 7. ed., p. 140.
[185]Id. Ibid., p. 141.
[186]ENGISH, Karl. *Untersuchungen uber Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930. *Apud*. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral, cit., 7. ed., p. 141.
[187]Id., loc. cit.
[188]Id. Ibid., p. 142.

A partir daí o conceito de dolo vai se ampliando, até o chamado "Caso Thomas", no qual um empresário era acusado de colocar uma bomba no barco para resgatar o dinheiro do seguro, e com isto acabou causando a morte de algumas pessoas[189].

Como a defesa alegava falta de dolo, o Tribunal, querendo condená-lo por homicídio doloso, criou uma base mais normativa para o conceito de dolo, o *dolo de consequências necessárias.* O dolo de primeiro grau seria a intenção e o dolo de segundo grau seria o dolo de consequências necessárias[190].

Ao lado da teoria mais radical, que não consegue conceber dolo sem o aspecto volitivo, surge a teoria da vontade, chamada de débil por BARBERÁ[191], uma vez que se implementa com doses de teoria da representação, ao sustentar que não há vontade sem representação, abrindo caminho para o conceito de que dolo é saber e querer a realização do tipo penal[192].

É com esta teoria clássica que se introduzem elementos de caráter emocional, conhecidos como *consentimento, aprovação* ou *aceitação* do resultado delitivo.

A primeira fórmula de FRANK começa a trabalhar com um conceito misto, formado por um conceito cognitivo, a *representação da possibilidade do resultado*, somado a um elemento volitivo, que o autor denomina *aprovação*[193].

A crítica que se passou a fazer a respeito desta fórmula é que ela levava a intuir um *direito penal do autor*, já que a fórmula parte da indagação de como o agente se conduziria se soubesse da superveniência do resultado, exame que não pode ser feito senão com algum grau de julgamento da personalidade e histórico de vida do sujeito[194].

O conhecido caso do "cinto de couro" mudou as bases da teoria do dolo eventual, alterando o elemento volitivo *aprovação* para uma etapa ainda não completamente formada da vontade, o *consentimento,* a *resignação* ou o *conformismo*[195]. Desde aí já não se exige que o agente, sabendo que o resultado ocorreria, aprove-o, mas basta que consinta, resigne-se, conforme-se com esta possibilidade.

---

[189]ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 423-424.
[190]Id., loc. cit.
[191]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 177.
[192]Id., loc. cit.
[193]Id., loc. cit.
[194]Id. Ibid., p. 190.
[195]Id. Ibid., p. 265.

Para V. HIPPEL, para haver o dolo não é necessário que a consequência não perseguida pelo agente lhe seja agradável[196]. Para BARBERÁ, conteúdo básico desta teoria é o de que dolo é sempre vontade de realizar o tipo penal, o qual concretamente significa querer a realização de uma consequência representada previamente[197]. A vontade, portanto, não exclui a representação, mas a presume[198].

Para se contrapor à ideia de dolo, a *confiança* na não ocorrência do resultado passava a ser o fator determinante da configuração da mera imprudência. Como tanto a ideia de consentimento como a de confiança oferecem problemas, esta sobretudo porque beneficiaria o sujeito confiante demais, ou o otimista exagerado, em oposição ao cuidadoso, invertendo a lógica de valores do direito penal, surge com FRISCH a teoria do *conhecimento do risco*.

Pelo critério traçado por FRISCH, o conhecimento do risco concreto permite condenação por dolo eventual, ao passo que o risco abstrato não permite senão responsabilização a título de culpa[199].

A forma mais clássica que se tem do dolo é "consciência e vontade" de obter o resultado reprovado pelo direito penal. O chamado dolo direto compreende todos os meios representados pelo agente como necessários ao fim. Já no dolo eventual, o agente prevê o resultado apenas como *provável* ou *possível*, age aceitando o risco de produzi-lo[200].

O dolo eventual não é subdivisão do dolo, mas do dolo indeterminado, que contém o eventual e o alternativo. O alternativo se dá quando o agente quer um ou outro resultado, ao passo que o eventual ocorre quando o agente não deseja o resultado mas assente com a sua realização.

Como bem acentua LUIS GRECO no preâmbulo do livro de PUPPE, que o autor brasileiro traduziu, existem basicamente duas teorias sobre dolo, a da vontade e a da representação, mas, na verdade, há várias teorias da vontade e várias também da

[196]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 177.
[197]Id. Ibid., p. 185.
[198]Id., loc. cit.
[199]ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 448.
[200]BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Forense, 1959. t. 2, p. 73.

representação[201]. A teoria da anuência que, segundo ele, os manuais brasileiros adotam, nada mais é do que uma das teorias da vontade[202].

As teorias da vontade seriam aquelas que fundamentam o conceito de dolo baseado não apenas no critério cognitivo, ou no conhecimento, mas exigem um contingente psíquico, uma tomada de posição do agente, a vontade.

O aspecto volitivo do dolo é a vontade, é o querer a realização do resultado típico, em um sentido descritivo-psicológico. Pelo conceito atributivo-normativo, "querer" é não só desejar o resultado, como também ter o resultado de meio para outros objetivos desejados[203].

Para PUPPE, "em sentido atributivo, normativo, o enunciado ´o autor quis o resultado` significa que ele não poderá se isentar de responsabilidade, alegando que não quis o resultado em sentido psicológico, que não o almejou"[204].

A crítica de PUPPE às teorias da vontade é no sentido de que, ao buscar ampliar o conceito de vontade para além do aspecto psicológico, as teorias acabam criando um conceito normativo, que já pouco tem a ver com a vontade[205].

Pela teoria da vontade, o elemento constitutivo do dolo eventual é a aprovação interna (primeira fórmula de Frank), o consentimento, a assunção do risco. Para se verificar o dolo basta que o resultado típico tenha sido ou *desejado* ou *indiferente*.

Como já dito acima, o caso do "cinto de couro" rompe definitivamente com a ideia de aprovação do resultado, permitindo o dolo mesmo quando o agente não aprova o resultado, distanciando-se ainda mais de um conceito psicológico da vontade para um conceito normativo da vontade.

É importante esclarecer que a maior parte do pensamento que até hoje se formou acerca do dolo eventual é fruto da construção derivada do dolo de segundo grau. É fácil perceber pelos exemplos da doutrina ou casos paradigmáticos da jurisprudência como a questão do dolo eventual está presente, em sua grande maioria, em casos nos quais o

---

[201]GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à 'Distinção entre dolo e culpa', de Ingeborg Puppe. Prefácio. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. XIV-XVI.
[202]Id., loc. cit.
[203]PUPPE, Ingeborg. op. cit., p. 31.
[204]Id. Ibid., p. 32.
[205]Id. Ibid., p. 35-36.

agente desejou algum resultado típico, ainda que diverso do mais grave que acabou se implementando, como é o caso do "cinto de couro" e do Índio Pataxó, no Brasil.

PUPPE trabalha ainda com outro aspecto do elemento volitivo, que é a ausência de vontade de evitação do resultado, na linha do quanto formulado por ARMIN KAUFMANN[206].

2.1.3. Dolo como conhecimento

HASSEMER afirma que os elementos cognitivos do dolo, ou as teorias do conhecimento, se interessam pelo *observável* e *calculável*, usando expressões como *possibilidade, risco,* ou *probabilidade preponderante*[207].

A bem da verdade, é importante esclarecer que não existe uma teoria da vontade totalmente apartada da teoria cognitiva, porque, como vários autores já tiveram a oportunidade de assinalar, não é possível falar em vontade sem pressupor conhecimento[208].

O que distingue uma teoria da outra é o grau volitivo que cada matriz teórica exige para a configuração do dolo. As teorias do conhecimento contentam-se com elementos de representação, prescindindo cada vez mais do aspecto volitivo.

Nada, porém, demonstra melhor como não se pode falar em teorias totalmente dissociadas uma da outra do que os próprios primórdios da teoria da representação, baseada na ideia muito bem definida por V. LISZT de que "dolo é a previsão do resultado da ação, ou a representação da causalidade do fazer ou do omitir"[209].

Ocorre que, influenciado pela primeira fórmula de FRANK, o próprio V. LISZT inclui posteriormente um elemento psicológico-volitivo no conceito ao afirmar que "existe dolo eventual quando o autor tiver representado o resultado como possível, mas sob a condição de que sua representação como segura não o tivesse inibido de atuar"[210]. Aqui,

---

[206]PUPPE, Ingeborg. op. cit., p. 47-49.
[207]HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 43, n. 3, p. 922, set./dez. 1990.
[208]ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*: parte general. Traducción por Juan del Rosal y Angel Torio. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1960. p. 259. COSTA JUNIOR, Paulo José. *Direito penal*: curso completo. 7. ed. rev. e consolidada em um único volume. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 83.
[209]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 186. No mesmo sentido: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 1, t. 1, p. 115.
[210]PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. op. cit., p. 186.

como se vê, o autor já caminha para conjugar aspectos volitivos e cognitivos no dolo eventual.

A teoria cognitiva que durante mais tempo vigorou na doutrina foi a da *probabilidade*, que busca separar o dolo da culpa segundo o grau do perigo para o bem jurídico, teoria que começou a ser descartada mais recentemente em razão da impossibilidade de se aferir o percentual de perigo para definir a maior ou menor reprovabilidade da conduta[211].

Ao lado desta, há a teoria da *possibilidade*, que tem entre seus mais destacados adeptos ENGISCH. Segundo a mencionada teoria, a distinção entre dolo e culpa está restrita ao conhecimento da possibilidade de ocorrência do resultado, eliminando a categoria jurídica da culpa consciente, já que toda imprudência seria imprudência inconsciente: "A mera representação da possibilidade do resultado típico já constituiria dolo, porque uma tal representação deveria inibir a realização da ação; a não representação dessa possibilidade constituiria imprudência (inconsciente)"[212].

A crítica fala do intelectualismo da teoria, que "reduz o dolo ao componente intelectual, sem qualquer conteúdo volitivo, mas seus resultados práticos seriam semelhantes aos da teoria dominante, embora mais rigorosos, porque admite dolo eventual em situações definíveis como imprudência consciente"[213].

No entanto, se não se quiser retornar a Feuerbach, limitando o dolo, nos termos de uma verdadeira teoria da vontade, ao propósito, mas sim considerar a criação consciente de um perigo como suficiente, sem entregar, contudo, ao autor o poder de decidir sobre a relevância dessa consciência do perigo, então o único caminho que resta, segundo afirma PUPPE, é o de uma distinção qualitativa entre perigo doloso e culposo: "não se pode compreender o perigo unicamente como um dado quantitativo, a ser descrito, no caso ideal, e índices de probabilidade, que vão desde a probabilidade de 100% até quase zero"[214].

A teoria da probabilidade, porém, cedeu lugar mais recentemente à teoria do risco. Para PUPPE, "só se pode falar de método de provocação do resultado se, segundo os

[211]PUPPE, Ingeborg. op. cit., p. 79.
[212]SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral, cit., 6. ed., p. 139.
[213]Id. Ibid., p. 140.
[214]PUPPE, Ingeborg. op. cit., p. 79.

conhecimentos daquele que o utiliza, a chance de alcançar o resultado for relativamente grande"[215].

Não obstante, como em alguns códigos penais, a exemplo do espanhol e do peruano, não existe definição de dolo, a solução de questões como esta acabam sendo resolvidas pela definição de erro, e do crime culposo.

O Código Penal brasileiro, por exemplo, define no artigo 20 o que é erro, e alude que, em hipótese de erro, o agente não responde por dolo, mas apenas por culpa[216]. Parece haver, aqui, uma assunção do legislador de que o dolo exige conhecimento dos elementos típicos da norma penal.

2.1.4. Dolo eventual, dolo normativo e presunção de dolo

A expansão do direito penal anunciada por SILVA SÁNCHEZ[217] há mais de vinte anos, sintetizada naquilo que autores como TIEDEMAN[218] descrevem como um direito penal inundado por normas penais em branco, crimes de perigo abstrato, possibilidade cada vez maior de responsabilização pela omissão, caminha também para uma forma de responsabilização cada vez menos desatrelada da ideia de dolo como *conhecimento* e *vontade*, e mais baseada no conceito de dolo normativo, expressão que, a bem da verdade, apenas escamoteia a verdadeira face desta nova forma de imputação penal: o dolo presumido.

A dicotomia entre dolo eventual e culpa consciente, que há décadas ocupa o centro do debate doutrinário e jurisprudencial, já de certa forma anunciava a ampliação do âmbito de incidência do dolo em terreno antes ocupado pela culpa. A tendência da dogmática é aproximar cada vez mais o dolo – historicamente psicológico – da culpa, por essência, normativa. Esta operação tem trazido diversas preocupações, seja em razão da amplitude cada vez maior de incidência do dolo onde antes não havia espaço senão para punição a título de culpa, seja pela utilização de institutos alienígenas que estabelecem

---

[215]PUPPE, Ingeborg. op. cit., p. 83.
[216]BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.
[217]Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, cit.
[218]TIEDEMAN, Klaus. op. cit.

normativamente a ideia de responsabilidade a título de dolo, como é o caso da cegueira deliberada.

A doutrina brasileira adota, majoritariamente[219], a teoria do consentimento para definir o dolo eventual. Assim, age com dolo eventual aquele que, embora não deseje o crime, *consente* com a produção de um resultado típico. A teoria do *consentimento* não pode ser tida como algo totalmente divorciado da teoria volitiva do dolo, nem tampouco da teoria cognitiva, porque o *consentimento* opera com os dois elementos, vontade e conhecimento. Só consente com alguma coisa quem minimamente a conhece. É impossível consentir com o que não se conhece ou se ignora completamente.

É interessante notar como quase todos os exemplos doutrinários usados para definir o dolo eventual são de casos de dolo indeterminado de segundo grau, casos nos quais não há qualquer dúvida sobre o dolo direto na prática de algum crime original, que, no entanto, acaba se desdobrando em crimes mais graves, e daí a reflexão sobre a conduta dolosa ou culposa em relação ao resultado final produzido. Tanto na doutrina estrangeira, como é o caso do "cinturão de couro", ou dos "mendigos russos", como na brasileira, o caso do "índio pataxó", são exemplos disso.

Mesmo nos crimes de trânsito, nos quais passou a ser bastante comum a imputação do dolo eventual, sobretudo em casos em que resulta evento morte, é curioso verificar como, na maioria das vezes, a conduta em si configura algum crime, normalmente de perigo, como embriaguez ao volante, mas de qualquer forma sempre uma infração de dever de cuidado, passível ou não de responsabilização na esfera penal.

Tal escala de proibições, condutas permitidas ou não proibidas, condutas proibidas apenas administrativamente e condutas proibidas penalmente, acaba sendo um importante guia para estabelecer limites à aplicação do dolo eventual ou da cegueira deliberada.

Causa intriga entre os penalistas o caso da mala contendo entorpecente ou produto ilícito, cujo conteúdo o portador alega desconhecer. Punir aquele que assim age como incurso nas penas do tráfico de entorpecentes não seria, a princípio, condenar com base em dolo presumido?

---

[219]Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos, Cézar Roberto Bitencourt, Juarez Tavares, entre outros.

RAGUÉS I VALLÈS, crítico da concepção psicológica do dolo, defende a possibilidade de atribuição normativa do dolo, embora o próprio autor reconheça o perigo de se acabar condenando alguém por ter agido com dolo, sem que de fato tenha agido assim[220]. Na verdade, tanto a concepção psicológica do dolo quanto a normativa não resolvem o problema da insegurança jurídica, e nem uma, nem outra conseguem escapar daquilo que parece ser a histórica obsessão da ciência penal com os aspectos intuitivos da decisão judicial.

Enquanto a concepção psicológica do dolo permite grande dose de subjetividade do julgador, que nunca consegue penetrar a mente do acusado, sobretudo no momento da prática do ato típico, para daí inferir seu estado volitivo, a concepção normativa acaba permitindo que o julgamento se faça a partir de premissas objetivas preestabelecidas pela dogmática penal, com maior distanciamento dos aspectos individuais de cada caso concreto. Ou o sistema é coerente e procura tratar todos da forma mais igual possível, que é o que se busca com a ideia de um dolo de base normativa, mas correndo o risco de se distanciar das individualidades próprias de cada qual, ou o sistema julga cada caso como se fosse o único, procurando enxergar as faces psicológicas do dolo, correndo o risco, porém, de ser incoerente, desigual, e aparentemente injusto (júri). Substituir, enfim, a concepção psicológica pela normativa é trocar o arbítrio do juiz pelo do legislador.

A partir de uma concepção meramente normativa do dolo, ou qualquer pretensão neste sentido, cria-se como que uma régua com a qual se passa a julgar todos os réus, deixando de penetrar aqueles micro espaços nos quais se escondem as individualidades e, por que não dizer, a justiça de cada caso, rompendo-se com o próprio princípio constitucional de individualização da pena, que antes de mais nada deve pressupor a individualização do julgamento. Ou, em uma palavra, como quer PUPPE, cria uma modalidade de dolo presumido[221].

Este confronto entre julgamento individualizado, com decisão sob medida para cada acusado, mas necessariamente carregado de boa dose de subjetividade e intuição do julgador, muito próprio dos julgamentos pelo júri, versus julgamento extremamente técnico

[220]RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en proceso penal*, cit., p. 317-320.
[221]PUPPE, Ingeborg. op. cit., p. 31-36.

de bases normativas, com mínima margem de casuísmo é o grande TAO[222] do direito penal e talvez de todo o direito atualmente.

A controvérsia extrapola a ciência jurídica, e se situa em campo muito mais complexo da neurociência, porque, no fundo, implica entender o processo mental de formação do convencimento do juiz. A velha dúvida de se primeiro se decide e depois se fundamenta, ou o contrário.

Se é verdade que a própria aferição do dolo já enfrenta problemas, tanto se visto sob o prisma da concepção normativa, como da psicológica, no dolo eventual os problemas se agravam, porque já há uma compreensão de que, se o dolo direto está no campo da certeza, o eventual está no terreno da dúvida[223].

Levando em conta que todos os países democráticos adotam a presunção de inocência como um princípio fundamental, visto invariavelmente como um impeditivo para que se condene alguém quando não há certeza acima de uma dúvida razoável, a própria ideia de uma modalidade de dolo duvidosa por natureza já oferece dificuldades de adaptação ao modelo constitucional vigente. *Mutatis mutandi,* é problema de ordem semelhante ao que ocorre quando se busca compatibilizar a existência de normas penais em branco com o princípio da legalidade. A condenação por dolo eventual sempre será uma condenação mergulhada em dúvidas.

A busca por critérios normativos, a nosso ver, apenas esconde o problema debaixo do tapete, transformando a dúvida real em certeza normativa, em uma espécie de "lavagem" da dúvida.

2.1.5. A fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente na corrupção ativa

Muitos crimes, e não é diferente no crime de corrupção, oferecem algumas dificuldades quando se pretende examinar o dolo. Como algumas de suas elementares típicas dependem de circunstâncias que muitas vezes não sobressaem a olho nu a quem com elas se depara, porque dependem de conceitos normativos (função pública, vantagem

[222]TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
[223]VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 74.

indevida, ato de ofício), é uma forma de delito que comporta boa dose de *erro* por parte de quem o comete, *erro* sobre a natureza da função ocupada por aquele que recebe os valores, *erro* sobre o motivo do recebimento e a natureza indevida do pagamento, sobretudo nos casos em que é relevante saber se houve ou não ato de ofício, e *erro* sobre o próprio destino dado aos valores naqueles casos em que funcionários concorrem para celebrar contratos com agentes privados, sem saber que o destino do pagamento é um agente público.

Assim como ocorre no crime de lavagem, e como mostrou a maioria dos casos da Operação Lava Jato, o crime de corrupção pode muitas vezes estar camuflado com a aparência de licitude – talvez por isto sua face moderna o faça vir acompanhado quase sempre do crime de lavagem –, de modo que a questão do "saber" e do "não saber" acaba se transformando em ponto nevrálgico do debate sobre a ocorrência ou não do crime.

Basta dizer que, na Operação Lava Jato, muitas acusações foram formuladas pelo Ministério Público Federal com base em peças jurídicas que basicamente se esforçavam para demonstrar que os agentes acusados sabiam do pagamento de propina e, por isso, deviam ser condenados junto aos demais autores do delito.

Assim é que expressões como "é evidente que sabiam", "era impossível não saberem", "não tinham como não saber", "não é crível que não soubessem", "não podiam desconhecer", "assumiram o risco de cometer", "agiram com cegueira deliberada", "tinham a obrigação de saber o que estavam assinando e evitar o resultado", são exemplos de como o Ministério Público variou a argumentação para poder imputar o crime de corrupção a título de dolo presumido, camuflando a ilegalidade com a aparente aplicação de institutos jurídicos ora nacionais, como o dolo eventual, ora trazidos do direito estrangeiro, como a cegueira deliberada, nas hipóteses em que a prova dos autos não permitia uma constatação clara de sua existência[224].

Principalmente nos casos de participação delitiva, nos quais o subalterno acaba responsável por operacionalizar o contrato com o agente ou operador de propina, efetuando os pagamentos, a questão de entender até que ponto sabia da natureza ilícita dos pagamentos é crucial para poder condená-lo, muito embora, na maioria destes casos, uma vez já ajustado o acerto de propina, consumado está o crime de corrupção ativa, que se aperfeiçoa com a reles oferta, e o pagamento constituiria mero exaurimento. Tal

[224]Ação Penal citada acima.

constatação, porém, dependeria do exame de cada caso concreto, o que foge ao escopo do presente estudo.

Existem algumas diferenças entre *desconhecimento*, *erro* e *dúvida*. Quem erra, realiza seus atos com consciência e vontade, mas tem uma percepção equivocada da realidade, que se fosse correta o teria levado a não praticar a conduta. Para errar é preciso minimamente conhecer; para escolher uma opção, ainda que errada, é preciso conhecê-la e a ela aderir voluntariamente. Para que este autor tenha uma compreensão errônea do direito penal, é preciso que conheça relativamente o objeto de estudo ao qual esta área do conhecimento se dedica.

Desconhecimento é a ausência quase completa de vínculo cognitivo entre o agente e o dado da realidade. Já a dúvida pressupõe boa dose de conhecimento, um embrião da consciência do ilícito, que pode fazer o agente deixar de prosseguir com o projeto causal, ou não.

Diz o artigo 20 do Código Penal que o erro sobre elemento constitutivo do tipo penal exclui o dolo, mas permite a condenação por crime culposo. Já o erro pode ser resultante tanto do desconhecimento quanto de uma consciência deturpada da realidade.

O erro sobre elemento constitutivo do tipo penal pressupõe conhecimento deficiente dos elementos típicos. Se o dolo exige conhecimento das circunstâncias de fato do tipo legal, então o erro sobre circunstâncias de fato do tipo legal exclui o dolo[225]. Em qualquer caso, o erro de tipo significa defeito de conhecimento do tipo legal e, assim, exclui o dolo porque "uma representação ausente ou incompleta não pode informar o dolo de tipo"[226].

A dúvida já é um grau maior de conhecimento, é a consciência maior ou menor da possibilidade de erro. É o grau de dúvida que vai determinar a gravidade do erro. No plano objetivo é preciso demonstrar que havia motivos concretos, e não meramente existenciais ou espirituais, para duvidar do caráter lícito da conduta praticada ou tolerada de terceiro.

Quanto mais a dúvida tender a zero, mais próxima estará do erro inevitável e da ausência total de responsabilidade penal; quanto mais a dúvida caminhar em direção à certeza, mais próxima estará da fronteira entre a culpa consciente e o dolo eventual.

---

[225]ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, cit., 2008.
[226]SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral, cit., 6. ed., p. 145.

2.1.6. Dolo eventual e a questão do “saber” e do “dever saber”

O que têm em comum o caso do motorista que acelera o carro contra uma multidão e o do subalterno que assina um contrato por ordem superior sem saber sua real natureza, que é encobrir o pagamento de propina? Podemos talvez afirmar que ambos *sabem* que existe um risco de que de sua ação decorra um resultado típico, ainda que, no segundo caso, este conhecimento do risco dependa de alguns outros fatores.

Tanto assinar contratos como acelerar o carro contra uma multidão são condutas capazes de colocar em risco bens jurídicos. Existem, porém, diferenças entre elas. Assinar contratos por ordem superior são atividades comuns e corriqueiras da empresa, constitui atividade lícita, embora exista um risco abstrato de que deste fato decorram resultados típicos.

Já no caso do motorista, há um contingente de vontade de, no mínimo, colocar em risco o bem jurídico. Ao acelerar o carro em direção à multidão o motorista decide, deliberadamente, colocar bens jurídicos em risco (vida, integridade física...), enquanto que o funcionário não toma esta decisão: não há na sua conduta um conteúdo volitivo no sentido de colocar em risco qualquer bem jurídico.

E por isso que, tanto a doutrina, como a jurisprudência brasileiras não excluem completamente o elemento volitivo do dolo eventual (caso índio Pataxó[227]). E parece que só mesmo considerando que o dolo eventual possui este contingente de vontade é que será possível distingui-lo da culpa consciente e evitar injustiças.

---

[227]PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 400-STF. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. REVALORAÇÃO E REEXAME DO MATERIAL COGNITIVO. I - Embora o Ministério Público, na esfera criminal, não possua o benefício do prazo em dobro, a sua intimação, entretanto, é sempre pessoal, na pessoa do agente do "Parquet" com atribuições para recebê-la e não na de funcionário da Instituição (cfe. art. 41, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, art. 18, inciso II, alínea h da LC. 75/93 e art. 370 § 4º do CPP). II - É de ser reconhecido o "prequestionamento" quando, no acórdão recorrido, a "quaestio iuris" está suficientemente ventilada juntamente, ainda, com dispositivos legais pertinentes. III - A Súmula nº 400-STF não é óbice para o recurso especial e, "in casu", concretamente, ela seria inaplicável. IV - A decisão, na fase da pronúncia, aprecia a admissibilidade, ou não, da acusação, não se confundindo com o denominado "iudicium causae". V - A desclassificação, por ocasião de "iudicium accusationis", só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano. VI - Na fase da pronúncia (iudicium accusationis), reconhecida a materialidade do delito, qualquer questionamento ou ambigüidade faz incidir a regra do brocardo "in dubio pro societate". VII - Detectada a dificuldade, em face do material cognitivo, na realização da distinção concreta entre dolo eventual e preterdolo, a acusação tem que ser considerada admissível. Recurso conhecido e provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp: 192049 DF 1998/0076411-9, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 09/02/1999, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 01.03.1999. p. 367 JSTJ v. 3 p. 329 RDJ TJDFT v. 59 p. 160 RSTJ v. 115 p. 461).

Mas existe outra diferença. No caso do motorista, ele tem domínio completo sobre o foco de risco, que depende única e exclusivamente da sua *vontade*, ao passo que o subalterno da empresa não dispõe de poderes para fazer cessar o risco, ou pelo menos não detém domínio absoluto sobre o risco, que foi provocado e é administrado por terceiros.

Nesse sentido que, para situações próprias do ambiente empresarial, o interesse estatal de punir certas condutas como se dolosas fossem teve que buscar auxílio do direito estrangeiro. Basicamente porque elas não podem ser enquadradas perfeitamente na figura do dolo eventual.

A dificuldade encontrada pela jurisprudência era como punir a título de dolo alguém que pratica conduta lícita e desprovida de qualquer indício de vontade de colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal, mas que, sem ela, o crime não teria ocorrido.

As situações concretas que levaram a jurisprudência espanhola[228] a adotar a cegueira deliberada, tornando possível condenar por dolo aquele que alega desconhecer a existência de droga na bagagem que traz consigo, muito se distanciam também das situações empresariais nas quais se pretende adotar a cegueira deliberada como substituto do dolo eventual.

Aquele que aceita fazer o transporte de algo cujo conteúdo desconhece faz uma tomada de decisão importante, que pode sim ser equiparada à do motorista que acelera contra a multidão, na medida em que ambos agem com a decisão (portanto, vontade) de colocar em risco um bem jurídico. A menos, obviamente, que o caso concreto aponte circunstâncias capazes de demonstrar que não lhe era exigível suspeitar do risco.

As circunstâncias em que alguém aceita transportar pacote ou carga de terceiros é que vão dizer se é possível duvidar do conhecimento que este alguém possuía acerca do seu conteúdo. Alguns poderão dizer que a condenação nestes casos só pode se dar mediante a adoção de um dolo presumido, já que não é possível aferir a certeza de que o agente conhecia o conteúdo ilícito da mala ou da carga. Outros dirão que o dolo é comprovado pelas circunstâncias do caso concreto, que podem ser mais ou menos ricas em informações.

---

[228]RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*, cit., p. 210-212.

Não nos cabe aqui fazer a análise dos julgamentos penais em casos específicos, de modo que devemos nos limitar a concluir que, nestes casos, o dolo deve ser inferido das circunstâncias do caso, sendo o fato de o agente ter sido encontrado em poder da droga uma das circunstâncias, mas não a única, o que deverá ser analisado pelo juiz, com o cuidado para não se inverter o ônus da prova.

2.2. A omissão imprópria e o contexto empresarial

Parece ser impossível debater cegueira deliberada no ambiente empresarial sem de alguma forma trabalhar com o conceito de omissão. Decidir ignorar é uma forma de se omitir, de modo que, se pretenderemos tratar a cegueira ou a ignorância deliberada como um padrão de comportamento e não como categoria jurídica da imputação subjetiva, que é a nosso ver aquilo do qual ela mais se aproxima, torna-se quase inevitável analisá-la pelas lentes da teoria dos crimes omissivos.

O decisivo na omissão é a obtenção de prestações positivas de indivíduos em favor de outros, com o fim de melhorar ou potencializar suas situações jurídicas. Segundo SILVA SÁNCHEZ, o conceito de omissão se vincula à existência de um conteúdo material prescritivo de uma prestação positiva[229].

A doutrina denomina crimes omissivos impróprios os delitos cuja estrutura guarda correspondência com outra, comissiva, com a qual se equipara. Como consequência de que a estrutura omissiva é equiparada à estrutura comissiva, exige-se, na omissão imprópria, uma afetação do bem jurídico que seja equivalente à afetação na tipicidade ativa (comissiva):

> "Os autores são aqui sempre qualificados, pois a lei não se limita a construir tipos enunciando a norma deduzida prescritivamente, e sim, devido ao maior espectro proibitivo dessa formulação, restringe o círculo de autores às pessoas que se encontrem numa particular relação jurídica que se considera fonte da obrigação na situação típica"[230].

[229]SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *El delito de omisión*: concepto y sistema. Buenos Aires: Julio César Faira, 2010.

[230]ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*: teoria do delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. v. 2, p. 355.

Sendo assim, haverá crime omissivo impróprio toda vez que a não realização de uma ação possível, por parte de um sujeito na posição de garantidor, implique o não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por ação[231]. Nas palavras de TAVARES:

> "Nos delitos omissivos impróprios, o tipo se compõe da descrição de uma conduta, originariamente, comissiva (matar alguém), da posição de garantidor do sujeito, do dever determinado de impedir o resultado, da omissão de uma ação impeditiva do resultado, da causalidade e da equivalência da omissão à ação"[232].

Cabe, então, realizar o juízo de subsunção que irá determinar a possibilidade de cometimento da corrupção ativa mediante omissão, em especial no contexto empresarial, analisando-se de forma analítica a teoria dos crimes omissivos impróprios.

2.2.1. *Compliance* e dever de vigilância

Não é nova a questão da criminalidade praticada em *aparatos organizados de poder.* A partir da segunda metade do século passado, ainda sob o efeito da ressaca das atrocidades cometidas no conflito mundial, o pensamento humano passou a se debruçar sobre um novo aspecto do mal, que diz respeito a como uma organização é capaz de tornar indivíduos criminosos, de tal modo que, do ponto de vista ontológico, o valor ético de uma conduta individual passa a ter menos relevância do que saber quem são os agentes por detrás dele, ou o aparato de poder ao qual pertence.

A expressão "banalidade do mal"[233], cunhada por HANNAH ARENDT, traz à tona a preocupação sobre como crimes terríveis podem ser praticados, não por vontade deliberada de seu executor, mas em virtude da forma como este está subordinado a uma organização, na qual este ato, antes de encontrar raízes criminológicas individuais, pertence, ao contrário, a uma cadeia de atos orquestrados pelo grupo, para o qual o executor é apenas uma peça fungível da engrenagem.

---

[231]TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 309.
[232]TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*, cit., p. 402.
[233]ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução: José Rubens Siqueira. 6. ed. São Paulo: Companhia da Letras, 1999.

No campo do direito penal, como se sabe, esta preocupação é o embrião da teoria de domínio do fato por meio de aparatos organizados de poder, forma que ROXIN encontrou de alcançar também na qualidade de autor aquele que ordena a execução do crime[234]. Entretanto, fato a revelar o perigo de se esbanjar criatividade em uma área por definição conservadora como o direito penal, a criatura ganhou asas e voou, bandeando-se para o lado de quem estava à espreita esperando formas heterodoxas de driblar os rígidos princípios do direito penal para aumentar seu âmbito de incidência. Talvez nunca tenha havido teoria tão deturpada no direito penal como a do domínio do fato, a ponto de discípulos do seu criador precisarem ir a público criticar a forma como alguns juízes a têm aplicado[235].

Criada para se aplicar a aparatos de poder à margem do ordenamento jurídico, logo a teoria passou a ser invocada para crimes de empresa, muito embora ROXIN seja categórico quanto à não aplicação nesta seara, e foi evoluindo para algo ainda mais inapropriado que é a responsabilização por omissão do empresário que detém o domínio do fato. Possibilidade também rechaçada por ROXIN, que não concebe a aplicação da sua teoria para os crimes de omissão, delitos "em que o omitente não se torna um autor devido a seu eventual domínio do fato, mas pela violação de seu dever de evitar o resultado"[236]. A partir daí começa o movimento defensor da ideia de prevenção de crimes dentro da empresa.

Fato que, baseados na ideia de que, no âmbito da empresa, vigora uma "irresponsabilidade organizada", autores como FEIJOO SANCHEZ propõem a reformulação dos fundamentos de responsabilidade jurídico-penal no âmbito empresarial, de modo que as empresas não podem mais "ser tratadas como uma soma de sujeitos individuais, sendo que supõem uma nova realidade social, diferente daqueles, e com dinâmicas diferentes das individuais"[237].

---

[234]Para maiores detalhes do pensamento de Roxin, vide: ROXIN, Claus. *Autoría y domínio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

[235]Em artigo publicado no Conjur, alunos do professor alemão Claus Roxin apontaram algumas considerações que o autor da teoria do domínio do fato fizera sobre o uso equivocado de suas ideias. Vide: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; ASSIS, Augusto. Roxin faz esclarecimento ao público sobre mensalão. *Consultor Jurídico*, 19 nov. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-19/mensalao-esclarecimento-claus-roxin-publico-brasileiro>. Acesso em: 29 jul. 2014.

[236]CRESPO, Eduardo Demetrio. *Responsabilidad penal por omisión del empresario.* Madrid: Iustel, 2009. p. 76. Tradução livre.

[237]FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Buenos Aires: Julio César Faria, 2009. p. 51-52. Tradução livre.

Forte na premissa de que "o Estado carece de capacidade para intervir diretamente nas organizações empresariais", alguns autores como FEIJOO apostam na tese de que "a única opção que resta ao ordenamento jurídico parece residir no estímulo de uma correta auto-organização (uma organização conforme o Direito, que não leve em conta somente os fins lucrativos da empresa e de seus sócios)"[238].

Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz vão mais além, identificando um Estado de Prevenção, no qual "a insegurança, característica do momento atual autoriza que aparatos estatais formem um Estado de vigilância ou de prevenção que tem características que vão além dos mecanismos penais tradicionais"[239].

SAAVEDRA parece identificar o surgimento da cultura do *compliance* "com o surgimento de crimes econômicos e da persecução penal de empresários e instituições financeiras"[240], assim se permitindo deduzir com base no fato de que "apenas quando os gerentes de empresas e de instituições financeiras passaram a ser investigados e processados criminalmente, surgiu também a necessidade de prevenção criminal no âmbito de suas atividades"[241].

Assim, o *criminal compliance* poderia ser concebido como meio de diminuição de riscos de responsabilização criminal dos dirigentes da empresa.

Para outros, como é o caso de ROTSH, a onda do *criminal compliance* representa, em alguma medida, uma reação à ideia de responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois, ao que parece, naufragada esta solução, surgiria, então, a necessidade alternativa de criar mecanismos de obrigar a empresa a prevenir riscos e evitar a prática de alguns ilícitos[242].

Ainda assim, SAAVEDRA adverte para um paradoxo, no qual parece residir o ponto cego da questão. Pois, se for verdade que o objetivo do *compliance* é o de que "a partir de uma série de controles internos, se pretende prevenir a responsabilização penal"[243], o paradoxo estaria no fato de que "a sua concretização, porém, ao invés de diminuir as chances de responsabilização penal, cria as condições para que, dentro da

---

[238]FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. op. cit., p. 51-52. Tradução livre.
[239]SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. *Criminal compliance*: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 25, p. 596, 2013.
[240]SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance* na nova lei de lavagem de dinheiro. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 23, ago./set. 2012.
[241]Id., loc. cit.
[242]ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*. *InDret*: revista para el análisis del derecho. Barcelona, p. 8, ene. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>. Acesso em 31 out. 2018.
[243]SAAVEDRA, Giovani Agostini.. op. cit., p. 23.

empresa ou instituição financeira, identifique-se uma cadeia de responsabilização penal, pois a forma como os *Compliance Officers* têm sido constituídos acabam por colocá-los na posição de garante"[244].

Ou seja, concebido para diminuir os riscos de responsabilização, acaba provocando o efeito inverso, tornando o empresário ou seus subalternos ainda mais vulneráveis aos riscos de uma persecução penal.

Alguns problemas parecem intensificar estes riscos, como o fato de não haver diretrizes legais claras de regras internas a serem adotadas[245], algo que nos parece impossível de se conciliar com o princípio da legalidade penal. Neste mesmo sentido o agouro de ROTSCH:

> "é somente questão de tempo antes que surjam as primeiras situações em que uma empresa, diligentemente executando as medidas propostas por um advogado com melhor conhecimento e consciência sobre as regras específicas na assessoria de *Compliance*, veja, finalmente, como o BGH considera insuficientes as medidas que tenha implementado"[246].

Para o autor alemão, por causa desta incerteza jurídica, algumas empresas "estão dotando seus departamentos de *compliance* de uma maneira absolutamente desproporcional, surgindo, a seu turno, um subsistema empresarial que precisa, em si mesmo, de um novo departamento de *compliance"*[247], revelando o estágio de verdadeira cegueira causada por uma nova ordem mundial que quer a responsabilidade criminal por omissão a qualquer custo, mas ainda é indecisa, insegura e imatura a respeito do conteúdo ético-jurídico das ações concretas que espera ver consolidadas dentro das empresas como contrapartida à imunidade penal do empresário.

---

[244]SAAVEDRA, Giovani Agostini.. op. cit., p. 24.
[245]Neste sentido já tivemos a oportunidade de suscitar a reflexão em: SIMANTOB, Fábio Tofic. Culpa por decreto. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 01 abr. 2014. p. 1-1. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,culpa-por-decreto-imp-,1147618>. Acesso em: 04 nov. 2018.
[246]ROTSCH, Thomas. op. cit., p. 8. Tradução livre.
[247]Id. Ibid., p. 3. Tradução livre.

2.2.2. A posição de garante do empresário e a possibilidade de incriminação de condutas

A técnica de situar, formalmente, as fontes da posição de garantidor foi acolhida integralmente no Brasil, consoante dispõe o art. 13, §2º do Código Penal[248]. Busca-se, pois, estabelecer um conteúdo material dessa previsão, que se tem assentado em dois grandes grupos: a especial posição de defesa de certos bens jurídicos e a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo.

Apesar de a assertiva legal estar amparada sobre uma base material, correspondente a aspectos sociais relevantes, como as relações familiares, sociais ou profissionais, ou a responsabilidade por fontes de perigo, a posição de garantidor, assim concebida, não atende suficientemente ao princípio da legalidade, porque "diante da variedade de fatos que pode englobar, comporta extensões intermináveis que tornam incerta a segurança jurídica"[249].

Aqui já se apresentam problemas de difícil solução, pois alguns, como ROXIN, propõem a aplicação da teoria do incremento do risco, de modo que, para demonstrar a responsabilidade por omissão, bastaria que a ação omitida tivesse ao menos diminuído o risco de lesão, mesmo sem haver certeza sobre sua capacidade de evitação do resultado.

Tal proposta parece ir de encontro com os princípios basilares do direito penal, como a legalidade, para não falar da garantia já no campo processual do *in dubio pro reo.* De fato, não parece certo que alguém possa ser responsabilizado criminalmente por não agir, se não houver uma probabilidade próxima à certeza de que seu agir teria efetivamente evitado o resultado, entendimento que parece desfrutar de maior prestígio na jurisprudência, como anota CRESPO, lembrando ainda a sagaz percepção de ORDEIG, de que a fórmula proposta por ROXIN implicaria transformar "contra a lei todos os delitos de lesão em delitos de perigo"[250].

---

[248]§ 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 resultado.

[249]TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 317.

[250]CRESPO, Eduardo Demetrio. op. cit., p. 69.

Há que se ter um maior cuidado com os crimes comissivos por omissão, porque, se nos comissivos a identificação do responsável pelo resultado se mostra naturalmente fácil, já que há uma indevida intervenção do homem no curso natural dos fatos, no outro, há o inverso, ou seja, o curso natural não se interrompe, e buscar quem teria o dever e a capacidade de impedi-lo é tarefa muito mais, não só jurídica, mas metafisicamente complexa.

São diversos os fatos da vida pelos quais podemos nos sentir culpados por não termos agido. A mãe pode ser responsável pela diabetes do filho, por não ter evitado desde pequeno o consumo elevado de açúcares, assim como o pai pode ter parcela de responsabilidade pela marginalização do filho, que poderia ter sido impedida com medidas educativas mais rigorosas dentro de casa.

A vida é basicamente deixar de fazer, pois, para cada opção que escolhemos, preterimos outras tantas em quantidade infinita. A identidade do indivíduo se forja muito mais pelas suas ações, a profissão, o casamento, os filhos, as viagens, as obras, do que pelas suas omissões, pelas coisas que deixa de realizar ou que deixam de acontecer. O não fazer é o lugar comum do ser humano, é o que coloca toda a humanidade em patamar de igualdade, numa espécie de denominador comum, ao passo que é efetivamente a ação, o fazer, o acontecer positivo que vai distinguir o indivíduo do todo. Por isto, por ser a responsabilidade por omissão metafisicamente oponível a todos, é que deve haver instrumentos legais de uma maior delimitação individual desta responsabilidade, sob pena até de que sua incriminação encontre sérios óbices no princípio da legalidade.

A tentativa de buscar a aplicação da omissão imprópria, classicamente usada em crimes do Código Penal, sobretudo os contra a vida e contra a integridade física ou contra a liberdade, levando-a para dentro da empresa, tem se tornado comum principalmente em situações de dano ambiental ou ao consumidor (produtos nocivos), e, mais recentemente, nos casos de lavagem de dinheiro, tocante aos sujeitos obrigados, tidos por corresponsáveis, por não terem adotado os mecanismos de controle que lhes eram exigidos para prevenir operações tidas por suspeitas.

Uma parte da doutrina assinala que, no dever de vigilância, está incluída a obrigação de dominar os perigos provenientes dos atos do subordinado[251]. Isso está correto, mas é preciso delimitar o âmbito desse dever. Relevante será a relação concreta do sujeito

[251]BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. 3 ed. rev. e atual. Niterói: Impetrus, 2014. p. 78.

com o bem jurídico, de modo que sua preservação dependa da intervenção do indivíduo[252]. Igualmente, o dever, em princípio, só pode ser imposto a quem esteja em condições imediatas da prestação devida[253].

Ao impor deveres de vigilância aos chamados agentes obrigados, a lei penal ter-lhes-ia colocado em uma posição de garantes, em virtude da qual teriam o dever legal de evitar o resultado. Antes de mais nada, surge uma relevante distinção, sobretudo no âmbito da empresa, entre crimes omissivos concernentes à própria atividade fim da empresa, entre os quais se inseririam os delitos ambientais e contra o consumidor, e outra classe de delitos, chamados por CRESPO de delitos de extralimitação[254], que apenas acidentalmente acabam contando com uma conivência do empresário por omissão, caso da lavagem, pelo menos sob o enfoque que nos interessa neste momento, e da própria corrupção.

Parece óbvia, assim, a posição de garante do empresário, ou do responsável técnico por ele incumbido de zelar pela correta fabricação de produtos como medicamentos ou aparelhos médico-hospitalares, de modo a não acarretar danos à saúde dos consumidores.

Esta posição de garante começa a ficar menos óbvia em casos como o da lavagem ou da corrupção, porque, nestes casos, a obrigação do empresário seria a de agir, mediante programas de governança interno, para impedir que terceiros se aproveitem da falta de controle da empresa, obtendo na atividade empresarial lícita auxílio para sua empreitada criminosa[255]. A prevenção de riscos neste caso se situa em âmbito alheio à atividade fim da empresa e para a qual, portanto, não está vocacionada[256]. Fato é que, desta imposição legal e administrativa colocada para determinados empresários, no sentido de obrigá-los a uma série de controles das atividades de terceiros, decorreria sua posição de garante ou a de seu *compliance officer*.

Estamos falando então de programas de governança corporativa que buscam a implementação de boas práticas dentro da empresa, de tal modo que, ao serem implementadas, reduziriam, em tese, o risco de ocorrência do resultado delitivo no âmbito de suas atividades.

---

[252]ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito penal brasileiro: teoria do delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade, cit., p. 360.
[253]SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral, cit., 6. ed., p. 321.
[254]CRESPO, Eduardo Demetrio. op. cit., p. 93-94.
[255]Nos casos em que o próprio empresário pratica atos de corrupção, o crime é comissivo não interessa à problemática do presente trabalho.
[256]Neste sentido, já tivemos a oportunidade de destacar em: SIMANTOB, Fábio Tofic. op. cit., p. 1-1.

Logo, para ser efetivo, o *compliance* não pode se limitar à concepção de um bom modelo de governança. Pressupõe, também, a colocação em prática da cultura fomentada no manual ético, etapa significativamente mais difícil do que a primeira. Assim, se apesar de dispor de um amplo e completo programa de *compliance*, a empresa não consegue impedir que uma operação suspeita de lavagem deixe de ser comunicada por falha de um funcionário alheio ao departamento de *compliance*, parece claro que o empresário ou o *compliance officer* não poderão ser responsabilizados criminalmente, pelo fato de não lhes ser possível imputar qualquer infração de dever. Neste caso, a responsabilidade tampouco poderia recair sobre o funcionário, a quem a lei não obriga de forma individual.

É importante assinalar que, ao enunciar que "a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado", o art. 13 do Código Penal não obriga o garante a intervir em todas as fases do curso causal, mas somente "para evitar o resultado". Desta forma, sobretudo nos casos em que a responsabilidade do garante é tocante à atuação de terceiras pessoas sob sua autoridade ou vigilância[257], a obrigação só surge, de forma a vincular o agente, quando a ação do terceiro tiver sido ao menos tentada, e um bom programa de *compliance* seria aquele capaz de se fazer substituir ao verdadeiro garante no momento da efetiva necessidade de intervenção em um curso causal tendente a levar ao resultado delitivo. Não deixa de ser uma responsabilidade virtual, injurídica, pois, como acentua Luiz Regis Prado, "inexiste omissão pré-típica e de que há entre a conduta proibida e o resultado, nexo de evitação"[258].

Por esta perspectiva, então, só poderia ser garante o sujeito que se depara, em tempo real, com a operação tida por suspeita no momento de sua concretização, quando então surge para ele o poder de interromper o curso causal. Assim, se, por exemplo, ao se deparar com uma operação suspeita, o funcionário a submete ao *compliance officer*, que mesmo diante de todos os indícios de crime, autoriza a sua realização, estaria este último incurso no crime, desde que, é claro, detivesse o poder de evitar a sua realização[259].

O que não nos parece possível é responsabilizar criminalmente, seja o funcionário, por não ser obrigado individualmente para que possa ser garante, seja um

[257]Neste sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2003. p. 676.
[258]PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 141.
[259]Neste sentido, ver: COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014.

superior seu, não avisado da operação, por não ter ciência do início de um curso causal e, portanto, de como poder evitar o resultado. Pois, como bem lembra SILVA SÁNCHEZ: "a teoria finalista exige um conhecimento real já como elemento do conceito de omissão"[260]. O dever de vigilância não é um dever de onipresença, e também não pode ser um dever profético, de antever todas as situações futuras de risco nas quais, por não estar presente, o empresário devesse dispor de mecanismos automáticos de prevenção geral e abstrata (poder que nem o Estado, ente com maior poder para conter crimes, é capaz de deter).

O dever de vigilância há de ser possível de ser feito de mão própria, porque, do contrário, implicaria uma responsabilidade virtual, fora da órbita de um curso causal, centro de gravidade de toda a dogmática.

Se, na lavagem de dinheiro, o dever de *compliance* já se mostra difícil de gerar uma posição de garante do empresário, no caso da corrupção, esta posição de garante apresenta problemas ainda mais profundos. Ambos os crimes ostentam aspectos criminológicos razoavelmente distintos, porque, enquanto na lavagem – pelo menos aquela que é praticada por omissão pela não adoção de mecanismos de controle – a empresa é usada para facilitar crime de terceiro alheio à empresa, na corrupção a empresa ou seu representante (diretor, funcionário, agente contratado etc.) é protagonista do delito.

Ou seja, se evitar a prática da lavagem de terceiros mediante mecanismos de controle internos já é tarefa bastante complexa, porque nem sempre o programa estabelecido é capaz de detectar todas as suspeitas que deveria, mas em todo caso permite – ou deveria permitir – uma razoável chance de levantar as chamadas *red flags,* no caso da corrupção, o máximo que se vai conseguir é um caráter pedagógico, educativo, de prevenção geral, mas pequena a chance de se criar mecanismos de alerta como na lavagem.

Pensando em formas eficazes de evitar a corrupção dentro da empresa, podemos citar o exemplo da proibição de contratar terceirizados com algum grau de parentesco com funcionários públicos responsáveis pela obra pública a ser executada. Parece uma boa política, mas que em todo caso não impede rigorosamente a corrupção, porque, ao contrário do que ocorre na lavagem, em que a conivência da empresa pode ocorrer por falta de deveres de cuidado, na corrupção, o crime precisa, em última análise, de uma conduta

[260]SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *El delito de omisión*: concepto y sistema, cit., p. 35. Tradução livre.

intencional de alguém envolvido com a empresa, e dominar o dolo de terceiros é ciência que ainda não foi dada aos humanos conhecer.

As considerações feitas acima mostram o grau de complexidade do direito penal, e sua tendência a estender seus tentáculos para âmbitos antes inimagináveis. A conclusão do capítulo anterior, claramente contrária à ideia de responsabilizar criminalmente titulares das empresas, ou *compliance officer,* que não conseguem evitar crimes de terceiros, pode suscitar como contestação o fato de que, se assim for, o Estado deixará de dispor de instrumentos punitivos destinados a inibir a prática de inúmeros crimes cuja consecução só é possível graças a mecanismos frouxos de controle dentro das empresas.

Entretanto, nossa conclusão não desafia esta outra constatação, de que efetivamente as empresas precisam estar capacitadas para impedir práticas ilícitas. A divergência é que, de acordo com as reflexões postas aqui, o direito penal não é o instrumento adequado para este fim, porque a responsabilização criminal do empresário nestes casos encontra óbices dogmáticos insuperáveis.

Parece ser esta a razão pela qual a lei anticorrupção não menciona qualquer sanção de natureza criminal, mas investe em pesadíssimas punições administrativas, o que também pode ser objeto de crítica, embora fuja totalmente ao escopo deste estudo. Seja como for, as sanções de natureza administrativa seriam meios muito mais eficazes e, por que não dizer, justos, de se buscar soluções menos danosas para o problema.

2.2.3. Cláusula de correspondência

Nos delitos omissivos impróprios, além da inação, da real possibilidade de atuar, da situação típica e do dever de impedir o resultado, com base na posição de garantidor, é fundamental analisar a relação entre a ação devida e a comissão.

A cláusula de correspondência, nesse aspecto, tem dupla função: estabelecer a necessidade de se diferenciar o injusto dos crimes omissivos daquele dos delitos comissivos e exigir uma comprovação de que nos delitos omissivos impróprios a omissão corresponda à ação[261].

[261]TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 345.

Tendo em vista a natureza da norma mandamental, que se insere como pressuposto do delito, em face da norma proibitiva, faz parte do tipo como elemento não escrito a afirmação de que a não execução da ação adequada para impedir o resultado (a ação devida), "por seu conteúdo social de sentido, produz efeitos semelhantes aos da ação típica do delito comissivo correspondente"[262].

Tem como pressupostos o fato de que o resultado, nas mesmas hipóteses, seria evitado, com probabilidade nos limites da certeza, pela realização da ação mandada, além de comportar-se uma contraprova de que esse mesmo resultado, igualmente com probabilidade nos limites da certeza, teria ocorrido da mesma forma caso o sujeito atuasse ou se omitisse.

O primeiro decorre do princípio constitucional da presunção de inocência, pois é inadmissível que se afirme a imputação de um resultado a alguém sem que se demonstre, empiricamente, as bases de sustentação dessa imputação. Não vale só como não culpabilidade, de que os fatos submetidos ao procedimento penal não possam ser avaliados, antecipadamente, contra o réu, mas também como exigência de que essa avaliação não implique uma conclusão errônea quanto ao processo de imputação, de forma a ser necessária a conjugação dos incisos LVII e LXXV do art. 5º da Constituição. O segundo é, ainda, uma resultante dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

2.3.4. A questão da participação nos crimes omissivos

Resta, então, o problema da cumplicidade: será possível uma cumplicidade por omissão?

Incabível se trabalhar com o concurso de pessoas nos delitos omissivos sob o critério do domínio do fato, porque a responsabilidade, aqui, só afeta aquele que está comprometido com um dever de atuar[263].

O garantidor que omite a ação impeditiva do resultado é *autor*, e sua autoria se fundamenta na violação do dever especial ao qual estava adstrito. Se o resultado foi produzido por conduta dolosa de outrem (que por igual é autor, pelo domínio do fato), temos em realidade dois autores, duas autorias incomunicáveis (autoria colateral). Dessa

[262]TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 342.
[263]BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma Investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 84 e ss.

forma, e contrariamente à opinião doutrinária brasileira predominante, deve-se estabelecer que onde exista dever jurídico de impedir o resultado não haverá cumplicidade por omissão, mas *poderá* haver autoria pelo crime omissivo (autoria esta colateral à autoria daquele que por ação produz o resultado).

Com isso, cai por terra também a delimitação habitualmente aceita entre conivência e cumplicidade por omissão: se tal função fosse atribuída ao dever jurídico de impedir o resultado, não haveria espaço lógico para a cumplicidade (ou se trataria de autoria, ou se trataria de conivência), que é teoricamente admissível (WELZEL). Precisamente, a conivência e a cumplicidade por omissão têm em comum a inexistência do dever jurídico de impedir o resultado. A distinção deverá se situar, portanto, no favorecimento objetivo e subjetivo. Na conivência, a inércia do sujeito não representa objetiva cooperação para o delito, nem ele deseja cooperar, ainda quando, intimamente, espere que o delito se execute (FREDERICO MARQUES). Na cumplicidade omissiva, a inércia deve significar alguma cooperação, em congruência com um dolo que pode ser eventual (MEZGER e MAURACH). O conhecimento que o autor tenha da cooperação não é, consoante a regra geral, decisivo; entretanto, um ajuste tácito servirá para indicar com nitidez a cumplicidade.

O cúmplice deve conceber sua omissão como cooperativa (ao menos, em nível de provavelmente cooperativa), e objetivamente deve ela corresponder a uma facilitação da execução do delito. Fora desse esquema – cuja restrição é visível – estão as situações de conivência impunível[264].

Obviamente impensável a participação material em sede de omissão, qualquer que seja ela. Irracional pretender que alguém concorra com instrumentos ou tarefas para que outro permaneça inativo. Portanto, como assinala BIERRENBACH, "a única forma de participação em crime omissivo impróprio é a participação moral, por via da determinação"[265].

Nesse sentido, o que a dogmática designa por instigação à omissão de uma ação não é, senão, uma dissuasão do cumprimento da ordem legal: "aquele que dissuade outrem ao cumprimento do dever realiza, para o autor, um delito de comissão"[266].

[264]BATISTA, Nilo. op. cit., p. 173-175.
[265]BIERRENBACH, Sheila. op. cit., p. 130.
[266]Id. Ibid., p. 131.

3. É POSSÍVEL APLICAR A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO BRASILEIRO?

3.1. As raízes da teoria da cegueira deliberada

O surgimento da cegueira deliberada remonta ao século XIX na Inglaterra. A primeira menção a ela que se tem notícia foi em 1861, no julgamento do caso Regina vs. Sleep, em uma tentativa de equiparar o conhecimento à cegueira intencional, sem linhas muito bem definidas do que precisamente configuraria este estado de cegueira voluntária.

Algumas décadas depois, a doutrina da *willfull blindness* já estaria sendo utilizada em decisões da Suprema Corte estadunidense. A primeira decisão se deu no caso *Spurr v. United States,* no qual o réu era acusado de certificar cheques sem fundo de um cliente, o que ele justificava alegando que não sabia da inexistência de fundos. É bastante sintomático que a Suprema Corte americana já acenasse para a utilização da cegueira deliberada como forma de dolo presumido, ao aduzir que o propósito ilícito é presumido quando o agente se coloca intencionalmente na situação de ignorância.

Mas é somente na década de 1970 que a doutrina começa a ser usada de forma sistemática, já na vigência do *Model Penal Code*, aplicada basicamente em casos de tráfico ilícito de entorpecentes.

Muito embora a cegueira deliberada não esteja prevista expressamente no *Model Penal Code*, muitos entendem que seção 2.02.7 foi criada para lhe dar amparo legal, principalmente quando diz que o "conhecimento da alta probabilidade satisfaz a exigência de conhecimento".

Ocorre que as categorias de dolo no direito americano são diferentes do direito brasileiro. As categoriais de elemento subjetivo que o *Model Penal Code* estabelece são: *porpose, knowledge, recklessness e negligence.*

LUCCHESI adverte que, embora tentadora a equiparação de cada uma destas categorias a alguma categoria do direito continental, como faz JIMENEZ DE ASÚA, por exemplo, ao equiparar *porpose* ao dolo direito, *knowledge* ao dolo eventual, *recklessness* à

culpa consciente e *negligence* à culpa inconsciente, há que se ter cuidado nas comparações, uma vez que se tratam de sistemas distintos[267].

A cegueira deliberada costuma ser enquadrada no conceito de *knowledge*, conceito cujo nome embora remeta a uma ideia de conhecimento, não pode ser compreendido na sistemática anglo-saxã como algo destacado do elemento volitivo. A despeito de conhecimento e vontade estarem aparentemente contidos em categorias diferentes da *culpability*, o primeiro em *knowledge* e o segundo em *purpose*, ambos constituem espécie de dolo, embora o primeiro com uma carga volitiva menor que o segundo, o qual exige um objetivo consciente, ao passo que aquele se contenta com o mero conhecimento de que de sua conduta advirá um resultado típico.

Já no tocante à distinção entre *knowledge* e *recklessness*, o critério distintivo parece estar já inteiramente situado no grau de consciência do risco que cada um exige. Enquanto o primeiro exige um grau de consciência próximo ao da certeza, o outro se contenta com uma consciência não tão clara da existência dos riscos.

Isto é suficiente para demonstrar, de plano, que o dolo eventual brasileiro não é a mais completa tradução da cegueira deliberada estadunidense, que costuma ser equiparada a *knowledge*, não obstante haja críticas no sentido de que mais se amoldaria ao *recklessness*.

A afirmação judicial consistente em dizer que alguém agiu por ignorância deliberada no Brasil contém a mesma precisão dogmática da assertiva de que alguém agiu de forma irresponsável ou leviana, ou seja, do ponto de vista dogmático, pode indicar responsabilidade tanto por dolo como por culpa. Em uma palavra: não é critério distintivo, muito menos suficiente para condenar alguém por dolo.

Até mesmo nos EUA, a doutrina está cheia de imprecisões e divergências, não só referentes à espécie de imputação subjetiva que está relacionada, mas também aos próprios critérios que a fundamentam.

Para saber se determinado comportamento configura dolo eventual, culpa consciente ou é impunível, não é lícito se socorrer de rótulos fenomênicos, como a cegueira deliberada, mas examinar o fato específico e suas circunstâncias.

---

[267]LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo*: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 99-100.

LUCCHESI observa, contudo, que, nas mais recentes decisões dos tribunais federais americanos, os critérios mais comuns usados para afirmar a cegueira deliberada são (1) ciência da elevada probabilidade de existência de um elemento constitutivo do crime, (2) tomada de medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do elemento e (3) descrença na inexistência do elemento[268].

Há de se convir, porém, que os critérios apresentam algumas contradições entre si, pois quem tem ciência da elevada probabilidade da existência de um elemento constitutivo do crime e toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar sua existência, já de alguma forma "sabe" ou "tem quase certeza" da presença do elemento, o que parece bastante incompatível com a ideia de que este mesmo sujeito acredita subjetivamente na inexistência da circunstância.

Afora que a conduta de "tomar medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar sua existência" parece uma coisa bastante surreal. Não parece minimamente compatível com a ideia de desconhecimento. Como alguém pode ser capaz de tomar medidas para não conhecer algo se já não o conhece de alguma forma?

A este respeito, LUCCHESI também é bastante provocativo:

> "Como se sabe, mesmo na cegueira deliberada aplicada nos Estados Unidos, não pode permitir punição pelo mero desconhecimento. Deve-se demonstrar que o autor buscou evitar conhecimento. Essa atuação do autor, evitando propositadamente conhecer o que não sabe por completo, revela, primeiro, desconfiança com relação à conduta praticada. Revela, ademais, que o autor de alguma forma conhece o que imagina possa ser encontrado caso aprofunde sua análise da situação"[269].

De fato, saltam aos olhos as ideias opostas contidas no entendimento. "Ignorância": neutro. "Tomar medidas": comportamento positivo. "Evitar saber": comportamento negativo. "Comprovar a existência": comportamento positivo. Traduzindo este vai e vem da teoria para o direito brasileiro, percebemos que ela pode se enquadrar tanto no dolo direto, quanto no eventual ou na culpa consciente, mas não se encaixa perfeitamente em nenhum deles.

Basta ver que, na hipótese clássica de dolo eventual do motorista que, diante de uma multidão que não conhece, acelera o carro em alta velocidade sem se importar com a

[268]LUCCHESI, Guilherme Brenner. op. cit., p. 184.
[269]Id. Ibid., p. 229.

integridade física das pessoas, não poderia em hipótese alguma ser traduzido como hipótese de cegueira deliberada, que parece ter sido criada muito mais para enquadrar em crime doloso daquele que alega desconhecimento da ação de terceiro.

Deve-se notar a respeito que, nos precedentes nos quais a teoria nasceu e se desenvolveu, o réu condenado com base na teoria da cegueira deliberada nunca é o protagonista, mas um coadjuvante que leva – ou alega levar – a mala que alguém lhe pediu para transportar, que avaliza cheque sem fundos e, no Brasil, principalmente aquele que alega desconhecer a origem ilícita de bens ou valores recebidos de terceiros, recaindo sobre estes últimos a responsabilidade pelo crime principal ou antecedente (a lavagem, por si só, já é uma forma de participação acessória *post factum* no crime antecedente de outrem).

3.2. A teoria da cegueira deliberada e o Código Penal brasileiro

A lei penal considera que há omissão penalmente relevante naquelas hipóteses em que o agente *pode* e *deve* agir para evitar o resultado (percebe-se que os elementos da omissão imprópria são muito semelhantes aos da cegueira deliberada adotada nos julgamentos da Suprema Corte espanhola), seja porque a lei lhe impõe *dever de cuidado, proteção ou vigilância* (artigo 13, parágrafo 2º, inciso I, CP), ou se, *com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado*.

Daí se infere que ninguém pode ser punido por *não agir*, a menos que seja nas hipóteses previstas no artigo 13, e salvo disposição típica específica (omissão própria). Aquele que carrega mala com conteúdo tem dever de vigilância sobre a mala, de modo que é possível se impor a ele a regra da omissão imprópria. Qualquer cidadão médio sabe que existe risco de transportar mala a pedido de alguém, de modo que o não querer conhecer o conteúdo revela um aspecto volitivo forte, assim, sua conduta omissiva – de não verificar o conteúdo – é tida como dolosa. Embora a conduta a princípio seja de transportar mala com conteúdo ilícito (tráfico ou contrabando), o dolo não pode ser presumido, ao ponto de se dizer que "é impossível que não soubesse", porque isto seria presumir o dolo. Logo, a punição acaba se dando por omissão dolosa, pois ao se abster da vigilância a que estava obrigado pelo artigo 13, incorreu nas penas do tipo penal.

Pode-se dizer que, no caso da mala, “com seu comportamento anterior” – aceitar transportar mala a pedido de desconhecido em situação suspeita – o agente “assume o risco de produzir o resultado”, incorrendo em hipótese não só de omissão penalmente relevante como também do dolo eventual (artigo 18 do CP).

Cegueira deliberada e dolo eventual não são a mesma coisa. Nem poderiam ser. Semanticamente, inclusive, traduzem questões diferentes, conceitos diferentes. Dolo eventual é conceito eminentemente jurídico. Cegueira deliberada traduz um comportamento humano e não necessariamente uma categoria jurídica. É possível até que hoje tenha se transformado em categoria jurídica, com definições próprias da ciência, mas nasceu muito recentemente como representação de um determinado comportamento humano para ser equiparada ao dolo, categoria jurídica que já remonta a séculos.

A partir da constatação de que alguém agiu com cegueira deliberada, o intérprete ou o jurista irá dizer em qual categoria jurídica a conduta se enquadra. Assim como ao dizer que determinada pessoa praticou uma conduta perigosa não estamos, em princípio, dizendo se a pessoa cometeu uma ação ou omissão, se agiu com dolo ou imprudência ou negligência. Ou seja, nem toda cegueira deliberada se enquadra em alguma categoria do direito penal, e muito menos na figura do dolo eventual. Dependendo do caso a cegueira deliberada pode não configurar nada de relevante do ponto de vista penal. Diferente de quando se afirma que alguém agiu com dolo eventual. Salvo por alguma circunstância adicional rara, a afirmação já pressupõe que o agente cometeu um crime.

A cegueira deliberada pode ora se aproximar do dolo eventual, ora da imprudência ou da negligência. Ignorar significa não saber ou desconhecer. Quando esta ignorância é intencional ela pode constituir uma omissão dolosa, porque o sujeito *deixa de agir* para sair do estado de ignorância. A cegueira deliberada, não importa o caso, sempre terá um contingente de ação omissiva. Pode não ser constituída apenas deste comportamento omissivo, como é o caso do agente que aceita transportar mala com conteúdo ignorado. A conduta é comissiva, mas há uma omissão quanto a não tomar conhecimento do conteúdo da mala.

O ato de conhecer alguma coisa pressupõe sempre um movimento do espírito humano. Existem informações que chegam ao nosso conhecimento sem que precisemos fazer qualquer esforço. Mas quando falamos em cegueira deliberada, estamos tratando de

hipótese em que o ser humano deliberadamente deixa de tomar atitude, deixa de agir, omite-se na prática de conduta que poderia levá-lo a sair do estado de ignorância.

Neste aspecto a cegueira deliberada se assemelha à negligência, que é a violação omissiva de um dever de cuidado. Mas não é qualquer omissão ou descuido que configura negligência, somente aquela que constitui violação de um dever de cuidado. Com mais razão ainda, não é toda omissão ou ignorância deliberada que poderá configurar o dolo.

Por dedução lógica, quando a conduta reside em um não fazer, como ocorre na cegueira deliberada, o dolo eventual só pode ser afirmado, se for possível, ao menos, em tese, afirmar-se uma conduta negligente. Ou seja, há de haver, no mínimo, a violação de um dever de cuidado, ou mais especificamente na cegueira, um dever jurídico de saber ou conhecer a circunstância que torna o fato criminoso.

Assim, se for possível afirmar o dever jurídico do agente que transporta uma mala de conhecer o seu conteúdo, estará estabelecida alguma forma de culpa, dolo ou negligência. Sem, no entanto, este dever jurídico de *conhecer* ou *saber* o conteúdo de alguma coisa, a cegueira deliberada não pode constituir conduta punível.

A doutrina estrangeira costuma trabalhar com o exemplo do sujeito que, para não receber notícias indesejadas da administração pública, direciona automaticamente qualquer mensagem desta natureza para o lixo eletrônico.

A questão que nos parece fundamental neste caso é a seguinte: existe a obrigação de checar o correio eletrônico com alguma frequência determinada em lei? Se houver alguma obrigação neste sentido, de fato a decisão de não checar os e-mails implica alguma forma de responsabilização da ignorância, e aí teríamos que, caso a caso, determinar se estaria mais próxima da categoria do dolo eventual ou da culpa consciente.

O que parece induvidoso é que, sem que haja um *dever jurídico* de se informar, não pode haver responsabilização penal da ignorância, ainda que deliberada ou voluntária.

O artigo 20 estabelece taxativamente que o erro nunca poderá ser punido a título de dolo[270], de modo que quem age com erro não responde por dolo. Tal disposição legal tem levado alguns juristas, como Greco, a sustentarem que o código penal brasileiro adotou a tese de que sem conhecimento não pode haver dolo, de modo que a cegueira deliberada, por este motivo, não poderia ser equiparada ao dolo eventual.

[270]SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral, cit., 6. ed., p. 144-145.

Que o artigo 20 é útil para demonstrar que o dolo exige conhecimento parece indiscutível. A questão, porém, é que a cegueira deliberada, apesar do nome, não opera com situações de total desconhecimento, justamente porque, como já dito anteriormente, é hipótese de desconhecimento voluntário, no qual, portanto, existe conhecimento de um menor ou maior risco potencial de ocorrência do resultado, o que, dependendo da situação, pode se enquadrar na figura do dolo eventual. Não nos parece, pois, que o artigo 20 seja o caminho para resolver o lugar que cegueira deve ocupar no direito penal brasileiro.

O agente que aceita alta quantidade de dinheiro para transportar uma mala, sem que saiba o que tem dentro, tem consciência do risco de estar praticando conduta ilícita, porque é do conhecimento médio que ninguém oferece alta quantidade de dinheiro a outrem, se não for para fazer algo que poucos aceitariam fazer e que é ao primeiro altamente lucrativo.

O conteúdo do injusto neste caso não é carregar a mala, mas a omissão, deliberada, de não tomar providência para conhecer seu conteúdo e dele se desvincular (artigo 13, parágrafo 2º, c). Omissão consciente e intencional. Dolosa, portanto.

Embora haja desconhecimento quanto ao conteúdo, o que impediria condenação por crime doloso, há conhecimento sobre o risco criado com a conduta anterior, e a consciência de que a omissão quanto ao conteúdo pode levá-lo a incorrer em crime.

O conhecimento exigido é o conhecimento do risco e não propriamente o conhecimento de cada circunstância do fato. É o grau do risco assumido que determina se a hipótese é de culpa consciente ou dolo eventual.

A menos que a ignorância deliberada seja compreendida como intencional desconhecimento do risco ou das circunstâncias do tipo penal que, se fossem conhecidas, tornariam a ação dolosa. Ocorre que, quando alguém deliberadamente decide não tomar conhecimento de alguma circunstância, é porque necessariamente precisa ter consciência, mínima que seja, da possibilidade de que esta circunstância exista. Ninguém *decide* ignorar alguma coisa que sequer cogita existir, na medida em que toda decisão pressupõe alguma dose de conhecimento.

Há uma linha tênue, mas que o intérprete não pode desistir de buscar separando a ignorância, pura e simples, da cegueira deliberada.

Muito embora a ideia de cegueira deliberada seja aplicada desde o século XIX em julgados das cortes estadunidenses, o *Model Penal Code* editado na década de sessenta do século passado não prevê a cegueira deliberada entre as formas de culpabilidade[271].

Segundo o referido Códex, a diferença entre os estados mentais (*mens rea*) de *knowinly* e *recklessly* é o grau de consciência, ou seja, o grau de probabilidade que o resultado irá acontecer: *knowinly* ocorreria quando o autor está ciente ou praticamente certo do elemento material, pois, nos termos do § 2.02 (2) (b) do *Model Penal Code*, uma pessoa age sabendo a respeito de um elemento material de um crime quando: (i) o elemento envolve a natureza de sua conduta ou as atuais circunstâncias do fato, ele está ciente de que sua conduta é daquela natureza ou que tais circunstâncias existem; (ii) o elemento envolve o resultado de sua conduta, estando ele ciente de que é praticamente certo que sua conduta irá causar tal resultado[272].

Já o estado mental *recklessly* não seria compatível com o dolo eventual, pois difere justamente no elemento cognitivo (além de ser menos reprovável que o crime proposital), definido na §2.02 (2) (c), do Model Penal Code: "uma pessoa age de forma descuidada [*recklessly*] a respeito de um elemento material de um crime quando ele conscientemente não presta atenção a um substancial e injustificável risco de existir determinado elemento material ou o resultado de sua conduta"[273]. Em síntese, é o não

---

[271]MODEL Penal Code. Official Draft and Explanatory Notes. Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962. Philadelphia, PA.: The American Law Institute, 1985. Disponível em: <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>.

[272]Tradução livre. No original:
"*Section 2.02. General Requirements of Culpability (...).*
(2) Kinds of Culpability Defined (...).
(b) Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:
(i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and
(ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result"

[273]Tradução livre. No original:
"*Section 2.02. General Requirements of Culpability (...).*
(2) Kinds of Culpability Defined (...).
(c) Recklessly. A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and un-justifiable risk that the material element exists or will result from his conduct.
The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

querer agir em face de uma probabilidade de existência ou criação de um fato, circunstância ou resultado.

Rapidamente se percebe que a cegueira deliberada concebida pela jurisprudência situa-se em algum lugar entre a chamada *recklessness*, que poderíamos traduzir como *leviandade*, e a negligência (nosso crime culposo).

3.3. Os critérios informadores da cegueira deliberada no direito continental

RAGUÉS I VALLÈS enumera cinco critérios que seriam necessários estar presentes para que se possa afirmar situação de cegueira deliberada a) *ausência de representação suficiente*, b) *disponibilidade da informação ignorada*, c) *dever de conhecimento* d) *decisão de permanecer no estado de ignorância* e d) *motivação que levou o sujeito a preferir o estado de ignorância*.

SPENCER SYDOW[274], além de fazer pequenos ajustes nas propostas de RAGUÉS I VALLÉS, acrescenta ainda mais três critérios aos cinco elencados pelo autor espanhol: a ausência de garantia constitucional afastadora de deveres de cuidado, ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada e ausência de circunstância de ação neutra.

Ao se deparar com os critérios propostos por SYDOW e RAGUÉS I VALLÉS há **duas** perguntas de alta indagação que, de largada, precisam ser formuladas. A **primeira** é se tais critérios se coadunam com as origens da cegueira deliberada no direito anglo-saxão, e a **segunda** é se o preenchimento destes requisitos satisfaz a responsabilidade a título de dolo à luz do direito penal brasileiro.

Somente pela quantidade de critérios que abarcam variados conceitos do direito penal que vão muito além dolo, os quais penetram principalmente nas hipóteses de omissão penalmente relevante, já se constata a impossibilidade de fazer uma justaposição perfeita entre a figura do dolo eventual e da cegueira deliberada.

---

[274]SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

No primeiro critério, *ausência de representação suficiente do resultado,* RAGUÉS procura distinguir:

> "... dentre os vários estados possíveis, que vão desde a ausência absoluta de representação de qualquer elemento relacionado ao tipo até a existência de uma suspeita prévia, insuficiente para afirmar a concorrência do dolo típico, se deveria ter levado ao sujeito, no caso de valoração do bem jurídico lesionado, a ativar os meios adequados para conhecer com maior exatidão os riscos associados à sua conduta"[275].

O autor espanhol, inclusive, usa como exemplo a necessária distinção que deve haver entre quem aceita figurar como laranja em empresa de terceiros e aquele que aceita o cargo de administrador numa sociedade real[276].

Com razão, no entanto, GRECO aponta que, quando se tem este "comportamento prévio" como no caso do laranja, é este comportamento em si e não algo que será praticado depois o que será considerado conduta transgressora da norma[277]

Quem aceita figurar como "laranja" em sociedade de atividade desconhecida já de alguma forma aceita a prática de um ato ilícito, hipótese que se enquadraria, dependendo da relevância da conduta e se não for caso de conduta neutra, no dolo direto de segundo grau, o que nem sempre é caso de quem se depara com uma suspeita inicial de algo ilícito sem ter a representação suficiente do resultado típico.

A crítica que LUCCHESI faz a RAGUÉS I VALLÉS é principalmente no ponto no qual o autor espanhol observa que "a circunstância de que o sujeito não desista da conduta planejada é um indício importante de sua indiferença"[278], no que é acompanhado por SYDOW e BLANCO CORDERO, pois, no seu entendimento, a *indiferença* não consta em nenhuma decisão nos Estados Unidos, ou comentário à *mens rea* do direito inglês[279].

Nada impede que a indiferença seja um componente da cegueira deliberada e não do dolo eventual, já que, como o próprio LUCCHESI reconhece, com razão, os institutos não se confundem necessariamente.

---

[275]RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en proceso penal*, cit., p. 184. Tradução livre.
[276]Id.,loc. cit.
[277]GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramón Ragués. *Discusiones*, Buenos Aires, v. 2, n. 13, p. 69, fev. 2013.
[278]LUCCHESI, Guilherme Brenner. op. cit., p. 185.
[279]Id. Ibid., p. 215.

Novamente LUCCHESI volta à carga advertindo que "os conceitos acima reproduzidos são bastante distintos dos requisitos exigidos no direito americano". Esta busca por critérios objetivos que perpassam várias questões dogmáticas, como omissão penalmente relevante, condutas neutras, indiferença, erro, demonstra como a cegueira deliberada está mais para uma situação concreta do mundo real perambulando para encontrar um tratamento jurídico adequado, do que propriamente um conceito dogmático.

LUCCHESI também critica a assertiva de RAGUÉS I VALLÉS pelo fato de que a indiferença não necessariamente configura dolo eventual, mas apenas no entendimento de parte da doutrina, e que limitar o dolo eventual à hipótese de indiferença seria limitar sua hipótese de aplicação, e ao mesmo tempo permitir sua adoção em casos que não seriam de dolo, mas de culpa.

Muito embora a crítica de LUCCHESI seja pertinente, não parece adequada para o ponto específico tratado por RAGUÉS I VALLÉS, justamente porque o autor espanhol usou o vocábulo *indiferença* para definir um dos critérios da cegueira deliberada e não do dolo eventual. Ao apontar esta aparente inconsistência no pensamento de RAGUÉS I VALLÉS, LUCCHESI acaba ele mesmo justapondo as figuras do dolo eventual e da cegueira deliberada como se significassem a mesma coisa, entendimento do qual o próprio autor curitibano diverge.

Não deixa, porém, de ser relevante a constatação de LUCCHESI quando aponta que a indiferença foi introduzida no conceito de cegueira deliberada pela doutrina e jurisprudência brasileira e espanhola por causa da sua frequente associação ao dolo eventual.

Muito importante a observação de LUCCHESI, pois permite enxergar como a equivocada e precipitada conclusão de que a cegueira deliberada equivale ao dolo eventual decorre da forma como, sobretudo na jurisprudência continental, se adulterou o conceito de cegueira com pitadas invisíveis de dolo eventual, para depois afirmar que ambos os institutos possuem critérios equivalentes.

Em um paralelo grosseiro seria como pingar algumas gotas de Chanel n. 5 na Lagoa Rodrigo de Freitas e dizer que o perfume francês e a água da lagoa possuem qualidades semelhantes.

Ademais, LUCCHESI observa também que, na construção anglo-saxã, exige-se uma alta probabilidade da conduta delitiva[280] e, o mais importante, na tradição inglesa e americana não basta uma mera omissão, mas que o autor "efetivamente tome medidas voltadas propositadamente a evitar que se comprove a prática de crime"[281].

Por outro lado, critica a exclusão, tanto por RAGUÉS I VALLÉS como por SYDOW, do critério relativo à existência de uma **crença subjetiva**, aduzindo que nos Estados Unidos "se o autor efetivamente acreditar que o crime não existe, não há como ser punido por cegueira deliberada"[282]. Pese a perspicácia de LUCCHESI na detecção desta distorção, não se pode deixar de notar que a crença subjetiva, não obstante seja critério na construção anglo-saxã da cegueira deliberada, não pode ser um critério para a configuração do dolo eventual.

Com efeito, a crença ou a confiança de que o resultado típico não deverá ocorrer foi abandonada há muito tempo como critério distintivo do dolo eventual, porque cria uma contradição ao permitir que sejam tratados com menor rigor os sujeitos mais autoconfiantes, embora a fonte de risco esteja muito mais presente no sujeito autoconfiante do que no cuidadoso.

Seja como for, está aí mais um ponto a desnudar como a sistemática da cegueira deliberada não pode ser misturada com a do dolo eventual, simplesmente porque construídas em sistemas jurídicos de bases completamente diferentes.

Outro ponto de crítica no trabalho de LUCCHESI é a forma distinta com a qual RAGUÉS I VALLÉS e SYDOW trabalham a questão de a informação estar disponível. Enquanto RAGUÉS I VALLÉS trabalha com a hipótese de que o conhecimento deve estar disponível, SYDOW exige que a informação esteja disponível com facilidade, cobrando um algo mais do que o autor espanhol.

Na questão do dever de conhecimento (Ragués i Vallés) ou de cuidado (Sydow) imputável ao autor, fica ainda mais sobressalente a tentativa de transformar a cegueira deliberada em categoria de imputação própria do direito penal brasileiro e, o que é pior, categoria que vem com tanto apetite que, como nenhuma outra, busca aglutinar em torno de si critérios da imputação objetiva e subjetiva ao mesmo tempo.

---

[280]LUCCHESI, Guilherme Brenner. op. cit., p. 218.
[281]Id., loc. cit.
[282]Id., loc. cit.

Sim, pois os *deveres de ação* fundamentam as hipóteses de incidência da imputação por omissão, a teor do artigo 13, parágrafo segundo do Código Penal. Sem dever de agir não há omissão punível, logo é supérfluo afirmar que, no plano da culpabilidade, esta circunstância é um critério informativo do dolo ou da culpa.

Indo até mais além, nenhuma forma de punição a título de omissão pode fugir aos critérios estabelecidos pelo legislador no artigo 13 do Código Penal, de modo que não seria de boa técnica transportar os critérios tradicionalmente utilizados para definir a omissão imprópria para o dolo eventual.

É verdade que ambos contêm semelhanças. O artigo 18 do CP define o dolo como querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, ao passo que a responsabilidade por omissão não deixar ser uma forma de obrigar o sujeito a agir quando o risco da ocorrência do resultado lhe possa ser imputável.

Intrigante discussão LUCCHESI trava com GRECO sobre a impossibilidade de se falar em punição por dolo sem conhecimento. GRECO pontua que, como os crimes dolosos permitem a punição pela tentativa, aquele que age com cegueira deliberada e, por consectário lógico, nem sempre sabe o crime que está praticando, quando o resultado não se produz, deveria responder por todos os crimes que poderiam, em tese, ter ocorrido.

Pese ser em um primeiro momento desafiadora a ponderação de GRECO, ela contém uma falha. Na verdade, a despeito de ser correto o argumento de que o dolo direto admite a tentativa, o *conatus* é, por outro lado, de todo incompatível com o dolo eventual.

A tentativa é o início da execução de um crime cujo resultado se deseja, mas que por razões diversas da vontade do agente, não chega a se consumar (artigo 14, II do CP). Ou seja, exige para sua configuração uma vontade do agente que é frustrada mediante circunstâncias alheias ao seu desejo.

Não obstante o dolo eventual até possa conter um pequeno aspecto volitivo, a marca característica desta espécie de dolo é o componente cognitivo, ou, como diz GRECO, o conhecimento da alta probabilidade do risco de se produzir o resultado.

Logo, a dificuldade de se compatibilizar a tentativa com a cegueira deliberada não é argumento válido para defender a incompatibilidade desta com o dolo, já que sua equiparação não costuma ser com o dolo direto, mas com o dolo eventual, que tampouco admite a forma tentada. Fosse válida a fórmula que busca substituir a consumação pela

tentativa para saber se o crime permite ou não a punição a título de dolo, chegar-se-ia à rápida conclusão de que nunca seria possível punir alguém por dolo eventual.

É verdade, porém, que a hipótese que GRECO cria no afã de mostrar como a tentativa seria impossível nos casos de cegueira deliberada se presta a demonstrar algo bastante valioso e que de certa forma já era intuitivo, vale dizer, que o vocábulo "deliberada" da expressão "cegueira deliberada" é apenas decorativo, pois, na verdade, não há necessariamente um componente volitivo na conduta, e por isto, dependendo do caso, sua incompatibilidade com a tentativa.

Uma forma de dolo sem conhecimento e sem vontade? Por isto que a cegueira deliberada não pode se transplantada para a figura do dolo eventual, não pelo menos sem que apresente sintomas de grave rejeição pelo organismo penal brasileiro.

3.4. Aplicação da teoria da cegueira deliberada nos tribunais brasileiros

A primeira menção à teoria da cegueira deliberada de que se tem notícia no Brasil foi no julgamento do famoso furto do Banco Central de Fortaleza. Logo no dia seguinte ao crime, os participantes do crime foram a uma loja de automóveis e, com dinheiro vivo, compraram diversos carros, gastando alta soma de dinheiro. O dono da loja de carros viria, então, a responder por crime de lavagem de dinheiro e ser condenado em primeira instância, com base na teoria da cegueira deliberada.

Foi durante o julgamento do chamado Mensalão (Ação Penal 470 do STF) que a teoria ou doutrina da cegueira ganhou realmente dimensão nacional e caiu nas graças de parte do judiciário que buscava formas de alargar a incidência do direito penal para além das barreiras legais impostas pela lei vigente.

A cegueira deliberada só perde em sucesso de público para a teoria do domínio do fato, usada com muita frequência no julgamento como substituto de prova material da autoria, grave distorção que obrigou o maior representante vivo da dita teoria, o penalista

alemão CLAUS ROXIN, vir a público para criticar a forma como o STF a estava aplicando[283].

Se o domínio do fato foi o recurso que o STF usou para permitir condenações de réus acerca dos quais não havia prova material da autoria ou da participação delitiva, a cegueira veio para compensar a falta de prova do elemento subjetivo dolo. Não foi à toa que, não obstante a indignação social com os fatos que eram noticiados no processo, foram muitas e bastante contundentes as críticas quanto ao método utilizado nas condenações.

Estava pavimentado, assim, o caminho jurisprudencial, afinal era ninguém menos do que a mais alta corte de justiça do país introduzindo no ordenamento brasileiro o instituto do direito estrangeiro, para que, pouco tempo depois, o uso da teoria pudesse ser estendido às dezenas de casos de corrupção e lavagem de dinheiro que comporiam a denominada "Operação Lava-Jato".

Muitas denúncias foram feitas com base na teoria da cegueira deliberada, tanto nas imputações de corrupção, como nas de lavagem de dinheiro.

O que se sucedeu, porém, foi que grande parte das decisões acabou usando a cegueira deliberada para *condenar* réus acusados apenas pelo crime de lavagem de dinheiro, como substituto do dolo eventual. As sentenças, no entanto, não enfrentaram a possibilidade de aplicação da cegueira deliberada ao crime de corrupção, sendo que, ou condenam com base no dolo direto (ainda que substituindo a prova do dolo por formas dissimuladas de aplicar o dolo presumido), ou absolvem por falta de dolo, sem maiores reflexões sobre a aplicação da cegueira deliberada ao crime de corrupção.

É compreensível a dificuldade de encarar a questão nos julgamentos dos crimes de corrupção, pois as decisões invariavelmente utilizam a cegueira deliberada como substituto do dolo eventual. Ocorre que, se no crime de lavagem de dinheiro é bastante dividido o entendimento, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, sobre a possibilidade de condenar com base no dolo eventual, o mesmo não ocorre no crime de corrupção, crime que, a rigor, só admite o dolo direto.

---

[283]GRILLO, Cristina; MENCHEN, Denise. Participação no comando de esquema tem de ser provada, diz jurista. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 nov. 2012. p. 1-1. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/11/1183721-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada-diz-jurista.shtml>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Em um destes julgamentos, em ação penal proposta contra dois marqueteiros do Partido dos Trabalhadores que teriam recebido em conta não declarada no exterior pagamentos que eram fruto de acerto de corrupção, como contrapartida a seus serviços na campanha presidencial de 2014, o juiz, na sentença, absolveu-os do crime de corrupção em uma linha, apenas dizendo que não havia prova de que "tenham participado dos próprios acordos de corrupção", deixando de examinar a questão sob o prisma do dolo.

O mesmo juiz, ao analisar outros casos, nos quais diretores eram acusados de concorrer para o cometimento do crime de corrupção, agindo com cegueira deliberada, ao elaborar, por ordem do presidente da empresa, os contratos fictícios com o agente de propina, combinando datas e formas de pagamento, o juiz, na sentença, também os absolveu com poucas palavras, com o fundamento de que não havia no processo prova de que teriam agido com dolo.

Não houve um pronunciamento do juiz, no caso o magistrado federal Sérgio Moro, responsável por julgar os casos da Operação Lava Jato em Curitiba, sobre o que pensa quanto à aplicação da cegueira deliberada para o crime de corrupção, embora fosse um momento valioso para rechaçar seu uso nesta espécie de crime, já que o pedido da acusação era muito claro neste sentido. Parece uma nítida situação em que o juiz não quer se comprometer com um determinado entendimento doutrinário, indicando, por conseguinte, que não está descartada a utilização da teoria para crimes de corrupção.

Mesmo porque diversos precedentes de tribunais brasileiros já a aplicam a crimes que, em regra, também não admitem o dolo eventual, como contrabando[284], falsidade

[284]DIREITO PENAL. CONTRABANDO. ART. 334-A, § 1º, IV, DO CÓDIGO PENAL. ELEVADA QUANTIDADE DE CIGARROS. DEPÓSITO. DOLO EVENTUAL. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. CONDENAÇÃO. 1. Quanto ao elemento subjetivo do tipo, sabe-se que, para configuração do crime de contrabando, exige-se a constatação de dolo específico do agente em praticar as condutas elencadas no art. 334-A do Código Penal. No caso, restou evidente que o réu mantinha em depósito os cigarros, sendo inequívoco de que com sua conduta realiza a figura típica de contrabando. 2. Ao que se refere à teoria da cegueira deliberada (Willfull Blindness Doctrine), por vezes também denominada de "doutrina do ato de ignorância consciente" ou "teoria das instruções de avestruz" -, o agente finge não enxergar a possibilidade de ilicitude da procedência de bens, com o intuito de auferir vantagens. O dolo configurado, nesse caso, é o dolo eventual: o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que ele está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, e, portanto, prevendo o resultado lesivo de sua conduta, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso, não se importando com o resultado. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. ACR: 50135181420154047108 RS 5013518-14.2015.404.7108, Relator: Revisor, Data de Julgamento: 06/09/2016, Sétima Turma).

ideológica[285], tráfico de entorpecentes[286] e corrupção eleitoral[287], todos crimes que, a rigor, só admitem o dolo direto.

---

[285]PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ARTIGO 299 DO CÓDIGO REPRESSIVO. TIPICIDADE. DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MÍNIMO LEGAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. Em se tratando do delito inscrito no artigo 299 do Código Penal, exige-se a comprovação inequívoca de que (a) o documento é material ou ideologicamente falso, (b) a falsidade efetivamente tem o condão de ludibriar terceiros (potencialidade lesiva), e (c) o agente tinha ciência da falsidade das declarações que fez. 2. O fato de a política de urbanização adotada em um município (seja ela legal ou não) permitir a construção sobre um terreno não elide o fato de estar este inserido em Área de Preservação Permanente. Isso implica dizer que a perpetuação de ilegalidades no âmbito de uma Administração Municipal não exclui a responsabilização individual pelas faltas e inobservâncias à lei a que cada agente incorrer. 3. Hipótese em que o acusado agiu, no mínimo, com dolo eventual, porquanto, tendo formação superior em Engenharia Civil e Direito, enquanto investido na função de Secretário Municipal do Meio Ambiente de Camboriú/SC, possuía todas as condições para a obtenção do conhecimento necessário ao fornecimento de correta informação sobre a qualidade da área questionada, de especial proteção em lei, deixando, todavia, de fazê-lo e assumindo, assim, o risco de causar-lhe danos. 4. Sentença absolutória reformada e imposta a pena privativa de liberdade no patamar mínimo de 01 (um) ano de reclusão. 5. Sendo o prazo prescricional de 04 (quatro) anos (artigo 109, V, do Código Penal), impõe-se a declaração da extinção da punibilidade em face do seu transcurso entre a data dos fatos e a do recebimento da denúncia (inaplicabilidade das alterações da Lei 12.234/2010). (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. ACR: 50059238620144047208 SC 5005923-86.2014.404.7208, Relator: Nivaldo Brunon, Data de Julgamento: 17/02/2016, Oitava Turma, Data de Publicação: D.E. 23/02/2016).

[286]APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES - CONDENAÇÃO - RECURSO - ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DO CONTEÚDO ILÍCITO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE ENCONTRADA NA CAÇAMBA DO VEÍCULO QUE O AGENTE CONDUZIA - GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA - DOLO EVENTUAL CARACTERIZADO - CONSUMAÇÃO DELITIVA NA MODALIDADE "TRANSPORTAR" - REDUÇÃO DA REPRIMENDA - APLICAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA - PROGRESSÃO - POSSIBILIDADE - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O tipo do art. 12 da Lei 6.368/76, mormente nas formas "trazer consigo" ou "transportar", é congruente, bastando o dolo genérico e prescindindo de qualquer outro elemento subjetivo diverso do animus de traficar para que se configure o delito em questão. O agente que, chamado para transportar droga, coloca-a no veículo e é logo após abordado por policiais, consumou o crime de tráfico de entorpecentes" (STJ, REsp 142.971, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 25.10.1999, p.114). 2. Em virtude do HC nº 82959, julgado em 23/02/2006, por nossa Corte Constitucional, não se mostra adequada a adoção do regime integralmente fechado aos delitos hediondos e a esses equiparados, inexistindo, entretanto, óbice quanto à fixação do regime fechado a tais crimes, por estar em absoluta compatibilidade com a Lei 8.072/90 e com os ditames constitucionais. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - TJ-PR. ACR: 3816566 PR 0381656-6, Relator: Antônio Martelozzo, Data de Julgamento: 12/07/2007, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7416).

[287]Corrupção eleitoral. Eleições 2004. Materialidade e autoria comprovadas. Prova testemunhal abundante. Dolo configurado. Teoria da cegueira deliberada. Crime formal. Condenação mantida. Recurso desprovido. I - Corrupção eleitoral comprovada: entrega a eleitor de senha, tipo vale-brinde (telefone celular), para obtenção de voto. II - Materialidade constituída pela apreensão da senha, de par à prova oral. III - Autoria apoiada na confissão extrajudicial da acusada e nos depoimentos colhidos em juízo, sob o crivo do contraditório. IV - Retração parcial em juízo, em si, é inservível a espargir qualquer efeito, exatamente por contrastar uma declaração precedente. Não basta alegar. Faz-se mister comprovar. Eficácia da confissão policial, em sua integralidade, dês que não demonstrado, no crivo do contraditório, o seu caráter ilegítimo. V - Ausência de resquícios de propalada "armação" contra a acusada, supostamente urdida pela oposição a então candidato. VI - "Dolus directus" presente. Imputação viável, no mínimo, a título "dolus eventualis" (CP, art. 18, I, 2ª parte): mesmo seriamente considerando a possibilidade de realização do tipo legal, o agente não se deteve, conformando-se ao resultado. Teoria da "cegueira deliberada" ("willful blindness" ou "conscious avoidance doctrine"). VII - A corrupção eleitoral, em qualquer de suas modalidades, inclui-se no rol dos crimes formais. Para configurá-la, "basta o dano potencial ou o perigo de dano ao interesse

Seja como for, como corretamente adverte SILVEIRA[288], os tribunais brasileiros acabaram importando a cegueira deliberada, e dela têm feito o uso mais inapropriado, sem qualquer critério, de modo a causar uma grande confusão de conceitos na jurisprudência nacional.

Há casos, sim, em que a cegueira deliberada pode ser equiparada ao dolo eventual, mas aí a pergunta, por que usá-la, se já há o dolo eventual? E casos há, também, em que se exige um dever de conhecimento fora das hipóteses legais previstas na lei brasileira, donde seria ilegal a aplicação da cegueira deliberada. Idêntica constatação é feita por LUCCHESI.

Criticando alguns exemplos trazidos por SYDOW, LUCCHESI analisa ainda situações hipotéticas, como a do empresário que, para fugir a determinações judiciais, dá ordens para seus funcionários não receberem nenhuma intimação, de difícil enquadramento típico, é de se dizer, mas de todo modo hipótese na qual haveria situação de dolo direto, de forma que seria despicienda a ginástica da cegueira[289].

A semelhante conclusão chega GRECO, ao refutar artigo de RAGUÉS I VALLÉS, sustentando que:

> "a maior parte dos supostos casos de ignorância deliberada são casos nos quais não existem tal ignorância, e se a ação que imediatamente realiza o tipo é praticada com consciência da possibilidade do risco, é o suficiente para configuração do dolo eventual; ou, na medida em que a ignorância posterior é resultado de uma situação anterior de conhecimento, de modo que o comportamento prévio justificará a responsabilidade por dolo, segundo os princípios da autoria mediata / da *actio libera in causa* / do delito a distância. Seja por meios diretos ou indiretos, existe aqui dolo eventual, e não ignorância"[290].

De qualquer forma, ainda é muito difícil encontrar um padrão de como a cegueira deliberada tem sido aplicada na jurisprudência brasileira. LUCCHESI foi bastante feliz em identificar quatro grupos de precedentes que tratam do tema.

---

jurídico protegido, cuja segurança fica, dessarte, pelo menos, ameaçada", segundo Nélson Hungria. VIII - Condenação mantida. Recurso conhecido e desprovido. (TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE RONDÔNIA - TRE-RO. RC: 872351148 RO, Relator: Élcio Arruda, Data de Publicação: DJE/TRE-RO - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Data 06/12/2010).

[288]SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro, cit., p. 3-4.

[289]LUCCHESI, Guilherme Brenner. op. cit., p. 233.

[290]GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramón Ragués, cit., p. 70.

O primeiro grupo é o das decisões que condenam o réu por dolo eventual usando a teoria da cegueira deliberada. O segundo é o grupo das decisões que usam a cegueira apenas como o que ele chama de "adorno retórico" em condenações que reconhecem o dolo direto, mas utilizam a cegueira como um reforço argumentativo. Já o terceiro grupo é composto por decisões que afastam a cegueira deliberada, ou porque é caso de absolvição, ou porque o réu é condenado no dolo direto. E o quarto grupo, o de "uso inadequado" da teoria, no qual são citadas decisões que criam deveres de conhecimento onde a lei brasileira não os exige[291].

Merece destaque o caso de presidente do conselho de administração de empresa com vários executivos denunciados na Lava Jato que, diferente de seus colegas de companhia, não confessou participação no crime de corrupção. Admitiu que fora procurado por agente público, mas se recusou a conversar, respondendo que aquele deveria tratar com outro executivo.

Muito embora este fosse, a nosso ver, um caso ímpar para haver discussão sobre a aplicação da cegueira deliberada no crime de corrupção, os membros do Ministério Público Federal preferiram endereçar a acusação com base na teoria do domínio do fato, como se o simples fato de invocar esta teoria isentasse o acusador de provar o elemento subjetivo.

Na sentença, o juiz Sérgio Moro dedica boa parte de sua fundamentação a criticar a conduta de um presidente do conselho de administração de empresa que, ao ouvir uma conversa sobre propina, em vez de "enxotar" – termo usado na sentença – o agente corrupto, prefere encaminhá-lo para que tratasse do assunto com outro executivo da empresa.

Tal exemplo oferece um valioso arsenal casuístico para se discutir a corrupção dentro do ambiente empresarial. Do ponto de vista da definição da cegueira deliberada, parece ser exatamente o caso, pois é rigorosamente a hipótese daquele que "toma medidas para permanecer no estado de ignorância". A questão, contudo, é examinar do ponto de vista do direito penal vigente no Brasil qual seria a conduta típica cometida, se é que há alguma.

Não obstante o juiz Sérgio Moro faça questão de ressaltar na sentença que não se trata de punir o réu por omissão, é bastante pródigo no uso de argumentos que servem para recriminar o fato do réu não ter adotado qualquer medida fiscalizatória na empresa quando começaram a pipocar na imprensa notícias de corrupção envolvendo justamente aquele que

[291]LUCCHESI, Guilherme Brenner. op. cit., p. 236-241.

havia lhe procurado no passado e que ele havia encaminhado para que falasse com outro executivo da empresa, executivo que viria a confessar ter feito o acerto de propina com o agente público.

Insta assinalar, em primeiro lugar, que o crime de corrupção ativa se consuma com o ato de *dar* ou *oferecer* vantagem indevida, de modo que ouvir uma solicitação e não negar o pedido imediatamente não configura o crime. Até porque, como se sabe, as pessoas não gostam de ser grosseiras e muito menos mal-educadas, sobretudo com alguém que dispõe de algum poder para prejudicá-las. Vale dizer mais: avaliar se aceita ou não atender o pedido de propina é comportamento que se situa no terreno dos atos preparatórios, da mera cogitação.

Ao não dizer não, ou, como afirma o juiz Sérgio Moro, ao não "enxotar" imediatamente o solicitador da propina, o presidente do conselho de administração não incorre em crime de corrupção ativa, simplesmente porque qualquer cogitação ilícita naquele momento, por mais moralmente reprovável que possa ser aos olhos do juiz, não chegou às raias da conduta típica. A conduta que precisa ser examinada é a de não apenas dizer não, mas ainda por cima encaminhar o sujeito a outro executivo, a fim de que com ele tratasse do assunto.

Se o diretor a quem o funcionário público foi encaminhado, ao recebê-lo, o tivesse enxotado, como gostaria o juiz que ocorresse, é certo que não haveria crime do presidente do conselho de administração que lhe encaminhou o sujeito. Portanto, a discussão só faz sentido se o diretor a quem o solicitador de propina foi encaminhado aceitou fazer o pagamento da vantagem indevida.

Ao encaminhar o agente público a outro executivo, o presidente do conselho de administração poderia ter dito "atenda e resolva, mas não me conte", ou ter dito "receba o sujeito, mas não aceite lhe pagar nem um tostão", ou não ter dito nada ao colega de empresa.

Tivesse escolhido a primeira opção, estaria concorrendo para o crime, mas adotando estratégia para se manter em estado de ignorância, algo mais próximo da omissão dolosa. Se tivesse dito, receba a pessoa, mas não aceite pagar nada, e o executivo, contra sua orientação, resolvesse pagar, por óbvio não poderia responder por corrupção.

A dúvida é quanto à hipótese de não ter dito nada, ou, como ocorreu no caso concreto, de não haver qualquer prova de que teria dito alguma coisa ao executivo a quem encaminhou o agente público que solicitava propina. Poderia ele responder pela corrupção

que acabou sendo cometida em razão do ajuste celebrado entre o outro executivo e o agente público?

Antes de ser examinado o elemento subjetivo, a questão parece se situar em larga medida no terreno da responsabilidade por omissão dentro do ambiente empresarial, como aliás boa parte dos casos em que se pretende adotar a cegueira deliberada, e ao caso voltaremos mais à frente.

3.5. Tem lugar a cegueira deliberada no direito penal brasileiro?

Parece desde logo inapropriado utilizar conceitos estrangeiros na aplicação do direito nacional, já que os conceitos são construídos dentro um sistema complexo, de modo que dificilmente este transplante ocorre sem maiores complicações.

Como a expressão cegueira deliberada não está prevista em lugar algum da legislação brasileira, nem sequer implicitamente, a primeira coisa que o intérprete deve fazer, mesmo antes de analisar para saber se é possível transplantá-la para julgamentos feitos no Brasil, é compreender o significado semântico da expressão.

Ou, melhor dizendo, o que significa, do ponto de vista semântico, dizer que alguém agiu com cegueira deliberada ou por ignorância deliberada? Como não há critério legal ou normativo minimamente definido, tampouco de como deve se operar o transporte de conceitos estrangeiros para o direito pátrio, o critério semântico, se não for o único, é pelo menos o mais importante.

Para o direito penal brasileiro, a cegueira deliberada está na mesma categoria de outras expressões que não se encontram definidas na lei, como *desprezo, desinteresse, despreocupação, indiferença, descuido, levianamente,* termos que até podem ser encontrados com certa frequência na doutrina e até em decisões judiciais, mas não compõem a definição legal do dolo.

São termos que podem inclusive ajudar a explicar alguns aspectos de conceitos dogmáticos, como o dolo ou o dolo eventual, mas jamais se tornar uma categoria própria do direito penal. Semanticamente falando, não haveria qualquer impedimento para que se dissesse que alguém que agiu de forma a deliberadamente ignorar as consequências de sua omissão poderá responder por dolo eventual.

Afinal, as categorias jurídicas precisam de complemento fenomenológico para serem compreendidas e aplicadas. Sucede que a ocorrência fenomenológica de um determinado comportamento, e sua possível subsunção à categoria do dolo eventual ou de outro conceito, não permite que a definição ou descrição do fenômeno se transforme, *lege lata,* em categoria jurídica própria.

Em outras palavras, não há óbice algum para que um juiz, na análise de um caso concreto, chegue à conclusão de que o réu agiu por ignorância deliberada e que tal comportamento se enquadra no dolo eventual.

A operação lógica que não nos parece possível fazer é aquela que, diante da insuficiência do dolo eventual para abarcar situações em que o juiz "gostaria" de punir a título de dolo, se socorre de categorias estrangeiras como a da cegueira deliberada.

Tampouco aceitável é o argumento comumente utilizado de que, no direito comparado, a cegueira é equiparada ao dolo eventual, como se isto pudesse criar um salvo conduto que dispensasse o juiz de demonstrar, à luz da lei brasileira, a configuração do elemento subjetivo. Algo muito mais condizente com um complexo de vira lata, que se contenta com usar o direito estrangeiro como argumento de autoridade, sem minimamente se preocupar em testar sua aplicabilidade à luz do ordenamento nacional.

A questão está em determinar por que tal comportamento, em face da legislação e doutrina nacionais, se enquadra no dolo eventual. Só é possível querer algo que se conhece, de modo que a ideia da cegueira deliberada ou ignorância deliberada apresenta uma contradição em termos já bastante flagrantes. Se o indivíduo decide não conhecer alguma coisa é porque, já de alguma forma, a conhece. Toda decisão humana comporta alguma dose de conhecimento e vontade, do contrário é ato reflexo e involuntário, sem qualquer relevância para o direito penal:

> "Movimentos reflexos desencadeados por estímulos sensoriais ou fisiológicos a partir do sistema nervoso periférico, em geral incorporados filogeneticamente como reações motoras de defesa ou autoproteção, sem o concurso da vontade consciente do autor não constituem ação"[292].

Conforme já asseverado mais de uma vez anteriormente, não é possível dirigir a vontade para algo que não se conhece minimamente, portanto a própria ideia de ignorância deliberada não se coaduna com a ideia que comumente se quer lhe atribuir, que é a de um

[292]SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral, cit., 6. ed., p. 99.

desconhecimento completo e absoluto da realidade. Ao contrário do que o instituto parece indicar, quem voluntaria e deliberadamente decide *ignorar* algo de alguma forma o *conhece*.

Isto significa, já de plano, que nenhuma construção que, importando – ou contrabandeando – o instituto da ignorância deliberada de fora, visando aplicá-lo a situações em que não é possível demonstrar o conhecimento do agente, seria possível no Brasil, a uma porque o instituto estrangeiro não se compadece de situações em que não há conhecimento pelo menos mínimo (decidir ignorar é de alguma forma conhecer), e a duas, porque o Código Penal brasileiro exige algum grau de conhecimento para se imputar um crime a título de dolo.

Nada é mais sintomático de que algum grau de conhecimento deve haver para que se possa falar em cegueira deliberada do que o fato de que, no direito penal estadunidense, é equiparada normalmente à categoria de culpa do *knowledge.*

Percebe-se que a teoria da cegueira deliberada procura igualar o erro de tipo evitável ao conhecimento doloso, afastando sua tipicidade somente se o erro fosse inevitável (razoável). É uma verdadeira moralização da teoria do erro. Este é o perigo de importar teorias construídas pelos precedentes anglo-saxões para fundamentar a responsabilização penal (e não uma analogia *in bonam partem*), que utiliza o conceito de crime totalmente diferente do que o modelo analítico alemão, adotado pelo Código Penal brasileiro atual.

Como bem destacou Pierpaolo Cruz Bottini, sobre a aplicação da doutrina da cegueira deliberada para a punição de crimes de lavagem de dinheiro da Ação Penal 470/STF, se o autor desconhece a origem criminosa do dinheiro, não há que se falar em dolo eventual, mas sim em erro de tipo evitável, pois "pelas regras legais, se o agente desconhece a procedência infracional dos bens ocultados ou dissimulados, faltar-lhe-á o dolo da prática de lavagem e a conduta será atípica mesmo se o erro for evitável, pois não há previsão da lavagem culposa. Assim, se o agente não percebe a origem delitiva do produto que mascara por descuido ou imprudência, não pratica lavagem de dinheiro,

respondendo penalmente o terceiro que determinou o erro, se existir (parágrafo 2º do artigo 20 do Código Penal)"[293].

Analisando o crime de lavagem de dinheiro, BOTTINI destaca que, se o agente desconfia da origem ilícita do bem, o elemento cognitivo do dolo (eventual ou direto) não está configurado, havendo erro de tipo por representação errônea de uma das elementares típicas. Observa ainda o autor que é necessário que o grau do elemento cognitivo do dolo seja evidente: o agente deve saber, de forma clara, a origem ilícita dos bens ou valores[294]. Nos casos de dolo eventual, a mera suspeita não é suficiente. Além da vontade de resultado, enquanto elemento volitivo do dolo, exige- se

> "a consciência concreta do contexto no qual se atua. Não basta uma consciência potencial, marginal, ou um sentimento. É preciso mais: é necessária uma percepção clara das circunstâncias, uma compreensão consciente do s elementos objetivos que justifiquem a dúvida sobre a licitude dos bens. Deve-se averiguar se o agente percebeu o perigo de agir, e se assumiu o risco de contribuir para um ato de lavagem. A mera imprudência ou desídia não é suficiente para o dolo eventual"[295].

3.6. Corrupção ativa no ambiente empresarial e a possibilidade de punição por dolo eventual ou cegueira deliberada

A questão que se coloca quando se discute a responsabilidade do executivo de empresa no crime de corrupção ativa é normalmente relacionada à indagação de até que ponto é possível punir alguém por crimes de terceiros, problemática comumente encontrada nos crimes omissivos próprios e impróprios.

Não é por outro motivo que, antes até de se examinar o dolo ou a culpa nos crimes empresariais, o que mais intriga os doutrinadores é até que ponto vai a responsabilidade por omissão do dirigente de empresa[296].

---

[293]BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. In *Consultor Jurídico*, 30 jul. 2013. Disponível em: <http://www.c onjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada -julgamento-acao-penal-470?imprimir=1>.

[294]Idem supra.

[295]Idem supra.

[296]Nesse sentido: ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

É preciso, pois, antes de mais nada identificar o momento em que nasce o dever de agir para evitar o resultado no contexto da atividade empresarial que, por natureza, opera com fluxo de informações *fragmentadas, segmentadas, canalizadas* e *filtradas*[297].

O crime de corrupção ativa previsto no artigo 333 do Código Penal brasileiro, objeto especificamente do nosso estudo, opera com uma objetividade típica que oferece alguns problemas adicionais. Os verbos típicos previstos são *oferecer ou prometer*, de modo que o crime se consuma com o oferecimento ou a promessa da vantagem, sendo o pagamento mero exaurimento do crime. Ocorre que é possível que a oferta e o pagamento se realizem no mesmo instante delitivo.

Aquele caso do presidente do conselho de administração que, ao receber uma solicitação de propina, em vez de negar, encaminha o agente público a outro executivo da empresa, a rigor, não praticou nenhuma das condutas típicas do crime do artigo 333, pois nem ofereceu, nem muito menos prometeu nada a ninguém, apenas deixou de dizer não a uma solicitação indevida.

Da mesma forma, o diretor que toma conhecimento do pagamento de vantagem depois que o acerto de propina já foi celebrado também não pode responder pelo crime, pois sua participação ocorre quando o crime já se consumou, sendo hipótese de *post factum* impunível.

A lógica de não poder responsabilizar aquele que, embora participe do pagamento, não teve nenhum papel provado no acerto da vantagem indevida, foi a lógica que levou os marqueteiros de campanha, que eram acusados de receber valores do acerto de propina em pagamento por seus serviços, serem absolvidos do crime de corrupção.

Para ESTELLITA, se o dirigente toma conhecimento quando já ocorrido o resultado, trata-se de fato atípico[298]. Esta autora aponta, ainda, que, quanto maior é a empresa, mais disruptivo é o processo de informação com o de decisão[299].

Antes ainda de se ingressar na esfera do dolo, mesmo no exame do tipo objetivo, é obrigatório que o dirigente garantidor tenha conhecimento da situação de risco, pois é este um dos pressupostos objetivos dos crimes omissivos[300].

---

[297]ESTELLITA, Heloisa. op. cit., p. 288.
[298]Id. Ibid., p. 290-291.
[299]Id. Ibid., p. 288.
[300]Id. Ibid., p. 289.

O ponto central então parece estar na relação entre o conhecimento e o dever de cuidado. Novamente é ESTELLITA, valendo-se de BECKER, que destrincha esta questão:

> "Como as modalidades de tipicidade subjetiva dependem do grau de conhecimento que os dirigentes têm da situação de perigo, e dada a fragmentação da informação no universo de casos ora examinado, será mais comum que o desconhecimento já decorra da falta de cuidado, ou seja, trata-se de uma ignorância contrária ao dever (de vigiar, de obter informações etc)[301]".

O desconhecimento do dever de agir pode decorrer, então, tanto de dolo como de culpa. Todavia, o conhecimento da situação de perigo é imprescindível para a configuração do dolo. A falta de conhecimento pode ser punida a título de culpa, quando houver previsão legal, desde que a ignorância decorra de falta de um dever de vigilância que permitiria a obtenção da informação[302].

Adverte, contudo, dita autora, que o dever de agir não nasce a partir do conhecimento da ação típica, bastando que ocorra a situação típica ensejadora do dever. A teor dos artigos 20 e 13 do Código Penal, o conhecimento deve se dar *durante* a prática da conduta típica. Basta ver que o artigo 13 fala em formas de agir para evitar o resultado e não na conduta típica em si, logo o dever de agir nasce a partir de um curso causal típico.

É por isto que ninguém pode ser responsabilizado por corrupção ativa por não ter implementado um sistema de *compliance* eficiente, situação que deve receber penalidades em outra esfera do direito. Mesmo porque, nenhum sistema de *compliance*, por melhor que seja, é capaz de impedir a conduta dolosa de terceiros. Nesse sentido está a questão de a autorresponsabilidade do subordinado colocar barreiras à responsabilidade do dirigente[303].

A questão no crime de corrupção, então, é saber em que momento se inicia a conduta típica. No caso do presidente do conselho de administração que, ao receber uma solicitação de propina, encaminha o agente corrupto a outro executivo, pode tanto fazê-lo confiando na honestidade do colega da empresa a quem delegou a missão, mas prefere seu estilo diplomático de afastar tais inconveniências, como fazer as tais "vistas grossas" para o possível cometimento de um crime.

---

[301]ESTELLITA, Heloisa. op. cit., p. 290.
[302]Id. Ibid., p. 292.
[303]Id. Ibid., p. 125.

É claro que, se pensarmos em Lava Jato e na corrupção endêmica que assola o país, podemos ser tentados a sustentar que quem age da forma como no caso do presidente do conselho agiu, com o claro propósito de fechar os olhos, incorre em crime, mas o argumento do "normalmente é assim que acontece" não pode ser usado na equação dogmática, sob pena de se permitir a penetração de elementos extra científicos na análise da tipicidade penal.

Ou bem há um conserto de vontades previamente estabelecido que traduzia a conduta de lhe encaminhar o agente corrupto como um recado claro de "pague" e "resolva", ou não parece possível lhe atribuir responsabilidade por conhecimento futuro do acerto espúrio. Nem mesmo o fato de deixar de tomar medidas posteriores para apurar a conduta do executivo poderia configurar qualquer tipo de participação culposa ou dolosa na corrupção, já que seria responsabilizá-lo por omissão posterior à consumação do crime. A Lei Anticorrupção, que traz pesadas penas para a pessoa jurídica responsável pelo pagamento de propina, parece suprir a impossibilidade de se estender a condenação penal nestes casos a outros executivos que não sejam aqueles envolvidos diretamente no acerto de propina.

De qualquer forma, vale examinar o desvalor ou não da conduta do superior que, tomando conhecimento do acerto de propina depois que já foi avençado, autoriza o pagamento. Haveria tipicidade nesta conduta? A questão aqui parece depender de enfoque que antecede a análise do elemento subjetivo.

O crime de corrupção ativa contém dois verbos típicos, *prometer* ou *oferecer,* sendo tipo penal de conteúdo variado. Ocorre que se trata, na verdade, da forma que o legislador encontrou de punir com a mesma pena a forma tentada e consumada do crime, na medida em que *prometer* é um ato anterior e até preparatório do *oferecer*, que é sinônimo de dar, ou seja, que é já estágio mais avançado da promessa.

Quem diz que poderá dar tal quantia em dinheiro caso o funcionário público pratique tal ou qual ato, estará *prometendo vantagem indevida*. Já aquele que carrega uma mala de dinheiro e diz ao funcionário que ali se encontra certa quantia em valor que será dele caso aceite praticar o ato funcional, estará neste caso *oferecendo vantagem*. Tanto a oferta quanto a promessa já *consumaram* o crime, ainda que não haja o pagamento (o agente público pode recusá-lo, por exemplo, ou a polícia interceder antes da transação), mas é possível também que a oferta e o pagamento coincidam no mesmo ato.

No caso de as despesas dependerem da aprovação do superior, a promessa feita sem o seu consentimento seria hipótese de *oferta* impossível, logo a ação verdadeiramente típica só nasceria a partir do momento da autorização para pagamento e a renovação da oferta ou com o pagamento em si, e neste caso o pagamento configura a própria oferta típica e o superior responderia neste caso por corrupção com dolo direto.

Haveria, ainda, a possibilidade do superior poder impedir o pagamento, ainda que o subordinado tivesse autonomia para fazê-lo sem sua autorização.

Neste caso, o subalterno já terá consumado o crime de prometer vantagem indevida. O superior, ao tomar conhecimento, poderá impedir a consumação do crime na modalidade oferecer. Prometer é obrigar-se verbalmente ou não a fazer alguma coisa. Oferecer é sinônimo de dar, entregar, presentear. Logo, quem promete não entrega na hora, ao contrário de quem oferece. Sendo assim, se o superior toma conhecimento de uma promessa de vantagem indevida depois que já foi feita, evidente que não tem mais como participar, seja por omissão ou por ação da promessa, mas se lhe couber de alguma forma impedir o pagamento e mesmo assim ele não age para evitá-lo, aí neste caso estará incorrendo em omissão dolosa com dolo direto.

Por fim, poderíamos ter a hipótese do subalterno que entra na sala do superior hierárquico e começa a lhe narrar um caso de corrupção que está em curso, mas este lhe diz logo para parar porque não quer saber de nada. Há, neste caso, uma vontade deliberada de não tomar conhecimento de circunstâncias de um resultado típico futuro e provável, o que se aproxima da hipótese da cegueira deliberada. Mas, neste caso, como defende TAVARES, há uma vontade deliberada de se omitir, deixando o resultado ao acaso. Mais do que isto, em se tratando de ambiente empresarial com relação de subordinação, a omissão neste caso tem nítido caráter de autorização tácita, o que a aproxima muito do dolo direto[304].

Ou seja, a indagação que se coloca, em termos bastante simples e objetivos, é se é possível punir alguém no Brasil sob o argumento de ter agido com cegueira deliberada, ainda que não se encontrem presentes no caso as hipóteses de omissão penalmente relevantes previstas no artigo 13, parágrafo segundo, do Código Penal.

Para isso, é necessário fazer uma distinção bastante clara entre o conceito de cegueira deliberada na jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos daquele introjetado no entendimento das cortes espanholas.

---

[304]TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 393-399.

Como já dito acima, o conceito de cegueira deliberada delineado nos Estados Unidos exige que o sujeito adote medidas destinadas a manter-se no estado de ignorância, o que de fato se coaduna bastante com a ideia de "cegueira" e de "deliberada", ou seja, é um desconhecimento voluntário, é a vontade de não conhecer, ou como bem apontou LUCCHESI, é a vontade de não aprofundar o conhecimento, porque quando se decide não conhecer alguma coisa, já de alguma forma se conhece.

Ao traduzir tal conceito para a dogmática brasileira, é inescapável identificar traços do dolo direto na cegueira deliberada, ou mais especificamente uma hipótese bastante clara de omissão dolosa.

Afinal de contas, ao contrário do que ocorre nos crimes comissivos, delitos nos quais o dolo deve estar atrelado à realização típica, nos crimes omissivos o dolo se satisfaz com a mera vontade de permanecer no estado de inação, conhecendo os riscos do não agir[305], exatamente a hipótese que costuma fundamentar a cegueira deliberada.

Nas precisas palavras de TAVARES:

> "é insuficiente, por conseguinte, para reconhecer o dolo, a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir ou o conhecimento do seu poder de fato para a realizar a ação omitida (...) mais do que isto, será necessário demonstrar que o sujeito incluiu na sua decisão a não execução da ação possível e necessária"[306].

TAVARES entende, ainda, ao contrário, todavia, de ROXIN, ZAFFARONI, SANTOS, BOTTINI e ESTELLITA, ser o comportamento omissivo incompatível com a punição por dolo eventual[307].

Com razão, a nosso ver, a posição de TAVARES, não obstante minoritária, para não dizer quase isolada. Sim, porque a punição da omissão já é uma forma de reprovar penalmente comportamentos que, a despeito de não almejarem um resultado típico, contribuem para o incremento do risco de se produzir o resultado, muito embora o curso causal não esteja sob controle do sujeito.

Já nos crimes comissivos, *"se o sujeito controla o processo causal e deixa o resultado ao acaso, considera-se que, por isso, o integra ao seu momento volitivo"*[308]. Nos

---

[305]TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 393.
[306]Id., loc. cit.
[307]Id. Ibid., p. 393-399.
[308]Id. Ibid., p. 395.

crimes omissivos o sujeito não controla o processo causal, de modo que a omissão é sempre uma forma eventual de se relacionar com o resultado.

Deve o sujeito ainda, no crime omissivo, *"incorporar a circunstância da verificação do evento e ainda a necessidade de sua atuação"*[309]. Não basta deixar o resultado ao acaso.

Tanto é assim que ROXIN explica que não há domínio do fato nos crimes omissivos, pois são delitos de infração de dever[310]. O dolo na omissão é a vontade de infringir um dever, a vontade de não agir conforme um dever, decisão que só pode ser incriminada de forma dolosa se o sujeito tiver consciência da alta probabilidade do resultado que a inação implicará.

O que ocorre na omissão é que dois componentes essenciais para o exame do elemento subjetivo (conhecimento e vontade) estão na própria estrutura do comportamento típico omissivo, na condição de consciência da alta probabilidade de ocorrência do resultado e a vontade/decisão de não agir conforme lhe era dever fazer.

Na omissão, o agente tem o poder de controlar os riscos de ocorrência do resultado, mas não o resultado em si, de forma que a omissão dolosa sempre será um comportamento que deixou o resultado ao acaso. Ou, melhor dizendo, a omissão já é uma forma de se relacionar de forma eventual com o resultado, de modo que admitir ainda o dolo eventual seria forma de reduzir ainda mais o nível de consciência e vontade que o dolo eventual já contém nos delitos comissivos.

É novamente TAVARES quem observa que *"*embora o art. 13 do Código Penal trace os elementos de uma orientação objetiva da conduta, para efeitos de sua imputação objetiva no âmbito do respectivo tipo de delito, sua fórmula de causalidade interfere também na orientação subjetiva e, pois, na imputação subjetiva"[311].

Ou seja, adotar o dolo eventual na omissão seria uma forma de reduzir o grau de consciência da probabilidade do risco exigido para dolo eventual em geral, aumentando ainda mais a abrangência desta espécie de dolo.

---

[309]TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 396.
[310]ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, cit.
[311]TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 396.

CONCLUSÃO E SOLUÇÃO DOS CASOS

1. A cegueira deliberada não é um conceito jurídico existente na legislação brasileira, e aqui só há de ser usada como padrão de comportamento, que pode ou não se enquadrar em categorias jurídicas do direito penal pátrio, a depender de cada situação concreta.
2. Como o próprio nome já diz, cegueira ou ignorância deliberada é um desconhecimento intencional ou voluntário, logo pressupõe alguma dose de conhecimento. O desconhecimento completo da situação não pode nem ao menos ser traduzido, do ponto de vista comportamental, como situação de cegueira deliberada (artigo 18 e 20 do CP).
3. Não é possível punir por omissão o agente que decidiu não aprofundar conhecimentos sobre situação suspeita, fora das hipóteses do artigo 13, parágrafo 2º, do Código Penal.
4. Os casos de corrupção normalmente verificados na prática empresarial que nos remetem ao comportamento de quem age com cegueira deliberada não necessariamente são de conduta punível de acordo com a lei penal brasileira.
5. A cegueira deliberada no crime de corrupção é comportamento comumente verificado no ambiente empresarial, e que pode tanto configurar conduta atípica, como conduta omissiva ou comissiva, passível de subsunção tanto ao dolo direito ou ao dolo eventual, ou conduta meramente negligente, distinção que deverá ser feita caso a caso, de acordo com a dogmática adotada pelo Código Penal vigente no país.

Os casos que inspiraram o presente trabalho são todos de cegueira deliberada, ou digamos de cegueira consciente, mas cada um contém soluções diferentes à luz do direito penal vigente no Brasil. Vejamos:

Caso 1: O presidente da empresa E1, contratada para fazer obras de infraestrutura para uma estatal fornecedora de energia elétrica, ajusta com o sujeito OP, empresário sem qualquer relação com o poder público, pagamentos a fim de que OP o auxilie a resolver

conflitos com a estatal no tocante a divergências nas medições e no atraso de pagamentos. Para tanto, E1 solicita ao diretor D1, a ele subordinado e responsável pelo centro de custos daquela obra específica, que operacionalize a celebração de contratos, assinaturas e pagamentos. D1, então, entra em contato com OP, participa da elaboração do contrato, realiza os pagamentos, mas não toma conhecimento de nenhuma informação referente à real atuação de OP, que se reporta sempre diretamente a E1. Investigações posteriores revelam que OP dividia parte dos valores com altos diretores da estatal e políticos que os indicavam para os respectivos cargos.

Solução: Não havendo razões objetivas para suspeitar da contratação de OP, não se pode exigir do subordinado, que apenas recebe ordens operacionais para serem executadas, que faça uma investigação interna para apurar a conduta do superior. Neste caso, D1 nem *deve* nem *pode* tomar providências para sair do seu aparente estado de ignorância ou cegueira. Ainda antes de examinado o elemento subjetivo, não lhe incumbe qualquer dever de vigilância para que seja obrigado a tomar conhecimento mais aprofundado da situação, de modo que não pode ser punido pela omissão, sendo, portanto, atípica a conduta. Já o caso de E1 é mais complexo, porque, sendo o Diretor da empresa e o responsável pela contratação lhe incumbia o dever de conhecimento. A nosso ver, neste caso, a incriminação ou não da conduta depende do nível de suspeita que lhe era possível ter no momento do fato. É apenas com esta análise empírica que será possível determinar o grau de consciência do risco e, assim, a presença ou não do dolo.

Caso 2: Naquela mesma situação hipotética, E1 tem fortes suspeitas de que OP é um operador de propinas, compartilha suas suspeitas com o subordinado D1, mas pedindo para não tomar nenhuma medida que possa aprofundar as suspeitas.

Solução: Neste caso parece não haver dúvida de que a conduta de E1 é comissiva, pois por meio de OP oferece vantagem sabendo do elevado risco de que os valores estão sendo repassados a agentes públicos. D1 presta auxilio para a execução do pagamento. Do ponto de vista do elemento subjetivo não parece haver dúvida de que se trata de ação dolosa, ante o alto risco assumido de produção do resultado (artigo 18 do CP). Os obstáculos à incriminação da conduta a D1 parecem se situar mais no plano da imputação objetiva (ação neutra) e da própria tipicidade do crime de corrupção, tendo em vista que o pagamento que D1 é chamado a operacionalizar, neste caso, seria mero exaurimento do crime, que se consumou no momento em que D1 e OP acertaram os valores.

Caso 3: E1, alto executivo de empresa, entra na sala de P1, presidente da companhia, para lhe contar que determinado agente público lhe solicitou dinheiro para facilitar a empresa em um contrato com uma estatal. P1 lhe diz para resolver da forma que lhe parecer melhor, mas que a partir dali preferia não saber mais do assunto.

Solução: Neste caso, parece não haver dúvida de que, ao tomar conhecimento da solicitação de propina e mandar o subordinado "resolver", o presidente da empresa *determinou* que o assunto fosse resolvido, fosse qual fosse a solução, assumindo, portanto, o risco de produzir o resultado (artigo 18 do CP). Há uma conduta comissiva – a *determinação* de que, se achar conveniente, deve resolver – e dolosa, pois demonstra que adere voluntariamente ao resultado, ainda que eventual.

Caso 4: No mesmo contexto do caso 3, E1 entra na sala, conta da propina, mas tranquiliza P1 dizendo que está conversando, e qualquer novidade lhe comunica novamente. P1 confia na forma ética com que E1 conduz os negócios, e acreditando que nada seria feito sem sua prévia anuência, nunca mais pergunta sobre o assunto. Meses depois P fica sabendo que E1 pagou o agente público.

Solução: Como superior hierárquico de E1, P1 não só podia como devia agir para evitar que a corrupção se consumasse. Neste caso, o fato de P1 deixar de tomar providências no sentido de determinar que nenhum pagamento fosse feito, não é suficiente, a nosso ver, para afirmar o dolo. Além do dever de agir, que nesse caso parece claro que lhe incumbia, é necessário o dolo, que não parece presente, tendo em vista que a conduta de P1 de confiar que nada seria feito sem que tomasse conhecimento prévio antes mais se aproxima, no máximo, de um comportamento negligente. Depois de feito o pagamento, o silêncio de P1 não parece passível de repercussão na esfera penal, pois *post factum* impunível.

Caso 5: No caso 4, P1 sabe que E1 é conhecido por tentar resolver as coisas de forma não ortodoxa, algumas vezes sem comunicar os superiores, mas mesmo assim não toma providências para impedir que o pagamento ocorresse.

Solução: Como P1 não pratica qualquer conduta comissiva, sua punição neste caso só seria possível por omissão. E parece não haver dúvida de que lhe incumbia o dever de agir para determinar que não fosse realizado qualquer pagamento. Há uma omissão relevante. Neste caso, porém, ao contrário do que ocorre no caso 3, não se pode inferir da conduta de P1 consórcio volitivo em relação ao resultado, e nem mesmo se poderia afirmar

que condescendeu com o resultado ou foi indiferente a ele. Ainda assim, estas seriam, na pior das hipóteses, situações que se enquadrariam no dolo eventual, incompatível, a nosso ver, como visto acima, com a omissão. Estaríamos, portanto, também neste caso, no máximo, no terreno a mera negligência.

REFERÊNCIAS

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*: parte general. Traducción por Juan del Rosal y Angel Torio. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1960.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução: José Rubens Siqueira. 6. ed. São Paulo: Companhia da Letras. 1999

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

_____. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. Trad. de Gumersindo Guinarte Cabada. In: ESTUDIOS penales y criminológicos, Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989. v. 12.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma Investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Tradução de A. Carlos Campana. São Paulo: J. Bushatsky, 1978.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 7-35, nov./dez. 2009.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetrus, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução*:* Ariani Bueno Sudatti, Fernando Pavan Baptista. Bauru: Edipro, 2001.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. In *Consultor Jurídico*, 30 jul. 2013. Disponível em: <http://www.c onjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada -julgamento-acao-penal-470?imprimir=1>.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Forense, 1959. t. 2.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas*: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CARAZZAI, Estelita Hass; FERREIRA, Flávio. Fala de procurador sobre provas e convicção não foi dita como divulgado. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 set. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/09/1813692-frase-de-procurador-sobre-provas-e-conviccao-nao-foi-dita-como-divulgado.shtml>. Acesso em: 12 jun. 2018.

CARVALHO, Felipe Fernandes de. Quais cuidados devem ser tomados para aplicar a teoria da cegueira deliberada? *Consultor Jurídico*, 19 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-19/felipe-carvalho-cuidados-aplicacao-teoria-cegueira-deliberada#author>.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). *Temas de anticorrupção &* compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014.

COSTA JUNIOR, Paulo José. *Direito penal*: curso completo. 7. ed. rev. e consolidada em um único volume. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Responsabilidad penal por omisión del empresario.* Madrid: Iustel, 2009.

CRUZ, Flávio Antônio da. *O tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz et al. *Lei Anticorrupção*: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*: bases metodológicas. 2. ed. Buenos Aires: Bdef, 2007.

ENTENDA o caso [Lava Jato]. *MFP – Ministério Público Federal*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 12 jun. 2018.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*: Decreto-lei 2848, de 7/12/40. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1959. 7v.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Buenos Aires: Julio César Faria, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2.

_____. *Lições de direito penal*: parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 4.

GEHR, Amanda. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro.* 2012. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

GIUSTO, Bruno; PERILLO, Marcela. O crime de corrupção – uma breve análise sobre o delito nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. In: SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017.

GONTIJO, Conrado de Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: Liberars, 2016.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à 'Distinção entre dolo e culpa', de Ingeborg Puppe. Prefácio. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

_____. Comentario al artículo de Ramón Ragués. *Discusiones*, Buenos Aires, v. 2, n. 13, p. 67-78, fev. 2013.

_____. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; LEITE, Alaor; ASSIS, Augusto. Roxin faz esclarecimento ao público sobre mensalão. *Consultor Jurídico*, 19 nov. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-19/mensalao-esclarecimento-claus-roxin-publico-brasileiro>. Acesso em: 29 jul. 2014.

_____; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 159-188, ago. 2017.

GRILLO, Cristina; MENCHEN, Denise. Participação no comando de esquema tem de ser provada, diz jurista. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 nov. 2012. p. 1-1. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/11/1183721-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada-diz-jurista.shtml>. Acesso em: 12 nov. 2018.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-930, set./dez. 1990.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 1 e 2.

_____. *Comentários ao Código Penal:* Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9, 575p.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2003.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.) *Crime e política:* corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2017.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal*: um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.) *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo*: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 365f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

MAIRAL, Héctor A. *As raízes legais da corrupção*: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de direito penal*: dos princípios penais de garantia. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal:* parte general. 9. ed. Buenos Aires: Bdef, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e segurança nacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 19, p. 161-183, 1978-1980.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 4.

_____. *Direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). *Temas de anticorrupção &* compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Ingerência indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

_____. Lei 12.683/12 - mais um capítulo na ingerência indevida. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

PEREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014.

PRADO, Luiz Regis. A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de tráfico de influência internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 803, p. 441-458, set. 2002.

_____. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.) *Crime e política:* corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en proceso penal*. Barcelona: Jose Maria Bosh Editor, 1999.

_____. *La ignorancia deliberada en derecho penal.* Barcelona: Atelier, 2007.

ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*. *InDret*: revista para el análisis del derecho. Barcelona, p. 1-11, ene. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>. Acesso em 31 out. 2018.

ROXIN, Claus. *Autoría y domínio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. *Derecho penal*: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance* na nova lei de lavagem de dinheiro. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 22-30, ago./set. 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

_____. *Direito penal*: parte geral. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis-SC: Empório do Direito, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *El delito de omisión*: concepto y sistema. Buenos Aires: Julio César Faira, 2010.

_____. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. reimpr. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 246, p. 3-4, maio 2013.

_____; DINIZ, Eduardo Saad. *Criminal compliance*: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 25, p. 591-626, 2013.

_____; RASSI, João Daniel (Orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

SIMANTOB, Fábio Tofic. Culpa por decreto. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 01 abr. 2014. p. 1-1. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,culpa-por-decreto-imp-,1147618>. Acesso em: 04 nov. 2018.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito.* Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

_____. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção - considerações introdutórias sobre o crime de corrupção privada. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.) *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017.

TIEDEMAN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Tradução de: Manuel Abanto Vásquez. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____ et al. *Direito penal brasileiro*: teoria do delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. v. 2.

JURISPRUDÊNCIA

JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ - JFPR. Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, Juiz Sérgio Moro, julgado em 02/02/17.

_____. Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal Sérgio Moro, julgado em 12/07/2017.

_____. Ação Penal nº 5061578-51.2015.4.04.7000/PR, Juiz Sérgio Moro, julgado em 15/09/16.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp 1678050/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 21/11/2017.

_____. REsp: 192049 DF 1998/0076411-9, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 09/02/1999, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 01.03.1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AP 307, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, segunda turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995.

_____. AP 470 EI-décimos sextos, Relator(a): Min. Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, acórdão eletrônico DJe-161 divulg 20-08-2014 public 21-08-2014.

_____. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17.12.2012. Publicado em 22/04/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - TJ-PR. ACR: 3816566 PR 0381656-6, Relator: Antônio Martelozzo, Data de Julgamento: 12/07/2007, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7416.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE RONDÔNIA - TRE-RO. RC: 872351148 RO, Relator: Élcio Arruda, Data de Publicação: DJE/TRE-RO - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Data 06/12/2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. AC nº 5000220-41.2013.404.7005, Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, Oitava Turma, DJe 22.11.2013.

_____. AC nº 5001945-68.2013.404.7004, Rel. Des. Fed. Ricardo Rachid de Oliveira, Sétima Turma, DJe 25.02.2015.

_____. AC nº 5006743-13.2011.404.7208, Rel. Des. Fed. Leandro Paulsen, Oitava Turma, DJe 26.08.2015.

_____. AC nº 5014585-46.2012.404.7002, Rel. Des. Fed. Cláudia Cristina Cristofani, Sétima Turma, DJe 12.06.2015.

_____. AC nº 5019147-41.2011.404.7000, Rel. Des. Fed. Leandro Paulsen, Oitava Turma, DJe 20.07.2015.

_____. ACR: 50059238620144047208 SC 5005923-86.2014.404.7208, Relator: Nivaldo BrunonI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Oitava Turma, Data de Publicação: D.E. 23/02/2016.

_____. ACR: 50135181420154047108 RS 5013518-14.2015.404.7108, Relator: Revisor, Data de Julgamento: 06/09/2016, Sétima Turma.

_____. Apelação criminal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR, Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto, julgado em 30/04/2018.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO – TRF5. AC nº 00111923120104058300, Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão, Quarta Turma, DJe 06.08.2015.

_____. AC nº 200581000145860, Rel. Des. Rogério Fialho Moreira, Segunda Turma, DJe 09.09.2008.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição Federal de 1988*. Brasília-DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. *Decreto nª 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>.

BRASIL. *Decreto nº 5687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 04 nov. 2018.

_____. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>.

_____. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>.

_____. *Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012*. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>.

_____. *Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013*. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nos 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Brasil, Brasília, 16 maio 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm>.

_____. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>.

_____. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm>.

MODEL Penal Code. Official Draft and Explanatory Notes. Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962. Philadelphia, PA.: The American Law Institute, 1985. Disponível em: <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/convencao-ocde>. Acesso em: 02 nov. 2018.