

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses

Cegueira Deliberada



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Rui Aido

Orientadora: Prof.^ª Dr.^ª Teresa Quintela de Brito

2018

Palavras-Chave:

1. Cegueira Deliberada 2. Ignorância Deliberada 3. Ignorância Provocada 4. Desconhecimento Provocado 5. Dolo sem Conhecimento

Keywords:

1. Willful Blindness 2. Willful Ignorance 3. Contrived Ignorance 4. Deliberate Ignorance 5. Conscious Avoidance

Resumo

A doutrina da “cegueira deliberada” surgiu em Inglaterra, em 1861, e, desde então, tem despoletado, quer na jurisprudência quer na doutrina, diversas opiniões acerca do seu conceito e alcance, não só nos países da *Common Law*, como também em países do *Civil Law*.

No *Civil Law*, a lógica da imputação dolosa pressupõe sempre a existência de um elemento cognitivo. Todavia, a lógica tradicional anglo-saxónica baseia-se na ideia de que um desconhecimento provocado é tão censurável quanto uma atuação praticada de forma consciente - a denominada "tese da igual culpabilidade".

Através do presente estudo pretende-se analisar conceptualmente esta figura no sentido de perceber se estamos perante um conceito inovador e digno de autonomia face aos demais institutos vigentes no nosso atual modelo de imputação subjetiva, ou se, ao invés, estamos perante uma doutrina meramente supérflua e redundante.

Nesta medida, é feita uma análise no sentido de perceber se a sua eventual importação para o *Civil Law* comporta algum conflito com algumas das noções mais ou menos assentes e consolidadas no nosso modelo de imputação subjetiva (nomeadamente o conceito de “dolo”) ou com alguns dos princípios que norteiam o nosso Direito Penal.

Bem como, será feito um juízo crítico sobre se o modelo de imputação subjetiva vigente no nosso sistema jurídico é suficiente para dar uma resposta satisfatória à totalidade dos comportamentos penalmente proibidos.

Tratando-se de uma doutrina oriunda de um diferente sistema jurídico, a sua eventual importação encontra-se necessariamente sujeita a limites, de modo a garantir uma observância do princípio da adequação do Direito às necessidades reais da sociedade em que se dispõe a vigorar.

Deste modo, no âmbito do *Civil Law*, a maioria dos autores rejeita uma tese que permita uma punição por dolo sem que se verifique a existência do elemento cognitivo, havendo apenas uma minoritária doutrina que aceita, com muitas matizes e num conjunto muito limitado de circunstâncias, a possibilidade da existência de uma doutrina nestes moldes.

Abstract

The "willful blindness" doctrine arose in England in 1861, and has since triggered, in both jurisprudence and doctrine, multiple opinions about its concept and scope, not only in Common Law countries, but also in countries of Civil Law.

In Civil Law, the logic of an imputation based on a malevolent misconduct always presupposes the existence of a cognitive element. However, the traditional Anglo-Saxon logic is based on the idea that deliberate ignorance is as objectionable as a consciously practice - the so-called "equal culpability thesis."

The present study intends to analyze conceptually this figure in the sense of perceiving if we are facing an innovative concept and worthy of autonomy regarding other institutes contained in our current *mens rea* model, or if instead, we are dealing with a merely superfluous and redundant theory.

Thus, an analysis is made of whether its importation into Civil Law entails any conflict with some of the more or less settled and consolidated notions in our *mens rea* model or with some principles that guide our Criminal Law.

As well as, a critical judgment will be made as to understand if the *mens rea* model in our legal system is sufficient to give a satisfactory answer to the totality of the prohibited criminal behaviors.

Since its a theory generated from a different legal system, its possible importation is necessarily subject to limits, in order to ensure compliance with the principle of the adequacy of the law to the real needs of the society in which it is to be in force.

Thus, in the Civil Law, the majority of authors reject a thesis that allows a punishment on a malevolent misconduct basis without the existence of the cognitive element, and there is only a minority that accepts, in a very limited set of circumstances, the possibility of the existence of a theory in these terms.

Índice

Resumo.....	2
1. Considerações iniciais.....	6
2. Na Jurisprudência.....	6
2.1 No Direito Anglo-saxónico.....	6
2.1.1 Em Inglaterra.....	7
2.1.2 Nos Estados Unidos da América.....	10
2.1.3 O <i>Model Penal Code</i> e a jurisprudência posterior.....	13
2.2 No Direito Romano-Germânico.....	20
2.2.1 Em Espanha.....	20
2.2.2 No Brasil.....	28
3. Na Doutrina.....	35
3.1 No Direito Anglo-saxónico.....	35
3.1.1 As teses de J. Edwards e de Ira P. Robbins.....	35
3.1.2 A tese de Jonhatan L. Marcus.....	37
3.1.3 A tese de Robin Charlow.....	48
3.1.4 A tese de Husak e Callender.....	41
3.1.5 A tese de David Luban.....	43
3.1.6 A tese de Alexander F. Sarch.....	47
3.2 No Direito Romano-Germânico.....	54
3.2.1 A tese de Günther Jakobs.....	54
3.2.2 A tese de Ramon Ragués i Vallès	55
3.2.3 As críticas de Luís Greco, Alberto Puppo e Bernardo Feijoo Sánchez à “conceção restrita” proposta por Ramon Ragués i Vallès.....	61
4. Posição adotada.....	66
4.1. Elementos conceptuais.....	74
4.2. Actio Libera in Causa?.....	74
4.3. A cegueira deliberada em sentido estrito.....	75
5. Uma segunda valoração sobre a jurisprudência do <i>Civil Law</i>	80
6. Conclusões.....	83
7. Bibliografia.....	88

1. Considerações iniciais

A Cegueira Deliberada, ou em inglês (tratando-se de uma figura proveniente do Direito anglo-saxónico) *Willful¹ blindness²* – numa definição genérica - é o termo usado no Direito Penal para descrever a situação do sujeito que, com vista a evitar a responsabilidade penal ou a obter algum benefício pela prática de um ato ilícito, coloca-se, intencionalmente, a si mesmo, em estado de ignorância relativamente aos aspetos penalmente relevantes da sua conduta.³

O Código Penal português, tal como os da maioria dos países de tradição romano-germânica, estabelece um modelo de imputação subjetiva que comporta duas categorias de culpa – o dolo e a negligência.⁴

Neste contexto, pretende-se analisar se este modelo de imputação subjetiva vigente é suficiente para dar uma resposta satisfatória à totalidade dos comportamentos penalmente proibidos, tendo como referência a análise de alguns casos que a doutrina tem designado de “cegueira deliberada”.

2. Na Jurisprudência

2.1 No Direito Anglo-saxónico

¹ *Willful* em inglês dos Estados Unidos da América. *Wilful* em inglês Britânico.

² Sem abordarmos a precisão terminológica, frequentemente também é referida como *willful ignorance, deliberate ignorance, connivance, conscious avoidance, deliberate* ou *willful shutting of the eyes, knowledge of the second degree, purposely abstainnig from ascertaining, studied ignorance, contrived ignorance, construtive knowledge, theory of the ostrich instrution, nelsonian knowledge*. Cfr. Robbins, Ira P., “The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea, *Journal of Criminal Law and Criminology*”, Vol. 81 (1990), págs. 191 e 192. Para mais expressões, cfr. Charlow, Robin, “Wilful Ignorance and Criminal Culpability, *Hofstra Law School*” (1992), pág. 1352. Em português, também costuma ser referida como “Ignorância deliberada”. No entanto, iremos manter a tradução literal daquela que é a expressão original e mais comumente utilizada em inglês (*willful blindness*).

³ Não se pretende, neste momento, apresentar a definição jurídica desta figura. Veremos *infra*, após uma (des)composição da estrutura da figura qual a definição por nós (e por outros autores) proposta.

⁴ Artigo 13.º do Código Penal (“Dolo e negligência”) – “Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos previstos na lei, com negligência.”

2.1.1 Em Inglaterra

A primeira referência à doutrina da “cegueira deliberada” surge em Inglaterra, em 1861, na sentença do caso *Regina vs Sleep*.⁵

Sleep era um proprietário de uma ferragem que embarcou num navio com um barril que continha parafusos de cobre, estando alguns deles marcados com um sinal em forma “flecha” para indicar que eram propriedade do Estado. Por este motivo, Sleep foi acusado, em primeira instância, da prática do crime de peculato⁶, cujo “conhecimento” de que os bens eram propriedade do Estado era elemento do tipo normativo.

Após Sleep ter alegado, em sede de recurso, que não sabia da circunstância de que tais sinais serviam para indicar que os parafusos eram pertences do Estado, a condenação foi revogada com o fundamento de que: *o júri não considerou que o agente soubesse que os bens estavam marcados como propriedade do Estado, nem que se abstivera intencionalmente de adquirir tal conhecimento*.⁷

Ora, pela primeira, retirou-se a conclusão (ainda que implicitamente) de que aquele que se abstém deliberadamente de obter conhecimento deve ter o mesmo tratamento punitivo do que aquele que adquire um conhecimento pleno dos factos.

Todavia, esta inovadora conclusão viria a ficar “adormecida” durante 14 anos, voltando a surgir apenas em 1875, no caso *Bosley vs Davies*.⁸

Em *Bosley vs Davies*, uma hoteleira foi acusada, nos termos do *Licensing Act, 1872*, s. 17, de permitir que se realizasse um jogo ilegal de cartas nas suas instalações.

A acusada argumentou que, de acordo com a secção 17 do *Licensing Act*, era necessário que ela tivesse o pleno conhecimento de que a atividade ilegal estivesse a ocorrer, para que lhe fosse imputado o delito de que era acusada, pressuposto que a mesma alegou não se ter provado.

⁵ Cfr. Edwards, J., *The Modern Law Review*, Vol. 17 (1954), pág. 298.

⁶ Em inglês, *embezzlement*.

⁷ Cfr. Edwards, J., obra citada, pág. 298. Tradução nossa.

⁸ Cfr. Edwards, J., obra citada, pág. 299.

Porém, o tribunal viria a pronunciar-se no sentido de que o pleno conhecimento, no sentido de ver ou ouvir, pela parte acusada, não era necessário que se verificasse, desde que existissem algumas circunstâncias pelas quais se pudesse inferir que ela ou os seus funcionários tivessem sido coniventes com o ocorrido”⁹.

Deste modo, reforçou-se uma vez mais a ideia anteriormente assinalada no caso *Regina vs Sleep*, que preceitua que os casos em que o sujeito provoca o seu próprio desconhecimento devem, sem grandes dificuldades, serem tratados de igual modo aos casos em que se verifica o conhecimento pleno dos factos.

Semelhante conclusão voltar-se-ia a alcançar, e em circunstâncias similares às deste último, no caso *Redgate vs Haynes*¹⁰, datado de 1876.

Nesta caso, julgava-se um porteiro (cuja função era prestar atendimento aos clientes) que se tinha retirado após o horário de fecho do estabelecimento e dirigido para uma cadeira situada num salão localizado numa das extremidades do edifício, alegadamente, tendo a suspeita de que se estaria a realizar um jogo ilegal dentro do estabelecimento.

Perante esta factualidade, o tribunal entendeu que o porteiro suspeitava que algo ilegal estava a ocorrer e ao decidir manter-se no estado de incerteza estaria a assumir uma postura de conivência com a referida situação. Nesta conformidade, o juiz sentenciou que:

“...se propositadamente se abstém de verificar se o jogo estava a ocorrer ou não, noutras palavras, significa que é conivente com a situação; e, em segundo lugar, se a proprietária for para a cama, deixando um funcionário que esteja “encarregado da casa” e que seja conivente com estes jogos, então a proprietária será também responsável pela conduta do funcionário (...). Não é necessário que o conhecimento de que esteja a

⁹ Cfr. Edwards, J., obra citada, pág. 299.

¹⁰ Cfr. Edwards, J., obra citada, pág. 299.

ocorrer um jogo seja provado. Penso que a conivência por parte da proprietária ou da pessoa responsável é suficiente".¹¹

Ora, dos últimos casos (*Bosley vs Davids* e *Redgate vs Haynes*) resulta uma nova ideia em relação ao primeiro (*Regina vs Sleep*). Nos termos das duas últimas sentenças referidas além de sobressair a ideia de que deve haver uma plena equiparação entre a posição de “cegueira deliberada” e a de “conhecimento pleno”, introduziu-se um desenvolvimento no sentido de se poder atribuir os efeitos penais da atuação em cegueira deliberada praticada por um funcionário à entidade empregadora e proprietária do sítio em que se verifica o delito e onde se realiza o ato de provocação de desconhecimento. Tratar-se-ia, portanto, de uma imputação de cegueira deliberada por via indireta.

No entanto, oito anos depois, no caso *Somerset vs Hart (1884)*, aquando do aparecimento de uma situação semelhante às duas anteriores, viria a ser corroborada a tese de que a equiparação entre o conhecimento e cegueira deliberada poderia ser atribuída por via indireta. Neste caso, o tribunal veio a opor-se expressamente à ideia de que um proprietário de um estabelecimento pudesse ser responsável pela conduta do funcionário que se coloca em ignorância deliberada¹².

Tal como nos anteriores casos, também em *Somerset vs Hart* julgava-se a situação de um funcionário (cuja tarefa era receber e atender os pedidos dos clientes) ter a suspeita de que numa sala privada estava a ocorrer um jogo ilegal, não tendo, contudo, nada feito para o impedir, nem tão-pouco avisado o proprietário do estabelecimento do que se estava a passar.

O tribunal, ao contrário do que havia sido considerado nos casos anteriores, entendeu que não havia nenhuma conivência por parte do proprietário, tendo-o, deste modo, absolvido.

Ora, nesta conformidade, verifica-se que nos últimos três casos referidos, o foco da questão neles abordados foi, sobretudo, o de aferir a responsabilidade (indireta)

¹¹ Cfr. Edwards, J., obra citada, pág. 299 e 300. Tradução nossa.

¹² Cfr. Edwards, J., obra citada, pág. 300.

da entidade empregadora (e proprietária do estabelecimento) quando ocorre um delito praticado em cegueira deliberada por um dos seus funcionários, não sendo posto em causa o entendimento de que os casos de cegueira deliberada mereceriam ser equiparados aos casos em que se verifica o pleno conhecimento dos factos.

Assim, após estas sentenças e após ter renascido um curto debate sobre a responsabilidade indireta pela cegueira deliberada¹³, certo é que no final do século XIX estava plenamente consolidada a equiparação entre o atuar em “*willful blindness*” e atuar com “conhecimento”¹⁴, pese embora, nunca chegando a concretizar-se, nestas decisões, qual o grau de suspeita que deveria constatar-se no acusado para que se pudesse afirmar que o mesmo haveria atuado com “cegueira deliberada”.¹⁵

2.1.2 Nos Estados Unidos da América

Rapidamente a discussão estende-se até aos Estados Unidos da América. A primeira discussão, nos Estados Unidos, acerca desta figura, surge em 1887, no caso *People vs Brown*¹⁶.

Em *People vs Brown*, os denunciados foram acusados de terem obtido um depoimento escrito autenticado com vista a ser usado como meio de prova em tribunal, alegadamente sabendo que a autenticação tinha sido efetuada por alguém que não tinha competência para o ato. Deste modo, o tribunal pronunciou-se da seguinte forma:

¹³ Cfr. *Bond vs Evans* (1888), citado por Edwards, J., obra citada, págs. 300 e 301.

¹⁴ Neste sentido, e até à década de 1950, cfr. *Elliot vs Osborne* (1891); *Emary vs Nolloth* (1903); *Conlon vs Muldowney* (1904); *Lee vs Taylor and Gill* (1912); *R. vs Abramovitch* (1914); *Evans vs Dell* (1937); *R. vs Garth* (1949) *R. vs Cohen* (1951); *Roper vs Taylor's Central Garages, Taylor vs Kenyon* (1952); *Sayce vs Coupe* (1952); citados por Edwards, J., obra citada, pág. 301 e ss. Contudo, e como frisa J. Edwards, nas sentenças relativas a crimes de homicídio (e apenas nestas), a figura da cegueira deliberada era entendida não tanto como sucedâneo do conhecimento mas como uma figura próxima à figura americana que mais tarde se viria a denominar de *recklessness* (desconsideração).

¹⁵ Neste sentido, Marcus, Jonathan L., YLJ, 102, pág. 2234, *apud* Ramon Ràgues i Vallès, La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal (Atelier, 2007), pág. 66.

¹⁶ Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 197.

“parece haver uma noção predominante de que a ninguém é exigível mais conhecimento do que aquele que escolhe obter; que lhes é permitido fechar os olhos sobre todas as fontes de informação, e então desculparem a sua ignorância ao dizer que nada viram... se a pessoa tem os meios de verificar o verdadeiro estado dos factos pelo exercício de uma normal diligência, então é obrigada a fazê-lo.”

Sem embargo, a Corte Suprema da Califórnia revogou as condenações porque a instrução indicava que a mera negligência seria suficiente para que houvesse condenação. No entanto, o tribunal, sem entrar a fundo na questão da doutrina da cegueira deliberada, deixou claro que *se surgisse um caso... em que a pessoa suspeitasse de um facto, e se abstivesse de indagá-lo para não saber mais, o conhecimento podia ser deduzido*¹⁷.

No entanto, a sentença que marca o aparecimento explícito¹¹ desta doutrina nos Estados Unidos (isto é, cegueira deliberada como alternativa ao pleno conhecimento) surge em 1899, no caso *Spurr vs United States*, numa resolução do Tribunal Supremo dos Estados Unidos¹⁸.

Spurr era presidente do *Commercial National Bank of Nashville* e foi condenado por ter certificado cheques emitidos por um cliente cuja conta carecia de fundos. Em recurso, Spurr alegou que não sabia que não existiam fundos na referida conta e que o júri não havia sido informado que, para se poder concluir pela condenação, era necessário, nos termos da lei, que se verificasse uma “propositada” (*willful*)¹⁹ violação dos preceitos que regulavam a emissão de ditos efeitos comerciais.

O tribunal concedeu provimento ao recurso ao coincidir com a defesa de que o júri não havia sido corretamente informado acerca do termo “propositadamente” (*willful*) para que se pudesse condenar pelo crime em causa. Isto é, que a conduta de quem atuava com a crença errónea de que existiam fundos na conta não poderia ser penalmente relevante.

¹⁷ Cfr. Robbins, ira P., obra citada, pág. 197. Tradução nossa.

¹⁸ Cfr. Robbins, ira P., obra citada, pág. 197 e 198 e Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 67.

¹⁹ Requerendo “conhecimento” e “intenção”.

Porém, o tribunal formulou a apreciação de que se presumia o propósito de violar a lei quando *o funcionário se mantém deliberadamente em ignorância acerca de saber se o emitente tem ou não dinheiro no banco ou quando mostra uma indiferença crassa em respeito ao dever de assegurar tal circunstância*²⁰.

Tal ponto de vista (*i.e.*, a equiparação do conhecimento ao desconhecimento provocado) continuou com alguma regularidade a ser citado, nomeadamente pelos tribunais inferiores e, sobretudo, relativamente ao crime de bancarrota²¹, como por exemplo no caso *In re gurvitz* (1921), cuja “*recusa em enfrentar os factos*” foi suficiente para preencher os requisitos previstos no delito de “bancarrota” dolosa²².

Posteriormente, também os tribunais federais tomaram decisões no sentido de considerar a cegueira deliberada como equiparável ao conhecimento. São exemplos o caso *United States vs Erie R. Co.* (1915), em que o tribunal decidiu que não se pode ignorar deliberadamente os factos que uma indagação razoável revelariam²³; ou ainda, o caso *United States vs General Motors Corp.* (1955) em que o tribunal decidiu que *não se pode voluntaria e deliberadamente permanecer ignorante. (...) somente encontrando uma intenção consciente de evitar o esclarecimento, justificará acusar o denunciado com o conhecimento.*²⁴

²⁰ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 67 e 68. A este respeito, assinala Robin Charlow que, neste caso, o tribunal admitiu a figura e a sua equiparação ao conhecimento pensando nos casos em que existe um dever legal de obter um certo conhecimento. Neste sentido, refere a Autora que “*é uma regra bem mais restrita do que aquela que considera a cegueira deliberada como um sucedâneo do conhecimento, independentemente do tipo de conhecimento que seja requerido*” (tradução nossa). No entanto, a jurisprudência posterior viria a citar este caso como um exemplo pelo qual se equiparou a cegueira deliberada ao conhecimento, independentemente de haver um dever legal de obter certas informações. Cfr. Charlow, Robin, Willful ignorance and criminal culpability, *in Texas Law Review*, 70 (1992), pág. 1405.

²¹ *Bankruptcy*.

²² Cfr. Robbins, ira P., obra citada, pág. 198.

²³ Cfr. Robbins, ira P., obra citada, pág. 198.

²⁴ Cfr. Robbins, ira P., obra citada, pág. 198 e 199. Tradução nossa.

Posteriormente, o número de resoluções em que se mencionou a doutrina da cegueira deliberada não foi particularmente significativo²⁵ até final da década de 1960, altura em que a referida doutrina regressa com uma nova protuberância e em número bastante mais elevado, especialmente a propósito do crime de tráfico de droga²⁶.

2.1.3 O *Model Penal Code* e a jurisprudência posterior

Em 1962, surge, nos Estados Unidos da América, o *Model Penal Code*. Um texto desenvolvido pelo *American Law Institute*²⁷, com o intuito de auxiliar os legisladores a uniformizar o Direito Penal dos Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, o facto de cada Estado produzir a sua própria legislação, leva a que surjam regras bastante diversas perante casos semelhantes, resultando, conseqüentemente, num entrave para uma correta e efetiva aplicação do princípio da legalidade no Direito Penal.

As exigências de que a lei deve ser claramente definida para evitar sentenças arbitrárias ou a existência de um efeito sobre a população de desconhecimento em saber que ações são ou não puníveis, levaram a que se desenvolvesse o *Model Penal Code*.

Apesar de não ter força de lei (e, como tal, não serem vinculativas as suas regras) certo é que influenciou muita da legislação vigente nos diversos Estados, padronizando e uniformizando as regras vigentes no Direito Penal, nomeadamente no que concerne à temática da imputação subjetiva, matéria esta considerada como uma das mais divergentes nos textos normativos dos Estados²⁸.

²⁵ Sobre outras decisões, cfr. *State vs Drew* (1910), *State vs Rupp* (1915), *Rand vs Commonwealth* (1917), *People vs Sugarman* (1926), *People vs Burgess* (1927), *State vs Linter* (1935), *apud* Robbins, ira P., obra citada, pág. 199.

²⁶ Cfr. Ira P. Robbins, obra citada, pág. 199 e 200; e Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 69

²⁷ O American Law Institute (ALI) é a um instituto criado em 1923 para promover o esclarecimento, a modernização, o aperfeiçoamento da lei e a simplificação do Common Law dos Estados Unidos da América, bem como promover a sua adaptação às mudanças sociais. Vd. www.ali.org

²⁸ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 69 e 70.

Uma das grandes novidades deste código foi a adoção de um modelo estandar de tipos de culpabilidade, com vista a determinar os diferentes níveis de convicções mentais²⁹.

Os mesmos encontram-se previstos na secção 2.02 sob a epígrafe “*requisitos gerais de culpabilidade*” e são eles: *Purposefully* (quando um sujeito atua com *propósito*), *Knowingly* (quando um sujeito atua com conhecimento da natureza da sua conduta ou das circunstâncias envolventes, ou da alta probabilidade de se verificar um resultado), *Recklessly* (quando um sujeito atua com *desconsideração*), ou *negligently* (quando um sujeito atua *negligentemente*) – todos eles a respeito dos elementos materiais que consubstanciam a infração penal³⁰.

Ora, o facto de ter ficado de fora destes tipos de culpabilidade os casos ditos de “cegueira deliberada”, levou a que se discutisse sobre a qual destes quatro tipos de convicção mental se poderia reconduzir esta figura.

Dessarte, em 1969, o *Supreme Court* lançou os fundamentos para a nova doutrina da cegueira deliberada no caso *Leary vs United States*.

Neste caso, o denunciado foi acusado de transportar ilegalmente marijuana importada, tendo presumindo-se que este tinha conhecimento de que a marijuana

²⁹ Secção 2.02 do *Model Penal Code*: a) *Purposely*: Uma pessoa age com propósito em relação a um elemento material de uma ofensa quando: (i) se o elemento envolve a natureza da conduta do agente ou um resultado desta, for seu objetivo consciente envolver-se na conduta dessa natureza ou causar esse resultado; e (ii) se o elemento inclui as circunstâncias envolventes, o agente estiver ciente da existência de tais circunstâncias ou acredite ou espere que elas existam.

b) *Knowingly*: Uma pessoa age com conhecimento em relação a um elemento material de uma ofensa quando: (i) se o elemento envolve a natureza da sua conduta ou das circunstâncias envolventes, o agente está ciente de que sua conduta é dessa natureza ou que tais circunstâncias existem; e (ii) se o elemento envolve um resultado das circunstâncias envolventes, o agente está praticamente certo que a sua conduta causará tal resultado.

c) *Recklessly*: Uma pessoa age com desconsideração em relação a um elemento material de uma ofensa quando desconsidera conscientemente um risco substancial e injustificável de que o elemento material existe ou resulte da sua conduta. O risco deve ser de tal natureza e grau que, considerando a natureza e o propósito da conduta do agente e as circunstâncias conhecidas por ele, o seu desrespeito envolve um grosseiro desvio do padrão de conduta que uma pessoa cumpridora da lei observaria naquela situação.

d) *Negligently*: Uma pessoa age negligentemente em relação a um elemento material de uma infração quando deva estar ciente de um risco substancial e injustificável de que o elemento material exista ou venha a resultar da sua conduta. O risco deve ser de tal natureza e grau, que a incapacidade do agente de percebê-lo, considerando a natureza e propósito de sua conduta e as circunstâncias conhecidas por ele, envolva um grosseiro desvio do padrão de cuidado que uma pessoa razoável observaria na sua situação. Tradução nossa.

³⁰ Traduções nossas.

que transportava era importada pelo facto de tal circunstância ser considerada de “senso comum” (sendo assim acusado por *knowingly*).

O tribunal considerou que, mesmo ao abrigo do *Model Penal Code* em que se estabelece que há conhecimento quando *o sujeito tem consciência da alta probabilidade de que ocorra um determinado elemento típico* (secção 2.02.7), não se pode retirar a conclusão de que a maioria dos fumadores de marijuana sabiam da alta probabilidade de a mesma ser importada, acabando por concluir pela inconstitucionalidade dessa presunção³¹.

Efetivamente, grande parte da doutrina³² entendeu que a resposta que o *Model Penal Code* deu para os casos de cegueira deliberada encontra-se prevista na secção 2.02.7 quando estabelece que “*quando o conhecimento da existência de um facto particular for elemento de uma infração, verifica-se tal conhecimento se o sujeito for consciente da alta probabilidade da existência do facto, salvo se realmente acredite que tal facto não existe*”³³.

No entanto, a partir da década de 1970, a discussão em torno da doutrina da cegueira deliberada voltou a aparecer ainda mais agudizada pela jurisprudência, uma vez que, considerando o n.º 7 da secção 2.02 do *Model Penal Code* como a resposta para os casos de cegueira deliberada, então, estar-se-ia a deixar na impunidade todas aquelas situações em que o sujeito decide não continuar a investigar antes de sequer ter uma suspeita, mais ou menos fundada, de que com a sua atuação podem verificar-se os elementos objetivos de uma infração penal.

No entanto, em 1970, no caso *Turner vs United States*, o tribunal, sem grandes desenvolvimentos sobre o assunto, aderiu ao entendimento que equipara a cegueira deliberada ao conhecimento, citando o *Model Penal Code* e o caso *Leary vs United States*³⁴.

³¹ Cfr. Robbins, ira P., obra citada, págs. 200 e 201.

³² Neste sentido, Husak, Douglas N./Callender, Craig A., “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality, WLR, 29 (1994), pág. 36, *apud* Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 72.

³³ Tradução nossa.

³⁴ Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 201.

Em geral, no que respeitava a crimes de tráfico de droga, parecia ser unânime a tese da equiparação da culpabilidade do sujeito³⁵.

Contudo, é em 1976 que surge aquele que é referido por muitos como o caso mais influente sobre o tema até à data - *United States vs Jewell*,³⁶.

Jewell foi acusado de transportar droga num compartimento secreto do carro, situado entre o banco traseiro e a mala do carro, quando cruzava a fronteira do México com os Estados Unidos da América.

Jewell encontrava-se em Tijuana, num bar, com um amigo, quando foram abordados por um estranho ("Ray") que lhes perguntou se queriam fumar marijuana. Após terem declinado o convite, Ray propôs-lhes oferecer cem dólares se aceitassem conduzir um carro até Los Angeles, deixando-o estacionado num determinado local.

Durante a viagem, Jewell foi confrontado pela polícia, que descobriu a posse de droga no interior do carro. Em sua defesa, Jewell respondeu que tinha consciência de que poderia constar algo ilegal no interior do carro, mas que tinha verificado quer no porta-luvas, quer debaixo dos bancos e na mala do carro, e não tinha encontrado qualquer objeto ilegal.

Quando questionado por um dos agentes relativamente a um compartimento secreto que constava no interior do carro, Jewell afirmou que o mesmo (compartimento) já havia sido colocado no carro num momento anterior ao de ele entrar no veículo, além de que, quando o viu, ficou com a ideia de encontrar-se vazio, não tendo por isso indagado mais detalhadamente sobre o que pudesse constar nele.

³⁵ Cfr. Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, págs. 201 e 202. Cita a autora diversos casos, a título de exemplo, em que se seguiu este entendimento: *United States vs Aleman* (1984); *United States vs Cano* (1983); *United States vs Nicholson* (1982); *United States vs Erwin* (1980); *United States vs Restrepo-Granda* (1978); *United States vs Moser* (1975); *United States vs Dozier* (1975); *United States vs Joly* (1974). Também se estendeu este entendimento a outros tipos de crime, nomeadamente crimes relativos a registos de falsas de declarações para efeitos de benefícios fiscais (*United States vs Egenberg*, 1971), falsas declarações perante os Serviços de Imigração e Naturalização (*United States vs Sarantos*, 1972), uso de e-mails fraudulentos (*United States vs Joyce*, 1974; *United States vs Frank*, 1974; *United States vs Sheiner*, 1969), transporte ilegal do Tesouro dos Estados Unidos (*United States vs Brawer*, 1973; *United States vs Jacobs*, 1973), auxílio de fuga de prisão (*United States vs Eaglin*, 1977).

³⁶ Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 203; Husak, Douglas N./Callender, Graig. A., obra citada, *apud* Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 77.

Neste sentido, Jewell pediu que o júri fosse alertado para o facto de que era necessário que ele tivesse o pleno conhecimento do que estava a transportar para que pudesse ser condenado pelo crime em questão.

Não obstante, o tribunal rejeitou esta sugestão e instruiu o júri no sentido de que uma situação de “*knowingly*” (conhecimento) podia equiparar-se aos casos em que os sujeitos decidem não obter o conhecimento voluntária e deliberadamente.

Assim, o júri considerou Jewell culpado.

Jewell recorreu da decisão, alegando que o princípio da legalidade havia sido violado, tendo o Tribunal de Apelação confirmado a decisão, argumentando que esta doutrina já se encontrava plenamente consolidada no Direito Americano e que efetivamente deveria existir uma equiparação entre o conhecimento certo e a consciência de alta probabilidade, nos termos da secção 2.02.7 do *Model Penal Code*. Concluindo que o conceito de conhecimento (“*knowingly*”) engloba não só o efetivo conhecimento como também os casos ditos de cegueira deliberada, expressando assim a ideia de que a cegueira deliberada e o conhecimento deverão ter o mesmo grau de culpabilidade³⁷.

Porém, não pode deixar de se aludir à crítica apontada pelo magistrado Anthony M. Kennedy no seu voto.

Neste sentido, o magistrado entendeu que “*a verdadeira ignorância, sendo ou não razoável, não pode ser a base da culpabilidade criminal se a lei requer o conhecimento*”, acautelando ainda que se o júri não for advertido de que o fator determinante é a representação subjetiva, então, poderia estar-se a conduzir a condenações com base numa teoria objetiva do conhecimento, “*segundo a qual, uma pessoa razoável devia ter inspecionado o automóvel e ter descoberto o que se escondia no seu interior*”³⁸.

³⁷ Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 205; Charlow, Robin, obra citada, pág. 1409 e ss.; Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 77.

³⁸ Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 206 e 207; Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 78.

Após estas sentenças, outras seguiram-se no mesmo sentido. As quais citando, por diversas vezes, o caso de Jewell, e raramente rejeitando a posição contida nessa sentença.

No entanto, os tribunais viriam a alterar as instruções dadas aos júris, estabelecendo requisitos para que se pudesse equiparar as situações de cegueira deliberada às de pleno conhecimento.

Seguindo as orientações estabelecidas pelo *Model Penal Code*, determinou-se que seria necessário que: o sujeito estivesse consciente da alta probabilidade de que existiria certo facto; e, não atuasse na crença de que o facto típico não existisse³⁹.

Assim, foi decidido com base nesta premissa, o caso *United States vs Valle Valdez* (1977).

Em *United States vs Valle Valdez*, Pablo Robles ofereceu cem dólares a Valle Valdez para que este fosse desde Calexico até San Diego num determinado automóvel e deixasse as chaves do mesmo num local definido por Robles. Durante a passagem pela fronteira, um agente da polícia encontrou 302 kg de marijuana dentro do referido automóvel, tendo Valle Valdez contestado que não tinha conhecimento de que transportava consigo aquela substância e que nem sequer tinha qualquer suspeita de que a mesma pudesse constar no interior do veículo, embora posteriormente se tenha vindo a apurar que era notório o cheiro da marijuana na zona do condutor e que o veículo se encontrava mais difícil de controlar do que o habitual, em parte, devido ao peso da parte traseira do automóvel (onde se encontrava a marijuana).

Deste modo, entendeu o tribunal que *a abstenção de conhecimento só é culpabilizada quando associada a uma consciência subjetiva de alta probabilidade*⁴⁰.

Ora, este entendimento voltaria a repetir-se em vários casos. No caso *United States vs Esquer Gamez* (1977), o tribunal veio a decidir na conformidade de que o conhecimento de um facto era determinado pela consciência de alta probabilidade *“a menos que o réu creia que ele não existe”*.

³⁹ Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 207; Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 78 e 79.

⁴⁰ Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 207. Tradução nossa.

Neste caso, o tribunal decidiu-se com base na aplicação da segunda componente das novas instruções (“...salvo se realmente acredite que o facto não exista”).

O tribunal, por não ter a garantia de que o júri considerasse aquilo que a instrução não lhe disse expressamente para considerar, absolveu o acusado, uma vez que o júri não tinha recebido a instrução expressa de absolver o réu caso fosse encontrada uma *crença honesta incompatível com o conhecimento*⁴¹.

No caso *United States vs Picciandra* (1986), o tribunal foi mais além, relativamente às instruções dadas aos júris nos casos de cegueira deliberada, ao determinar três requisitos que deveriam verificar-se para se concluir que as instruções dadas ao júri eram apropriadas. Assim, o primeiro requisito seria que as instruções apenas fossem dadas quando o acusado alegasse a falta de conhecimento; em segundo lugar, seria necessário que *os factos devessem sugerir uma atuação consciente de colocação em ignorância deliberada*; e o terceiro requisito seria que as instruções devessem ser formuladas *de modo a que o júri saiba que é permitido, mas não exigido, extrair a dedução do conhecimento*⁴².

Conforme assinala Ira P. Robbins, também no caso *United States vs Murrieta-Bejarano* (1977), em que se verificou uma acusação pelo crime de posse e importação de marijuana para distribuição, o tribunal de apelação já tinha considerado que as instruções não podiam ser dadas a qualquer caso em que se alegasse a falta de conhecimento, mas apenas àqueles em que, além desta circunstância, também se indiciasse que o sujeito se colocou nesse desconhecimento deliberadamente⁴³.

Contudo, ainda que esta posição progressivamente se viesse a consolidar e ainda que as instruções dadas aos júris viessem a tornar-se mais exigentes, certo é que em nenhum momento se verificou consenso, resultando a resoluções judiciais

⁴¹ Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 208. Tradução nossa.

⁴² Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 208. Tradução nossa.

⁴³ Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 208.

contraditórias e deixando a ideia de que a aplicação desta doutrina continuava bastante controversa, apesar de existir há mais de cem anos⁴⁴.

2.2 No Direito Romano-Germânico

2.2.1 Em Espanha

Apesar de a cegueira deliberada ser uma doutrina “nascida e criada” no Direito Anglo-saxónico, e tendo sido principalmente desenvolvida pela jurisprudência dos Estados Unidos da América, certo é que a partir do início do século XXI passou a ganhar algum protagonismo junto dos países do *Civil Law*, nomeadamente junto do ordenamento jurídico espanhol.

A primeira vez que o Tribunal Supremo espanhol se pronunciou expressamente acerca da figura da cegueira deliberada foi em 10 de Janeiro de 2000⁴⁵.

Nessa sentença, julgava-se José J. que havia sido acusado pelo crime de receptação. José J. tinha transportado até Andorra uma elevada quantia de dinheiro, tendo afirmado, à data, não ser consciente da origem do dinheiro que consigo transportava.

O tribunal argumentou que:

“na entrega do dinheiro a José J., Miguel esteve acompanhado de Hebe, e José J. cobrava 4% de comissão. A Sala extrai a conclusão de que José J. teve conhecimento de que o dinheiro procedia do negócio das drogas – coisa que ele nega – de factos tão óbvios como a importância da quantia e a natureza claramente clandestina das operações, pelo que quem se põe em situação de ignorância deliberada, isto é, não querer saber aquilo que pode e deve conhecer, e no entanto beneficia desta situação – cobrava 4% de comissão -, está a assumir e a aceitar todas as possibilidades da origem

⁴⁴ Neste sentido, Charlow, Robin, obra citada, pág. 1354 (nota 8); Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 79.

⁴⁵ Cfr. Ragués i Vallés, Ramon, obra citada, pág. 23.

*do dinheiro do negócio em que ele participa, e portanto deve responder pelas consequências*⁴⁶.

Nesta sentença, o Tribunal Supremo espanhol apontou dois elementos que definiriam a estrutura da cegueira deliberada – um elemento cognitivo e um elemento volitivo.

Ora, a este respeito importa sublinhar que tais argumentos coincidem precisamente com aqueles que são necessários para que se afirme que alguém atou com dolo e, mas precisamente, com dolo eventual, de acordo com a grande maioria da doutrina⁴⁷.

Assim, o elemento cognitivo retirar-se-ia da afirmação que *“José J. teve conhecimento de que o dinheiro procedia do negócio das drogas”*.

Sendo que este conhecimento também ele se concluiria através de dois indícios: *“importância da quantia”* e *“a natureza claramente clandestina das operações”*.

Já o elemento volitivo retirar-se-ia da aceitação, pelo acusado, da origem do dinheiro, a qual é aferida não só através da aceitação do dinheiro propriamente dita, como também do facto de o sujeito se colocar, deliberadamente, em ignorância relativamente à natureza do negócio e do facto de beneficiar economicamente de tal conduta⁴⁸. Fazendo-se assim notar que o desconhecimento deliberado tratar-se-ia de um elemento do qual se poderia deduzir o elemento volitivo.

Relativamente ao elemento cognitivo, e conforme assinala Ramon Ragués i Vallès, parece que se deva fazer uma interpretação à argumentação apresentada pelo

⁴⁶ Citado por Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, págs. 23 e 24. Tradução nossa.

⁴⁷ No sentido de que o dolo comporta um elemento cognitivo e um elemento volitivo, e sobre o dolo eventual cfr. Correia, Eduardo, *Direito Criminal, Almedina/Coimbra*, reimpressão (1971), págs. 367 e ss.; Beza, Teresa Pizarro, *Direito Penal, 2º Vol.*, Lisboa, AAFDL, reimpressão (1999), pág. 161 e ss.; Taipa de Carvalho, Américo A., *“Direito Penal Parte Geral, Vol. II, Teoria Geral do Crime”*, Publicações Universidade Católica – Porto/Coimbra Editora, 2004, pág. 127 e ss.; Figueiredo Dias, Jorge, *“Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime”*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2012, pág. 379; Pinto de Albuquerque, Paulo, *“Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”*, Universidade Católica Editora, 2.ª Edição (2010), págs. 104 a 113.

⁴⁸ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 24 e 25.

tribunal, sob pena de uma contradição *in terminis*. Assim, quando refere que o sujeito “*teve conhecimento*” da proveniência do dinheiro, e, logo de seguida, refere que o sujeito se colocou em “*ignorância deliberada*” quanto a saber donde provinha o dinheiro, dever-se-á interpretar no sentido de que o sujeito contava com uma considerável suspeita inicial donde o dinheiro provinha e que, ao aceitar levar a cabo a sua conduta, não quis aprofundar as suas dúvidas relativamente à proveniência da quantidade transportada⁴⁹.

Nesta sentença, a ideia principal que subjaz reside no conceito que foi apresentado pelo Tribunal Supremo espanhol.

Considera este, implicitamente, que há cegueira deliberada quando se verificarem três requisitos: (i) o sujeito não querer saber aquilo que pode saber (*i.e.*, ter ao seu dispor a capacidade para abandonar a sua situação de ignorância); (ii) o sujeito ter um verdadeiro dever de buscar esse conhecimento; (iii) e o sujeito beneficiar da sua situação de ignorância (no caso concreto, consistiria em receber a comissão de 4%)⁵⁰.

No seguimento desta decisão, esta doutrina voltaria a surgir passados pouco mais de nove meses, em 16 de Outubro de 2000, e novamente a ser proferida pelo Tribunal Supremo⁵¹.

Nesta sentença, José P. foi condenado por responsável pela prática de um crime de tráfico de drogas.

José P. aceitou um cargo de administrador meramente formal de uma sociedade, sabendo, contudo, que a sociedade visava o tráfico de drogas. Porém, aquando a descoberta, pela polícia, de um contentor dirigido à sociedade com mais de 400kg de cocaína, José P. alegou que, embora tivesse consciência de que se realizasse transporte de drogas por via da sociedade da qual era administrador, jamais imaginaria que pudesse tratar-se de cocaína.

⁴⁹ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 25

⁵⁰ “...*não querer saber aquilo que pode e deve conhecer, e sem embargo se beneficia desta situação (...) deve responder pelas consequências*”.

⁵¹ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 25.

Neste contexto, o tribunal de primeira instância veio a aceitar esta defesa e condenou José P. simplesmente como responsável por um crime de tráfico de drogas relativo a substâncias que não causam grave dano à saúde, nos termos do artigo 368.º do Código Penal espanhol⁵².

Todavia, em sede de recurso, o acusado foi condenado com base na argumentação da anterior sentença, nomeadamente fazendo referência às três características por aquela apresentada: capacidade de obter conhecimento; dever de adquirir o conhecimento; existência de benefício para o ignorante deliberado⁵³.

De acordo com a argumentação proferida, o elemento cognitivo retirava-se da própria declaração do sujeito (quando afirmava que sabia que a sociedade poderia servir para traficar drogas ocasionalmente) e o elemento volitivo da circunstância de se ter colocado, deliberadamente, em posição de ignorância relativamente aos elementos do tipo. Fazendo-se assim novamente observar que o desconhecimento deliberado tratar-se-ia de mais um elemento do qual se poderia deduzir o elemento volitivo⁵⁴.

Porém, cumpre referir que em sentença de 22 de Maio de 2002, relativamente a um caso em que o acusado também alegou, em sua defesa, desconhecer a quantidade exata de droga que transportava, o tribunal veio a condená-lo (ao contrário das duas anteriores sentenças que se referiam à “cegueira deliberada” como um elemento que indicaria a ocorrência do elemento volitivo do dolo eventual), nos termos de uma argumentação que concebia ser possível estar perante um caso de “cegueira deliberada” nas situações em que o sujeito ativo nem

⁵² Art. 368.º - *Os que executem atos de cultivo, elaboração ou tráfico, ou de outro modo promovam, favoreçam ou facilitem o consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, ou as possuam com aqueles fins, serão castigados com as penas de prisão de três a seis anos e multa de tanto ao triplo do valor da droga objeto do delito se se tratar de substâncias ou produtos que causem grave dano à saúde, e prisão de um a três anos e multa de tanto ao triplo nos demais casos. Não obstante o disposto no parágrafo anterior, os tribunais poderão impor a pena em grau inferior relativamente às mencionadas em atenção à escassa importância do facto e às circunstâncias pessoais do culpado. Não se poderá fazer uso desta faculdade se ocorrer alguma das circunstâncias a que se faz referência nos artigos 369 bis e 370.* Tradução nossa.

⁵³ Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág.

⁵⁴ Neste sentido, e citando parte da sentença, cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 26 e ss.

sequer representa os elementos típicos objetivos, ou seja, sem que se verifique o elemento cognitivo⁵⁵.

Nestes termos, o tribunal pronunciou-se da seguinte forma: “*o não querer saber dos elementos do tipo objetivo que caracteriza o dolo, equivale a querer e aceitar todos os elementos que vertebram o tipo delituoso cometido*”⁵⁶.

Desta forma, conclui-se que enquanto nas duas primeiras sentenças a figura da “cegueira deliberada” foi utilizada como um mero indício que permitiria provar a ocorrência do elemento volitivo do dolo eventual, na terceira sentença socorre-se daquela doutrina para expandir o conceito de dolo ao um ponto onde nem é necessário provar o elemento cognitivo (a representação) por parte do sujeito ativo, parecendo assemelhar-se assim à tese da equiparação entre o conhecimento e a cegueira deliberada, a que aludimos a propósito da evolução da figura no Direito anglo-saxónico.

Posteriormente, em 4 de Julho de 2002, o Tribunal, relativamente a um outro caso, afirma que a doutrina da cegueira deliberada é “*doutrina consolidada naquela Sala*”⁵⁷ quando estejam em causa acusações referentes ao crime de tráfico de drogas e o acusado invocar o desconhecimento do conteúdo que transportava consigo.

Até este momento, verifica-se que o Tribunal quando recorre a esta doutrina não adianta qualquer novidade em relação àquilo que já é característico da figura a que se denomina de “dolo eventual”. Efetivamente, é o próprio tribunal que vem afirmar⁵⁸ que a doutrina da cegueira deliberada se baseia na “teoria da

⁵⁵ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 31.

⁵⁶ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 28. Tradução nossa.

⁵⁷ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 29. Referindo-se à Sala Segunda do Tribunal Supremo espanhol. Sala incumbida da jurisdição penal.

⁵⁸ Quer no Auto de 4 de Julho de 2002 (relator: Martínez Arrieta), como mais tarde em: 30 de Novembro de 2006 (relator: Giménez García); 12 de Fevereiro, 23 de Março e 3 de Maio de 2007 (relator: Sánchez Melgar); 28 de Fevereiro de 2007 (relator: Berdugo e Gómez de la Torre). Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 30.

aceitação⁵⁹, isto é, se o sujeito desconhece todos os factos típicos da conduta na qual se encontra relacionado, então está a assumir o ato ilícito penal na medida em que aceita todas as consequências da sua atuação ilícita.

Efetivamente, a aplicação da doutrina parece resultar de uma certa “preguiça” dos Tribunais em justificar os elementos conceptuais do dolo, bem como de um certo automatismo em referenciá-la, uma vez que tribunal socorre-se dela sempre em termos amplos e sem o sentido jurídico e técnico que originalmente a mesma possui.

No entanto, a partir destas decisões, é possível notar uma evolução na doutrina da cegueira deliberada, num sentido de a elevar a uma categoria nova no modelo de imputação subjetiva.

Se nalgumas resoluções do Tribunal Supremo espanhol⁶⁰, relativas ao crime de tráfico de drogas, de detenção de explosivos⁶¹ e de fraudes patrimoniais⁶², se faz uso desta figura no sentido de a equiparar, sem grandes dificuldades, ao conhecimento pleno dos factos, certo é que em algumas sentenças relativas ao crime de branqueamento de capitais, a doutrina da cegueira deliberada parece ter

⁵⁹ Sobre a teoria da aceitação, Cfr.. Taipa de Carvalho, Américo A., obra citada, págs. 138 e 139; Figueiredo Dias, Jorge, obra citada, págs. 370 e 371.

⁶⁰ como por exemplo no Auto de 22 de Julho de 2002, relator: Puerta Luís (recurso n.º 101/2002)); Ou, ainda, nas resoluções Da Sala Segunda do Tribunal Supremo de: 17 de Fevereiro de 2003, 20 de Março de 2003 e 30 de Abril de 2003 (Relator: Giménez García); 14 de Abril de 2005 (relator: Ramos Gancedo); 21 de Setembro de 2005 (relator: Monterde Ferrer), 25 de Abril de 2007 (relator: Colmenero Méndez de Lúcar); e Autos do Tribunal Supremo de: 15 de Abril de 2004 (relator: Soriano Soriano); 28 de Fevereiro, 8 de Março (recurso n.º 2064/2005), 4 de Março e 8 de Junho (recursos n.º 10184/2006 e 10076/2006) de 2006 (relator: Martín Pallín), 20 de Julho de 2006 (Relator Granados Pérez); e 8 de Março, 6 de Junho e 25 de Outubro de 2006 (relator: Saavedra Ruiz). *Apud* Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, págs. 33 e 34. Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, págs. 32 e 33.

⁶¹ A este respeito, vd. STS de 29 de Maio de 2003, de 5 de Novembro de 2003 e de 27 de Dezembro de 2004 (relator: Giménez García) - distinguindo-se esta última sentença pelo facto de já não constar a “obtenção de um benefício” como requisito de aplicação da cegueira deliberada. Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, págs. 38 e 39. Contudo, e conforme assinala Ramon Ragués i Vallès, por sentença do Tribunal Supremo de 3 de Maio de 2006 (relator: Martínez Arrieta), o tribunal, contraditoriamente ao seu usual entendimento, admitiu como procedente a alegação (do acusado) do “desconhecimento” (de que transportara explosivos), num caso que seguia as mesmas premissas pelas quais o tribunal já havia aplicado a doutrina da cegueira deliberada como equiparação ao conhecimento.

⁶² Vd. STS de 13 de Março de 2006 e de 20 de Novembro de 2006 (relator: Giménez García); de 10 de Novembro de 2006 (relator: Martínez Arrieta)

ganho um novo rumo, ao ser aplicada em duas sentenças do Tribunal Supremo⁶³ como se de uma nova modalidade de imputação subjetiva se tratasse - diferente a nível conceptual de qualquer outra modalidade de dolo – cuja única semelhança se verificaria apenas no tratamento punitivo atribuído, ao afirmar-se que para haver dolo: *não se exige um dolo direto, bastando o eventual, ou inclusive (...) situar-se numa posição de ignorância deliberada.*

Assim, o Tribunal Supremo⁶⁴ continuando a lançar mão da doutrina da cegueira deliberada, apresentou, em sentença de 14 de Setembro de 2005, a propósito do crime de branqueamento de capitais, uma novidade em relação a esta figura. Esta novidade passaria pela admissão de a cegueira deliberada tanto se poder apresentar quer sob a forma de dolo, quer sob a forma de negligência, além de, pela primeira vez, fazia menção à doutrina da *Willful Blindness*⁶⁵, ao invés de a tomar como um conceito inovador da jurisprudência espanhola⁶⁶.

No entanto, cabe destacar uma sentença do Tribunal Supremo de 20 de Julho de 2006⁶⁷ que vai em sentido oposto a quase⁶⁸ toda a jurisprudência até aqui sustentada, e que entende que:

“...a referência à doutrina que atribuem proceder do direito dos EEUU, segundo a qual se trataria de casos de “ignorância deliberada” ou de “ignorância intencional”. Tais expressões não resultam nem idiomática nem conceptualmente adequadas, dado que se se tem intenção de ignorar

⁶³ Vd. STS de 29 de Maio de 2007 (relator: Soriano Soriano); e STS de 15 de Março de 2006 (relator: Martínez Arrieta). Citados por Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 36.

⁶⁴ Não apenas o Tribunal Supremo, como também as Audiências Provinciais, quer no sentido de considerar a cegueira deliberada com um índice para aferir o elemento volitivo, quer no sentido de considerar como sucedâneo do elemento cognitivo. Cfr. referências de acórdões em Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 51 e ss (nota de rodapé)

⁶⁵ Menção que também se verificaria noutras sentenças posteriores. Vd. sentenças de 26 de Dezembro de 2005 e de 13 de Janeiro de 2006 (relator: Monteverde Ferrer); e de 19 de Outubro de 2006 (relator: Martínez Arrieta). Citadas por Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, págs.46 e 47.

⁶⁶ Até este momento, a jurisprudência espanhola não mencionava a doutrina anglo-saxónica e denominava este tipo de situações de “ignorância deliberada” (tradução literal de “ignorancia deliberada”).

⁶⁷ Relator: Bacigalupo Zapater. Citada por Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 48 e ss.

⁶⁸ Cfr. nota 61 acerca da STS de 3 de Maio de 2006 (relator: Martínez Arrieta).

*é porque, na realidade, se sabe o que se ignora. Ninguém pode ter intenção do que não sabe. A contradição in terminis é evidente...”*⁶⁹

Chegando a este ponto verificamos que na origem da doutrina no Direito espanhol o ato de provocação do desconhecimento surge para fazer prova do elemento volitivo do dolo eventual, sendo que com o passar do tempo a figura passa também a poder considerar-se como um sucedâneo do elemento cognitivo ou até mesmo a sustentar-se que poderá ser equiparada às modalidades de dolo ou de negligência, conforme as circunstâncias, havendo apenas uma posição isolada a entender que toda a doutrina da ignorância deliberada é conceptualmente errónea nos seus próprios termos.

Aferimos também que, num primeiro momento, o recurso à figura da “*ignorância deliberada*” aparece, por diversas vezes, sem que haja qualquer referência ao termo “*willful blindness*”, nem ao Direito Anglo-saxónico, levando-nos a crer que, de facto, a figura não foi analisada nos termos em que o Direito Anglo-saxónico a analisou, fazendo-se apenas uso da expressão num sentido amplo e desprovido de qualquer rigor científico.

Conforme analisado *supra*, no Direito Anglo-saxónico a discussão passou, num momento inicial, por saber se tais casos (em que alguém se coloca deliberadamente a si mesmo em desconhecimento relativamente a factos dos quais poderiam resultar a responsabilidade penal, se deles houvesse o conhecimento) poderiam configurar-se no conceito amplo de “conhecimento” e, posteriormente, por tentar perceber se se poderiam enquadrar numa das modalidades de culpa previstas no *Model Penal Code*, nomeadamente saber se seria possível reconduzir, pela letra da lei, à figura do “*knowingly*”, se seria possível reconduzir à figura da “*recklessness*”, ou ainda se seria possível reconduzir a ambas.

Resulta assim claro que a jurisprudência espanhola não teve uma evolução coerente no desenvolvimento desta doutrina, o que resultou em várias contradições de sentenças baseadas em premissas semelhantes.

⁶⁹ Tradução nossa.

2.2.2 No Brasil

Mais recentemente, a doutrina da cegueira deliberada foi acolhida pela jurisprudência brasileira.

A este respeito costuma-se apontar como o *leading case* na matéria, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, 5520-CE 2005.81.00.014586-0, (2005).⁷⁰

Neste caso, dois indivíduos, sócios de uma sociedade cuja atividade era a venda de automóveis, foram condenados, em primeira instância, pelo crime de branqueamento de capitais por terem aceitado 980.000,00 reais em notas de cinquenta pela compra de vários automóveis por um mesmo comprador, o qual tinha assaltado o Banco Central do Brasil um dia antes.

O Tribunal de primeira instância decidiu nos seguintes termos:

“...tais construções, em uma ou outra forma, assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Por isso e considerando a previsão genérica do art. 18, I, do CP, e a falta de disposição legal específica na lei de lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem elas ser trazidas para a nossa prática jurídica. (...) Aquele que habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro de forma autônoma, o profissional da lavagem, é usualmente indiferente à origem e natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos. O conhecimento pleno da origem e natureza criminosas é até mesmo indesejável porque pode prejudicar a alegação de desconhecimento em futura e eventual persecução penal. O cliente, ademais, também não tem interesse em compartilhar as informações acerca da origem e natureza específica do provento do crime. (...) Em realidade, algumas afirmações deixavam claro que não lhes cabia realizar indagações da espécie ao cliente ou agir como uma autoridade pública. Atitude da espécie caracteriza indiferença quanto ao resultado do próprio agir. Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da "ignorância deliberada", ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele

⁷⁰ Sentença proferida nos autos n.º 2005.81.00.014586-0, da 11.^a Vara Federal da Subseção de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. Acórdão proferido pelo TRF da 5.^a Região, 2.^a Turma, na Apelação Criminal ACR5520-CE (Relator Des. Federal Rogério Fialho Moreira).

escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta. Portanto, muito embora não haja previsão legal expressa para o dolo eventual no crime do art. 1.º, caput, da Lei 9.613/1998 (como não há em geral para qualquer outro crime no modelo brasileiro), há a possibilidade de admiti-lo diante da previsão geral do art. 18, I, do CP e de sua pertinência e relevância para a eficácia da lei de lavagem, máxime quando não se vislumbram objeções jurídicas ou morais para tanto”.

Todavia, sucede que esta sentença viria a ser reformada em apelação, nos seguintes termos:

“...Entendo que a aplicação da teoria da cegueira deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional. No caso concreto, pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual. (...) Conforme já registrei, a própria sentença ressaltou que Elizomarte e Dermival não tinham conhecimento efetivo sobre a origem do dinheiro. acrescenta-se que, segundo Fauto de Sanctis, o delito previsto naquele dispositivo não admite o dolo eventual. (...) a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do § 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do § 2.º.”

Ora, do exposto, cabe destacar o facto de a última decisão fazer alusão à doutrina da *willful blindness* e o facto de ambas tentarem aplicar esta doutrina como uma tentativa de substituir o “conhecimento” pleno, em contraposição ao modo de como surgiu a doutrina em Espanha, que começou por se socorrer de dita doutrina para poder provar o elemento volitivo do dolo eventual.

Relativamente à sentença proferida pelo tribunal de primeira instância, merece destacar os três requisitos que são apontados para que se possa equiparar a doutrina da cegueira deliberada à figura do dolo eventual: (i) a suspeita⁷¹ de uma elevada probabilidade da natureza e origem criminosa dos bens (ii) a capacidade de abandonar a situação de ignorância (iii) a “reprovabilidade da conduta”.

Este terceiro elemento cabe destacar dos demais pela sua inovação. O tribunal apela assim à natureza da conduta para justificar o porquê de tal situação (ignorância deliberada) merecer um tratamento punitivo semelhante ao do dolo.

Fá-lo contudo em termos muito vagos, pois em nenhum momento justifica a razão pela qual a conduta é tão reprovável como uma atuação dolosa.

No entanto, ao fazer o apontamento, podemos concluir que a “cegueira deliberada” deveria ter na sua base uma motivação semelhante à que se verifica no dolo, para merecer o tratamento punitivo do dolo.

Desta decisão resulta ainda curioso o facto de o tribunal considerar que a figura da cegueira deliberada deva encontrar a sua base legal no artigo 18.º § 172, não obstante o Código Penal brasileiro definir o conceito de dolo através de uma conceção volitiva (o que pressupõe, naturalmente, a existência de um elemento cognitivo, uma vez que é impossível assumir um risco de produzir um resultado de algo que não se conhece, pelo menos, minimamente⁷³), evidenciando assim uma clara contradição.

No que concerne à decisão da apelação, esta também aceitou expressamente a doutrina da cegueira deliberada como forma de equiparação ao dolo eventual. Contudo, apenas quando no próprio crime se preveja a possibilidade de punição a esse título (dolo eventual).

⁷¹ Apesar de o Tribunal usar o termo “conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens”, cremos que o mesmo deverá ser interpretado no sentido de “suspeita da natureza e origem criminosas dos bens”, sob pena de haver uma contradição nos próprios termos.

⁷² “Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

⁷³ Em todo o caso, o próprio artigo 20.º (“Erro sobre o elemento do tipo”) do Código Penal brasileiro prevê que “o erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal do crime exclui o dolo...”, o que demonstrar claramente a existência de um elemento cognitivo.

Neste âmbito, entendemos que tal ordem de argumentos tão simplista não possa ser procedente, pois se um crime exige que se verifique o dolo ainda que eventual, *per si*, está a exigir um “conhecimento”, pelo que aceitar que se possa fazer uma interpretação de tal extensão (note-se, até ao ponto de permitir o oposto daquilo que estatui) resulta claramente violador do princípio da legalidade penal.

Todavia, a doutrina da cegueira deliberada voltaria a surgir noutras sentenças do Supremo Tribunal Federal. Assim, a “Ação 470”- MG, de 22 de Abril de 2013 (conhecido como o “caso Mensalão”) também viria a referenciar a teoria da cegueira deliberada em votos sobre a ocorrência de “lavagem de dinheiro”.

Neste particular, analisava-se a crença dos beneficiários do crime relativamente à origem criminosa do dinheiro por eles recebido. Nesta senda, referiu-se a teoria da cegueira deliberada aquando uma abordagem sobre a possibilidade de se estar perante uma situação de dolo eventual, isto é, com vista a reforçar a teoria do dolo eventual. A este respeito cabe destacar a seguinte passagem:

“A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do art. 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico. O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (willful blindness doctrine). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa. Nesse sentido, há vários precedentes...”⁷⁴.

Neste seguimento e numa outra parte do voto, é ainda referido que:

⁷⁴ Folha 52888 da AP 570/MG.

“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. No Direito brasileiro, pratica crime doloso tanto quem age com consciência e vontade de realizar o tipo penal objetivo como aquele que assume o risco de produzir o resultado delitivo (art. 18, I, do Código Penal)...”⁷⁵.

Embora nesta segunda parte se comece por aludir à cegueira deliberada em termos que levam a crer tratar-se de uma figura autónoma, na sua continuidade verifica-se que a discussão passa também por saber se houve dolo eventual ou não.

E, por último, refere-se que:

“O que se deve verificar, em concreto, é o grau de conhecimento ou de consciência da procedência dos bens, sendo certo que não pode situar-se no campo da mera desconfiança ou, ainda, da negligência (falta de cautela ou cuidado). Ad argumentandum tantum, deve-se admitir com cautela a tese aqui também já referida acerca da cegueira deliberada (willful blindness). Tese essa que encontra limitações teóricas e práticas na common law e não pode ser importada sem suas adequadas implicações, por exemplo, a exigência de «criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento»”⁷⁶.

Resulta, pois, uma certa confusão de conceitos, dado que sobressai a ideia que se a cegueira deliberada deve ser entendida como uma espécie de dolo eventual, então a mesma terá necessariamente que encontrar como base legal no artigo 18.^º do

⁷⁵ Folhas 52912 da AP570/MG

⁷⁶ Folha 57332 da AP 570/MG.

Código Penal brasileiro, quando na verdade, conforme mencionado, este define o dolo através de uma concepção volitiva que, *per si*, implica um elemento cognitivo.

Nesta senda, cumpre ainda destacar a denominada “operação lava-jato”⁷⁷ que respeita a diversos crimes de branqueamento de capitais e de corrupção com vista a obtenção de valores dos cofres públicos.

Relativamente a este caso, destaca-se a seguinte passagem:

“...Leonardo Meirelles, Leandro Meirelles, Pedro Argese Júnior e Esdra Arantes Ferreira agiram dolosamente, com a realização sistemática de remessas internacionais mediante celebração de contratos de câmbio de importação fraudulentos, nos quais inexistia importação. O fato de Leonardo frequentar o escritório de Alberto Youssef, como ele mesmo admitiu, nele encontrando agentes públicos, torna também evidente o dolo, inclusive a ciência de que os valores envolvidos provinham de crimes contra a Administração Pública. 345. Para todos eles, entendo que a prática sistemática de fraudes, em quantidade elevada e por período prolongado, torna impossível o não reconhecimento do agir doloso. No mínimo, teriam agido com dolo eventual. 346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglosaxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da "cegueira deliberada" ou "willful blindness" e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. (...) Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos. 348. (...) A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, já empregou o conceito para crimes de contrabando e descaminho: "Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). (...) Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), 'quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber,

⁷⁷ Sentença da AP 5026212-82.2014.4.04.7000/PR - Secção Judiciária do Paraná 13ª Vara Federal de Curitiba.

mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica'. Doutrina da 'cegueira deliberada' equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro." (ACR 5004606-31.2010.404.7002 - Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto - 8ª Turma do TRF4 - un. - j. 16/07/2014) 350. Portanto, mesmo que não fosse reconhecido o dolo direto em relação a parte dos acusados, seria forçoso o reconhecimento do dolo eventual. 351. Alberto Youssef, Márcio Bonilho, Waldomiro de Oliveira, Leonardo Meirelles, Leandro Meirelles, Pedro Argese Júnior e Esdra Arantes Ferreira, portanto, agiram dolosamente e devem condenados, por conseguinte pelos crimes de lavagem de dinheiro com as discriminações acima...".⁷⁸

Nesta sentença, mais uma vez o tribunal equipara a cegueira deliberada ao conceito de dolo eventual. No fundo, volta a fazê-lo como se se tratasse de uma modalidade deste último. Porém, em bom rigor da verdade, nem o era necessário, pois concluímos que, pela argumentação apresentada, o tribunal parece conseguir provar o elemento cognitivo, ao referir que houve *"realização sistemática de remessas internacionais mediante celebração de contratos de câmbio de importação fraudulentos, nos quais inexistia importação"* e através da circunstância de um arguido admitir frequentar um escritório donde se encontrariam agentes públicos.

Assim, concluímos que os casos de cegueira deliberada (pelo menos do modo como foi utilizada pela jurisprudência brasileira) não são mais do que casos de dolo tal como os conhecemos. E ainda que se entenda que seja possível configurar a cegueira deliberada numa figura autónoma (o que julgamos ser possível, como veremos *infra*), nunca poderia ser aplicada aos casos *sub judice*, pois necessariamente teria uma estrutura conceptual distinta destes - que no nosso entender são casos típicos de dolo - sob pena de se tratar de uma doutrina supérflua.

⁷⁸ Neste sentido, e com uma argumentação idêntica, citando as decisões americanas e espanholas, cfr. AP n.º 5026212-82.2014.4.04.7000/PR e AP n.º 5007326-98.2015.4.04.7000/PR (esta última sem se referir expressamente à cegueira deliberada, mas admitindo uma "prova indireta" através de "indícios" de probabilidade de conhecimento e citando diversas sentenças americanas e espanholas que apelam à doutrina da cegueira deliberada), ambas do Poder Judiciário Justiça Federal Secção Judiciária do Paraná 13.ª Vara Federal de Curitiba.

3. Na Doutrina

3.1. No Direito Anglo-saxónico

No Direito anglo-saxónico, concretamente nos Estados Unidos da América, a análise da cegueira deliberada tem suscitado vários debates académicos, dado que o *Model Penal Code* não consagrou expressamente a figura e, mesmo implicitamente, também não se pode afirmar que a tenha consagrado na sua plenitude.

Estabelece a secção 2.02 do *Model Penal Code* que o agente pode ser culpado se consubstanciar um dos seguintes estados mentais: *purposefully, knowingly, recklessness, negligently*⁷⁹.

E determina a secção 2.02.7 que “o conhecimento de alta probabilidade satisfaz a exigência do conhecimento. Quando o conhecimento da existência de um facto particular for elemento de uma infração, verifica-se tal conhecimento se o sujeito for consciente da alta probabilidade da sua existência, salvo se realmente creia que dito facto não existe”.⁸⁰

3.1 As teses de J. Edwards e de Ira P. Robbins

Na opinião de J. Edwards⁸¹, existe uma evidente afinidade entre aquele que atua numa posição de ignorância deliberada e aquele que atua com desconsideração (*recklessness*) em relação aos factos.

Para J. Edwards, a atitude de indiferença perante riscos que são óbvios indicaria um estado mental que antevê as consequências da sua conduta e, deliberadamente, coloca em risco a hipótese de se virem a realizar, ainda que estas não sejam aquelas que deseja.

⁷⁹ Sobre o significado de cada uma destas convicções mentais, cfr. nota de rodapé 29.

⁸⁰ Tradução nossa.

⁸¹ Edwards, J., obra citada, págs. 303 a 306.

Neste sentido, também Ira P. Robbins⁸² defende que a atuação do ignorante deliberado não se pode reconduzir a uma situação de *knowingly*. De acordo com esta autora, o estado mental do ignorante deliberado apresenta evidentes similitudes com o estado de *recklessness*, pois trata-se de uma representação de probabilidade ou de risco que caracteriza os casos de *recklessness*.

De acordo com o seu entendimento, se o *Model Penal Code* estabelece que há conhecimento de um facto quando “uma pessoa tem consciência da alta probabilidade da sua existência, salvo se, realmente, crer que ele não existe”, então, ter-se-á que provar que o acusado admitiu a probabilidade de tal facto.

Assim, a questão passaria por saber se realmente uma condenação apoiada na doutrina da “cegueira deliberada” seria compatível com a previsão constitucional que exige a prova de todos os elementos do tipo de crime, incluindo o “conhecimento”, ao invés de se processar por uma mera dedução, baseada numa “dúvida atendível”.

Assinala a autora que deve ser rejeitada a tese que pretende alterar a definição do conceito “conhecimento” (*knowingly*) com vista a poder incluir os casos de cegueira deliberada, pois, pese deste modo se pudesse atingir o desejado resultado de tais casos não permanecerem na impunidade, tratar-se-ia de uma via injustificada, uma vez que deixaria de existir fronteira entre *knowingly* e *recklessness*, passando a haver um mesmo tratamento punitivo para dois estados mentais distintos.

Em jeito de conclusão, a autora propõe uma reforma à lei de modo a que seja estabelecido, em certos delitos, a possibilidade de punição a título de *recklessness* ou que sejam estabelecidas previsões específicas em certos crimes que consagrem o estado de cegueira deliberada como base de condenação.

Ora, em modo de contra-argumento, sustenta Robin Charlow⁸³ que a argumentação sobre a constitucionalidade apresentada por Ira P. Robbins assenta-se na premissa de que a expressão “conhecimento”, tal como é usada nas estatuições penais, não comporta os casos de ignorância deliberada.

⁸² Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, págs. 223 e ss.

⁸³ Cfr. Charlow, Robin, obra citada, págs. 1355 e 1356 (nota de rodapé 11).

Deste modo, defende a autora que é necessário ter em consideração que o termo “conhecimento” é uma palavra ambígua, não tendo um significado fixo e limitado.

Assim, refere que os tribunais, ao construírem uma noção de “conhecimento” que abrange o conceito de cegueira deliberada, estariam a atuar em plena conformidade constitucional, dado ser sua função tornar as referências estatutárias penais o mais claras possíveis com base nas evidências que estas possam apresentar.

Em segundo lugar, refere a autora que o conceito de cegueira deliberada, *per si*, não se opõe àquele que é o geral entendimento da expressão “conhecimento”, pois é comum entendimento que alguém possa ter “conhecimento” de factos que não são absolutamente certos.

Logo, não seria necessário atuar com um pleno conhecimento, mas tão-só bastaria atuar com um grau de consciência de alta probabilidade da existência de um facto.

Por último, aponta ainda que as legislações quando utilizam o termo “conhecimento” em estatuições penais têm por presumida a prática do Common Law de utilizar a doutrina da cegueira deliberada para satisfazer a exigência de “conhecimento”.

3.1.2 A tese de Jonathan L. Marcus

Em sentido inverso, sustenta Jonathan L. Marcus⁸⁴ que os problemas que a doutrina da cegueira deliberada apresenta devem resolver-se através de uma nova definição ampla de “conhecimento”. No seu entender, a equiparação entre o conhecimento e a representação de alta probabilidade a que alude o *Model Penal Code* na secção 2.02.7 assenta-se na premissa de que o autor em ambos os casos expressa em termos iguais a mesma indiferença face aos valores que subjazem à proibição criminal.

⁸⁴ Cfr. Marcus, Jonathan L., obra citada, pág. 2236-2248, citado por Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 85.

Para o Autor dever-se-ia abandonar a doutrina da cegueira deliberada e focar-se em tratar exclusivamente do elemento cognitivo, ademais de considerar que é contraditório o facto de o *Model Penal Code* determinar que alguém possa representar a alta probabilidade da existência de um facto e, ao mesmo tempo, prever que haja a possibilidade de o sujeito crer que tal facto não exista, propondo, assim, a eliminação da parte final da secção 2.02.7 do *Model Penal Code*.

Nesta linha de entendimento, defende que se houvesse uma correta aplicação da secção 2.02.7, não haveria a necessidade de se provar algo tão complexo como a existência de uma intenção consciente de evitar a verdade, dado que a referida secção permite a acusação daqueles casos que têm levado os tribunais a aplicar a doutrina da cegueira deliberada

Conforme assinala Ramon Ragués i Vallès⁸⁵, verifica-se uma clara aproximação deste entendimento com a doutrina do dolo eventual existente no *Civil Law*.

3.1.3 A tese de Robin Charlow

De acordo com Robin Charlow⁸⁶, os casos denominados de cegueira deliberada não podem ser equiparados genericamente aos casos de *knowingly*.

Segundo a sua conceção, os casos de cegueira deliberada situam-se entre o *knowingly* e a *recklessness*, razão pela qual o grau de culpabilidade do sujeito ativo deve situar-se também num grau intermédio.

Nestes termos, considera que a solução passaria por serem estabelecidas disposições específicas nos delitos em que se pretende aplicar a equiparação ao “conhecimento”.

Para este efeito, dever-se-ia focar no que a lei pretende punir:

“nós punimos o agente que tem conhecimento porque queremos condenar a sua vontade de agir na sua correta crença de que o que ele está a fazer é errado. Ele acredita que está a agir ilegalmente e fá-lo de

⁸⁵ Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 87.

⁸⁶ Charlow, Robin, obra citada.

qualquer maneira. Quando punimos um agente em cegueira deliberada, mas não um agente que atue com desconsideração (recklessness), na mesma situação do agente com conhecimento, está-se a visar alguém que é tão obstinado como aquele que atua com conhecimento. Quer-se punir o indivíduo que pode não saber, mas está à beira do conhecimento, e que mostra o tipo de insensibilidade que encontramos no agente que atua com conhecimento”.

A autora estabelece assim requisitos⁸⁷ de modo a poder equiparar os casos de cegueira deliberada ao conhecimento:

- (1) o sujeito deve dispor de muito boa informação acerca da existência de um facto que converte a sua conduta em ilícita;
- (2) a sua atuação tem de ser efetuada com “praticamente a certeza” de que o elemento do tipo realmente existe;
- (3) o sujeito evite, deliberadamente, averiguar se o facto poderá ocorrer ou não;
- (4) e, por alguma razão má intencionada, se evidencie um nível especialmente elevado de maldade criminal, concretamente resulte que o agente queira provocar o seu desconhecimento com a finalidade de evitar eventuais responsabilidades penais.

Relativamente ao primeiro requisito, o mesmo deverá ser aferido pela ciência de alta probabilidade ou através de um critério baseado na “evidência perante o homem médio”.

Já no segundo requisito, o sujeito terá de contar com “praticamente a certeza” da existência do elemento do tipo, uma vez que se dispusesse da total certeza então estar-se-ia perante a definição estrita de conhecimento.

Todavia, na opinião da Autora, não basta que se verifiquem apenas os três primeiros requisitos para que se possa dizer que o sujeito ativo mereça ser punido de modo semelhante ao dolo, uma vez que ter boas informações acerca da existência de um facto que torne a sua atuação ilícita e estar praticamente na certeza da sua existência (primeiro e segundo requisito) não parece que possa

⁸⁷ Charlow, Robin, obra citada, pág. 1417.

levar a crer que o sujeito tenha o mesmo grau de insensibilidade e de indiferença do que aquele que realmente conhece a existência do facto que torna a sua conduta ilícita.

Nem a provocação deliberada em evitar a verdade pode ser vista em todos os casos como uma intenção de cariz malévolo, já que seria concebível que pudessem também existir motivações bem-intencionadas.

Deste modo, seria necessário que o sujeito evitasse a sua própria responsabilidade penal.

Efetivamente, seria fundamental a ocorrência do quarto elemento, pois seria este o elemento que, uma vez acrescentado aos anteriores, tornaria o grau de culpabilidade do agente tão grave como o do agente que tem o pleno conhecimento dos factos.

Conclui assim a autora que *“aquele que comete um ato criminoso na presença destes quatro fatores, provavelmente é tão insensível e indiferente como aquele que realmente sabe que está a atuar criminalmente. Na presença destes quatro fatores sugeridos, parece razoável concluir que o ignorante deliberado será geralmente tão malevolente como o sujeito que tem o pleno conhecimento”*⁸⁸.

Quanto à abordagem exposta, poderão ser apontadas duas críticas. De acordo com Alexander F. Sarch⁸⁹, o primeiro problema dos argumentos de Robin Charlow seria a natureza especulativa dos mesmos. Refere o autor que em nenhum momento a autora emprega um princípio explícito sobre como podem os graus de culpabilidade ser atribuídos aos sujeitos, dado o facto de a autora empregar as expressões *“...aquele que comete um ato criminoso na presença destes quatro fatores, provavelmente é tão insensível e indiferente...”* e *“...o ignorante deliberado será geralmente tão malevolente como o sujeito que tem o pleno conhecimento”*⁹⁰.

Como segundo problema dos seus argumentos, o autor refere a circunstância de Robin Charlow se basear na suposição de que todos aqueles que decidem

⁸⁸ Charlow, Robin, obra citada, págs. 1417 e 1418. Tradução nossa.

⁸⁹ Sarch, Alexander F., Willful ignorance, culpability and the criminal law, in St. John's Law Review, Vol. 88, 2014, págs. 1055 e 1056.

⁹⁰ Sublinhado nosso.

permanecer na ignorância é porque agem com uma motivação mal-intencionada. Suposição que levaria à conclusão que os sujeitos seriam *“tão insensíveis e indiferentes em relação à criminalidade dos seus atos como aquele que têm o pleno conhecimento destes*

Todavia, de acordo com este autor, é perfeitamente concebível que um sujeito seja sensível em relação à criminalidade da sua conduta ou que nutra complacência com as previsíveis vítimas do crime⁹¹.

3.1.4 A tese de Husak e Callender

Um outro ponto de vista, defendido por Douglas Husak e Craig Callender, evidencia a contradição que parece existir na secção 2.02.7 do *Model Penal Code*, quando aí se estabelece exclusivamente um conhecimento de alta probabilidade que não se importa com as razões pelas quais o sujeito não adquire um conhecimento perfeito das características da sua conduta.

Concluindo estes autores que, deste modo, se estaria a deixar de fora aqueles casos em que um sujeito sendo consciente de um risco de realização delituosa que não pode classificar-se como de alta probabilidade, evita deliberadamente confirmar as suas suspeitas⁹².

Para estes autores, o sujeito que configure uma situação nestes termos não pode permanecer na impunidade, devendo ter um tratamento punitivo semelhante ao daquele que atua com conhecimento.

Nestes termos, entendem que a cegueira deliberada deverá apresentar três requisitos para que se possa existir uma punição nos moldes referidos:

⁹¹ O autor dá o exemplo do sujeito que tem a capacidade de gerar empatia facilmente com as pessoas e, por isso, tem sempre grandes preocupações em não criar impactos negativos a estas. Tal sujeito pode decidir permanecer na ignorância precisamente para poupar-se da culpa que sentiria se agisse com o conhecimento de que a sua conduta resultaria lesiva para essas mesmas pessoas. Cfr. Sarch, Alexander F., obra citada, pág. 1055.

⁹² Husak, Douglas N./ Callender, Craig A., obra citada, págs. 36 e 37, citado por Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 89.

Em primeiro lugar, seria necessário a existência de uma suspeita justificada. Ou seja, não se enquadrariam neste âmbito aquelas suspeitas infundadas que ocorrem em virtude de paranoia ou de delírios do agente.

Em segundo lugar, a cegueira deliberada pressupõe ainda que haja *disponibilidade*. Quer isto dizer que o agente deve ter à sua disposição a informação necessária para confirmar ou desmentir as suas suspeitas.

E, por fim, entendem que a cegueira deliberada requer uma especial motivação que se concretiza na vontade de o agente pretender ilibar-se de responsabilidade penal.

Neste sentido, esclarecem estes autores que a falta de um pleno conhecimento não se pode dever a “mera preguiça, estupidez ou ausência de curiosidade”. Traçando, através deste elemento, a diferença entre o ignorante deliberado e aquele que atua com um estado mental de *recklessness*.

Desta feita, entendem que o conhecimento e a cegueira deliberada são realidades distintas, apenas se podendo equiparar se se observar um grau similar de culpabilidade.

Porém, entendem que não existe nenhuma teoria capaz de “medir” o grau de culpabilidade que não seja isenta de críticas e, mesmo que houvesse, tal equiparação (conhecimento/cegueira deliberada) estaria sempre impedida por força do princípio da legalidade, pois estar-se-ia perante um caso de analogia proibida em Direito Penal.

“A tese da “igual culpabilidade” pode ou não ser verdadeira, dependendo dos critérios pelos quais os dois estados mentais distintos são considerados igualmente culposos. A controvérsia sobre a tese de igual culpabilidade não pode ser resolvida na ausência de uma teoria que identifique o que torna um estado mental mais ou menos culpado do que outro. Infelizmente, ainda não foi proposta nenhuma teoria adequada para medir graus de culpabilidade. Na ausência de tal teoria, os comentadores ficam apenas com as intuições (frequentemente

*conflitantes) sobre se um estado mental é mais ou menos culpado do que outro*⁹³.

Pelo exposto, concluem os autores que a solução não passaria por reformular a lei no sentido de exigir o estado mental de *recklessness* em certos crimes em vez do estado de *knowingly* ou estender o conceito de “conhecimento” pois, pese em todos os casos de cegueira deliberada se verifiquem os requisitos da *recklessness*, nem todos os casos de *recklessness* são casos de cegueira deliberada, pelo que aceitar tal formulação poderia levar a que se castigassem mais situações do que aquelas que supostamente se pretendem castigar.

Porém, também esta tese não se apresenta isenta de críticas.

Ramon Ragués i Vallès a respeito desta abordagem afirma que não obstante seja uma tese aplaudível, a mesma estaria a deixar de fora os casos de cegueira deliberada em sentido estrito, que seriam aqueles em que a cegueira deliberada se apresentaria no seu estado mais puro. Efetivamente, o requisito de exigência de uma suspeita justificada, pelo menos interpretada no sentido de existência de um conhecimento eventual dos elementos típicos de um certo delito, deixaria de fora aquelas situações em que um sujeito se coloca deliberadamente ignorante com o intuito de evitar precisamente obter esse “conhecimento eventual” dos elementos típicos objetivos⁹⁴.

Acrescenta ainda o autor que também é duvidosa a formulação do requisito da disponibilidade apontado pelos autores e critica a falta de menção ao dever de obtenção de conhecimento⁹⁵.

3.1.5 A tese de David Luban

Uma outra tese, defendida por David Luban⁹⁶, sugere-nos que a posição de cegueira deliberada pode comportar três protótipos, correspondendo cada um a

⁹³ Husak, Douglas N./ Callender, Craig A., págs. 54 e 55, citado por Alexander F. Sarch, obra citada, pág. 1053.

⁹⁴ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 155.

⁹⁵ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 155.

⁹⁶ Luban, David, *Contrived Ignorance*, Georgetown University Law Center (1999), pág. 967 e ss.

um diferente nível de culpa. Assim, em algumas situações, o sujeito ativo poderá ser visto como uma “raposa” e noutras como uma “avestruz”, podendo esta última possuir dois estados mentais distintos (denominadas de *unrighteous ostrich* e *half-unrighteous ostrich*)

No caso da “raposa”, o sujeito atuaria como alguém que quer realizar plenamente uma conduta ilícita e que se coloca em posição de ignorância com vista a poder defender-se com esse mesmo argumento (alegando não saber ou não ter conhecimento) perante eventuais imputações de culpa.

Melhor dito, a “raposa” representa o sujeito “ignorante deliberado” que, se lhe fosse dado o pleno conhecimento de todos os factos que concretizam a sua ação e que lhe dão a suspeita de que da sua conduta poderão resultar implicações penais, procederia de igual modo. O sujeito tem como objetivo praticar uma ação ilícita e apenas estrutura a sua ignorância para a poder usar como defesa.

A este respeito, refere o Autor que, quem se encontrar na posição da “raposa”, consubstancia um grau de culpabilidade ainda mais grave do que quem tem um mero conhecimento, pois acrescenta a este um “*elemento de cálculo obstinado*”.

Relativamente à “avestruz ” (*unrighteous ostrich*), esta consistiria na situação daquele que não quer saber se a sua conduta é ilícita ou não, mas, se lhe fosse dado o pleno conhecimento das ações lesivas que a sua conduta poderia causar, ele colocá-la-ia em prática na mesma, ainda que esta não fosse o objetivo da sua conduta.

Deste modo, o sujeito ativo apresentar-se-ia como um débil moral que quer levar avante uma conduta mas que não quer saber (ou prefere não saber) se a mesma poderá desencadear um qualquer tipo de resultado lesivo, preferindo negar a si mesmo o facto de que enfrenta uma situação de natureza também ela moral. Contudo, ainda que tivesse esse conhecimento no momento da sua conduta, ele tê-la-ia praticado na mesma.

No que concerne à “avestruz”, esta também poderia consubstanciar um outro estado mental (*half-unrighteous ostrich*), seria a situação daquele que, apesar de se

ter colocado numa situação de ignorância, se lhe fosse dado o conhecimento pleno não teria praticado o facto que origina o ilícito penal.

É neste contexto (estabelecidos os três protótipos possíveis de cegueira deliberada) que David Luban conclui que à “raposa” deverá corresponder um grau de culpabilidade igual ao de quem pratica um delito de forma intencionada (*purposely* – que corresponde à forma mais grave de culpabilidade prevista no *Model Penal Code*); à “avestruz” (*unrighteous ostrich*) deverá corresponder um grau de culpabilidade igual ao do agente que tem conhecimento (*knowingly* – que corresponde à segunda forma mais grave de culpabilidade prevista no *Model Penal Code*); e, por fim, à outra variante da “avestruz” (*half-unrighteous ostrich*) corresponderá um grau de culpabilidade equivalente à situação daqueles sujeitos que atuam com desconsideração (*recklessness*).

Nesta conformidade, quando se verifique uma situação que se configure nas situações de “raposa” ou de “avestruz *unrighteous*”, conclui-se que deverá existir uma igual culpabilidade com a situação daquele que atua com, pelo menos, “conhecimento”.

Para melhor ilustrar o *supra* exposto, David Luban apresenta o seguinte exemplo:

Albert Speer, arquiteto, amigo de Hitler e alto cargo no regime nacional-socialista, onde ocupou o posto de ministro de armamento na segunda guerra mundial, foi o único dos superiores hierárquicos nazis que veio a mostrar arrependimento, havendo afirmado que em nenhum momento soube da existência de campos de extermínio e que, não obstante ter tido a oportunidade de indagar sobre a existência dos mesmos, preferiu não fazê-lo, justificando - “por medo de descobrir algo que pudesse ter-me feito mudar o meu curso, fechei os olhos.”⁹⁷

Em tal caso, se Speer, como diz, tivesse mudado o seu “curso” ao adquirir o conhecimento, parece que a resposta punitiva deveria ser mais branda do que se o mesmo não o mudasse, pois em tal situação, e como defende David Luban, deveria inclusive a punição ser mais grave que o mero conhecimento, já que não só sabe

⁹⁷ Luban, David, obra citada, pág. 965 e ss. Tradução livre.

que participou num genocídio como ainda preparou uma maneira “astuciosa” de se ilibar da responsabilidade que consistiria na alegação de não tinha o conhecimento efetivo da situação.

Entende assim que, nesta última situação, o tratamento punitivo não se poderia ficar pela mera desconsideração, visto que nestas situações não cabe valorar o desconhecimento, mas os motivos que levaram a tal, pois quem suspeita que com o seu comportamento poderá estar a causar danos a um bem juridicamente protegido, não poderá alegar que a sua ignorância partiu de uma situação de erro.

Contudo, para que se possa fazer uma correta condenação, o autor distingue dois momentos diversos na estrutura que apresenta para a noção de cegueira deliberada⁹⁸.

Em primeiro lugar, entende que existe uma primeira conduta que consiste na prática de uma ação ou omissão pela qual o agente se esconde perante conhecimentos indesejados – as *screening actions*, na terminologia do autor.

Num segundo momento, existiria uma segunda conduta que corresponderia à realização do ato pelo qual o agente poderia ter sido considerado inocente se, e apenas “se”, tivesse atuado numa legítima situação de ignorância – os *unwitting misdeeds*.

Assim, é com base nas *screening actions* que o autor entende que podem ser praticados os distintos estados mentais, podendo haver cegueira deliberada intencionadamente (*purposefully*), conscientemente (*knowingly*) e ainda com desconsideração (*recklessly*).

Neste contexto, prossegue o autor que “ignorar esta distinção entre *screening actions* e *unwitting misdeeds* poderá levar a uma teoria da cegueira deliberada excessivamente simples”⁹⁹, cuja qual levará à resposta de que todos os casos de cegueira deliberada dever-se-ão equiparar ao conhecimento.

⁹⁸ Cfr. Luban, David, obra citada, pág. 969 e ss.

⁹⁹ Cfr. Luban, David, obra citada, pág. 970.

Não obstante e conforme o mesmo refere, as *screening actions, a priori*, nada têm de ilícito (“*não há nada de criminal em não olhar para dentro de uma mala*”¹⁰⁰), uma vez que o que a lei castiga é a conduta realizada no segundo momento (*unwitting misdeeds*).

Reforça o autor esta ideia alegando ainda a circunstância de que neste segundo momento o agente ainda tem consciência de que realizou uma ação de ocultação num passado e, por isso, tem ainda o controlo do seu comportamento, designadamente podendo vir a abandonar a sua conduta lesiva.

Em jeito de síntese, pretende afirmar-se que o sujeito ativo será acusado pelos *unwitting misdeeds* e não por deliberadamente se ter colocado em ignorância, todavia, para haver lógica conceptual e dogmática, seria necessário averiguar o estado mental do autor no primeiro momento, isto é, naquele em que praticou as *screening actions*.

3.1.6 A tese de Alexander F. Sarch

De acordo com Alexander F. Sarch¹⁰¹, a premissa que defende David Luban e que determina que é necessário aferir o estado mental que um sujeito eventualmente *teria* mediante certas circunstâncias, não é o mesmo que dizer que o sujeito *efetivamente* atuou com um certo estado mental.

Para Alexander, não faria sentido culpar alguém por ter agido com um estado mental que, na verdade, nunca concebeu, ao abrigo de uma consideração de que o sujeito eventualmente *teria* atuado com um certo estado (“se lhe fosse dado o conhecimento...”).

Defende o autor que todos os casos de cegueira deliberada caem, *a priori*, no âmbito da *recklessness*¹⁰². Contudo, mediante certas circunstâncias, seria possível afirmar que haveria o mesmo grau de culpabilidade que há nos casos em que o sujeito tem o conhecimento pleno.

¹⁰⁰ Luban, David, obra citada, pág. 971.

¹⁰¹ Cfr. Sarch, Alexander F., obra citada, pág. 1059.

¹⁰² Cfr. Sarch, Alexander F., obra citada, pág. 1058.

Para tal, o autor parte da premissa de que quanto mais confiante um sujeito estiver em relação à existência de um facto incriminador, mais culpável será quando agir com um certo estado mental.

Assim, e seguindo aquela que parece ser a orientação do *Model Penal Code*, se dois sujeitos cometem o mesmo ato delituoso em circunstâncias iguais, mas um deles tem um maior grau de confiança sobre a existência de um facto incriminador, então esse sujeito será mais culpável que o outro, pois indicaria uma maior indiferença e desrespeito pelos demais cidadãos.¹⁰³

Nestes termos, prossegue o autor que a necessidade de estar atento à possibilidade de se estar a criar um risco de comissão de uma ilegalidade, pode levar algumas vezes ao dever moral de investigar.

Assim, se alguém planear cometer uma conduta ilícita e tiver uma suspeita da existência dessa mesma ilicitude, então esse sujeito terá um dever de fazer uma investigação razoável antes de prosseguir com a sua atuação.

A forma de como o dever de investigação é violado seria a pedra-de-toque que determinaria a maior culpabilidade no agente que atua com cegueira deliberada do que aquele que atua com mera desconsideração (*recklessness*). Nesta sentido, seria necessário analisar a violação do dever de investigar sobre três perspetivas¹⁰⁴.

A primeira consistiria em saber o quão acessíveis estão os métodos de investigação.

Na opinião do autor, quanto mais fácil e acessível for o método de investigação, maior será o grau de culpabilidade do agente se violar o dito dever. Deste modo, nos casos típicos de *recklessness* não seria possível efetuar investigações razoáveis.

Em segundo lugar, seria necessário saber de que modo o agente violou o dever de investigação. Se o agente simplesmente se esqueceu de investigar ou estava distraído durante a investigação, então será plausível que o grau de culpabilidade seja menor do que o daquele que conscientemente decide não investigar ou do que

¹⁰³ Cfr. Sarch, Alexander F. obra citada, pág. 1062.

¹⁰⁴ Cfr. Sarch, Alexander F., obra citada, pág. 1086 e ss.

aquele que não se apercebeu que tinha um método de investigação ao alcance (o qual seria um caso de negligência).

Contudo, os casos de cegueira deliberada seriam sempre pela sua natureza casos em que o agente violou o dever de investigação intencionalmente.

Em terceiro lugar, seria preciso analisar quais os motivos que levaram o agente à tomada de decisão de não querer investigar. Assim, seria razoável que aquele que não investiga com vista a poder usar o argumento de que “não tinha o conhecimento” devesse ser considerado mais culpável do que aquele que decide não investigar por quer-se proteger de um dilema moral. Dever-se-á, pois, ser mais culpável quantas mais forem as razões de crer que existiu uma manifestação de desrespeito pelos outros.

Deste modo, a cegueira deliberada seria na verdade um caso de desconsideração (*recklessness*) com uma dose extra de culpabilidade, em virtude da violação do dever de investigação.

A razão pela qual o autor entende que o grau de culpabilidade é maior quando se verifica uma atuação com desconsideração seguida de uma violação do dever de investigação, nos termos referidos, do que aquela em que o sujeito simplesmente atua com desconsideração, seria por este estar a abster-se de fazer o correto por duas vezes, enquanto na atuação com simples desconsideração haveria apenas uma abstenção tomar a conduta correta, por não ser possível efetuar uma investigação razoável.

Deste modo, pelo facto de o agente não tomar a conduta “correta” por duas vezes, estaria a demonstrar uma atitude firme de indiferença e de desrespeito pelos outros.

Nestes termos, e tendo em consideração que uma ampla e simples equiparação entre os casos de cegueira deliberada e os casos de conhecimento poderia levar a uma punição demasiado penosa em certas situações, o autor propõe que se estabeleça, em certos crimes, a equiparação entre conhecimento e cegueira deliberada, nos termos restritos aqui analisados.

Sugere o autor que uma solução possível seria a inclusão de uma regra de equiparação, a ser aplicada a certos crimes, com o seguinte conteúdo:

“aquele que acredite que existe uma probabilidade substancial de que os elementos do tipo de um crime se verifiquem, mas não tenha o efetivo e pleno conhecimento dos mesmos, deverá ser considerado culpado nos mesmos termos daquele que, nas mesmas circunstâncias, tem o conhecimento, desde que se verifiquem os seguintes requisitos:

(1) satisfaça a definição básica de ignorância deliberada:

(a) tenha suspeitas de que a o elemento do tipo ocorra, e

(b) não investigue, deliberadamente, através dos meios aparentemente disponíveis se os elementos do tipo existem;

(2) Os métodos disponíveis de investigação não sejam excessivamente onerosos;

(3) O motivo de o sujeito não investigar seja um dos seguintes:

(a) preservar uma defesa contra a responsabilidade;

(b) perpetuar, proteger ou continuar a receber benefícios de uma conspiração suspeita ou outra conduta criminosa;

(c) outro motivo tão injustificado quanto os motivos referidos em (a) e (b);

(d) mas se o motivo de não investigar não for tão injustificado como os previstos em (a) a (c)), a ignorância deliberada não satisfaz a requisito do conhecimento.

(4) No entanto, se o arguido estiver quase certo de que os elementos de um crime se verificam, então qualquer motivo para não investigar será suficiente para a ignorância deliberada satisfazer o conhecimento do crime.”¹⁰⁵

¹⁰⁵ Cfr. Sarch, Alexander F., obra citada, págs. 1099 e 1100. Tradução nossa. Neste sentido, o autor propõe que sejam dadas instruções aos júris nos seguintes termos: “Proposta de instruções aos júris: Considera-se que o arguido agiu conscientemente se se entender que, além de ter tido uma dúvida razoável da existência dos elementos do tipo de um crime, deliberadamente se absteve de investigar as suas suspeitas com vista a evitar a responsabilidade, a querer continuar a receber os benefícios de um crime suspeito, ou ter algum outro motivo altamente injustificado. Ademais, se se considerar que o arguido não se limitou a suspeitar, mas estava praticamente certo de que os elementos do tipo existiam, então poder-se-á deduzir o conhecimento, independentemente da sua motivação. No entanto, não será possível retirar o conhecimento se se verificar que o réu foi simplesmente descuidado em não investigar as suas suspeitas ou se as únicas formas disponíveis de investigar as suas suspeitas forem excessivamente difíceis ou perigosas”. Cfr. Sarch, Alexander F., obra citada, pág. 1101.

Numa obra mais recente¹⁰⁶, o autor vai mais longe ao defender a possibilidade de equiparação entre o conhecimento (*knowingly*) e “ignorância não deliberada” (*Non-willful ignorance*).

Esta figura ocorreria sempre que o sujeito não cumprisse o já aludido dever de investigação, não de um modo consciente, *i.e.*, deliberado, mas por desconsideração (*recklessly*) ou negligência (*negligently*).

Neste sentido, o autor decompõe a figura em duas partes: a primeira verifica-se quando o sujeito não cumpre o dever de investigação, originando um estado de ignorância em si mesmo relativamente a um facto. A segunda verifica-se pela criação de um risco que o sujeito opta por correr ao levar adiante a sua conduta em estado de ignorância (seria, na terminologia do autor, o *unwitting act*).

No entanto, esta decomposição corresponde à mesma que o autor propõe para a cegueira deliberada. O que as diferenciaria seria o facto de que, enquanto na primeira a violação do dever de investigação ocorreria deliberadamente, isto é, com o preciso propósito de não cumprir tal dever, na segunda tal dever não seria cumprido por desconsideração (*reckless*) do autor.

Assim, haveria ignorância por desconsideração (*reckless ignorance*) quando alguém tivesse um dever de investigação e optasse por correr um risco substancial e injustificado na forma de obtenção da informação requerida por esse dever, resultando, por conseguinte, num dano.

Com vista a ilustrar o exposto, o autor apresenta o seguinte exemplo:

“uma médica tem agendado para o dia seguinte a realização de uma cirurgia complexa envolvendo algumas máquinas ainda em experimentação. Tal como acontece com muitas das técnicas de ponta que ela usa, a médica suspeita que a nova máquina pode envolver perigos ainda não descobertos. Para ficar a par da mais recente pesquisa sobre tais perigos, subscreve o Jornal de Técnicas Cirúrgicas Avançadas. Por vezes, a médica lê o jornal, e outras é o seu assistente que o lê e que lhe alerta para artigos relevantes.

¹⁰⁶ Cfr. Sarch, Alexander F., *Beyond Willful Ignorance*, University of Colorado Law Review, Vol. 88, 2016, págs. 97 a 178.

Surge uma novidade. O jornal contém um artigo acerca dos perigos da máquina que ela planeia usar no dia seguinte.

No entanto, desta vez a médica não lê o jornal porque está atrasada para a o seu jogo de ténis semanal. Ela espera que seu assistente o leia (como às vezes o faz) e a informe sobre qualquer artigo pertinente. Infelizmente, o assistente não se encontra no momento e, conseqüentemente, a médica não lhe pode dar instruções para esse efeito. Assim, ao sair, deixa o jornal na sala comum, esperando que o assistente o veja. A médica cria um risco substancial de vir a permanecer num estado de ignorância sobre os perigos da tecnologia experimental a ser utilizada na manhã seguinte. Ela não decide permanecer na ignorância. Nem sequer está segura de que irá permanecer na ignorância, já que o seu assistente pode ver o jornal, lê-lo e informá-la sobre o artigo. Mas suponhamos que não leu. Conseqüentemente, a médica prossegue com a cirurgia sem saber sobre os perigos da nova tecnologia e o seu paciente é prejudicado como resultado”¹⁰⁷.

De acordo com o autor, esta equiparação ocorreria se o dever de investigação fosse violado *várias vezes* com desconsideração.

É estabelecida assim uma ideia de quantidade. No ponto de vista deste autor, a simples violação do dever de investigação por uma única vez não seria bastante para afirmar um grau de insensibilidade igual ao do agente que atua com conhecimento, sendo que a quantidade de vezes necessárias para afirmar a igual culpabilidade deveria ser aferida consoante as circunstâncias concretas de cada caso.

Utilizando o exemplo dado, a médica violou o dever de investigação quando, suspeitando haver novidades sobre a recente máquina, optou por ir para o seu jogo semanal de ténis. Violou o dever de investigação ao deixar o jornal na sala comum sem indagar se efetivamente ia chegar à posse do assistente. E, por último, violou o dever de investigação ao não questionar o assistente no sentido de apurar se tinha ou não lido o jornal.

¹⁰⁷ Cfr. Sarch, Alexander F., Beyond Willful Ignorance, University of Colorado Law Review, Vol. 88, 2016, págs. 141 e 142. Tradução livre.

A explicação passaria pela ideia de que aquele que viola sistematicamente o dever de investigação por desconsideração possui um nível de indiferença e displicência igual ao daquele que atua com o pleno conhecimento, em circunstâncias análogas.

Ainda a respeito desta tese, sublinha o autor que esta soma de sucessivas “quebras” do dever de investigação apenas é legítima desde que as mesmas se encontrem todas relacionadas. Ou seja, as diversas violações de um dever de investigação devem advir de um único risco que se suspeite existir.

Mais especificamente, as diversas violações do dever de investigar devem ser rastreáveis à mesma atitude de indiferença que se verifica no agente em relação à existência do elemento do tipo que suspeita existir. De acordo com o exemplo dado, as sucessivas violações do dever de investigação reportam-se a um só risco – o de eventualmente causar um dano ao paciente.

Contudo, tal tese não nos parece procedente pelo facto de entendermos que a atitude de indiferença deve ser aferida como um todo. Efetivamente, o dever de investigação deve ser aferido continuamente e não parceladamente. As três violações ao dever de investigação referidas na verdade tratam-se apenas de uma que pode ser cometida a qualquer momento dentro de um certo período de tempo.

Utilizando o exemplo citado, não cremos que haja uma violação ao dever de investigação digna de uma análise isolada quando a médica decide ir jogar ténis, pois a qualquer momento ela ainda pode vir a ler o jornal ou ordenar ao assistente que o faça e que lhe transmita a notícia. Mais, pode recusar utilizar a máquina no dia seguinte alegando não ter um conhecimento que devia, dado ser seu timbre não correr riscos que ponham em causa a integridade física dos pacientes.

Entendemos que apenas se pode dizer que o agente atuou com desconsideração uma só vez. Em concreto, quando levou avante o risco substancial e injustificado do perigo que suspeitou existir, *i.e.*, quando decidiu operar o paciente em estado de ignorância. Só nesse momento é que violou definitivamente o dever de investigação e só nesse momento é que demonstrou definitivamente a atitude de desconsideração perante o bem jurídico em apreço.

Atitude essa que não nos parece que seja merecedora de um tratamento igual ao de quem atua com conhecimento, uma vez o agente em nenhum momento demonstra uma atitude de potencial infrator. Em nenhum momento demonstra uma intenção expressa de violar as normas que regem um modelo social vigente e que poderiam justificar um tratamento semelhante ao de quem atua com o conhecimento¹⁰⁸.

3.2 No Direito Romano-Germânico

3.2.1. A tese de Günther Jakobs

No que concerne ao *Civil Law*, Günther Jakobs é tido como um dos primeiros autores a questionar a ideia de o dolo requerer obrigatoriamente conhecimento¹⁰⁹. De acordo com o autor, é um contrassentido o tratamento que o Código Penal alemão dá às situações de erro do tipo e erro de ilicitude. De acordo com o § 16 do StGB obrigar-se-ia a punir como negligentes aqueles casos em que se verifica um desconhecimento das circunstâncias que integram um determinado tipo legal, enquanto o § 17 StGB que versa sobre o erro sobre a ilicitude, determina que este, quando vencível, pode ser atenuado¹¹⁰.

Na sua opinião, o Direito Penal alemão respondia de modo injustificadamente benevolente perante certas formas de desconhecimento, o que conduziria a consequências que beneficiariam quem desconhece certos tipos de factos por indiferença e prejudicaria quem possui maiores conhecimentos por ser cauteloso e precavido. No seu entender, a solução passaria por atenuar a relação entre o dolo e o conhecimento, mormente através da criação de um vínculo entre o dolo e a noção de indiferença¹¹¹. Propõe assim o abandono da regulação vigente do erro do tipo e a substituição por um modelo similar ao do erro sobre a ilicitude, ou seja, que

¹⁰⁸ Voltaremos à questão de saber qual a motivação que poderá levar a uma igual culpabilidade entre o agente “ignorante deliberado” e o agente “com conhecimento” *infra*.

¹⁰⁹ Cfr. Manrique, María Laura, Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia, in *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Sección I, 2014, pág. 83.

¹¹⁰ De resto, à semelhança do Código Penal português, artigo 16.º e 17.º.

¹¹¹ Cfr. Manrique, María Laura, obra citada, pág. 84.

permita que certos desconhecimentos se tratem, em termos punitivos, como casos de conhecimento¹¹².

Porém, a sua abordagem ainda que bastante semelhante à doutrina da cegueira deliberada, trata sobretudo de situações de desconhecimento resultante de indiferença e desinteresse e não propriamente de desconhecimento provocado.

3.2.2 A tese de Ramon Ragués i Vallès

Ainda sob o prisma do Direito Continental (*Civil Law*), Ramon Ragués i Vallès¹¹³ entende que a cegueira deliberada não pode ser uma figura com autonomia no modelo de imputação subjetiva, ainda que, em sua opinião, este modelo não seja o mais satisfatório.

De acordo com o autor, os tribunais espanhóis ter-se-iam socorrido desta doutrina de modo erróneo e supérfluo, pois, na maioria dos casos (senão em todos), tais decisões poderiam perfeitamente ser fundamentadas através de uma correta aplicação do instituto do dolo¹¹⁴.

Na sua opinião, a maioria dos casos analisados pela jurisprudência espanhola seriam, na verdade, situações de dolo eventual.

Nesta conformidade, frisa que seria *“mais frutífero analisar quais são os limites conceptuais desta figura, do que tratar de resolver um problema que só se colocaria se o sistema jurídico-penal espanhol tivesse construído de outro modo as suas modalidades de imputação subjetiva”*¹¹⁵.

Assim, defende a possibilidade de existirem alguns casos de cegueira deliberada *“strictu sensu”, i.e., aqueles que, de forma intencionada, um sujeito consegue evitar inclusive a própria obtenção daqueles conhecimentos mínimos necessários para*

¹¹² Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 125.

¹¹³ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada. Neste sentido, ainda que com algumas matizes, Cfr. Manrique, María Laura, obra citada.

¹¹⁴ Em Espanha, ao contrário de Portugal, o código penal, apesar de determinar que só existe pena se houver dolo ou negligência (artigo 5.º), não apresenta as definições destes conceitos. Pese embora, seja consensual na doutrina e na jurisprudência, as figuras do dolo direto, necessário, eventual e de negligência consciente e inconsciente.

¹¹⁵ Ragués i Vallès, Rmoan, obra citada, pág. 103. Tradução nossa.

*apreciar uma atuação dolosa-eventual, logrando assim, pese a realização do tipo objetivo, eludir o tratamento próprio dos delinquentes dolosos e beneficiar-se da pena mais moderada para os delitos negligentes ou, inclusive, da impunidade naqueles casos em que a modalidade culposa é atípica*¹¹⁶.

Seria esta uma figura nova, merecedora de um olhar crítico, que comportaria situações que o *Civil Law* aparentemente não previu e que, como tal, poderia constituir uma lacuna no sistema penal.

Assim, no seu entender, o conceito jurídico-penal de cegueira deliberada em sentido estrito comportaria pelo menos quatro elementos¹¹⁷.

Em primeiro lugar, o sujeito ativo, no momento da realização da sua conduta, não deverá contar com os conhecimentos mínimos necessários que se requerem para que se possa afirmar o dolo do tipo legal.

Tal situação ocorreria sempre que o sujeito não tivesse qualquer suspeita da possível ocorrência de um elemento típico ou tivesse apenas uma suspeita leve e imprecisa sem que dela se pudesse afirmar o dolo. Assim, seria a situação de quem prevê que possa cometer algum ilícito, porém sem chegar a representar os elementos do ato típico que comete.

Em segundo lugar, seria necessário que o sujeito se encontrasse em condições de obter a informação ignorada, devendo esta capacidade de obter informação manter-se durante toda a fase de realização da ação ou omissão objetivamente típicas.

O terceiro elemento consistiria no dever de obter a informação ignorada. A este respeito, não seria necessário que se incumprisse um dever específico mas apenas que se incumprisse um dever geral de indagar pelos riscos associados à realização de comportamentos potencialmente lesivos para os bens jurídicos alheios.

Como quarto elemento, seria indispensável a decisão do agente de “não conhecer”.

¹¹⁶ Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 109. Tradução nossa.

¹¹⁷ Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 156 e ss.

De facto, os anteriores três elementos apenas caracterizariam uma ignorância evitável. Para que se possa falar de cegueira deliberada, a decisão de permanecer em ignorância teria de ser voluntária ou pelo menos consciente, e podendo consistir em ações ou omissões.

Nesta medida, tanto podem caber pressupostos que mereçam o mesmo tratamento do dolo como podem caber pressupostos que mereçam o tratamento de negligência¹¹⁸. Consequentemente, para que se pudesse equiparar os casos de cegueira deliberada aos casos de dolo ou de negligência seria necessário analisar um quinto elemento que consistiria em saber qual a motivação que levou o sujeito ao estado de desconhecimento.

Como tal, Ramon Ragués I Vallès apresenta exemplos de motivações que podem levar a um sujeito a colocar-se em situação de cegueira deliberada em sentido estrito¹¹⁹. Exemplos esses que também demonstrariam que o carácter deliberado de provocar o desconhecimento, por si só, não bastariam para que se pudesse equiparar todos os casos ao dolo.

Deste modo, haverá cegueira deliberada em sentido estrito, pelo menos, nas seguintes situações:

(i) o sujeito renuncia a obter conhecimento por preguiça ou para evitar complicações;

Este seria o exemplo de Albert Speer¹²⁰ que, para evitar complicações, optou por colocar-se em desconhecimento em relação ao que se passaria nos campos de concentração porque eventualmente poderia ter que renunciar ao seu cargo e enfrentar os seus colegas. Ou o exemplo de um condutor que, apesar de notar algo de errado no sistema de travagem do automóvel, decide não ir à oficina porque naquele momento prefere ir para casa descansar.¹²¹

(ii) o sujeito que renuncia obter o conhecimento por razões de eficácia;

¹¹⁸ No sentido de que pode haver cegueira deliberada por “boas razões” cfr. Hellman, Deborah, *Willfully Blind for Good Reason, in Criminal Law and Philosophy*, Vol. 3, 2009, págs 301 a 316.

¹¹⁹ Reconhecendo, o autor, que os exemplos que apresenta possam não ter carácter taxativo.

¹²⁰ Vd. *supra* pág. 41.

¹²¹ Exemplo dado por Ramon Ragués i Valles. Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 188.

Assim, seria o caso de um presidente de uma câmara municipal, competente para impor sanções por infrações de tráfego, que se dedica apenas uma vez por semana a assinar, rotineiramente e sem leitura prévia, as resoluções que os seus subordinados lhe prepararam (estes conhecendo bem os pormenores de cada resolução). Um dia, o presidente assina uma resolução em que sanciona um cidadão sem que este tenha cometido qualquer infração, simplesmente porque um dos subordinados introduziu intencionalmente uma resolução com um nome errado com vista a transtornar o presidente¹²².

(iii) o sujeito renuncia a obter o conhecimento por não acreditar que lhe seja fornecida a informação;

Seria o exemplo do sujeito que atravessa dificuldade económicas e coincide com um velho conhecido que lhe propõe um negócio em que lhe pagará uma certa quantia em troca de que seja administrador único de uma determinada sociedade para posteriormente comparecer perante um notário e proceder à compra e venda de imóveis. O sujeito suspeita de alguma atividade ilícita, mas em nenhum momento representa os elementos típicos de um delito. No entanto, decide não averiguar na certeza de que aquele não estará disposto a explicar-lhe a verdade. Finalmente resulta ser um ato de contribuição para a insolvência da sociedade¹²³.

(iv) o sujeito que renuncia obter o conhecimento para assim poder evitar uma eventual imputação de responsabilidade.

Seria o caso do diretor que gere uma multinacional e que dá orientações a todos os seus funcionários para que não lhe façam chegar todas as “más notícias”. Passados uns anos, os empregados subornam diversos cargos públicos para conseguir licenças que reportam vantajosos

¹²² Exemplo dado por Ramon Ragués i Valles. Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 112.

¹²³ Exemplo em Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, págs. 110 e 190.

benefícios. O diretor suspeita da possível comissão de alguma irregularidade mas não a concretiza e prefere não indagar.¹²⁴

Assim, apenas nos dois últimos casos poder-se-ia falar equiparação ao estado mental de dolo.

No terceiro exemplo, tratar-se-ia concretamente de um caso em que se verifica o mesmo grau de indiferença que se expressa no dolo eventual e no quarto exemplo tratar-se-ia de um caso em que se verifica um grau de indiferença semelhante ao que se expressa no dolo direto¹²⁵.

No que concerne ao primeiro e ao segundo exemplo, entende o autor que os mesmos deveriam ficar-se pela negligência, uma vez que faltariam alguns elementos para que se pudesse valorar os atos como uma expressão de indiferença grave que necessitasse de uma pena similar às penas dolosas¹²⁶.

Para reforçar a sua posição, o autor considera imperativo analisar quais as razões que justificam, em abstrato, o diferente tratamento punitivo entre o dolo e a negligência.

Efetivamente, ainda nos dias hoje, as razões que justificam o distinto tratamento não são unânimes e, portanto, várias teses podem ser sustentadas a este respeito¹²⁷.

Destarte, e como nota o autor, podem apontar-se sobretudo as seguintes:

- (i) a tese a perigosidade do comportamento;
- (ii) a tese da perigosidade pessoal do agente;
- (iii) a tese do conteúdo expressivo¹²⁸.

A primeira resposta doutrinal diz-nos que a razão pela qual a atuação dolosa merece um tratamento mais severo do que a negligente, tem que ver com o facto

¹²⁴ Exemplo em Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 111.

¹²⁵ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 189 e ss.

¹²⁶ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 188.

¹²⁷ Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 164 e ss.

¹²⁸ Para um maior desenvolvimento sobre cada uma das teorias, cfr. autores citados em Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, págs. 166 e ss.

de aquela apresentar um maior perigo para os bens jurídicos que se visam proteger e, portanto, haveria mais interesse, em termos preventivos, de evitar tais comportamentos.

Já a segunda teoria parte de uma premissa que tem como base a personalidade do agente.

A personalidade do agente doloso teria uma necessidade reeducativa maior do que aquele que cometeu algum delito por mero descuido. O infrator doloso demonstraria com a sua conduta uma atitude mais distante daqueles que seriam os valores vigentes num determinado modelo de sociedade.

Por estes motivos, e atendendo a razões de prevenção especial, o sujeito doloso mereceria uma pena mais rígida do que o sujeito negligente.

Já a terceira teoria explica que a diferença de tratamento baseia-se no conteúdo expressivo que se verifica nas ações (ou omissões) dolosas comparativamente com as negligentes. Significa isto que enquanto o agente que atua com dolo expressa uma negação a determinados valores vigente num certo modelo de sociedade, no caso das atuações negligentes não se constata tal situação.

O autor rejeita as duas primeiras teorias.

Relativamente à primeira tese, entende que o nível de risco a que o alvo da atuação delituosa está sujeito, é precisamente o mesmo quer em caso de negligência, quer em caso de dolo.

Ilustrando com um exemplo, aquele que com uma arma efetua um disparo com uma certa trajetória, gera o mesmo risco para o alvo, quer tenha apertado o gatilho com intenção ou simplesmente por mero descuido. Assim, se o que importa é o resultado final dos bens jurídicos a serem afetados, então não haveria motivos para um distinto tratamento punitivo.

Já no que concerne à segunda tese, o autor critica o facto de a mesma se abstrair da realidade prática. Assim, caberia imaginar os casos em que o prognóstico de um delinquente doloso é bastante favorável, sem que, contudo, o mesmo venha a ser tratado de modo mais benigno do que o infrator que apresenta um maior risco de reiteração criminosa.

Deste modo, o autor entende ser a terceira proposta a mais adequada.

De facto, o agente teria uma dupla faceta: primeiro, como potencial infrator, e segundo, como sujeito que carece de proteção jurídica.

Desta feita, a mensagem da norma também seria dupla: primeiro, destina-se a quem reclama proteção, uma vez que a punição visa a pacificação de um determinado modelo de sociedade e, assim, seria necessário restabelecer os valores postos em causa pelo sujeito ao cometer o delito. E segundo, transmite a mensagem de que está condenado ao fracasso aquele que utilizar meios ilícitos para alcançar os seus objetivos.

Por estas razões, o autor entende que alguns dos exemplos que apresenta de cegueira deliberada (em sentido estrito) não podem ficar impunes, devendo ter um tratamento punitivo idêntico ao dolo.

Ademais, importa mencionar que o código penal espanhol não apresenta uma definição de dolo nem de negligência, razão pela qual não existira, do ponto de vista do autor, qualquer problema de legalidade em se punir de modo semelhante ao dolo os casos de cegueira deliberada em sentido estrito.

3.2.3 As críticas de Luís Greco, Alberto Puppó e Bernardo Feijoo Sánchez à tese da cegueira deliberada em sentido estrito proposta por Ramon Ragués i Vallès

Todavia, alguns autores consideram que a tese proposta por Ramon Ragués i Vallès, relativamente à cegueira deliberada em sentido estrito, apresenta algumas incongruências, levando, em alguns casos, a que a rejeitem por absoluto.

Luís Greco parte para a abordagem da doutrina da cegueira deliberada através de uma distinta visão sobre as razões pelas quais o tratamento punitivo é diferente entre o dolo e a negligência. Segundo este autor, a razão que justifica um distinto tratamento punitivo seria o perigo que os comportamentos dolosos representam

para a subsistência de um bem¹²⁹. Quem atua com dolo, atua com conhecimento de um risco, e quem tem conhecimento de um risco tem o controlo sobre o mesmo. O sujeito ativo teria, assim, um certo domínio que apenas se verifica em quem tem o conhecimento.

Seria com base nestas premissas que surgiam razões para o ordenamento jurídico dirigir as suas atenções para o comportamento doloso. Assim, a atitude dolosa tratar-se-ia de um comportamento perigoso para a subsistência de um bem jurídico e não para a vigência de uma norma, e, em segundo lugar, considera que

*“cada qual é particularmente responsável por aquilo que domina, porque isto tem uma íntima relação com a sua liberdade, e existe como um princípio fundamental, moral e jurídico, que correlaciona liberdade e responsabilidade. Deste modo, existe uma razão não de bem comum senão de respeito ou deontológica no sentido de uma imputação mais severa a quem atua com conhecimento”*¹³⁰.

Relativamente ao argumento, introduzido por David Luban, referente à distinção entre as razões para o desconhecimento, entende Luís Greco que carece de uma verdadeira justificação. A distinção entre dolo e negligência nada teria que ver com a eventual estrutura altruísta da motivação do agente, pois é concebível haver dolo altruísta e negligência egoísta. O dolo e a negligência teriam apenas que ver com o risco criado pelo autor e não com as suas motivações.

Além destes dois argumentos, levanta ainda a objeção de que, defendendo a tese da equiparação da cegueira deliberada ao dolo, então, nos casos em que o tipo não se realize por completo, o autor não poderá ficar isento de pena e deveria ser punido por tentativa, situação que levaria a uma série de dificuldades dogmáticas¹³¹.

Assim, tomando o exemplo do caso *United States vs Jewell*, não haveria possibilidade de castigar o delito de transporte consciente de estupefacientes.

¹²⁹ Greco, Luís, Comentario al artículo de Ramon Ragués, in *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Seccion I, 2014, pág. 70.

¹³⁰ Greco, Luís, Comentario al artículo..., obra citada, pág. Tradução nossa. Para um melhor desenvolvimento sobre a sua posição acerca do tratamento punitivo do dolo, cfr.. Greco Luís, *Dolo Sem Vontade*, obra citada pág. 891 e ss..

¹³¹ Greco, Luís, comentário al artículo..., obra citada, pág. 74 e ss.

O autor ao ignorar deliberadamente aquilo que transporta – se armas, órgãos, pornografia infantil, etc. - então em boa verdade poderia ser castigado por tentativa de transporte de armas, de órgãos, de pornografia infantil, etc.

Nestes casos a grande dificuldade seria determinar o tipo cuja realização se está a tentar. Não ocorrendo nenhum crime, pergunta-se que crime foi então tentado?

Deste modo, considera que tal situação levaria a que teoria da cegueira deliberada só fizesse sentido se estivesse pensada desde uma perspetiva *ex post*, o que seria inaceitável já que norma de comportamento formula-se desde uma perspetiva *ex ante*.

Esta razão levaria o autor a crer que os casos de cegueira deliberada em sentido estrito se devam reconduzir inevitavelmente à figura da negligência, uma vez que se alguém viola um dever de cuidado ou cria um risco penalmente proibido e, *a final*, nada vem a ocorrer, o Direito também não castiga a tentativa.

Por último, refere que a afirmação de Ramon Ragués i Vallès no sentido de não existirem obstáculos no Direito Espanhol (e no Direito Argentino) para se equiparar a cegueira deliberada ao dolo, não pode ser procedente já que teria sempre o obstáculo do artigo 14.1 do Código Penal espanhol¹³² (e o artigo 34.1 do Código Penal argentino) que contém uma regra expressa sobre o erro do tipo, no sentido de excluir o dolo¹³³.

Neste contexto, reconhecer a figura da cegueira deliberada em sentido estrito significaria fazer uma analogia contra réu, em violação do princípio *nullum crimen sine lege*.

Já Alberto Puppò, tal como Luís Greco, entende que a previsão do artigo 14.1 do Código Penal espanhol constituiria um obstáculo à implementação desta doutrina, chamando a atenção para o ordenamento jurídico italiano que também contém uma norma semelhante, ademais de este definir expressamente o conceito de dolo.

¹³² Artigo 14.1 do Código Penal espanhol: o erro invencível sobre um facto constitutivo da infração penal exclui a responsabilidade penal. Se o erro, atendidas as circunstâncias do facto e as pessoais do autor, for vencível, a infração será castigada, se for o caso, como negligente.

¹³³ Regra que existe em vários ordenamentos jurídicos, como por exemplo o alemão, o brasileiro, o português e o italiano.

Porém, em termos abstratos e relativamente à proposta conceptual apresentada por Ramon Ragués i Vallès, entende que a mesma efetivamente possa ser concebível, porém deveria haver ainda uma questão a ser examinada.

Esta seria o “porquê” de o sujeito realizar a sua conduta criminosa.

O autor apresenta o exemplo do sujeito que aceita transportar uma mala com droga em troca de dinheiro, sem saber o conteúdo da mesma, para poder ajudar a sua mãe que se encontra doente. Nestes termos, afirma o autor que parece estar-se perante uma conduta moralmente justificada e que, por isso, não merece uma equiparação ao dolo.

Assim, para o autor só seria possível falar em cegueira deliberada em sentido estrito naqueles casos em que um sujeito se esforça para ignorar tudo o que deve ser ignorado para evitar a aplicação da norma penal, sendo ainda necessário aferir o juízo moral que guiou o sujeito a atuar nesse sentido, e ficando assim a reprovação moral do sujeito dependente da valoração moral do juiz¹³⁴.

Nesta senda, também Bernardo Feijoo Sánchez não deixa de apontar críticas à figura da cegueira deliberada em sentido estrito proposta por Ramon Ragués i Vallès¹³⁵.

Tal como os anteriores autores, considera que tais casos se resolvem à luz das disposições sobre o erro.

Neste sentido, afirma o autor que:

“sustentar de lege data que não existe um erro ali onde o sujeito não queria ou não estava interessado em saber e, portanto, é responsável pelo seu desconhecimento é uma normatização contra legem. Segundo o Direito positivo espanhol, erro sobre os elementos do tipo e dolo são

¹³⁴ Cfr. Puppo, Alberto, obra citada, págs. 65 e 66.

¹³⁵ Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo, Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal, , in Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal, Sección I, 2014, págs. 101 a 137

incompatíveis, razão pela qual a equiparação só se pode fazer através de uma reforma legislativa expressa e não por via judicial”¹³⁶.

Mas não se fica por aqui, no seu ponto de vista, defender que equivale a querer e a aceitar todos os elementos típicos objetivos que compõem o tipo cometido quando o sujeito ativo não quer saber os elementos típicos objetivos que caracterizam o dolo, estar-se-ia a dar azo a uma imputação excessiva da responsabilidade, porquanto o sujeito passaria a ser responsável por todas as consequências, incluindo as mais improváveis.

De acordo com este entendimento, e ilustrando com um exemplo, ao sujeito que transportasse uma mala com uma bomba (mas sem saber que a mala contém uma bomba) deveriam ser imputados como “homicídios” ou “assassinatos”¹³⁷ todas as mortes que derivassem da explosão, ainda que o sujeito, na sua suspeita, representasse que pudesse estar a transportar algo ilícito (sem chegar a concretizar) mas jamais suspeitasse que pudesse vir a cometer um crime de natureza violenta¹³⁸.

Acresce ainda o facto de que tal teoria permitira eludir a prova da responsabilidade subjetiva e as exigências do princípio da presunção da inocência, pois segundo a conceção da doutrina da cegueira deliberada parece resultar a ideia de que existe a possibilidade de se condenar por dolo, se apenas não fossem apresentados contraíndícios.

Verificar-se-ia, pois, uma inversão do ónus da prova, uma vez que se até aqui o dolo não se presumia, doravante bastaria que houvesse a prova de um desconhecimento provocado para que pudesse haver condenação, ficando a cargo do arguido a prova de que não procedeu com dolo.

Todavia, o autor concorda com a afirmação de que tais casos não devam ficar na impunidade.

¹³⁶ Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo, obra citada, págs. 109 e 110. Tradução nossa.

¹³⁷ A figura do “assassinato” corresponde, mais ou menos, à figura do “homicídio qualificado” do Direito português. Cfr. artigo 132.º do Código Penal português e artigo 139 do Código Penal espanhol.

¹³⁸ Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo, obra citada, págs. 110 e 111.

Simplesmente, a questão resolver-se-ia pelo dolo eventual, já que no seu entender, aqueles casos em que o sujeito conta com uma suspeita inicial de que a sua conduta, presente ou futura possa resultar em algum dano penalmente relevante e opta por se manter num estado de ignorância, cumpriam os requisitos da figura do dolo eventual.

Ressalva, contudo, que a decisão dolosa tem que abarcar as consequências da conduta a um facto delituoso concreto, sob pena de a cegueira reconduzir-se a erro.

Assim, a sugestão do autor passaria por aligeirar ou reduzir as tensões que geram certos “casos-limite”, através da criação de uma categoria intermédia¹³⁹ que permitisse impor uma pena mais grave do que a habitualmente dada aos casos ordinários de negligência, apresentando especiais exigências de motivação.

3. Posição adotada

Analisámos o surgimento da doutrina (em Inglaterra) e a sua evolução nos Estados Unidos da América que foi o país que mais a desenvolveu, tanto na jurisprudência como na doutrina¹⁴⁰.

Não obstante e apesar das inúmeras diferenças que existem entre o sistema de Common Law e o sistema Romano-Germânico, quer a nível jurídico quer a nível sociocultural (o primeiro como consequência do segundo), certo é que alguns países de tradição Romano-Germânica tentaram importar esta doutrina para o respetivo ordenamento.

A este respeito, analisámos sobretudo o caso de Espanha e do Brasil, não só pela aproximação geográfica (no caso de Espanha) como pelas evidentes semelhanças culturais e, conseqüentemente, jurídicas, resultantes das relações históricas entre Portugal e estes dois países.

¹³⁹ Eventualmente denominada de “negligência grosseira” ou “grave desconsideração”. Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo, obra citada, pág. 123.

¹⁴⁰ Contudo, importa mencionar que também noutros países a teoria da cegueira deliberada tem suscitado debate, quer na jurisprudência quer na doutrina. Nomeadamente em países de tradição de Common Law, como por exemplo o Canadá e a Austrália. Cfr. Robbins, Ira P., obra citada, pág. 225 (nota de rodapé 231).

A doutrina da cegueira deliberada chega a Espanha diretamente dos Estados Unidos da América sem passar pela doutrina, ou seja, sem passar pelo filtro doutrinário de análise da figura que normalmente deve (e costuma) ocorrer. De facto, os tribunais espanhóis aplicaram a doutrina da cegueira deliberada sem analisarem cuidadosamente o contexto subjacente a tal doutrina. Isto é, a aplicação da doutrina aplicou-se por questões de mera comodidade de modo a que os tribunais pudessem evitar procurar os indícios que permitem concluir que o sujeito obrou com o conhecimento que se requer para o dolo.

Contudo, em nossa opinião, parece que se os tribunais tivessem feito um certo esforço de motivação, podiam ter perfeitamente condenado tais casos por dolo sem necessidade de recorrer à doutrina da cegueira deliberada.

É neste sentido que cabe analisar se os apontamentos feitos até aqui sobre as decisões que se verificaram nos tribunais e na doutrina destes dois países se podem aplicar em relação ao ordenamento jurídico português de igual modo ou se este tem alguma particularidade de regime que mereça ser considerada, de modo a prevenir os tribunais portugueses de cometerem os mesmos equívocos, ou outros, que os tribunais aqui analisados cometeram (em nossa opinião), perante um eventual aparecimento de situações que possam suscitar a invocação desta doutrina.

O Código Penal português estabelece um modelo de imputação subjetiva que comporta duas categorias de culpa – o dolo e a negligência.

Da leitura do artigo 14.º do Código Penal retira-se que o dolo pode verificar-se sob três formas¹⁴¹ – “dolo direto” (n.º 1), “dolo necessário” (n.º 2) e “dolo eventual” (n.º 3) - e do artigo 15.º podemos também retirar que a negligência pode ocorrer de duas maneiras – sob a forma de “negligência consciente” (n.º 1) e “negligência inconsciente” (n.º 2)¹⁴².

¹⁴¹ Conforme explica Maria Fernanda Palma, “não há, no entanto, diferentes formas de dolo, mas uma ideia básica de dolo comum a todas as figuras referidas.”, cfr. Palma, Maria Fernanda, “*A vontade no dolo eventual*”, in Estudos em homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Vol. 2, 2002, págs. 795-833.

¹⁴² Cfr. Artigos 14.º e 15.º do Código Penal. Sob a terminologia doutrinária adotada, vd., por todos, Figueiredo Dias, Jorge, obra citada, pág. 366 e ss. e Taipa de Carvalho, Américo A, obra citada, pág. 133 e ss.

O Código Penal português, ao contrário de outros países, como a Espanha, a Alemanha e a Argentina, apresenta-nos a noção dos conceitos de dolo e de negligência através de uma explicitação da forma como estes se podem apresentar, conforme se alcança do disposto nos artigos 14.º e 15.º.¹⁴³

Efetivamente, no Direito Penal português consagrou-se uma estrutura do dolo do tipo que obedece a dois elementos – o elemento cognitivo e o elemento volitivo.

O elemento cognitivo do dolo consiste na representação, pelo sujeito ativo, no momento em que pratica a conduta lesiva, de todos os elementos ou circunstâncias constitutivas do tipo de ilícito objetivo.¹⁴⁴

Sendo que, a este respeito, é importante referir que a expressão “representação” poderá ser interpretada como “conhecer”, “saber”, “ter consciência”, “prever”.¹⁴⁵

Já no que concerne ao grau de conhecimento que o sujeito ativo deve ter sobre os elementos constitutivos do tipo de ilícito objetivo, entende-se que este deverá ter o conhecimento de *tudo quanto é necessário a uma correta orientação da sua consciência ética* e, deste modo, possa resolver corretamente o problema da ilicitude do seu comportamento.¹⁴⁶

Neste sentido, importa sublinhar que é irrelevante o desconhecimento do significado jurídico dos elementos normativos ou da sua qualificação ou erro na subsunção, sob pena de, e conforme refere Figueiredo Dias, “*só o jurista (e o jurista sabedor...) poder atuar dolosamente*”.¹⁴⁷

Além disso, o conhecimento exigido pelo dolo do tipo exige uma atualização na consciência psicológica ou intencional no momento da ação. Não é suficiente uma

¹⁴³ Neste sentido, cfr. Jorge de Figueiredo Dias, obra citada, pág. 349; e Greco, Luís, “*Dolo sem vontade*” “*Dolo sem vontade*”, in *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário, Lisboa, 2009, pág. 885.

¹⁴⁴ Cfr. Américo A. Taipa de Carvalho, obra citada, pág. 128 e Jorge de Figueiredo Dias, obra citada, pág. 351 e ss.

¹⁴⁵ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, obra citada, pág. 351 e 352.

¹⁴⁶ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, obra citada, pág. 351.

¹⁴⁷ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, obra citada, pág. 352.

mera “possibilidade” de representação do facto, mas antes se requer que o sujeito ativo represente a totalidade da factualidade típica e a atualize de forma efetiva. Assim, importa ainda mencionar que não é necessário que o sujeito tenha uma “consciência refletida”, no momento da sua conduta, sobre os elementos objetivos, bastando que tenha um conhecimento co-consciencializado.¹⁴⁸

No que concerne ao elemento volitivo, este consiste no facto de o sujeito ativo dirigir ou, pelo menos, conformar a sua vontade com a realização do facto típico.

O *supra* exposto reflete a delimitação do conceito de dolo que o Código Penal português parece adotar.

A este respeito, pode-se afirmar que o Código Penal português adotou a chamada “teoria volitiva do dolo”¹⁴⁹, uma vez que determina expressamente que é necessário (além do conhecimento – elemento cognitivo) que haja vontade¹⁵⁰ na realização do facto que preenche o tipo de crime, conforme se alcança do disposto no artigo 14.º - “*quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atuar com intenção de o realizar*” (n.º 1); ou ainda, “*quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente atuar conformando-se com aquela realização*” (n.º 3).

No nosso Direito, e em geral nos países de tradição jurídica romano-germânica, as situações referidas na jurisprudência *supra* analisada, em que um sujeito ativo decide intencionalmente não conhecer certas circunstâncias da sua conduta, levam a que, muitas vezes, tal situação se reconduza à modalidade de dolo eventual, porquanto parece haver, desde logo, um conhecimento suficiente para que se possa atribuir a forma de dolo.

¹⁴⁸Para mais desenvolvimentos, Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, obra citada, pág. 355 e autores aí citados.

¹⁴⁹Em contraposição com as teorias cognitivas do dolo que entendem que, para que haja dolo, basta que se verifique apenas o elemento cognitivo, *i.e.*, o conhecimento. Neste sentido, cfr., entre outros, Ragués i Vallès, Ramon, *el dolo y su proba en proceso penal*, Barcelona, 1999; e Luís Greco, *dolo sem vontade...* obra citada, e respetivas notas bibliográficas.

¹⁵⁰Em Portugal, Correia, Eduardo, obra citada, págs. 367 e ss.; Pizarro Beleza, obra citada, pág. 180, Taipa de Carvalho, Américo A., obra citada, pág. 127. Figueiredo Dias, Jorge, obra citada, pág. 379.

De facto, o alcance do dolo, por englobar tanto os casos de uma autêntica intenção em realizar um facto típico ilícito, como os casos em que o agente apenas representa uma possibilidade de realização de um facto típico ilícito, evita que uma grande parte das situações ditas de cegueira deliberada fiquem na impunidade.

Contudo, tal factualidade, além de permitir que se possa castigar com a mesma pena situações distintas do ponto de vista subjetivo (*e.g.* é igualmente “grave” para efeitos de dolo, aquele que, com intenção, mata outrem e aquele que realiza um comportamento perigoso, representando como possível um resultado lesivo para a integridade física de outrem – eventualmente a morte - mas sem ter o desejo que tal venha a suceder), parece-nos que não dá resposta àqueles casos em que um sujeito tenha evitado adquirir aqueles conhecimentos mínimos necessários para que se possa dizer que houve uma atuação dolosa (a denominada cegueira deliberada em sentido estrito)

Tal circunstância – falta de representação dos elementos típicos ilícitos – leva a que se impeça a considerar tal comportamento como doloso e, conseqüentemente, se deixe na impunidade ou, quando a lei o permita, se puna a título de mera negligência.

Neste sentido, somos da opinião de que os conceitos de dolo e negligência não são suficientes para que se possa dar um adequado tratamento punitivo a tantas distintas situações e motivações, uma vez que os mesmos (nomeadamente o conceito de dolo) se encontram sobrecarregados, levantando, em nossa opinião, problemas de proporcionalidade¹⁵¹.

Efetivamente, cumpre sublinhar que, em princípio, a própria tripartição (do dolo) ou bipartição (da negligência) não têm conseqüências jurídicas distintas. No fundo, incumbe-se o juiz, no momento de determinação da pena, que valere se se está perante um caso de dolo direto, de dolo necessário ou de dolo eventual e nessa altura que tenha em consideração estes distintos níveis de imputação subjetiva para concretizar, por exemplo, os anos efetivos de prisão ou os dias de multa.

¹⁵¹ Neste sentido, cfr. Ragués i Vallès, Ramon, *Mejor no saber...* obra citada, pág. 34.

Já no ordenamento jurídico americano, distingue-se, *a priori*, os casos de “intenção” dos casos de “conhecimento”¹⁵². Bem como, estabelece-se uma categoria intermédia que parece assemelhar-se ao nosso dolo eventual – a *recklessness*. Esta será uma *desconsideração* relativamente ao bem jurídico lesionado.

Esta figura, que se situa entre o conhecimento e a culpa, é interessante, desde logo, porque as penas que atribui tratam-se também de penas situadas a meio caminho entre o dolo e a culpa, resolvendo assim o problema de proporcionalidade que tem, em nossa opinião, a mera repartição dolo/negligência.

Ainda a este respeito, cabe tomar nota que a *recklessness* tem um sistema de imputação que é próprio da negligência e não do dolo. Trata-se de um sistema de imputação de *numerus clausus* em que apenas se castigam determinados delitos. O que também resulta chamativo, tendo em conta que muitas das vezes se questiona se certos delitos admitem a figura de dolo eventual ou, ainda, se uma tentativa com dolo eventual pode ou não ser punível, o que muitas vezes tem resultado em condenações diversas baseadas em pressupostos similares.

Voltando ao ordenamento jurídico português, saliente-se que tais situações (as de cegueira deliberada em sentido estrito) não deixam de resultar insatisfatórias, na medida em que o sujeito que optou por se colocar em ignorância acaba por beneficiar de tal conduta.

É neste âmbito que se deve colocar a questão de saber qual deverá ser o tratamento punitivo para estes casos?

Seguimos a posição que afirma que entende que não pode se deixar na impunidade estas situações (de cegueira deliberada em sentido estrito). Porém, também entendemos que não se pode sem mais atribuir um tratamento punitivo semelhante ao do dolo a todo e qualquer caso de cegueira deliberada.

Em suma, entendemos que alguns casos de “cegueira deliberada” deverão ter um tratamento punitivo semelhante ao do dolo, mas não todos.

¹⁵² A este respeito, sem entrar na discussão de saber se o dolo basta-se com o conhecimento ou se também é necessário um elemento volitivo, parece que o Direito Americano deixou, desde logo, claro que há crimes em que se carece de uma intenção – mormente os crimes de resultado – e outros que se bastam com o conhecimento – os crimes de mera atividade, através da estatuição das figuras – *purposely* e *knowingly*.

Sem embargo, e como referido, podem efetivamente existir situações em que o sujeito não chega a adquirir os conhecimentos mínimos necessários (pese embora o sujeito possa ter uma leve suspeita de que uma determinada circunstância, presente ou futura, possa ocorrer) para apreciar sequer uma situação dita dolosa-eventual, ilibando-se assim o sujeito do tratamento punitivo do dolo e beneficiando do tratamento punitivo da negligência ou mesmo ficando na impunidade.

Ramon Ragués I Vallés apresenta-nos os seguintes exemplos para ilustrar o exposto:

- a) A. recebe uma mensagem de correio eletrónico de um tribunal que tem como título “notificação oficial”. Suspeitando que possa tratar-se de um “requerimento de informação” que espera já desde há uns tempos, mas que não quer acatar, decide apagar a mensagem – que continha efetivamente o “requerimento de informação” – sem chegar a abri-la.
- b) A. recebe uma mensagem de correio eletrónico de um tribunal que tem como título “notificação oficial”. Suspeitando que possa tratar-se de várias coisas que não são do seu agrado (e.g., um “requerimento de informação”, uma notificação para que seja testemunha num processo, uma sentença de condenação no sentido de o privar de conduzir, etc...), opta por não confirmar as suas suspeitas e apaga a mensagem, que continha uma notificação de “requerimento de informação”.
- c) A. entende que da Administração nunca chegam boas notícias. Destarte, instala no seu correio eletrónico um mecanismo de filtragem que dirige automaticamente para a pasta “lixo” todos os e-mails dos organismos públicos. Deste modo, quatro anos mais tarde, não tem conhecimento de que recebera um “requerimento de informação” de um tribunal, não o cumprindo, naturalmente¹⁵³.

Ora, quer no primeiro, quer no segundo exemplo, o sujeito ativo representa a possibilidade de que a mensagem contenha um “requerimento judicial de informação” e, ao apagar a mensagem, conforma-se com o risco de incorrer no

¹⁵³ Ragués i Vallès, Ramon, A modo de contrarreplica..., obra citada, pág. 141 e ss.

crime de desobediência, por muito que preferisse ou desejasse que não tivesse recebido o dito requerimento.

Efetivamente, no momento decisivo, o sujeito sobrepôs a sua vontade de correr o risco, levando desde modo a que haja uma conexão psicológico-volitiva suficiente para que se esteja perante uma afirmação de dolo, concretamente dolo eventual.

No que concerne ao terceiro exemplo, cremos que o mesmo não poderá figurar o conceito de clássico de dolo. Poder-se-á dizer que na presente situação o sujeito representa uma qualquer possível infração penal (desobediência, ocultação de provas, etc.) e conforma-se com esse risco, porém, não vemos como compatibilizar tal afirmação com o próprio conceito de dolo.

Conforme referido *supra*, para que um sujeito atue com dolo é essencial que tenha um grau de conhecimento de tudo o quanto é necessário (isto é, que represente a totalidade de uma concreta factualidade típica) a uma correta orientação do seu comportamento, o que não se verifica em tal caso. Apenas quando todos os elementos da factualidade típica estiverem presentes na consciência do sujeito é que se poderá dizer que ele decidiu pela prática do ilícito e, portanto, deverá responder por um comportamento contrário ao bem jurídico lesado pela sua conduta.

Neste sentido, e conforme já mencionado, é ainda necessário referir que a representação que se exige para o dolo se verifique ao mesmo tempo em que se pratica a factualidade típica, excluindo assim os chamados *dolus antecedens* e *dolus subsequens*.

Assim, voltando ao terceiro exemplo apresentado por Ramon Ragués i Valles, se o sujeito decidiu, em 2018, que as notificações emanadas por uma autoridade pública fossem dali em diante redirecionadas diretamente para a pasta “lixo”, não se poderá afirmar que em 2028, quando o sujeito não leia por esse motivo um requerimento judicial, tenha representado tal facto¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Conforme refere Ramon Ragués i Vallès – “responder afirmativamente a tal questão só parece possível através de uma boa flexibilização – neste caso temporal – do conceito de dolo mais assentado”. Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, A modo de contrarréplica, obra citada, pág. 147.

Também aqui poder-se-á afirmar que (para que haja dolo) é suficiente que o sujeito, em algum momento, tenha podido representar que pudesse vir a lesar um bem jurídico com uma sua ação ou omissão futura. Porém, em jeito de réplica e no mesmo sentido de Ramon Ragues i Valles, cremos que “*tal possibilidade ainda parece assumir mais riscos de extravasar o conceito de dolo do que com a doutrina da ignorância deliberada, pois na exigência expressa de intencionalidade na decisão do sujeito em ignorar, esta teoria encontra um limite para uma ampliação muito sensível do âmbito do doloso*”¹⁵⁵.

Deste modo, a doutrina tradicional apenas equipara os casos de cegueira deliberada ao dolo através de uma radical flexibilização dos elementos que compõem este conceito ou mediante uma flexibilização temporal entre o tipo objetivo e o subjetivo.

Sem embargo, tal tratamento não parece o mais adequado, dados os riscos que se podem causar com tal alargamento do conceito, nomeadamente por poder levar a que se punam mais casos do que aqueles que realmente se pretende.

Por esta razão cremos que dever-se-á tentar encontrar um tratamento mais específico e adequado a esta questão.

Todavia, e pelo que foi exposto, tal solução apenas pode realizar-se de *lege ferenda*, uma vez que o código penal português define o dolo a partir do conhecimento, ficando assim vedada qualquer outra interpretação por força do princípio da legalidade¹⁵⁶ e da proibição de analogia *malam partem*¹⁵⁷.

Nesta conformidade, parece-nos resultar claro que a configuração atual de dolo/negligência é insuficiente para fazer frente a todos os comportamentos penalmente proibidos.

4.1 Elementos conceptuais da cegueira deliberada

¹⁵⁵ Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, a modo de contrarréplica... obra citada, pág. 147.

¹⁵⁶ Por todos, cfr. Figueiredo Dias, Jorge, obra citada, pág. 177 e ss, “...princípio da legalidade, cujo conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa...”

¹⁵⁷ Cfr. Figueiredo Dias, Jorge, obra citada, pág. 187 e ss,

4.1.2 Actio Libera in Causa?

A figura da actio libera in causa (ação livre na causa) consiste na autocolocação em estado inimputabilidade¹⁵⁸. Trata-se de uma doutrina que tem em vista não perder a conexão entre a imputabilidade e a realização típica ou, melhor dito, “*dever considerar que o facto foi cometido em estado de imputabilidade apesar de esta já não subsistir mais no momento decisivo de apreciação da imputabilidade e, por conseguinte, da aferição da culpa*”¹⁵⁹.

Não restam dúvidas de que a figura apresenta várias semelhanças à cegueira deliberada, nomeadamente a ideia de que ninguém dever poder beneficiar-se de causas de exclusão de responsabilidade penal quando sejam pelo próprio agente provocadas¹⁶⁰.

Contudo, não vislumbramos necessidade de recorrer a esta teoria.

Efetivamente, apenas fará sentido recorrer a esta doutrina se se concluísse que os casos de cegueira deliberada não se reconduziriam ao conceito de dolo ou, pelo menos, a um dolo atual (isto é, aquele em que se verifica a presença do dolo no próprio momento de realização do facto típico ilícito).

Pois, uma vez concluído que os casos de cegueira deliberada não se consubstanciam em casos de *dolus antecedens* ou de *dolus subsequens*, mas sim de casos em que o dolo se verifica no preciso momento da realização típica, não há qualquer lacuna que mereça ser colmatada mediante dita estrutura dogmática¹⁶¹.

4.1.2. A cegueira deliberada em sentido estrito

Concordamos com a proposta apresentada por Ramon Ragués i Vallès sobre a estrutura a que obedece a cegueira deliberada em sentido estrito.

¹⁵⁸ Cfr., por todos, Taipa de Carvalho, Américo A., obra citada, pág. 316 e ss.

¹⁵⁹ Dias, Jorge Figueiredo, obra citada, pág. 588.

¹⁶⁰ Cfr. artigo 295.º do Código Penal.

¹⁶¹ Neste sentido, cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 199.

Para que, desde um ponto de vista penal, possa falar-se em cegueira deliberada é necessário, em primeiro lugar, que haja ausência de representação suficiente para que se afirme o dolo do tipo.

Não se trata de representar o elemento típico de um crime e não querer confirmar essa representação, mas, antes, de nem sequer chegar a atingir esse grau de representação exigível para o dolo. No fundo, apenas tem de haver a suspeita, com base nas regras da experiência, de que da conduta a ser realizada poderá resultar “algo errado”.

Em segundo lugar, é necessário que tal informação, apesar de insuficiente, esteja disponível e em condições de ser obtida, sem dificuldades demasiado onerosas.

Além de que esta capacidade de obter informação deve manter-se durante toda a fase de realização da ação ou omissão típica.

Como terceiro pressuposto é necessário que haja o dever de obter a informação ignorada, visto tratar-se *“de uma exigência própria de qualquer modelo de imputação subjetiva em que vigore o princípio da culpabilidade: a falta de conhecimento só pode ser motivo de responsabilidade se existe um dever de conhecer aquilo que se ignora”*¹⁶².

Como quarto elemento, é necessário que se verifique a decisão de não conhecer, pois sem este elemento, apenas estar-se-ia perante uma ignorância evitável.

Uma vez estabelecidos estes quatro elementos, entendemos que se possa falar de cegueira deliberada em sentido estrito.

Porém, para que se possa caracterizar a atuação como dolosa seria ainda necessário que se verificasse um outro elemento.

Como quinto requisito, é necessário que haja uma motivação no sujeito que mereça o mesmo tratamento atribuído ao dolo, designadamente uma motivação ilícita ou egoísta, como por exemplo querer ilibar-se de responsabilidades ou ter o intuito de obter lucro, além de o agente dever-se comportar com, pelo menos, indiferença/desconsideração face à procura de conhecer a informação suspeita.

¹⁶² Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 157.

Efetivamente, o que justifica um diferente tratamento punitivo entre o dolo e a negligência é, em nossa opinião, o “*conteúdo expressivo*” que se verifica nas ações (e omissões) dolosas, se as compararmos às negligentes, bem como a necessidade de reafirmar os valores negados que regem um determinado meio social.

Enquanto o sujeito que atua com dolo expressa, com tal comportamento, uma negação a determinados bens juridicamente protegidos, aquele que atua com negligência não reflete tal expressão.¹⁶³

Além de que, tal atuação, demonstra uma negação a um modelo social vigente, surgindo assim a indignação de reafirmar ditos valores. Nestes termos, a resposta deverá ser mais exigente frente a quem se expressa de um modo hostil, do que quem atuou com mero descuido (negligência), ademais de a pena dever ter como fim tentar provocar o fracasso do infrator junto da coletividade, o que naturalmente supõe que se puna mais severamente aqueles que lograram o seu objetivo, do que aqueles que provocaram um dano, sem contudo manifestarem qualquer negação aos bens juridicamente protegidos.

Entendemos ainda que é necessário que a cegueira deliberada apenas constitua dolo quando a ignorância acerca dos elementos do tipo relevantes não apresente uma justificação baseada num dever legal. Neste sentido, importa fazer a referência ao entendimento de Deborah Hellman que sustenta que possa haver cegueira deliberada por “bons motivos”¹⁶⁴.

Seria o exemplo do advogado ou do médico que, por virtude dos respetivos deveres deontológicos, decidam não investigar sobre as suspeitas que tenham acerca das informações que os clientes/pacientes lhes transmitem (sem que tenham em vista preservar uma defesa contra a sua responsabilidade)¹⁶⁵.

¹⁶³ Assim, seguimos a opinião de Ramon Ragués i Vallès, obra citada, págs. 164 e ss.

¹⁶⁴ Hellman, Deborah, Willfully Blind for Good Reason, *in* Criminal Law and Philosophy, Vol. 3, 2009, págs 301 a 316.

¹⁶⁵ Hellman, Deborah, obra citada, pág. 305 e ss.

Nos Estados Unidos da América, os advogados têm o dever deontológico de guardar sigilo sobre as informações dos seus clientes, assim como o dever de não permitir que o cliente faça falsas declarações no tribunal¹⁶⁶.

Deste modo, o advogado enfrentaria um dilema. De um lado, há uma regra que proíbe o advogado de, com conhecimento (*knowingly*), permitir testemunhos falsos, nomeadamente reportando ao juiz. De outro lado, existe a regra de que o advogado deve manter o segredo sobre as informações que lhe forem transmitidas pelo cliente.

É neste sentido que se entende que uma eventual cegueira deliberada do advogado não possa ser concebida como dolosa, uma vez que este ao não investigar sobre a veracidade da informação que lhe estava a ser transmitida, estaria sempre a atuar de acordo com a lei por, conseqüentemente, não violar um outro dever a que estava adstrito (o de sigilo), não resultando assim tal conduta numa afronta ao Direito mas sim numa concordância com este (ao cumprir o outro dever por este imposto).

Naturalmente, tais situações apenas ocorrem se se verificarem contradições legais. Mas, como se nota, por vezes ocorrem.

Porém, não se concorda com a afirmação de que é necessário averiguar uma componente moral que guia a motivação do sujeito, para se concluir pelo dolo.¹⁶⁷

Partindo do exemplo proposto por Alberto Puppo, somos a crer que por melhores que sejam as intenções do agente, não deixa de existir dolo quando o sujeito opta por transportar uma mala suspeitando estar a cometer algo ilícito. Ao levar adiante a sua conduta, o sujeito, que tem a melhor das intenções, opta por revelar uma atitude de indiferença e de negação face ao Direito. Atitude essa que, conforme analisado, caracteriza o estado de dolo. A punição visa reprovar as características

¹⁶⁶ Nos termos do American Bar Association Model Rules of Professional Conduct.

¹⁶⁷ Puppo, Alberto, obra citada, págs. 65 e 66.

objetivas e subjetivas do sujeito bem como as consequências negativas oriundas de tal conduta. Não se trata de reprovar moralmente o agente¹⁶⁸.

De facto, concorda-se com a afirmação de Luís Greco de que pode haver dolo altruísta e negligência egoísta.

No que concerne a aceitar a plenitude da tese da equiparação da cegueira ao dolo também é certo, tal como refere este último autor, que então deverá levar-se as consequências até ao fim, nomeadamente aceitar a ideia de que se possa castigar o autor pela tentativa. Por exemplo, o acusado no caso *United States vs Jewell* deveria ser castigando por tentativa de tráfico de armas, órgãos, pornografia infantil, etc.

Contudo, e conforme refere Ramon Ragués i Vallès, tal circunstância não é um problema exclusivo da doutrina da cegueira deliberada mas do dolo eventual em geral. Tal problema passa por resolver uma outra questão que é a de saber se nos casos que não os de dolo direto, pode castigar-se o sujeito por tentativa inidónea. No caso de alguém que transporte uma mala, representando o risco de estar a transportar drogas, armas e dinheiro e conformando-se com tal risco, e no final observa-se que a mala apenas continha livros será possível condenar o sujeito pela tentativa dos três crimes referidos?¹⁶⁹

Relativamente à crítica que revela que os casos de cegueira deliberada podem levar à possibilidade de a consequência objetiva ser totalmente inesperada - como por exemplo, o testa-de-ferro que aceita ser administrador formal de uma empresa acabar por ser acusado por cooperação com organizações terroristas (visto ser esta a atividade que a empresa desenvolve) - e que tal solução resultaria desproporcionada por excesso, já que seria uma consequência demasiado penosa para quem simplesmente não quis aprofundar as suas suspeitas, cumpre assinalar

¹⁶⁸ Neste sentido, cfr. Ragués i Vallès, Ramon, A modo de contraréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva, in *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal, Sección I*, 2014, pág. 159.

¹⁶⁹ Contudo, esta é uma questão que não cumpre ser desenvolvida neste estudo. Em todo o caso o autor sugere, a este respeito, que tal problema talvez pudesse ser resolvido através de exigências de “intenção” para que a tentativa fosse punível ou então a previsão de um sistema de *numerus clausus* para a punição das modalidades tentadas em que falte o propósito comum de consumir. Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, A modo de contraréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva, obra citada, pág. 161.

que, conforme nota Ramon Ragués i Vallès, também pode parecer desproporcionado por defeito tratar o sujeito de igual modo (isto é, com a impunidade) ao daquele que foi enganado eficazmente por uma pessoa de confiança para que administrasse a empresa.

Por último, cabe referir que também não se concorda com o argumento que aponta para uma relação entre o conceito de erro e a cegueira deliberada, concretamente referindo que este último caberia dentro do primeiro.

Quem não quer obter um certo conhecimento não pode errar em relação a este. De um lado o conceito de ignorância, do outro o conceito de erro. O primeiro significa falta de conhecimento, o segundo significa equívoco ou engano. Conforme afirma Ramon Ragués i Vallès¹⁷⁰ “*quem não tem a mínima intenção de saber (...) não emite nenhum juízo falso sobre a realidade, precisamente porque o que procura é não ter que emitir juízo algum*”¹⁷¹.

Tratam-se de realidades distintas e, por isso, rejeita-se esta tese.

Uma vez analisados os elementos conceptuais da doutrina da cegueira deliberada em sentido estrito, concluímos que a mesma é merecedora de uma pena não inferior à do delinquente doloso quando um sujeito pratica uma conduta objetivamente típica, sem representar os elementos concretos de um tipo legal, mas suspeitando que a sua conduta possa ser lesiva para um bem jurídico alheio e que, não obstante possa desistir da sua conduta e tenha alcançáveis possibilidades de acesso à informação ignorada, opta por realizá-la deliberada ou conscientemente, com vista a poder obter algum benefício, sem assumir riscos próprios nem responsabilidades¹⁷².

5. Uma segunda valoração à jurisprudência do *Civil Law*

¹⁷⁰ Ragués i Vallès, Ramon, obra citada, pág. 197 e autores citados.

¹⁷¹ A respeito do ordenamento jurídico espanhol, o autor defende que, ainda que tal argumento possa ser discutido, se se excluísse do conceito de erro os casos de cegueira deliberada, em todo o caso o princípio da legalidade não seria afetado, porquanto o código espanhol, ao contrário do alemão (e do português) não faz referências às expressões “conhecimento” ou “representação” nos artigos referentes ao erro e a possibilidade de fazer reduções teleológicas no Direito Penal ainda é uma matéria muito controversa, mormente quando haja exclusão de responsabilidades. Cfr. Ragués i Vallès, Ramon, A modo de contrarréplica..., obra citada, pág. 162 e ss.

¹⁷² Assim, Ragués i Vallès, Ramon, La ignorancia deliberada..., obra citada, págs. 192 e 193.

Efetivamente admite-se razão ao Tribunal Supremo quando determina que a cegueira deliberada deve ser equiparada ao dolo. No entanto, o que não pode ser concebível é a ausência de critérios e a forma desprovida de rigor como o tribunal fez alusão à *willful blindness*. Ora porque resultou desnecessária a sua menção em virtude de se possível comprovar o elemento cognitivo, originando assim uma inversão da carga probatória para o acusado que resulta numa violação do princípio da presunção da inocência, ora porque nos casos de cegueira deliberada em sentido estrito existem alguns casos que se podem reconduzir à negligência, não se podendo, deste modo, afirmar perentoriamente que “cegueira deliberada é dolo”.

No entanto, após analisadas algumas decisões jurisprudenciais e após analisado o debate da doutrina no *Civil Law*, é importante sublinhar que a estrutura e o alcance da doutrina da cegueira deliberada parece começar a ficar melhor assimilada, pelo menos, no Tribunal Supremo espanhol.

A este respeito cabe mencionar que recentemente, o jogador de futebol Lionel Messi, foi condenado por Sentença de 5 de Julho de 2016¹⁷³, através da aplicação da doutrina da cegueira deliberada.

Contudo, em sede de recurso, o Tribunal Supremo (em 24 de Maio de 2017), e tal como já havia feito em algumas sentenças anteriores, parece finalmente tomar uma posição firme quando, sem contradições, afirma que a doutrina da cegueira deliberada tinha sido aplicada de modo desnecessário:

“...Partindo da premissa não questionada de uma formação cívico social elementar em que o sujeito passivo este conhece que deve tributar a Fazenda pelos seus rendimentos. Tanto mais

¹⁷³ AP Barcelona, sección octava, procedimiento abreviado n.º 110/15 (Jesus Navarro Morales; Mercedes Otero Abrodos; Mercedes Armes Galve). Da sentença, mais uma vez, resultam evidentes contradições. Em primeiro lugar, o tribunal alude à teoria da cegueira deliberada em jeito de concordar que tais situações estão sujeitas a responsabilidade penal. Posteriormente, afirma partilhar de uma opinião já perfilhada pelo tribunal no sentido de considerar dita teoria conceptualmente errónea e contraditória nos seus próprios termos, uma vez que “ninguém pode ter intenção do que não sabe”. E logo conclui pela admissão da figura desde que verificados certos requisitos. Requisitos esses que se subsumem à figura do dolo eventual. O tribunal faz assim uma aplicação da equiparação da cegueira deliberada ao dolo, e, tal como noutras sentenças, quando se verifica essa equiparação, trata a cegueira deliberada como se fosse uma modalidade deste, mas sem nunca concretizar os seus elementos.

se estes resultam das quantias que a documentação revela, inclusive só os limitados a obtenções por direitos de imagem. Acresce a isso a subscrição de contratos como os de cessão de direitos, sem que exista o mais mínimo indício de querer perder tais rendimentos nem de que tivera notícia de que tinha deixado de ingressá-los. Também não consta que o acusado tivesse notícia de que, depois disso, tenha pago à Fazenda espanhola por tal conceito.

Cabe concluir que quando o acusado alude ao escritório profissional não é para que este lhe informe sobre qual seja a sua obrigação tributária e como lhe dar um adequado cumprimento, senão para que lhe indiquem como lograr eludi-lo, pois só desde este desígnio se compreende os atos materialmente executados pelo acusado e que, como já dissemos, realizam o elemento do tipo objetivo do delito. E sem aludir a desnecessárias referências feitas só ex abundanti pelo apelo ao dolo eventual. E menos ainda ao que se denominou de “ignorância deliberada”. Devemos reiterar aqui, com já fizemos na nossa STS nº 830/2016 de 3 de Novembro, a rejeição que nos merece o sintagma “ignorância deliberada” ao que já nos referimos também na sentença de 3 de Dezembro de 2012: e temos de fazer reiterando a uma doutrina desta Sala que já proclamava seria advertências sobre a difícil compatibilidade de tal método com as exigências da garantia constitucional de presunção de inocência. Assim na sentença deste Tribunal Supremo nº 68/2011 de 15 de Fevereiro dissemos: Em algum dos precedentes desta Sala, não obstante, mencionou-se a “ignorância deliberada”, como critério para ter por admitido o elemento cognitivo do dolo, isto é, para ter por provado que o autor atuou conhecendo os elementos do tipo objetivo (facto constitutivo da infração penal na terminologia do (art. 14.1 CP) ou de um facto que qualifique a infração penal, como é o caso da quantidade de notória importância discutida no recurso). Este ponto de vista foi fortemente criticado na doutrina porque entendeu-se como uma transposição da “willful blindness” do direito norte-americano e porque se considera que não resulta adequado às exigências do princípio da culpabilidade, cujo alcance constitucional foi posto em causa pelo Tribunal Constitucional. Deste modo chamou-se a atenção sobre o risco de que a fórmula da “ignorância deliberada” – cuja incorreção idiomática já foi assinalada na STS de 20-7-2006 – possa ser utilizada para eludir “a prova do conhecimento em que se baseia a aplicação da figura do dolo eventual”, ou, para inverter a carga da prova sobre este extremo.

Devemos, portanto, aclarar que no direito vigente não cabe nem a presunção do dolo, nem eliminar sem mais as exigências probatórias do elemento cognitivo do dolo. Mas, dito isto, e tal como temos vindo a expor, neste caso a consciência e vontade do método e resultado fraudulento na relação ao dever de tributar por IRPF, vem evidenciado pelos dados objetivos constatados pela prova direta e indiciária que atestam os atos que se dizem executados material e diretamente pelo acusado e que permitem inferir consciência e vontade de que com tais atos eludia o devido pagamento fiscal.

Pelo contrário, a tese alternativa que nos propõe o recurso, não só é incompatível com os dados provados, como carece de todo aval probatório que não seja a inaceitável alusão à submissão do acusado ao conselho de um assessor por qualificação técnica deste e ao que se alude para dar um melhor cumprimento ao dever tributário. Certamente resulta de difícil compreensão que os assessores aos que se aludiu hajam sido excluídos de toda a preocupação acusadora pelo Ministério Fiscal e pela Advocacia do Estado. Mas tão insólita atitude destas acusações não podem incrementar o indesejável resultado de adicionar a tal eventual impunidade, a do defraudador aqui acusado”.¹⁷⁴

6. Conclusões

Conforme referido, o Código Penal português apresentou uma definição de dolo no artigo 14.º. Fê-lo através da adoção daquela que é designada a “teoria volitiva”.

A “teoria volitiva” requer que, além de um elemento cognitivo (*i.e.*, o conhecimento), haja uma sobreposição da vontade de praticar o ato em relação à ocorrência do risco penalmente proibido.

Para tanto, vai ao ponto de admitir que basta que haja uma mera conformação na realização de uma conduta que possa resultar num ato penalmente proibido (dolo eventual).

Ora, se se tem vindo a discutir na doutrina se esta é a melhor teoria acerca do conceito de dolo, mormente por se considerar que o elemento cognitivo bastaria para que se pudesse afirmar a ocorrência de uma atuação dolosa¹⁷⁵, parece que a questão atingiu um outro nível, ao passar a discutir a possibilidade de haver dolo sem o elemento cognitivo.

Não há dúvidas que desde há várias décadas tem-se verificado uma tendência de aproximação dos sistemas jurídicos nacionais, conforme se alcança através das várias iniciativas de harmonização e unificação internacionais do Direito Privado.

¹⁷⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentença 374/2017 (Relator: Luciano Varela Castro). Tradução nossa.

¹⁷⁵ Cfr. Greco, Luís, Dolo sem vontade, obra citada. E Ragués i Vallès, Ramon, El dolo... obra citada.

E também resulta claro a importância do Direito Comparado, pois constitui um fator de enriquecimento cultural e de reforço do espírito crítico imprescindível para a compreensão da perspectiva funcional dos mais diversos institutos jurídicos nacionais, bem como tem sido o alicerce do desenvolvimento jurisprudencial do Direito nacional, pois, não raras as vezes, os tribunais apelam às lições de outros sistemas jurídicos para fazer face a novos problemas que surgem no quotidiano da sociedade¹⁷⁶.

Porém, também é certo que toda e qualquer aproximação entre sistemas jurídico encontra-se sujeita a limites. A existência de uma pluralidade de Direitos é inerente à diversidade de culturas, bem como, é o garante da observância do princípio da adequação do Direito às necessidades reais da sociedade em que se dispõe a vigorar.

Assim, antes de se recorrer a uma doutrina anglo-saxónica, dever-se-á analisar a possibilidade da aplicabilidade da mesma no *Civil Law*, designadamente (e fundamentalmente) mediante um prévio estudo sobre as disposições vigentes no âmbito da matéria que lhe subjaz (*in casu*, as noções do dolo). Efetivamente, ao aplicar-se uma tese anglo-saxónica sem entrar em análise sobre todo o seu contexto, leva a que se corra o risco de invocar uma tese supérflua ou excessivamente penosa aquando a sua importação.

Realce-se que, na maioria dos casos, os tribunais espanhóis e brasileiros aplicaram a figura sem considerarem aquilo que a doutrina e o próprio código penal (no caso particular do Brasil) determina em relação às modalidades de dolo, resultando em invocações da doutrina que nada mais foram que meramente redundantes e violadoras do princípio da legalidade, dado que tais situações poder-se-iam resolver satisfatoriamente mediante a aplicação do instituto do dolo eventual, sem grandes problemas.

Assim, cremos que tal solução, além de inadmissível, é também conceptualmente errónea, pois, de facto, nas situações analisadas existiriam indícios dos quais se

¹⁷⁶ Para uma análise mais detalhada sobre as funções do Direito Comparado, vd. Vicente, Dário Moura, *Direito Comparado, Introdução e Parte Geral*, Vol. I, Almedina, 2008, pág. 22 e ss.

podiam concluir pelo elemento cognitivo, não sendo a cegueira deliberada (assim, em sentido amplo) nada mais do que casos de dolo.

De facto, nos termos em que a doutrina foi apresentada pela jurisprudência do *Civil Law*, apenas se retirou uma inaceitável inversão do ónus da prova, no sentido de o dolo passar a ser presumido, cabendo ao acusado ilidir esta presunção.

É neste contexto que a questão ganha um carácter de indissociabilidade com o princípio da presunção da inocência (e, conseqüentemente, com o princípio da dignidade da pessoa humana) que orienta toda e qualquer decisão sancionatória.

Situações que efetivamente podem ocorrer por mera negligência passarão a ser tratadas, *a priori*, como dolosas, levando a que seja facilitada a atividade sancionatória e dificultada a defesa do arguido, de um modo inadmissível.

Não obstante, concordamos com aqueles que defendem que poderão existir certos casos em que a doutrina da cegueira deliberada não coincidirá com a teoria do dolo mormente do dolo eventual. Casos esses merecedores de um tratamento punitivo semelhante ao que propugna o dolo e cujo sistema parece deixar que permaneçam na impunidade.

Tratam-se daqueles casos a que a doutrina tem designado como “cegueira deliberada *strictu sensu*”.

Os mesmos consistem na situação daquele sujeito que, deliberadamente, cria um esquema de não atingir o grau de conhecimento mínimo exigido pela teoria do dolo.

De acordo com aquela que é a razão, em nosso entendimento, que diferencia a punição do dolo e da negligência, tais situações são merecedoras de um tratamento punitivo semelhante ao do dolo.

Porém, nestes casos, tal como nos casos em que há observância clara de dolo (por provados os elementos cognitivo e volitivo), há que provar também aqui todos os elementos conceptuais propostos, sob pena de violação do princípio da presunção da inocência.

Assim, para que se pudesse punir como doloso tais casos, caberia fazer prova da suspeita prévia, da capacidade de obter a informação ignorada, do dever de conhecer e da motivação subjacente.

Conforme analisado, ao contrário do que foi feito por alguns tribunais, o que não se pode pretender que ocorra é que se verifique uma mera alusão de uma doutrina - “cegueira deliberada” - com visa a eludir o suporte probatório do elemento cognitivo do dolo para assim se aplicar uma condenação por atuação dolosa.

Melhor dito, poder-se-á socorrer da aplicação da doutrina da cegueira deliberada para contornar a prova do elemento cognitivo, todavia, dever-se-á cumprir a tarefa de provar os seus elementos conceptuais, o que não será mais uma tarefa mais fácil do que a de provar os elemento cognitivo do dolo, ao contrário daquilo que os tribunais têm dado a crer.

Contudo, no Direito português, cumpre salientar que a utilização desta figura (cegueira deliberada em sentido estrito) não implicaria apenas eventuais problemas de presunção da inocência - que como vimos não se verificam se for efetuada corretamente a atividade probatória dos seus elementos conceptuais. Efetivamente, não se pode ignorar que o Código Penal português, ao adotar um conceito de dolo que parte de um elemento cognitivo, opõe-se à aplicação da doutrina da cegueira delibera (em sentido estrito), uma vez que resultariam sempre problemas de legalidade (princípio da legalidade e da proibição da analogia) e, conseqüentemente, acaba por deixar impunes, ou punidas a título de negligência, se tal for possível, certas condutas que pela sua natureza e pressupostos mereceriam um tratamento mais severo.

Tratam-se de situações que não se podem reconduzir automaticamente a situações de dolo (pois não importam um elemento cognitivo como o conhecemos) ou, noutros casos, a situações de negligência (visto o tratamento previsto por esta não ser o mais ajustado ao tipo de conduta em causa).

Em nossa opinião, os casos de cegueira deliberada em sentido estrito são, sem dúvida, uma evidente falha deste modelo, conseqüente da simplista repartição dolo/negligência.

Neste sentido, fica apenas a demonstração de uma lacuna que o atual modelo de imputação subjetiva comporta, deixando assim o apontamento de modo a que seja refletida de *lege ferenda* uma mudança ao modelo de imputação subjetiva vigente no nosso sistema.

Bibliografia

- Beleza, Teresa Pizarro, "*Direito Penal*", 2º Vol., aafdl, reimpressão, 1999.
- Charlow, Robin, "*Wilful Ignorance and Criminal Culpability*", in *Texas Law Review*, 70, 1992, págs 1351 a 1429.
- Correia, Eduardo, "*Direito Criminal*", I, Almedina/Coimbra, reimpressão, 1971.
- Edwards, J., "*The Criminal Degrees of Knowledge*", in *The Modern Law Review*, Vol. 17, 1954, págs. 294 a 306.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, "*Mejor no saber....más*", in *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal, Seccion I*, 2014, págs. 101 a 137.
- Figueiredo Dias, Jorge, "*Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*", Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2012.
- Grego, Luís, "*Dolo sem vontade*", in *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário, Lisboa, 2009, págs. 885 a 904.
- Greco, Luís, "*Comentario al artículo de Ramon Ragués*", in *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal, Seccion I*, 2014, págs. 67 a 77.
- Hellman, Deborah, "*Willfully Blind for Good Reason*", in *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 3, 2009, págs 301 a 316.
- Husak, Douglas N./Callender, Craig A., "*Wilful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*", in *Wisconsin Law Review*, 29, 1994, págs. 29 a 69.
- Luban, David, "*Contrived Ignorance*", in *The Georgetown Law Journal*, 87, 1999, págs. 57 a 980.
- Manrique, María Laura, "*¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia*", in *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal, Seccion I*, 2014, págs. 79 a 99.

Marcus, Jonathan L., "*Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness*", in *The Yale Law Journal*, 102, 1993, págs. 2231 a 2257.

Palma, Maria Fernanda, "*A vontade no dolo eventual*", in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. 2, 2002, págs. 795-833.

Pinto de Albuquerque, Paulo, "*Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*", Universidade Católica Editora, 2.^a Edição, 2010.

Puppo, Alberto, "*Comentario a 'Mejor no saber: Sobre la doctrina...' de Ramon Ragués i Vallès*", in *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Seccion I, 2014, págs. 39 a 65.

Ragués i Vallès, Ramon, "*El dolo y su prueba en el proceso penal*", Barcelona, J.M. bosch, 1999.

Ragués i Vallès, Ramon, "*La ignorancia deliberada en Derecho penal*", Barcelona, Atelier, 2007.

Ragués i Valles, Ramon, "*Mejor no saber, Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*", in *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Seccion I, 2014, págs. 11 a 37.

Ragués i Vallès, Ramon, "*A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva*", in *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Seccion I, 2014, págs. 139 a 165.

Robbins, Ira P., "*The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*", in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 81, 1990, págs 191 a 234.

Sarch, Alexander F., "*Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law*", in *St. John's Law Review*, Vol. 88, 2014, págs. 1023 a 1102.

Sarch, Alexander F., "*Beyond Willful Ignorance*", *University of Colorado Law Review*, Vol. 88, 2016, págs. 97 a 178.

Taipa de Carvalho, Américo A., "*Direito Penal Parte Geral, Vol. II, Teoria Geral do Crime*", Publicações Universidade Católica – Porto/Coimbra Editora, 2004.

Vicente, Dário Moura, *“Direito Comparado, Introdução e Parte Geral”*, Vol. I, Almedina, 2008.