

ANDREAS EISELE

CEGUEIRA DELIBERADA E DOLO EVENTUAL

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

2^a revista
edição atualizada
ampliada

INTRODUÇÃO

A dinâmica social impõe desafios constantes à ciência jurídica para a solução dos problemas que surgem em decorrência do aumento da complexidade das relações humanas. Esta situação exige o aprimoramento das categorias e institutos teóricos que devem fundamentar a aplicação do Direito, para evitar seu anacronismo.

No âmbito do Direito Penal isso ocorre quando fatos com características específicas demonstram a insuficiência de determinadas categorias jurídicas para sua adequada classificação e a correspondente solução dos casos respectivos.¹

-
1. Um exemplo bastante conhecido desta situação ocorreu quando ROXIN (1963) elaborou a teoria do domínio do fato no âmbito de estruturas organizadas de poder, após analisar os argumentos apresentados pelo general do regime nacional-socialista alemão Otto Adolf Eichmann no processo instaurado em Jerusalém para a apuração de crimes de guerra, e pelo agente do serviço secreto da União Soviética (KGB) Bogdan Nikolajewitsch Stachinski no processo instaurado na Alemanha para a apuração de assassinatos cometidos contra exilados políticos.

Um aspecto interessante deste exemplo é que esta categoria jurídica foi desenvolvida por Roxin a partir da análise de um julgamento por crimes de guerra cometidos durante o período nacional-socialista na Alemanha, e em um outro processo ocorrido em Nuremberg cujo objeto foi idêntico, um dos acusados utilizou a alegação da ignorância deliberada dos fatos como recurso de defesa.

Nessas situações cabe à teoria jurídica elaborar os argumentos racionais que fundamentarão a classificação jurídica dos fatos para a atribuição das consequências jurídicas correspondentes.

Isso foi o que ocorreu quando os Tribunais ingleses e norte-americanos tiveram que julgar alguns casos em que o sujeito atuou de uma forma específica, que acabou sendo denominada: **cegueira deliberada**.²

Trata-se de Albert Speer, que foi o arquiteto que idealizou e construiu várias obras cuja finalidade foi representar o poder e triunfo do regime nacional-socialista alemão liderado por Adolf Hitler, e também auxiliou na elaboração e execução de projetos de pontes e estradas para otimizar a atuação do exército alemão durante a guerra. Speer ocupou o cargo de Ministro do Armamento e foi responsável pela produção de armas durante o período de guerra. No desempenho desta função, utilizou a força de trabalho de pessoas oriundas de nações ocupadas de acordo com uma decisão do Ministro do Trabalho, Fritz Sauckel. Desse modo, vários prisioneiros vindos de campos de concentração foram enviados para fábricas de armas. Durante o julgamento em que era acusado de exploração de trabalho escravo entre outras imputações, Speer disse que, apesar de ter verificado que vários trabalhadores da fábrica de Mittelwerk estavam desnutridos, não tinha conhecimento do que se passava nos campos de concentração porque, embora tenha visitado o campo de Mauthausen, não lhe foram mostrados os aspectos violentos do local e, por sugestão de Karl Hanke, nunca visitou o campo de Auschwitz, temendo descobrir algo que pudesse fazê-lo vacilar em relação ao desempenho de suas tarefas. Mediante este argumento, Speer alegou que embora reconhecesse sua responsabilidade em relação aos fatos, não atuou de forma consciente das circunstâncias. Essa justificativa foi apresentada visando a mitigação das consequências jurídicas de seus atos, o que efetivamente ocorreu.

2. *Willful blindness* (em inglês americano) ou *wilful blindness* (em inglês britânico). Há uma expressiva variação terminológica para a alusão a esta hipótese. Também são empregadas, por exemplo, as seguintes expressões: ignorância deliberada (*deliberate ignorance* – ROBBINS, 1990, p. 191), evitação consciente, ignorância calculada (*conscious avoidance, studied ignorance* – PERKINS, 1978, p. 956-958; CHARLOW, 1992, p. 1352, nota 1; MARCUS, 1993, p. 2242), ignorância

1. A SITUAÇÃO DENOMINADA CEGUEIRA DELIBERADA

A expressão cegueira deliberada denota um recurso comportamental cujo significado se relaciona com uma questão moral que pode ter repercussões éticas e jurídicas.

Em algumas situações é possível que uma pessoa evite tomar conhecimento efetivo de algo que ela haja intuído como uma possibilidade, devido às possíveis consequências desse conhecimento. Ou seja, alguém pode identificar a possibilidade de ocorrência de um fato cujo conhecimento efetivo pudesse lhe trazer uma consequência desfavorável e decidir não confirmar sua existência para evitar a situação decorrente deste conhecimento.

Por exemplo, uma mulher pode desconfiar que seu marido a trai devido à identificação de vários indícios que evidenciam essa traição. Porém, caso ela constate efetivamente esta situação, terá que tomar uma decisão. Ou deve separar-se do marido ou admitir ter sido traída e seguir casada apesar disto. Como nenhuma das alternativas é aceitável para ela,

prefere não confirmar os indícios e, apesar de intimamente ter consciência da probabilidade da traição, decide não adquirir a certeza correspondente.

Esta é uma atitude em que a pessoa identifica a possibilidade de existência de um fato mas resolve ignorar esta possibilidade, evitando a constatação daquilo que não quer comprovar de forma certa e definitiva.

Esta forma de comportamento pode ter consequências jurídicas porque o Direito atribui ao sujeito o dever de adotar determinados comportamentos diante da consciência de determinadas circunstâncias.

Desse modo, alguém que tenha conhecimento da existência de um risco relacionado com uma conduta que esteja realizado tem o dever de informar-se sobre este risco para saber se a conduta será realizada de forma segura.

Esta regra ética é indicada por PERKINS (1978, p. 963) mediante uma aproximação ao Direito Penal, ao afirmar que a identificação da possibilidade da eventual prática de um delito deveria gerar uma preocupação suficiente para levar o sujeito a conferir a situação de modo a certificar-se da não configuração da hipótese delitiva, e não o contrário, pois:

“Nenhuma pessoa honesta iria deixar, deliberadamente, de conferir a realidade, por medo de identificar que o que ela pensa estar fazendo possa ser algo ilícito” (tradução do autor).

A situação denominada cegueira deliberada é objeto desta proposição de conteúdo ético e neste trabalho serão analisadas suas repercussões jurídicas.

Sua configuração se implementa quando alguém, ao realizar uma conduta, identifica a possibilidade de existência

de um aspecto em decorrência do qual seu comportamento poderia configurar a prática de um delito.

Diante desta situação o sujeito decide não constatar a efetiva existência desse aspecto e atua de uma forma que ele, de modo intencional e deliberado, se mantém na “ignorância” da característica do contexto fático no qual a conduta é praticada.

Portanto, embora seja comum a alusão a uma suposta “teoria” da cegueira deliberada, não se trata de uma proposição teórica, mas de uma denominação que se refere a uma forma comportamental específica.

A análise de situações com esta configuração envolve duas questões importantes:

I – A primeira é a definição do nível de conhecimento do fato pelo sujeito nestes casos. Ou seja, determinar se o sujeito tinha suficiente conhecimento do aspecto cuja possibilidade de existência foi identificada, mas cuja efetiva existência não foi constatada.

II – A segunda é a classificação jurídica deste comportamento, o que pressupõe a definição do conhecimento do fato pelo sujeito. Isto porque o aspecto cognitivo da conduta (ou seja, o conteúdo do conhecimento do sujeito) é relevante para a configuração das categorias de imputação penal denominadas *knowledge* e *recklessness* no sistema penal norte-americano, e dolo e imprudência no Direito Penal brasileiro.

1.1. Origens da classificação jurídico-penal dos casos de cegueira deliberada

A origem remota da equiparação jurídica entre as condutas delitivas realizadas com o efetivo conhecimento

2. PROBLEMAS DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW*

Sociedades com referências culturais relativamente comuns tendem a elaborar juízos valorativos similares em relações às mesmas situações fáticas.

Apesar disso, os motivos históricos que determinaram a elaboração dos sistemas jurídicos de cada sociedade podem ter resultado na definição de soluções relativamente distintas para estes mesmos casos.

Por estes motivos a valoração ética de uma mesma situação pode ser similar em duas sociedades distintas, mas a classificação jurídica do fato pode não coincidir devido à diferença do conteúdo do ordenamento jurídico de cada sociedade.

Portanto, a análise do significado de um fato pode ser realizada com base em referentes comuns, mas sua classificação

jurídica deve ser realizada com base nos critérios próprios de cada sistema jurídico.

Esta relação é evidenciada pelas diferenças existentes entre as categorias e métodos aplicados nos sistemas jurídicos de base jurisprudencial (o chamado *common law*) e legal (o chamado *civil law*), o que pode resultar em soluções diferentes para casos idênticos devido à diversidade do conteúdo técnico de seus elementos e da configuração estrutural de cada sistema.

Portanto, as análises das situações fáticas, a identificação de suas características, e mesmo a valoração ética de seu significado cultural, pode ser comum. Porém esta circunstância não necessariamente implica a equiparação da classificação jurídica dos casos em sistemas distintos.

Logo, os recursos explicativos da realidade fática e a argumentação sobre seu sentido social podem ser empregados de forma conjunta, mas a avaliação técnico-jurídica do caso e sua solução devem ser realizadas de forma autônoma, com base nas categorias, racionalidade e método empregados em cada um dos sistemas considerados.

2.1. Diferenças entre as categorias *knowledge* e dolo eventual

O conteúdo e as referências da modalidade de culpabilidade do sistema penal norte-americano denominada *knowledge* não corresponde ao conteúdo e às referências da modalidade de imputação típica da conduta denominada dolo eventual no sistema jurídico-penal continental.

A categoria de culpabilidade (ou *mens rea*) denominada *knowledge* é definida na seção 2.02 (2, b) do Código Penal Modelo para os Estados Unidos nos seguintes termos:

3. AS TEORIAS DO DOLO (COM ÊNFASE NO DOLO EVENTUAL)

As modalidades de imputação típica: dolo e imprudência, têm conteúdos distintos. A primeira é baseada em elementos subjetivos da conduta e a segunda é definida mediante juízos valorativos. Não obstante, o objeto de ambas é formado por aspectos cognitivos e volitivos do comportamento do sujeito, o que estabelece uma relação recíproca baseada no conteúdo e intensidade desses aspectos.

Esta relação pode ser ilustrada, em termos gerais, mediante uma equiparação metafórica ao que ocorre entre o dia e a noite. Não há dúvidas de que às 12:00 horas se pode afirmar estar no período do dia, e à 00:00 hora se pode afirmar estar no período da noite. Porém, em vários outros momentos não necessariamente é possível concluir com precisão em qual período (dia ou noite) se esteja.

Entre o dolo e a imprudência ocorre uma relação parecida.

Os casos de dolo direto de primeiro grau são as situações nas quais estão presentes os aspectos mais específicos que caracterizam o dolo, que são: a consciência da efetiva ou potencial existência das circunstâncias fáticas, a vontade de praticar a conduta, a projeção da possibilidade de realização de um evento determinado em decorrência dos fatores causais que podem ser produzidos por essa conduta (nos delitos materiais) e a finalidade de implementar esse evento em decorrência da criação desses fatores causais.

De outra parte, os casos de imprudência inconsciente são as situações em que as características podem ser completamente diferentes da anterior, porque o sujeito pode atuar sem a consciência da existência das circunstâncias fáticas, sem a vontade de praticar a conduta, sem a projeção da possibilidade de realização do evento típico e sem a finalidade de implementação desse evento. Para a configuração de uma atuação na forma de imprudência inconsciente basta que o sujeito atue sem tomar o cuidado devido em uma situação perigosa e gere uma consequência racionalmente previsível que corresponda à implementação de um evento típico.

Porém, entre os casos de dolo direto de primeiro grau e de imprudência inconsciente existem várias situações intermediárias cuja classificação nas modalidades dolosa ou imprudente não é tão clara.

Estes são os casos de dolo indireto e imprudência consciente, cujas características correspondem às diferenças essenciais entre as categorias do dolo e da imprudência.

Esta distinção é estabelecida pelas teorias do dolo, que são proposições racionais cujo objeto é a definição dos aspectos

elementares e essenciais desta categoria jurídica (ou seja, os elementos essenciais do dolo).

Para alcançar esta finalidade, qual seja, distinguir o dolo da imprudência, os aspectos especificados pelas teorias do dolo devem ser genéricos o suficiente para estarem presentes em todas as modalidades dolosas, e determinados o suficiente para distinguir esta categoria da imprudência.

No aspecto operacional as teorias do dolo definem os elementos básicos da modalidade mais elementar de dolo, que é o dolo indireto (ou eventual), e fornecem recursos para diferenciá-lo da modalidade de imprudência mais aproximada ao dolo, que é a imprudência consciente.

Uma das concepções teóricas mais elementares e gerais (embora imprecisa) do conteúdo do dolo considera que seus elementos constitutivos seriam a consciência e a vontade de realização do fato típico.¹

Porém, esta proposição somente define o objeto do dolo direto de primeiro grau, que corresponde ao propósito.

Os casos de ignorância deliberada não são classificáveis nesta modalidade de dolo. Por este motivo as concepções sobre o dolo analisadas no presente trabalho serão aquelas

1. Isto pode ser identificado, por exemplo: em FEUERBACH [1832, p. 43/47 (§§ 54/59)], BINDING (1919, p. 41-56), WELZEL [1969, p. 64-65 (§ 13, I, 1-2)], MAURACH e ZIPF [1987, p. 294-295 (§ 22, 14)], JESCHECK e WEIGEND [1996, p. 293 (§ 29, III, 2)], WESSELS e BEULKE [2002, p. 71 (203)]. Esta concepção geral também é adotada na teoria jurídica nacional por: HUNGRIA (1978, p. 114), FRAGOSO (2004, p. 209), BRUNO (1967, p. 59-63), REGIS PRADO (2005, p. 374), CIRINO DOS SANTOS (2017, p. 132), GRECO (2017, p. 316) e SANCHES CUNHA (2020, p. 257), entre outros.

4. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DA HIPÓTESE

Atuação na forma de cegueira deliberada tem algumas peculiaridades que devem ser esclarecidas para a exata compreensão da hipótese a ser juridicamente classificada.

A falta de precisão sobre o objeto considerado pode ser fonte de algumas polêmicas inúteis, com a discussão sobre questões que não se referem especificamente ao caso tratado. Portanto, neste tópico será exposta a estrutura do comportamento de quem atua na forma de ignorância deliberada, visando a diminuição deste âmbito de indefinição e confusão.

Como já foi definido o que sabe quem ignora deliberadamente algum aspecto da situação na qual a conduta é realizada (a consciência da “possibilidade” de existência de determinada característica), e qual o objeto do conhecimento necessário para a classificação da conduta na modalidade dolosa em sua forma eventual (a consciência do “risco” de realização do fato típico), é agora necessário identificar o conteúdo cognitivo do sujeito durante as diferentes fases da execução da conduta realizada na forma de cegueira deliberada.

4.1. A estrutura da conduta (*actio libera in causa*)

Nos casos de cegueira (ou ignorância) deliberada a atuação do sujeito tem uma configuração complexa, pois ele realiza dois comportamentos (ou etapas de uma conduta divisível em partes individualizáveis) com significados perfeitamente distinguíveis (LUBAN, 1999, p. 969-970).

O primeiro é um comportamento omissivo realizado de forma intencional, em que o sujeito propositalmente deixa de constatar uma circunstância da situação fática na qual se encontra, apesar da consciência da possibilidade de configuração de um aspecto determinado.

O segundo é a efetiva realização de uma conduta correspondente à hipótese típica.

Cada aspecto da conduta tem um conteúdo próprio, o que permite sua distinção lógica. Nesta relação, o comportamento omissivo configura efetivamente a atuação, que corresponde à ignorância deliberada, e tem um sentido similar ao de um ato preparatório à conduta típica.

Não obstante, esta distinção tem caráter meramente lógico e somente é realizada para fins analíticos, pois o comportamento, ou seja, a expressão da conduta nas relações sociais, tem uma configuração unitária. Isto porque, apesar de seu conteúdo complexo, não há necessariamente uma distinção empírica de cada um destes aspectos, inclusive porque o primeiro atribui sentido ao segundo.

Também não há necessariamente uma relação cronológica entre estas partes ou conteúdos do comportamento. Apesar de a conduta típica poder ser realizada após a omissão na constatação da característica do fato, ambas também podem

ser implementadas de forma concomitante. Além disso, a execução da conduta típica também pode começar antes do comportamento de ignorância deliberada e seguir seu curso após esta atitude do sujeito.

A natureza lógica da relação entre ambos aspectos decorre do fato de o comportamento mediante o qual o sujeito evita a constatação da circunstância de fato ser um pressuposto à caracterização da realização da conduta típica mediante ignorância deliberada. Por este motivo deve ocorrer antes, concomitantemente ou durante a prática da conduta típica. A omissão na constatação do fato somente não pode ser posterior à execução da conduta típica, exatamente por ser um pressuposto lógico à configuração da hipótese.

A relação estrutural existente entre estas condutas (ou partes do comportamento) é similar à relação que se estabelece nos casos em que o sujeito atua na forma de *actio libera in causa* (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 159; CRUZ, 2010, p. 111; FEIJOO SÁNCHEZ, 2015, p. 2; MOSER, 2017, p. 169).¹

Nestes casos (*actio libera in causa*) o sujeito realiza um comportamento anterior ou concomitante à prática da conduta típica, mediante o qual elimina sua capacidade de entendimento ou determinação para que a conduta típica seja realizada nestas condições. Mediante este recurso, o sujeito não terá as características necessárias para a atribuição de responsabilidade penal pelo fato no momento da prática da conduta típica.

Por exemplo, uma enfermeira que tenha o dever de administrar uma determinada medicação a um paciente durante

1. SYDOW (2016, p. 245) considera que existem “muitas semelhanças” entre as hipóteses.

CONCLUSÕES

1. A hipótese denominada cegueira deliberada corresponde à situação em que o sujeito, diante de um contexto no qual seja identificada a possibilidade da existência de algum aspecto relevante do fato, decida não confirmar sua efetiva existência e atue assumindo o risco de que tal aspecto possa existir.

Esta atitude diante do risco pode ser identificada pelos motivos que orientaram a decisão de não constatação do fato e pela finalidade pretendida mediante a omissão desta constatação.

Em qualquer caso, se o sujeito supunha que a circunstância de fato não existia (devido a motivos racionais), não se configura a assunção do risco de sua existência.

2. A denominação metafórica “cegueira deliberada”, que designa a atitude do sujeito de ignorância intencional de determinados aspectos da situação na qual é realizada a conduta, denota uma forma de comportamento.

Não é uma modalidade de imputação e nem uma categoria jurídico-penal (ao menos no sistema penal brasileiro).

Também não é um meio de prova da consciência do sujeito, nem uma forma de conduta distinta das que possam ser classificadas nas modalidades dolosa e imprudente.

Tampouco é um elemento subjetivo da conduta substitutivo da consciência do sujeito em relação aos elementos do tipo.

Trata-se de uma forma de atuação do sujeito que, diante da previsão da possibilidade de configuração de um aspecto de fato na situação em que a conduta é praticada, decide evitar a constatação da existência de tal aspecto para não confirmar esta existência.

Desse modo, o sujeito atua com a consciência do risco da existência do aspecto propositalmente ignorado.

3. No sistema penal norte-americano o tratamento dos casos de cegueira deliberada foi definido mediante a equiparação das consequências jurídicas de duas situações de fato distintas com base na semelhança da gravidade da reprovabilidade de ambos os fatos.

O critério utilizado foi a consideração de que para a satisfação do requisito subjetivo da categoria jurídica *knowledge* é suficiente a configuração de um determinado aspecto intelectual do sujeito (*mens rea*).

No caso, para a classificação da conduta (*actus reus*) na categoria *knowledge* é suficiente que o sujeito tenha identificado a alta probabilidade da existência de um determinado aspecto desse fato e que tenha decidido ignorá-lo deliberadamente, deixando de realizar as averiguações necessárias para sua constatação efetiva.

O fundamento que justifica a equiparação no âmbito ético-político tem conteúdo valorativo e o método a ser empregado para a solução dos casos na prática jurídica tem conteúdo normativo-jurídico.