

o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.”

- (7) Disponível em: <www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019>. p. 23. Acesso em: 19 mar. 2019
- (8) LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 01, p. 01-65, 2004.
- (9) WATSON, Alan. Legal transplants and law reform, 92. *The Law Quarterly Review*, p. 79-84, 1976.
- (10) Idem, ibidem.
- (11) Id. ibid., p. 47.
- (12) Id. ibid., p. 50-51.
- (13) Id. ibid., p. 26.
- (14) PEREIRA, Claudio José. Princípio da oportunidade e justiça penal negociada. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- (15) LANGER, op. cit., p. 51.
- (16) Id. ibid., p. 54.
- (17) Segundo dados do CNJ, durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões

de novos processos. O Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva. No período de 2009 a 2017, a taxa de crescimento médio do estoque foi de 4% ao ano. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>>. Acesso em 20/03/2019>.

- (18) MÁRQUEZ, op. cit., p. 184.

Renato Tavares de Paula

Bacharel em Direito pela USP.

Defensor Público Federal em Ribeirão Preto/SP.

ORCID: 0000-0001-7762-4039

renato.paula@dpu.def.br

Recebido em: 28/03/2019

Aprovado em: 15/07/2019

Versão final: 14/10/2019

Dos maxiprocessos aos casos triviais: a expansão da cegueira deliberada na prática judicial

From the maxprocesses to the trivial cases: the expansion of the willful blindness doctrine in the judicial practice

Chiavelli Facenda Falavigno, Luis Irapuan Campelo Bessa Neto e Luiz Eduardo Dias Cardoso

Resumo: Este artigo discorre acerca da Teoria da Cegueira Deliberada, particularmente quanto à sua aplicação em julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Para tanto, debate-se a questão atinente à equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual, especialmente diante dos artigos 18, I, e 20 do Código Penal, de forma a apontar que o conhecimento é elemento central do dolo. Na sequência, aprecia-se voto em que, julgando recurso atinente a crimes tributários, a Corte catarinense mencionou a Teoria da Cegueira Deliberada. Apreciam-se, então, as minúcias do caso concreto, em especial no que toca à autoria delitiva. Aponta-se, por fim, que a Teoria da Cegueira Deliberada, outrora reservada a casos célebres e maxiprocessos, parece expandir-se para atingir também casos triviais.

Palavras-chave: teoria da cegueira deliberada; dolo eventual; conhecimento; crime tributário; Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

No dia-a-dia forense e mesmo no âmbito doutrinário, é cada vez mais comum a adoção de teorias e critérios importados de sistemas alienígenas – especialmente dos Estados Unidos da América –, a configurar o fenômeno dos *legal transplants*. A introdução tem se dado, na maior parte das vezes, por meio do Poder Judiciário, sobretudo por seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF), que acaba por delinear e autorizar a utilização desses institutos estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro. É o caso, por exemplo, da chamada Teoria da Cegueira Deliberada (*willful blindness doctrine*), que nasce no século XIX, na Inglaterra (caso *Regina v. Sleep* – 1861), mas tem seu desenvolvimento atribuído aos estadunidenses, a partir do caso *Spurr v. United States* (1899)⁽¹⁾.

Não obstante algumas referências ao instituto em decisões de primeiro grau – especialmente a partir do famoso caso do furto ao Banco Central do Brasil em Fortaleza,⁽²⁾ ocorrido no ano de 2005 e julgado dois anos mais tarde –, foi no julgamento da Ação Penal 470, mais

Abstract: This article discusses the willful blindness doctrine, particularly its application in a decision given by the Santa Catarina's Justice Court. To reach this goal, this study debates the equalization between the willful blindness and *dolus eventualis*, especially under the articles 18, I, and 20 of the Brazilian Penal Code, in order to point out that knowledge is the central element of *dolus*. Further up, this paper analyzes the judicial opinion in which, facing an appeal regarding tax crimes, the Santa Catarina's Justice Court used the willful blindness doctrine. The specific details of the case, especially those regarding the criminal authorship, are discussed. The paper concludes that, if the use of the willful blindness doctrine began in famous cases, it now seems to expand to other trivial cases.

Keywords: willful blindness doctrine; *dolus eventualis*; knowledge; tax crime; Santa Catarina's Justice Court.

conhecida como “caso Mensalão”, que o tema ganhou notoriedade e relevância. Isso porque o STF utilizou dita teoria sem qualquer exame de compatibilidade com o ordenamento pátrio, bem como sem cuidado metodológico adequado ao emprego do direito comparado, conforme já apontou **Guilherme Lucchesi**.⁽³⁾

A teoria, aliás, sobretudo no âmbito da Operação Lava Jato, tem sido muito utilizada para a condenação de agentes pela prática do crime de lavagem de dinheiro, especialmente em razão da alteração promovida pela Lei 12.683/12, que, segundo entendem alguns autores,⁽⁴⁾ passou a permitir a punição quando configurado, no que toca ao elemento subjetivo do ilícito típico, o *dolo eventual*. Tem-se afirmado no Brasil, portanto, que a Cegueira Deliberada seria uma espécie de *dolo eventual*, conclusão que é fruto de um desconhecimento tanto da teoria alienígena, erroneamente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, quanto da própria concepção de *dolo* no Direito Penal brasileiro.

Com efeito, uma leitura conjugada dos artigos 18, inc. I, e 20 do Código Penal permite inferir que o conhecimento – e não a vontade – é o elemento central do dolo,⁽⁵⁾ de forma que somente há dolo diante do conhecimento efetivo, pelo agente, de todas as circunstâncias elementares do crime.⁽⁶⁻⁷⁾ Logo, é inviável equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual, porque a essência da *willful blindness* é exatamente o não conhecimento, uma vez que o agente, ciente da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, o qual ele acredita ter ocorrido, adota medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência de dito fato ou de dita circunstância.⁽⁸⁾ Segundo **Luís Greco**,⁽⁹⁾ o dolo exige conhecimento psicológico sobre a probabilidade do resultado⁽¹⁰⁾ e não mera probabilidade do conhecimento em si, pois somente com o efetivo conhecimento pode haver domínio sobre o fato.⁽¹¹⁾

Portanto, a exigência extraída do artigo 20 do Código Penal – no sentido de que o agente tenha efetivo conhecimento dos elementos constitutivos do tipo para que aja dolosamente – rechaça a equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual, justamente porque a elevada probabilidade, ínsita à cegueira deliberada, não coincide com o conhecimento efetivo, subjacente ao dolo – na forma em que se encontra previsto no sistema pátrio. Por outro lado, se existente o conhecimento, descabe a utilização da cegueira deliberada, justamente porque o ordenamento já possui disposição específica própria para ensejar a punição, qual seja, o próprio dolo, em sua modalidade direta ou eventual. Como bem afirma **Guilherme Brenner Lucchesi**, no Brasil, passou-se a punir a culpa como se dolo fosse.⁽¹²⁾ Ou seja, a utilização da cegueira deliberada passou, em muitos casos, a suplantiar a ausência de previsão legal expressa de punição na modalidade culposa de alguns tipos, o que seria essencial para que houvesse a condenação.

Anos após a decisão proferida na Ação Penal 470, com a utilização sistemática de seus argumentos em ações penais relativas a grandes operações de combate à criminalidade econômica – os chamados “maxiprocessos” –, surgem os primeiros reflexos da adoção da teoria nos Tribunais estaduais, que passaram a fazer uso do instituto a fim de suprir suposto vácuo de punibilidade, consubstanciado na (também suposta) insuficiência das espécies de dolo para o sancionamento de certas condutas.

No Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, mais especificamente, após consulta ao *Portal da Jurisprudência*,⁽¹³⁾ verifica-se recente decisão, datada de 31/10/2019, em julgamento de apelação criminal, que menciona a Teoria da Cegueira Deliberada já em sua ementa. Em que pese a existência de outras quatro decisões que também mencionam a teoria no bojo da argumentação exposta nos votos, opta-se por analisar o julgado mencionado não apenas por ser bastante recente, mas também pela discussão nele realizada. No caso, muito embora a teoria não tenha sido tratada de forma pormenorizada pelos julgadores – pois foi aventada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em alegações finais –, ela serviu de argumento subsidiário para a condenação do agente, por meio da conhecida (e problemática) técnica de fundamentação *per relationem*. Extrai-se da decisão no que se refere à utilização da Teoria da Cegueira Deliberada: “No entanto, a justificativa apresentada, ainda que seu funcionário tenha prestado depoimento nesse sentido, não merece amparo. Isso porque não é crível que os acusados não tiveram contato, durante três meses (lapso aproximado entre o recebimento da notificação e o parcelamento do débito fiscal) com seu funcionário de confiança a respeito da movimentação e do dia a dia da empresa. Do mesmo modo, não se pode acreditar que tal funcionário não tenha lhes repassado a informação de recebimento de correspondências provenientes de Órgão Público.

Mesmo que assim não fosse, à luz da teoria da cegueira deliberada, ter-se-ia a hipótese, já que os acusados eram sócios administradores da empresa, de que eles deixaram, intencionalmente, de gerir e tomar as devidas cautelas em relação à empresa, assumindo qualquer risco

que daí pudessem [sic] surgir, em especial porque a abandonaram pelo referido período e porque estavam cientes do não recolhimento ICMS durante os meses de janeiro a julho de 2015 (confirmado nos interrogatórios judiciais), configurando, assim, o dolo eventual em suas condutas.”⁽¹⁴⁾

Como se depreende da decisão, o argumento utilizado incide nos mesmos erros das demais decisões judiciais proferidas no Brasil no que se refere à Teoria da Cegueira Deliberada: a) confunde-se dolo eventual com Cegueira Deliberada; e b) compreende-se que o conhecimento não é necessário para o dolo, bastando sua presunção.

O manejo da Teoria da Cegueira Deliberada no julgamento de crimes tributários é especialmente problemático, dado o pouco cuidado dispensado à questão da autoria no gênero. Com efeito, a praxis forense tem demonstrado que, em crimes contra a ordem tributária, a posição formalmente ocupada pelo agente no corpo societário da pessoa jurídica que inadimpliu os tributos acarreta, quase que automaticamente, sua condenação, em uma espécie de responsabilização objetiva *contra legem*.

Nesse cenário, a Teoria da Cegueira Deliberada é utilizada como forma de transpor obstáculos probatórios: ainda que não haja prova da efetiva participação do agente na sonegação tributária, considera-se possível a sua responsabilização em razão de suposta assunção de riscos. No caso do acórdão acima apontado, o Tribunal de apelação, valendo-se das alegações ministeriais, imputou aos apelantes a autoria delitiva porque “deixaram, intencionalmente, de gerir e tomar as devidas cautelas em relação à empresa, assumindo qualquer risco que daí pudessem [sic] surgir”. A Corte, além disso, equiparou a cegueira deliberada ao dolo eventual, incorrendo, portanto, na imprecisão dogmática já apontada.

Por mais que no caso em questão o manejo da Teoria da Cegueira Deliberada represente apenas um *obiter dictum* – isto é, um argumento periférico –, lançado a partir de fundamentação *per relationem*, é simbólico que a teoria em questão tenha ingressado na fundamentação decisória de que se valeu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no caso em apreço. Ou seja, ainda que, hipoteticamente, fosse possível a condenação a título de dolo, optou o tribunal pelo acréscimo do “adorno hermenêutico”.⁽¹⁵⁾ Esse simbolismo, vale dizer, é aprofundado diante da percepção de que a Teoria da Cegueira Deliberada foi manejada no julgamento de crimes tributários – aos quais, invariavelmente, está associada certa falta de cuidado em relação à autoria delitiva.

Se é certo que a Teoria da Cegueira Deliberada foi incorporada à prática judicial brasileira, sobretudo por meio de casos notórios, também parece correto constatar, que a aplicação dessa teoria tem se expandido para casos triviais, mais uma vez de forma irrefletida e sem o necessário filtro da dogmática penal – principalmente tendo-se em vista as possibilidades de tipo subjetivo elencadas pelo Código Penal.

Notas

- (1) MARCUS, Jonathan L. Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness. *The Yale Law Journal*, v. 102, n. 8, p. 2231-2257, jun. 1993. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2307/796865>>. Acesso em: 14 jan. 2020.
- (2) Sentença proferida na Ação Penal 2005.81.00.014586-0, que tramitou na 11ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará.
- (3) LUCCHESI, Guilherme. Acertando por acaso: uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por Lavagem de Dinheiro no voto da Ministra Rosa Weber na APN 470. In: *Jornal de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 93-106, jul./dez. 2018.
- (4) BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 141. Guilherme Lucchesi, todavia, aponta que “a equiparação entre ‘dever saber’ e dolo eventual é equívoco cometido pela doutrina contemporânea” (p.153). LUCCHESI, Guilherme. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- (5) De acordo com a posição defendida por Greco, “Dolo é, ab initio, conhecimento, porque só o conhecimento gera domínio, e só o domínio fornece razões suficientemente fortes para fundamentar o tratamento mais severo dispensado aos casos de dolo. Estas razões são a maior necessidade de prevenção diante

dos riscos que se dominam e a maior responsabilidade do autor por aquilo que ele realiza sob seu domínio.” (p. 903). GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto. et al (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-905. Não se ignora, no entanto, a existência de posicionamentos doutrinários tradicionais divergentes.

- (6) LUCCHESI, Guilherme Brenner. Acertando por acaso: uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da Ministra Rosa Weber na APN 470. São Paulo, *Jornal de Ciências Criminais*, v. 1, n. 1, p. 93-106, jul./dez. 2018.
- (7) Sobre a desassociação do dolo como vontade e sua perspectiva como “conhecimento do risco criado”, cite-se PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006.
- (8) LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- (9) GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 902.
- (10) Segundo Fábio Roberto D’Ávila, o artigo 13 do Código Penal exige que todo crime tenha resultado, não naturalístico, mas jurídico. Nas palavras do autor, “não se confunde com o resultado em uma perspectiva natural, entendido como modificação do mundo exterior, e tampouco com o objeto da ação. Trata-se do desvalor expresso pela ofensa a bens jurídico-penais, pela lesão ou perigo de lesão ao objeto de tutela da norma.” D’ÁVILA, Fábio Roberto. Tipo, Ilícito e Valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 121, p. 99-126, jul./2016.
- (11) Esse também foi o ponto central da crítica do autor à dita teoria em aula ministrada na Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo, no ano de 2016, cuja ata se encontra disponível no site da instituição: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/ata_18.03.16_-_luis_greco_-_cegueira_deliberada.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2019.
- (12) LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- (13) Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora>. Acesso em: 25 nov. 2019.
- (14) TJSC, Apelação Criminal 0900007-62.2017.8.24.0119, de Garuva/SC.
- (15) Aqui vale mencionar a crítica de Lucchesi, no sentido de que a teoria, como tantas outras, passa a constituir um “modismo”, para que magistrado se mostre “atualizado” com sua utilização. LUCCHESI, op. cit., p. 191.

Chiavelli Fazenda Falavigno

Pós-doutora em Política Legislativa Penal pela Universidade de Málaga.

Doutora em Direito Penal pela USP.

Professora adjunta de Direito e Processo Penal da UFSC.

Coordenadora do Grupo de Estudos Interinstitucional em Direito Penal Econômico (UFSC/Univali).

ORCID: 0000-0002-7264-2171

chiavelli.falavigno@gmail.com

Luis Irapuan Campelo Bessa Neto

Mestre em Direito pela UFSC.

Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra.

Membro do Grupo de Estudos Interinstitucional em Direito Penal Econômico (UFSC/Univali).

ORCID: 0000-0002-0124-5013

luisbessaneto@gmail.com

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Doutorando e mestre em Direito pela UFSC.

Especialista em Direito Penal e Processo Penal (ABDConst).

Membro do Grupo de Estudos Interinstitucional em

Direito Penal Econômico (UFSC/Univali).

ORCID: 0000-0002-9432-1379

luizeduardo.cardoso@gmail.com

Recebido em: 05/12/2019

Aprovado em: 09/12/2019

Versão final: 17/01/2020

A intervenção do advogado na investigação criminal: considerações à luz do inciso XXI do art. 7º do EAOB

The defense intervention in the criminal investigation: an analysis of article 7, XXI of the OAB (Brazilian Bar Association) Statute

Rodrigo Sánchez Rios e Luiz Gustavo Pujol

Resumo: O artigo tem por objetivo realizar uma breve análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária sobre a participação da defesa nos atos investigatórios, seja no inquérito policial, sejam em procedimentos realizados por outras autoridades. A análise parte de uma leitura constitucional do inciso XXI, do art. 7º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), introduzido pela Lei 13.245/2016, cotejando-o com o projeto de reforma, em curso, do processo penal brasileiro.

Palavras-chave: intervenção da defesa; investigação criminal; Estatuto da OAB.

O ponto central da discussão sobre a participação da defesa técnica do indiciado nos atos investigatórios, levados a efeito durante o inquérito policial ou equivalente a cargo de outras autoridades, parece residir, atualmente, no resultado interpretativo derivado da conjugação das seguintes disposições normativas: o artigo 5º, inciso LV, da CF/88; o artigo 20, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41); a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal

Abstract: This article aims to conduct a brief legislative, jurisprudential and doctrinal analysis on the defense intervention in investigative acts, either in the police investigation, or in procedures performed by other authorities. The overview starts from a constitutional analysis of the article 7, XXI, OAB (Brazilian bar association) Statute, introduced by Law 13.245/2016, comparing it with the ongoing reform project in the realm of the Brazilian criminal procedure law.

Keywords: defense intervention; criminal investigation; OAB Statute.

(STF) (com edição no ano de 2008); e os incisos XIV e XXI e § 11º, todos do artigo 7º do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94, com redação conferida pela Lei 13.245/2016).⁽¹⁾

A extensão aparentemente ilimitada do sigilo da investigação policial, assegurado pelo artigo 20 do Código de Processo Penal,⁽²⁾ como retrato do momento histórico inspirador de sua edição no ano de