

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE
A PARTIR DAS TEORIAS DO DOLO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

CRISLAINE PEREIRA DE SOUZA IGINO

MARINGÁ – PR

2021

CRISLAINE PEREIRA DE SOUZA IGINO

**DA (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE
A PARTIR DAS TEORIAS DO DOLO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Andréia Colhado Gallo Grego Santos.

MARINGÁ – PR

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO
CRISLAINE PEREIRA DE SOUZA IGINO

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE
A PARTIR DAS TEORIAS DO DOLO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Andréia Colhado Gallo Grego Santos.

Aprovado em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Nome do professor – (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE
A PARTIR DAS TEORIAS DO DOLO NO DIREITO BRASILEIRO**

Crislaine Pereira de Souza Igino

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade realizar uma análise e apresentar o estudo acerca das teorias do dolo adotadas no ordenamento jurídico brasileiro e acerca da chamada teoria da cegueira deliberada, a fim de demonstrar os motivos que impedem que a teoria da cegueira deliberada seja observada e conseqüentemente aplicada nos crimes cometidos contra a ordem tributária no Brasil. O objetivo do presente assim, é elencar de acordo com o ordenamento jurídico vigente os fatores impeditivos da aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada nos crimes contra a ordem tributária, em virtude de a supracitada teoria já estar sendo aplicada em outros crimes no país. Será explanado ao longo do trabalho como sua eventual aplicabilidade nos crimes contra a ordem tributária colidiria gravemente com as teorias e espécies do dolo adotadas no ordenamento jurídico brasileiro vigente.

Palavras-chave: Ordenamento Jurídico brasileiro. Teoria da cegueira deliberada. Direito penal.

**THE (IM)POSSIBILITY OF APPLYING THE THEORY OF WILLFUL
BLINDNESS TO CRIMES AGAINST THE TAX SYSTEM: AN ANALYSIS BASED
ON THE THEORIES OF MALICE IN BRAZILIAN LAW**

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze and present the study on the theories of malice adopted in the Brazilian legal system and on the so-called theory of willful blindness, in order to demonstrate the reasons that prevent the theory of willful blindness from being observed and consequently applied in crimes committed against the tax system in Brazil. The objective of this paper is to list, in accordance with the current legal system, the factors that prevent the theory of willful blindness from being applied to crimes against the tax system, due to the fact that the aforementioned theory is already being applied in other crimes in the country. It will be explained throughout the paper how its possible applicability in crimes against the tax system would seriously clash with the theories and species of malice adopted in the current Brazilian legal system.

Keywords: Brazilian legal system. Theory of willful blindness. Criminal law.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abarca o Direito Tributário Penal, através das teorias adotadas pelo sistema penal que conceituam as condutas tipificadas como crime para enquadrar a impossibilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada nos crimes contra a ordem tributária.

A chamada teoria da cegueira deliberada apesar de não ter surgido no Brasil, vem ganhando adeptos com o passar do tempo, sua primeira aplicação no país ocorreu nos crimes de lavagens de capitais, tendo sido este seu precedente, posteriormente surgiram entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de que há a possibilidade de sua aplicabilidade também em outros crimes financeiros.

Diante da crescente defesa desse entendimento e de haver a possibilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada no país em relação a crimes econômicos, surge uma grande preocupação aos operadores do direito que não defendem a presente teoria, pois a sua aplicabilidade afronta as teorias e as espécies de dolo adotadas pelo sistema penal brasileiro.

Outrossim, também faz surgir dúvidas sobre quais crimes ela pode vir a ser aplicada eventualmente no Brasil, após a abertura do precedente de sua aplicação no caso do crime de lavagem de capitais e do assalto ao banco central.

Razão pela qual, o presente estudo demonstrará a partir do estudo aprofundado das teorias do dolo e de suas espécies a impossibilidade da sua aplicação nos crimes contra a ordem tributária em virtude da violação ao ordenamento pátrio.

2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO DELITO

No que concerne aos elementos constitutivos do delito, estes se subdividem-se em fato típico, culpabilidade e antijuridicidade segundo a teoria tripartida, que será a teoria analisada ao longo do presente trabalho.

No decorrer deste capítulo haverá a análise de todos os elementos constitutivos do delito, prefacialmente será discorrido sobre fato típico, após sobre a antijuridicidade e ao fim sobre a culpabilidade.

Importa salientar que é de extrema importância a análise dos elementos que constituem o delito, uma vez que, diante da ausência de um desses requisitos em uma determinada conduta, esta é considerada atípica para o direito penal brasileiro.

2.1 FATO TÍPICO

O fato típico se consubstancia por uma conduta, podendo ser esta conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, se consubstancia também em razão do resultado, do nexo de causalidade e da tipicidade.

No que diz respeito a conduta, a teoria adotada que prevalece no Brasil é a teoria finalista, que foi criada no século XX por Hans Welzel, e que trouxe consigo inúmeras mudanças para o direito penal, a respeito do conceito de crime. O autor Jamil Chaim Alves perfeitamente a descreve como sendo “o comportamento humano voluntário guiado a uma finalidade”.¹

Imperioso destacar novamente que havendo a falta da conduta pela teoria finalista inexistente o fato típico, conseqüentemente também o delito. Assim a conduta como caracterizadora do fato típico, significa uma reação ou ação do intelecto humano que a desempenha versando um resultado denominado finalidade. Vencido o conceito de conduta no fato típico, passamos a analisar os conceitos e teorias que abrangem o dolo e a culpa no ordenamento pátrio.

Rogério Greco ensina:

Ao autor da prática do fato podem ser imputados dois tipos de condutas: dolosa ou culposa. Ou o agente atua com dolo, quando quer diretamente o resultado ou assumi o risco de produzi-lo; ou age com culpa, quando dá causa ao resultado em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência.²

Em que pese a teoria da cegueira deliberada tenha como empecilho de sua aplicabilidade às teorias do dolo vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, importante se aprofundar acerca das teorias e das espécies predominantes do dolo no sistema penal.

São diversas as teorias que abrangem o dolo a fim de exemplificá-lo, serão analisadas as principais, a teoria da vontade, a teoria da representação a teoria do consentimento ou do assentimento e por fim a teoria da probabilidade.

Quanto a teoria da vontade André Estefam explica que “*age dolosamente a pessoa que, tendo consciência do resultado, pratica sua conduta com a intenção de produzi-lo.*”³, neste compasso o indivíduo pratica a conduta visando produzir um determinado resultado ao final.

¹ ALVES, Jamil Chaim. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial**. Salvador: JusPodvim, 2020. p. 236.

² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2018. p. 253.

³ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 239.

Salienta-se que esta é uma das teorias adotadas do dolo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em consideração que esta precisamente conceitua que o indivíduo ao realizar a conduta, detém em seu consciente pleno interesse em seu resultado final, por exemplo, um marido deseja assassinar sua esposa e com uma arma de fogo desfere contra seu crânio diversos tiros, nesta suposição o agente agiu dolosamente com plena consciência de que desejava matar sua mulher e que através dos tiros atingindo sua massa encefálica, produziria com êxito o resultado final, qual seja, o de matar a sua cônjuge.

A teoria da representação na explicação de Eugênio Pacelli e André Callegari compreende *“a mera previsão, pelo agente, da possibilidade de produção do resultado, sem a necessidade de verificação de qualquer elemento volitivo, fundamenta o dolo, tendo em vista que a existência da possibilidade já deveria ser o suficiente para fazer o sujeito desistir de seguir atuando.”*⁴

Quanto a teoria da representação esta não é adotada no sistema penal brasileiro, dado que esta não abrange em seu contexto a incidência da chamada culpa consciente por não a distinguiu do dolo eventual.

A teoria do assentimento também chamada de teoria do consentimento defende que para a configuração do dolo apenas é suficiente a consciência do agente que pratica a conduta, Jamil Chaim Alves explana que *“é a consciência e a vontade de praticar a conduta, prevendo o resultado e assumindo o risco de produzi-lo”*⁵

A teoria da probabilidade preconiza as probabilidades de a conduta realizada pelo agente ocasionar um ou mais resultados ao final, de modo que se a probabilidade for considerada suficiente para ocasionar o resultado estará o agente incorrendo na modalidade de dolo eventual, Rogério Greco assim explica em sua doutrina:

Na verdade, a teoria da probabilidade trabalha com dados estatísticos, ou seja, se de acordo com determinado comportamento praticado pelo agente, estatisticamente, houvesse grande probabilidade de ocorrência do resultado, estaríamos diante do dolo eventual.⁶

Destaca-se que no Brasil as teorias vigentes adotadas são a teoria da vontade e a teoria do assentimento. Sendo que ambas inclusive estão incluídas no ordenamento jurídico *“(...) no art.*

⁴ PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 254.

⁵ PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 244.

⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 186.

18, I, do Código Penal, a teoria da vontade (para que exista dolo é preciso a consciência e vontade de produzir o resultado – dolo direto) e a teoria do assentimento (existe dolo também quando o agente aceita o risco de produzir o resultado – dolo eventual).⁷

Nesse sentido, o Código Penal concomitantemente com a teoria em seu art. 18 dispõe:

Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)⁸

Outrossim, o dolo também se subdivide-se em espécies, sendo as principais espécies, o dolo direto ou imediato e o dolo indireto ou mediato que se divide em dolo alternativo e em dolo eventual.

O dolo direto ou imediato se concretiza quando o agente ao praticar a conduta deseja efetivamente realizar o resultado.

Já o dolo indireto ou mediato que se divide em duas asserções, sendo que se configura da seguinte forma: o dolo alternativo quando o agente efetivamente tem intenção de produzir ao final um ou outro resultado e o dolo eventual quando o agente assume o risco de realizar o resultado embora não tenha a intenção efetiva de praticá-la.

O Código Penal faz menção ao dolo alternativo no Art. 18, inciso I quando preceitua que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. O mesmo diploma legal também faz menção ao dolo eventual, ao dispor no inciso II do art. 18 que o crime é doloso na medida em que o agente deu causa ao resultado ao ser imprudente, negligente ou imperito.

Cleber Masson os diferencia em seus ensinamentos da seguinte forma:

Dolo direto e dolo indireto: Dolo direto (determinado, intencional, imediato ou incondicionado) é aquele em que a vontade do agente é voltada a determinado resultado. Dirige sua conduta a uma finalidade precisa. É o caso do assassino profissional que, desejando a morte da vítima, dispara contra ela um único tiro, certo e fatal. **Dolo indireto ou indeterminado**, por sua vez, é aquele em que o agente não tem a vontade dirigida a um resultado determinado. Subdivide-se em dolo alternativo e em dolo eventual. **Dolo alternativo** é o que se verifica quando o agente deseja, indistintamente, um ou outro resultado. Sua intenção se destina, **com igual intensidade**, a produzir um entre vários resultados previstos como possíveis. É o caso do sujeito que atira contra seu desafeto, com propósito de matar ou ferir. Se matar, responderá por homicídio. Se ferir, responderá por tentativa de homicídio – em

⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 112-113.

⁸ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **CÓDIGO PENAL**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> acesso em: 07 out. 2021.

caso de dolo alternativo, o agente sempre responderá pelo resultado mais grave. Justifica-se esse raciocínio pelo fato de o CP ter adotado a teoria da vontade (art. 18, I). Se teve a vontade de praticar um crime mais grave, por ele deve responder, ainda que na forma tentada. **Dolo eventual** é a modalidade em que o agente não quer o resultado, por ele previsto, mas assume o risco de produzi-lo. É possível a sua existência em decorrência do acolhimento pelo CP da teoria do assentimento, na expressão “assumi o risco de produzi-lo” (art. 18, I). O dolo eventual é admitido por todos os crimes que com ele sejam compatíveis. Há casos, entretanto, em que o tipo penal exige expressamente o dolo direto. Afasta-se, então, o dolo eventual (art. 180, caput, do CP – utiliza a expressão “coisa que **sabe** ser produto de crime”, indicativa de dolo direto).⁹

Já as condutas comissivas ou omissivas dizem respeito ao fato de que o agente pode cometer um ato ilícito pelo cometimento de uma determinada ação ou pela ausência do cometimento de uma ação.

Assim leciona André Estefam a respeito do tema:

Os crimes cuja **conduta nuclear corresponde a uma ação** são os chamados crimes **comissivos**. É o caso, por exemplo, do homicídio (CP, art. 121), do furto (CP, art. 155), do roubo (CP, art. 157), da apropriação indébita (CP, art. 168), do estelionato (CP, art. 171), do estupro (CP, art. 213), do ato obsceno (CP, art. 233), da falsificação de remédios (CP, art. 273), do peculato (CP, art. 312), da concussão (CP, art. 316), do tráfico ilícito de drogas (Lei n. 11.343/2006, art. 33), do porte ilegal de arma de fogo (Lei n. 10.826/2003, art. 14) e etc.

Há, também, crimes cuja **conduta nuclear consubstancia uma omissão** (ou seja, um não fazer ou non facere). São os **crimes omissivos**. Nesses casos, é bom frisar, a norma violada pelo sujeito ativo tem natureza imperativa ou mandamental; é dizer, a regra ordena que as pessoas ajam de uma maneira específica, punindo criminalmente aquele que não o fizer. Por exemplo, a omissão de socorro (CP, art. 135) e a omissão de notificação de doença (CP, art. 269).¹⁰

Já o resultado se define como sendo a alteração do mundo naturalístico ou jurídico após a realização da conduta humana, são duas as teorias acerca do tema, a teoria naturalística e a teoria normativa ou jurídica.

Paulo Amador Thomaz ressalta:

No primeiro caso, reconhece-se o resultado como a transformação de algum elemento no mundo físico. Nem todo delito produz resultado naturalístico, sendo esta característica dos chamados crimes materiais. (...) No que toca ao resultado jurídico, este é característica inafastável de qualquer delito, na medida em que corresponde à afetação do mundo jurídico decorrente da própria violação da norma. Os chamados crimes formais e de mera conduta produzem apenas resultado jurídico, porquanto não importam em transformações no plano físico.¹¹

⁹ MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Método, 2019, p. 148.

¹⁰ ESTEFAM, André; Gonçalves. Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 290.

¹¹ CUNHA, Paulo Amador Thomaz Alves. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Manole, 2012, p. 22.

O resultado, portando, compreende a estas duas vertentes, a alteração do mundo naturalístico ou do mundo jurídico após a realização da conduta pelo agente.

2.2 ANTIJURIDICIDADE

A antijuridicidade significa que o fato praticado pelo agente é totalmente contrário/diverso daquilo que o ordenamento jurídico pátrio determina como sendo proibido pela sociedade.

Desta feita não basta a mera realização da conduta pelo agente para o fato ser considerado atípico é necessário que está conduta esteja previamente estipulada no ordenamento jurídico como sendo proibida.

Greco assegura que *“para que possamos falar em ilicitude, é preciso que o agente contrarie uma norma, pois, se não partirmos dessa premissa, sua conduta, por mais antissocial que seja, não poderá ser considerada ilícita, uma vez que não estaria contrariando ordenamento jurídico-penal.”*¹²

A antijuridicidade também comporta causas que a excluem/afastam, de modo que embora o agente pratique um fato considerado como típico perante o ordenamento jurídico sua conduta deixa de ser típica pelo afastamento da mesma.

São consideradas causas que afastam a ilicitude: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito que se encontram dispostos nos artigos 23, 24, 25 do Código Penal consoante infere-se abaixo dos dispositivos abaixo relacionados:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Vide ADPF 779)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)¹³

O art. 24 em conjunto com o art. 23 do Código Penal explicita o que vem a ser considerado estado de necessidade, dispondo que *“considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia*

¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 419.

¹³ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **CÓDIGO PENAL**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> acesso em 07 out. 2021.

de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

O art. 25 também relata o que é considerado a legítima defesa, preceituando que *“entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”*

Quanto ao afastamento da tipicidade em razão do estrito cumprimento do dever legal preconizado no art. 23, III, embora o Código Penal não explique sua a definição, a doutrina busca defini-lo, Greco em sua doutrina preleciona que para a sua configuração é necessário que *“haja um dever legal imposto ao agente, dever este que, em geral, é dirigido àqueles que fazem parte da Administração Pública, tais como os policiais e os oficiais de justiça”*.¹⁴

Como exemplo pioneiro muito utilizado em doutrinas, temos o policial que prende um suspeito em razão de flagrante, ainda que prive a liberdade de ir e vir deste, amparada constitucionalmente pelo art. 5º, inciso XV da Constituição Federal, age com respaldo legal do mesmo modo, pelo afastamento da tipicidade em razão do estrito cumprimento do dever legal.

Por fim, há também o afastamento da tipicidade pelo exercício regular de um direito, que também não se encontra explanado no Código Penal, porém assim como o estrito cumprimento do dever legal, tem sua definição exemplificada em doutrinas, que explicam que que o exercício regular de um direito em casos específicos autoriza que o agente exercitando inequivocamente seu direito realize um conduta típica, Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito conceituam que o exercício regular de um direito *“autoriza a prática de uma conduta criminosa ao se exercitar legitimamente um direito.”*¹⁵

2.3 CULPABILIDADE

Como explicado anteriormente a culpabilidade constitui-se também como um dos elementos constitutivos do delito e conseqüentemente se identifica como um dos requisitos da aplicação penal ao agente infrator.

A culpabilidade nas palavras de André Estefam pode ser compreendida como o juízo de reprovação em face do agente que praticou um fato típico e antijurídico. ¹⁶Destarte, que os

¹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 473.

¹⁵ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 416.

¹⁶ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 419.

elementos que compõem a culpabilidade são: a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta adversa.

A imputabilidade significa a real compreensão do agente acerca da ilicitude da sua conduta praticada, ou seja, o agente tem condições mentais e psíquicas suficientes para averiguar com certeza o caráter ilícito da sua conduta.

As causas que excluem a imputabilidade possuem amparo legal, sendo elas: a *doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado*, menoridade, *embriaguez completa*, desde que seja involuntária em decorrência de caso fortuito ou força maior e dependência ou intoxicação involuntária decorrente do consumo de drogas ilícitas.

É o que se extrai dos artigos 26, 27 e 28, §1º, do Código Penal e sucessivamente do Art. 45 caput lei 11.343/2006¹⁷.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
(...)

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 28. (...)

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
(...)

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
(...)

A potencial consciência da ilicitude está ligada a aspectos culturais, André Estefam assevera que:

¹⁷ BRASIL. LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> acesso em 07 out. 2021.

“(...) caso seja verificada a sua rigidez mental, passa-se então, a análise do conhecimento da ilicitude sob o aspecto cultural. Trata-se de perquirir se o conjunto de informações recebidas pelo agente ao longo da sua vida, até o momento da conduta, dava-lhe condições de entender que a atitude por ele praticada era socialmente reprovável”.¹⁸

A exigibilidade de outra conduta adversa tem como conceito nas palavras de Rogério Greco “a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito”. Ou seja, só há como imputar ao agente uma pena se constatado o fato de que no momento da sua conduta, não havia outra escolha para que ele pudesse agir de forma diversa.¹⁹

Também há causas que excluem a exigibilidade da conduta adversa, as causas que excluem a culpabilidade são a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, dispostas no art. 22 do Código Penal, que assim preceitua:

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)²⁰

Evidencia-se que a coação moral irresistível está atrelada ao aspecto moral, a qual o agente se vê moralmente obrigado a realizar a conduta a fim de evitar um mal grave e injusto que outrem ameaça cometer contra ele ou outrem a ele ligado.

A obediência hierárquica ao contrário da coação moral irresistível está atrelada ao caso em que o subordinado se encontra obrigado a praticar a conduta ou ação típica em razão da determinação emanada pelo seu superior hierárquico. Imperiosamente a relação tinha de ser de direito público, contudo após a Lei nº 13.344/2016²¹ também há o entendimento de que é possível aplicá-la nos casos de vínculos meramente de cunho empregatício.

¹⁸ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 317

¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 517.

²⁰ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. CÓDIGO PENAL. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> acesso em 07 out. 2021.

²¹ BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm> acesso em 07 out. 2021.

3 DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Os crimes contra a ordem tributária encontram-se tipificados na Lei nº 8.137/1990, nos artigos 1º e 2º que dispõem:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

(...)

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

(...)²²

Os crimes contra a ordem tributária nas palavras de Victor Eduardo Rios Gonçalves, “*pressupõem condutas fraudulentas ou omissivas quanto ao dever de informar ao Fisco, justamente com o intuito de evitar o lançamento ou de fazer com que seja efetuado em valor menor.*”²³

Assim, os crimes contra a ordem tributária ocorrem quando o agente de todo modo busca eximir-se de realizar o pagamento do tributo ao fisco através de meios ilícitos, ocorrendo a

²² BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm> acesso em 07 out. 2021.

²³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial: crimes do ECA – crimes contra o consumidor – crimes contra as relações de consumo – crimes contra a ordem tributária – crimes ambientais – crimes do Estatuto do Idoso – crimes falimentares – crime organizado.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 83.

conduta na hipótese de prejudicar o lançamento com o fato gerador ou buscando efetuar valores menores daqueles devidos ao Fisco.

Importante evidenciar que a Lei nº 8.137/1990²⁴ que trata dos crimes contra a ordem tributária foi criada com escopo de punir as condutas praticadas contra o Fisco, já que os tributos no Brasil se constituem como elementos fundamentais para que o Estado garanta a efetividade do estado bem-estar social.

Isso porque, é através do pagamento dos tributos que ocorre a reversão de benefícios em prol da sociedade, garantindo o funcionamento de escolas públicas, hospitais públicos, segurança pública, além de diversos outros mecanismos públicos criados em favor da população brasileira. Logo, com a arrecadação incorreta em virtude do cometimento de quaisquer dos crimes tipificados como contra a ordem tributária não há a lesão apenas dos cofres do Erário e sim de toda a sociedade em geral, que de uma forma ou de outra efetivamente necessita de um dos serviços públicos ofertados pelo Estado.

Portanto, a Lei dos crimes contra a ordem tributária busca reprimir qualquer tipo de conduta ilícita que tenha por fim o não pagamento devido do tributo, sendo esta de extrema importância, já que como afirmado anteriormente é através dos tributos que o Estado de direito efetivamente garante o Estado de bem-estar social preconizado na Constituição Federal.

No que concerne ao sujeito ativo do crime, o sujeito ativo será sempre o responsável legal da empresa, o advogado, o contador ou conseqüentemente o próprio contribuinte, ou seja, aquele que de qualquer modo incidiu no fato gerador gerando respectivamente o dever de recolher o tributo, aquele que não o gerou, mas que tinha o dever legal de fazer o recolher corretamente, ou ainda o funcionário público, conforme o art. 3º do referido diploma legal.

O art. 11 da Lei nº 8.137/1990²⁵, assevera que quem, de qualquer e qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica concorre para os crimes tipificados na referida lei, incide nas penas a ela cominadas, na medida de sua culpabilidade.

O sujeito passivo via de regra é sempre o Erário, Município, Estado ou a União. Ainda quanto a sua consumação, o entendimento do Superior Tribunal Federal é de que a sua consumação ocorre quando do lançamento definitivo do tributo, nesse sentido é a Súmula 24

²⁴ BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm> acesso em 07 out. 2021.

²⁵ BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm> acesso em 07 out. 2021.

do STF que exemplifica que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”²⁶

Em relação ao tipo de responsabilidade nos crimes elencados no rol da Lei 8.137/1990²⁷, há o entendimento pacificado na jurisprudência de que a responsabilidade nestes delitos é do tipo subjetiva. Impende destacar ainda, que nos crimes cometidos contra a ordem tributária o elemento normativo do dolo é imprescindível para a configuração do crime, conforme se denota dos julgados abaixo:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 1º, INCISOS I, II, IV, COMBINADO COM O ART. 11 E 12, I, DA LEI 8.137/90. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO CONDENATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS INSUFICIENTES PARA A COMPROVAÇÃO DO DOLO. A SIMPLES FIGURAÇÃO COMO SÓCIOS NO CONTRATO SOCIAL NÃO É SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. APELANTES QUE NÃO DETINHAM, FATICAMENTE, PODERES DE GERÊNCIA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJPR - 2ª C.Criminal - 0011853-36.2016.8.16.0030 - Foz do Iguaçu - Rel.: JUÍZA DE DIREITO DA TURMA RECURSAL DOS JUÍZADOS ESPECIAIS MARIA ROSELI GUIESSMANN - J. 03.10.2019)²⁸

APELAÇÃO CRIME. ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISOS I, II E IV, DA LEI Nº 8.137/90). ABSOLVIÇÃO. PLEITO MINISTERIAL CONDENATÓRIO. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES A EMBASAR O DECRETO 2 CONDENATÓRIO. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUSÊNCIA, TODAVIA, DE PROVAS CONCRETAS DA AUTORIA DELITIVA. ACUSADOS QUE FIGURAM, NO CONTRATO SOCIAL, COMO SÓCIOS DA EMPRESA. CONDIÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO PERMITE SUA AUTOMÁTICA RESPONSABILIZAÇÃO. ACERVO PROBATÓRIO PRODUZIDO EM JUÍZO IMPRECISO E QUE NÃO SE AFIGURA SUFICIENTE PARA A FORMAÇÃO DA NECESSÁRIA CERTEZA ACERCA DA PRÁTICA DELITIVA PELOS ACUSADOS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético/jurídica - em elementos de certeza. 2. Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "o simples fato de ser sócio, gerente ou administrador de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes 3 praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua função na empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva"

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante 24. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>> acesso em 07 out. 2021.

²⁷ BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm> acesso em 07 out. 2021.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal n. 0011853-36.2016.8.16.0030. Apelante: Ministério Público. Apelado: Caetano Shincariol Filho e outro. Relator: Juíza Maria Roseli Guinessman. Foz do Iguaçu, 03 de outubro de 2019. **TJPR**, 2019. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/410000009044201/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0011853-36.2016.8.16.0030>> acesso em 07 out. 2021.

(HC 171.976/PA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010).I.
(TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1439184-5 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR JOSÉ MAURICIO PINTO DE ALMEIDA - Unânime - J. 10.03.2016)²⁹

Desta feita, incorrendo o agente em um dos crimes elencados no rol dos crimes contra a ordem tributária, o entendimento consolidado jurisprudencial é de que o tipo de responsabilidade para apuração via de regra será a subjetiva e que o elemento dolo é indispensável.

4 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Neste capítulo será abordado os aspectos gerais da teoria da cegueira deliberada, como sua origem fora do Brasil e no Brasil, será abordada suas características, definições de como ocorre a sua aplicabilidade a cunho global, no Brasil e sobre a (im)possibilidade da sua aplicabilidade nos crimes contra a ordem tributária.

4.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria da cegueira deliberada também conhecida como The Ostrich Instruction Doctrine (Doutrina das Instruções da Avestruz), ou Willful Blindness Doctrine (Teoria da Cegueira Deliberada), surgiu na Inglaterra no século XIX em meados de 1861, e com o passar do tempo começou a ser difundida também nos Estados Unidos, onde teve, o seu primeiro caso documentado de aplicabilidade no ano de 1899.

A primeira aplicação ocorreu na Inglaterra, no famoso caso de Regina vs Sleep, no qual houve a acusação de que um ferreiro teria cometido o crime de malversação de bens tidos como públicos, pelo fato de ter adentrado em um navio um barril que detinha parafusos com o símbolo real do Estado.

No caso de Regina vs Sleep este foi absolvido, vez que na época a lei que tratava sobre desfalques em depósitos públicos (Embezzlement of Public Stories), previa que o réu deveria

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal n. 1439184-5. Apelante Ministério Público. Apelado: José Eduarco Scoppetta Schietti e outro. Relator: Desembargador José Mauricio Pinto de Almeida. Curitiba, 10 de março 2016. **TJPR**, 2016. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12120726/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1439184-5>> acesso em 07 out. 2021.

ter o conhecimento da origem dos bens reais para responder pelo crime malversação de bens públicos.

Quanto ao primeiro caso noticiado de aplicabilidade efetiva da teoria da cegueira deliberada, este ocorreu nos Estados Unidos, no caso *Spurr vs United States*, onde um bancário presidente do banco National Bank of Nashville, certificou vários cheques de um cliente do banco sem agir com a devida cautela para averiguar se realmente havia fundos na conta do cliente emissor.

A Suprema Corte Americana ao realizar o julgamento, aplicou a teoria, segundo Spencer Toth Sydow:

A corte, no julgado, apontou que a expressão deliberada (*willful*) exigiria tanto intenção quanto conhecimento (semelhante ao binômio vontade e consciência), mas que o propósito malicioso (figura equiparada ao elemento subjetivo do tipo da doutrina brasileira) do agente poderia ser presumido em situações em que este se coloca propositadamente em posição de ignorância.³⁰

Ainda sobre o seu conceito, Spencer Toth Sydow explicita que *“a teoria seria uma situação de imputação objetiva em que se atribui ao agente a situação de conhecimento de elementos do tipo mesmo sem a sua demonstração processual ou fática, tornando possível o atendimento do tipo subjetivo”*.³¹

A teoria tem como fundamento assim, a situação em que o agente que é beneficiado por meio de uma transação ilícita e ignora o fato dessa ilicitude existir, a ignora para receber certa vantagem e não se aprofunda ou finge não saber que está vantagem está envolta de um fato ou uma conduta ilícita. O sujeito ignora de todas as formas possíveis, as relações com o tipo de conduta a ser conduzida, já normatizadas na legislação ou até mesmo em convenções.

A teoria da cegueira deliberada é utilizada em casos de lavagem de dinheiro, improbidade administrativa, entre outros crimes de ordem econômica e fiscal, mas também vem sendo muito usada em crimes de tráfico de drogas.

Sydow assevera que a teoria da cegueira deliberada em síntese comporta duas situações:

(...) a primeira em que alguém suspeita que alguma condição componente de sua conduta presente poderia fazer com que seu ato se tornasse um injusto, mas não investiga tal suspeita – que chamamos de ignorância deliberada. A segunda em que alguém prevê possíveis envolvimentos em situações (ilícitas ou não) futuras e cria meios de evitar obter conhecimento sobre dados relativos a tais circunstâncias – que denominamos cegueira deliberada.³²

³⁰ SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 78/79.

³¹ SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 76.

³² SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

A grande discussão envolve o dolo nos casos em que se aplicam a teoria, uma vez que nos casos em que é aplicada o dolo utilizado é o dolo eventual, pois o agente assume o risco enfrentando uma transação que gere uma vantagem “fácil” para si, o que evidenciaria assim a sua consciência da ilicitude do ato.

4.2 SURGIMENTO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL

A teoria da cegueira deliberada surgiu no Brasil, quando o Supremo Tribunal Federal a utilizou no julgamento da ação Penal nº 470, do notório caso do “Mensalão”.

O ministro Celso de Mello a votar pela condenação dos ex’s deputados Paulo Rocha e João Magno pelo crime de lavagem de dinheiro, explanou que *“a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como ‘teoria da cegueira deliberada’, que deve ser usado com muita cautela”*. Nessa abordagem o ministro quis impor a ideia de que a teoria deve ser utilizada quando houvesse casos de real veracidade na sua proposição, pois se trata de uma teoria de muito valor e não se deve ser tomada ao costume somente por sua eficiência, mas sim que tenha valor a ideia que ela inseriu em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Após o caso do “Mensalão” a teoria da cegueira deliberada também foi aplicada no também famoso caso do Assalto ao Banco Central de Fortaleza, processo crime nº 2005.81.00.0145586-0, que teve como objeto a subtração do montante de R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais).

Os sócios proprietários de uma loja de veículos que realizaram a venda de onze veículos para a quadrilha pelo valor à vista de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), foram denunciados pelo crime de lavagem de dinheiro e posteriormente foram condenados com fundamento na teoria.

Ressalta-se que na constância de vários debates sobre o tipo subjetivo a ser enquadrado neste crime principalmente em casos de lavagem de capitais, a Lei 9.613/98 a princípio trouxe em seu artigo 1º:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo; dando

a entender que o agente teria que ter a plena certeza que a procedência dos valores era ilícita, seria um dolo direto.³³

Como na teoria da cegueira deliberada o agente não teria um dolo direto pois ele fecha os olhos para não se envolver no fato diretamente, o legislador preocupou-se em legislar a mesma mais adequadamente, sendo que a Lei 12.683/12 realizou as mudanças necessárias a redação do texto da lei anterior, alterando o Art. 1º da seguinte forma:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - Utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.(...)³⁴

As doutrinas trazem poucas abordagens sobre a teoria em si, mas a teoria do assentimento do dolo, se conecta com a mesma, Greco traz em sua doutrina uma lição de Juarez Tavares, prevendo a seguinte propositura acerca do tema lecionando:

“A teoria do consentimento ou da assunção é a teoria dominante e tem por base uma vinculação emocional do agente com o resulta. Vale dizer, exige não apenas o conhecimento ou a previsão de que a conduta e o resultado típicos podem realizar-se, como também que o agente se ponha de acordo com isso ou na forma de conformar-se ou de aceitar ou de assumir o risco de sua produção”.³⁵

Neste trecho fica claro a conexão entre a teoria do assentimento do dolo eventual com a teoria da cegueira deliberada, pois são correspondentes ao ponto de subsistirem com fundamentos semelhantes.

Na jurisprudência a teoria vem sendo muito utilizada em várias tipificações penais, consoante infere-se abaixo de algumas ementas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU.1)- PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. AVENTADA AUSÊNCIA DE DOLO NO TRANSPORTE DA DROGA. ERRO DE TIPO ESSENCIAL. PRETENSÃO NÃO ACOLHIDA. EVIDÊNCIAS DOS AUTOS QUE COMPROVAM A CONDUTA DO RÉU DE

³³ BRASIL. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm> acesso em 07 out. 2021.

³⁴ BRASIL. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm> acesso em 07 out. 2021.

³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 292.

TRANSPORTAR DROGA DESTINADA A TERCEIROS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. “(...) 3. O quadro fático acima descrito se enquadra perfeitamente em hipótese de incidência da denominada “Teoria da Cegueira Deliberada”, segundo a qual o agente finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida. 4. Nesse contexto, diante da presença do dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, inviável reconhecer que a suposta ignorância intencional acerca da ilicitude e gravidade da situação implique na absolvição do agente, na medida em que, ainda que eventualmente o acusado não almejasse diretamente praticar a traficância, assumiu o risco da subsunção de sua conduta à norma penal incriminadora. (...) (TJPR - 4ª C.Criminal - 0004179-08.2014.8.16.0117 - Medianeira -

Rel.: Desembargador Celso Jair Mainardi - J. 25.10.2018) CONDENAÇÃO MANTIDA. 2)- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE FIXAÇÃO PELA ATUAÇÃO DATIVA EM FASE RECURSAL. CABIMENTO. REMUNERAÇÃO ESTABELECIDADA COM FULCRO EM TABELA PREVISTA NA RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 15/2019 – PGE/SEFA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(TJPR - 4ª C.Criminal - 0003411-34.2019.8.16.0141 - Realeza - Rel.: DESEMBARGADORA SONIA REGINA DE CASTRO - J. 24.10.2020)³⁶

EMENTA: APELAÇÃO CRIME - RECEPÇÃO QUALIFICADA - ART. 180, §1º DO CÓDIGO PENAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA - ALEGAÇÃO DE QUE OS RÉUS DESCONHECIAM A ORIGEM ILÍCITA DOS BENS APREENDIDOS EM SEU PODER - NÃO CABIMENTO - O AGENTE NÃO PRECISA TER CONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM PARA QUE VENHA A RESPONDER POR RECEPÇÃO - CRIME PUNIDO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL - APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA - IGNORÂNCIA DELIBERADA EQUIVALE A DOLO EVENTUAL - DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPÇÃO SIMPLES - NÃO CABIMENTO - ATIVIDADE COMERCIAL ILÍCITA QUALIFICA SUBJETIVAMENTE O AGENTE PARA O ENQUADRAMENTO NO TIPO DO ART. 180, §1º, DO CÓDIGO PENAL, CONFORME PREVISÃO DO §2º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL - ISENÇÃO DA PENA DE MULTA - NÃO CABIMENTO - PENA PREVISTA NO TIPO PENAL INCRIMINADOR - RESPEITO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS AO ADVOGADO DATIVO POR SUA ATUAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA - CABIMENTO - OBSERVÂNCIA DO ENUNCIADO Nº 07 DO STJ - SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA EM 08.09.2016, OU SEJA, DEPOIS DA VIGÊNCIA DO ART. 85, §11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (18.3.2016) - OBSERVÂNCIA DA RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 13/2016 PGE/SEFA.RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, SEM ALTERAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

(TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1685706-4 - Cascavel - Rel.: DESEMBARGADOR GAMALIEL SEME SCAFF - Unânime - J. 09.11.2017)³⁷

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal n. 0003411-34.2019.8.16.0141. Apelante: Edegar Angelo Taborda. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargadora Sonia Regina de Castro. Realeza, 24 de outubro de 2020. **TJPR**, 2020. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000014506671/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0003411-34.2019.8.16.0141#>> acesso em 07 out. 2021.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal n. 1685706-4. Apelante: Rogers Alessandro Brachtvogel e outro. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Gamaliel Seme Scaff. Cascavel, 09 de novembro de 2017. **TJPR**, 2017. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12471936/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1685706-4#>> acesso em 07 out. 2021.

4.3 DA (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Conforme se demonstrou no decorrer do presente a teoria da cegueira deliberada vem sendo aplicada no Brasil em casos em que há laguna da lei, e por este motivo há o crescente entendimento da possibilidade de sua aplicação também nos crimes contra a ordem tributária.

Vejam os casos de empresários que não cuidam diretamente do planejamento tributário de suas empresas, e distribuem tal atribuição a terceiros, como contadores, advogados ou outros funcionários, imaginemos que neste caso hipotético ocorra uma das tipificações previstas na Lei nº 8.137/1990³⁸. Havendo a redução ou o não recolhimento do tributo, neste caso o sócio administrador como proprietário da empresa, devendo deter pleno conhecimento prévio do que ocorre dentro da sua empresa, em tese consequentemente deveria responder pelas tipificações previstas na Lei nº 8.137/1990, em razão da sua negligência pelo descuido para com impostos que sua empresa deveria recolher.

No caso hipotético narrado, o sócio teria de responder pela modalidade culposa do crime, pelo fato da negligência estar atrelada a conduta culposa. Porém, como os crimes contra a ordem tributária apenas admite a modalidade dolosa, para o sócio proprietário responder pela redução ou não recolhimento do tributo de sua empresa deveria ser aplicado no caso em testilha a teoria da cegueira deliberada, dado a laguna da lei quanto a este aspecto.

No entanto, como demonstrado anteriormente os crimes contra a ordem tributária exigem a elementar do dolo para caracterização do delito e por tal motivo há a impossibilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada nos crimes contra a ordem tributária, por ter como escopo de caracterização a conduta dolosa do agente.

Porém, cumpre tecer que muitos empresários se utilizam do argumento de não terem conhecimento da atitude ilícita dos responsáveis pelos tributos de sua empresa, para não serem enquadrados no tipo penal, visto que como explanado anteriormente a negligência destes enquadra-se no tipo culposos.

Mas é sabido que em sua maioria apenas se colocam na posição de ignorância para se safar de responder pelo delito. Diante disso, surge o grande questionamento da possibilidade de aplicar também a teoria da cegueira deliberada em relação a estes agentes que se colocam na posição de ignorância, e posteriormente alegam apenas culpa para não responderem pelo delito.

³⁸ BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm> acesso em 07 out. 2021.

Como a teoria da cegueira deliberada tem sua aplicabilidade onde há lagunas no ordenamento jurídico, vê-se aqui para esta autora a possibilidade de sua aplicação.

Contudo, há se inferir que no Brasil, adota-se e observa-se o princípio da segurança jurídica, preconizado no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal³⁹, de modo que aplicação da teoria deve ser aplicada com muito cuidado e observando os demais preceitos legais, para não ocorrer a afronta da segurança jurídica, bem como das demais garantias legais conferidas a todos os indivíduos.

5 CONCLUSÃO

A finalidade do presente artigo foi apresentar de modo geral o conceito de crime adotado pelo sistema penal brasileiro e pelo direito penal tributário no que concerne aos crimes cometidos contra a ordem tributária e, os aspectos que abrangem a teoria da cegueira deliberada, com o objetivo de demonstrar porque há impossibilidade da aplicação da teoria nos crimes contra a ordem tributária, já que a teoria vem sendo amplamente adotada em outros delitos no Brasil.

Embora a teoria venha ganhando adeptos no Brasil para ter sua aplicabilidade também nos crimes contra a ordem tributária, o fato é que, até então a teoria não se compatibiliza com o tipo penal tributário que envolve os delitos envoltos da Lei nº 8.137/1990, pelo tipo penal tributário exigir do agente uma inequívoca conduta dolosa, com a presença da espécie de dolo direto, ou seja, a sua vontade direta e consciência plena de efetivamente buscar burlar ou lesar o fisco de alguma maneira.

Dessa feita, embora a teoria da cegueira deliberada tenha possibilidade de aplicação nos crimes cometidos na modalidade de dolo eventual e conseqüentemente onde há lacunas na lei, a fim de que seja observado a segurança jurídica no Brasil e a modalidade de dolo adotada no tipo penal tributário, imperioso se faz a criação de um regramento específico nos delitos tributários prevendo a modalidade do dolo eventual e conseqüentemente dos demais requisitos que englobam a teoria da teoria da cegueira deliberada, para que assim haja a possibilidade de sua aplicação também nos crimes contra a ordem tributária.

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 07 out. 2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jamil Chaim. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial** – Salvador: JusPodvim, 2020.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRUTTI, Roger Spode - **Crimes contra a ordem tributária - 2006 – Ambito Jurídico**. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-contra-a-ordem-tributaria/>> acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal n. 0003411-34.2019.8.16.0141. Apelante: Edemar Angelo Taborda. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargadora Sonia Regina de Castro. Realeza, 24 de outubro de 2020. **TJPR**, 2020. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000014506671/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0003411-34.2019.8.16.0141#>> acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal n. 1685706-4. Apelante: Rogers Alessandro Brachtvogel e outro. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Gamaliel Seme Scaff. Cascavel, 09 de novembro de 2017. **TJPR**, 2017. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12471936/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1685706-4#>> acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal n. 1439184-5. Apelante Ministério Público. Apelado: José Eduarco Scoppetta Schietti e outro. Relator: Desembargador José Mauricio Pinto de Almeida. Curitiba, 10 de março 2016. **TJPR**, 2016. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12120726/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1439184-5>> acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal n. 0011853-36.2016.8.16.0030. Apelante: Ministério Público. Apelado: Caetano Shincariol Filho e outro. Relator: Juíza Maria Roseli Guiesman. Foz do Iguaçu, 03 de outubro de 2019. **TJPR**, 2019. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000009044201/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0011853-36.2016.8.16.0030>> acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> acesso em 07 out. 2021

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm> acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm> acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm> acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. CÓDIGO PENAL. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> acesso em 07 out. 2021.

CUNHA, Paulo Amador Thomaz Alves. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Manole, 2012.

DEEPL. Tradutor. Disponível em <<https://www.deepl.com/translator>> acesso em 07 out. 2021.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 317.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial: crimes do ECA – crimes contra o consumidor – crimes contra as relações de consumo – crimes contra a ordem tributária – crimes ambientais – crimes do Estatuto do Idoso – crimes falimentares – crime organizado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Método, 2019.

MASSON, Cleber Rogerio. Dolo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/423/edicao-1/dolo>> acesso em 20 set. 2021.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: Saraiva, 2017.

PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante 24. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>> acesso em 07 out. 2021.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

TJDFT - Crime doloso, 2020. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/crime-dolo-e-crime-culposo/crime-doloso>> acesso em 07 out. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Consulta Jurisprudências. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br>> acesso em 07 out. 2021.

