



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

DAVI MARQUES NEVES DOS SANTOS

APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA FRENTE A LEI
DE DROGAS (11.343/2006)

ARACAJU

2020

S237a

SANTOS, Davi Marques Neves dos

APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA
FRENTE A LEI DE DROGAS (11.343/2006) / Davi Marques
Neves dos Santos; Aracaju, 2020. 19p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : Prof. Esp. Márcio Danilo Santos Silva.

1. Cegueira Deliberada 2. Dolo Eventual 3. Culpa Consciente
4. Lei de Drogas.

343.53(813.7)

Elaborada pela bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

DAVI MARQUES NEVES DOS SANTOS

APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA FRENTE A
LEI DE DROGAS (11.343/2006)

Monografia apresentada à Coordenação do curso de Direito da FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito no período de 2020.1.

Aprovado (a) com média: 10,0



Prof. Esp. Marcio Danilo Santos Silva
1^o Examinador (Orientador)

Profa. MSc. Gleison Parente Pereira
2^o Examinadora

Prof. Esp. Felipe Mendes Ribeiro Chaves
3^o Examinador

Aracaju (SE), 10 de junho de 2020.

APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA FRENTE A LEI DE DROGAS 11.343/2006*

Davi Marques Neves dos Santos

RESUMO

A teoria da cegueira deliberada consiste no desinteresse do agente em buscar descobrir ou saber melhor algum fato que possua um risco de ser delituoso. Desse modo o objetivo deste trabalho é analisar a Teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade na lei de drogas. A metodologia adotada para a realização desse estudo foi uma revisão bibliográfica com o uso de livros, artigos científicos e jurisprudências que se inicia com a origem histórica da teoria, trazendo algumas nomenclaturas, abordando sobre fato típico, com os elementos subjetivos de dolo direito, dolo eventual, culpa consciente e culpa inconsciente. Sendo assim demonstra ser pertinente o estudo da matéria no qual confere que a jurisprudência brasileira vem aplicando a teoria com o elemento subjetivo doloso, em situações que se enquadraria uma conclusão do elemento subjetivo culposo. Observando o princípio jurídico do *in dubio pro reo* que dar esse embasamento podemos ter o resultado de uma aplicação de forma culposa. Dessa forma a problemática existente é a aplicação da teoria no sistema jurídico brasileiro, no qual teria cabimento ou não essa aplicação excessiva com o alcance do dolo eventual frente à Lei de Drogas (11.343/2006). Sendo assim podemos concluir que é de fundamental importância para a devida aplicação da teoria ser observado alguns requisitos para sua devida aplicação como as circunstâncias de como o crime ocorreu, o local e outros requisitos que abordaremos no decorrer do trabalho.

Palavras-chave: Cegueira Deliberada. Dolo Eventual. Culpa Consciente. Lei de Drogas.

1 INTRODUÇÃO

A Teoria da cegueira delibera se originou no ordenamento jurídico inglês, com suas características através de entendimentos jurisprudenciais common law (VALLÈS, 2007). O sistema adotado no Brasil é da Civil Law, que é o romano-germânico, que era o sistema jurídico adotado por Portugal, apesar de seguir o civil law, o direito brasileiro tem influências do common law (SILVA, 2017).

A teoria da cegueira deliberada é utilizada com o objetivo para punir o agente que se posiciona como cego a fim de não saber determinado fato para se esquivar da possível ilicitude do seu ato, dessa forma ignorando o acontecimento para sair impune. É a mesma forma no qual

*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em junho de 2020, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: (Prof. Marcio Danilo Santos Silva)

o agente fecha os olhos diante de uma situação ilícita para não ter conhecimento dos fatos (SILVA, 2017).

Atualmente existem discordâncias entre a doutrina e a jurisprudência sobre a aplicação da referida teoria no qual uma aplicação que não observe determinados requisitos, podem ocasionar uma responsabilidade penal mais gravosa e prejudicial ao réu (SILVA JUNIOR, 2015).

É importante compreender as circunstâncias do determinado fato que levou ao agente essa responsabilização, é de grande importância também os motivos, observar as narrativas dos envolvidos, o cenário que aconteceu o fato, para tentar entender o que levou a responsabilização criminal (COSTA, 2019). Nesse sentido, a aplicação da teoria com uma conduta dolosa, se caracteriza como uma responsabilidade mais gravosa sendo assim para que se fale em uma conduta dolosa não basta apenas a realização consciente do fato, mas é essencial um conjunto construtivo do querer que é formado por manifestações emocionais, sentimentais, racionais, a vontade da realização, no qual tudo isso em um conjunto que demonstre à vontade, o querer para atingir o resultado. A simples realização de uma conduta que gere um resultado não alcança a conclusão de delinquir (NUCCI, 2019).

Dessa forma a relevância desse estudo se torna de grande importância pois a jurisprudência brasileira vem aplicando a teoria da cegueira deliberada com o elemento subjetivo doloso, em situações que se enquadrariam uma aplicação de forma culposa. Violando ainda princípios jurídicos como o da presunção da inocência, o *In dubio pro reo* que em casos de insuficiências de provas o réu deverá ser favorecido.

Nessa conjuntura nasce a problemática e algumas incompatibilidades, pois teria cabimento a aplicação da teoria no sistema jurídico penal brasileiro, no qual estaria a jurisprudência brasileira aplicando excessivamente o alcance do dolo eventual.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a teoria da cegueira deliberada, trazendo um contexto histórico da determinada teoria, nomenclaturas usadas, os conceitos de fato típico, com enfoque nos elementos subjetivos, de culpa, dolo (direto e eventual), e buscar alguns casos já aplicados da teoria no direito pátrio.

O procedimento adotado para a realização da pesquisa baseia-se em método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e revisão bibliográfica, na qual foram utilizados livros, artigos científicos e jurisprudências.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUAS NOMENCLATURAS

A teoria da cegueira deliberada que tem sua origem no “commom law” do direito inglês, teve sua primeira aparição em 1861, através do julgado Regina v. Sleep, na Inglaterra. No qual um ferragista foi acusado de desviar fundos de bens públicos quando tentou embarcar em um navio com recipientes de parafusos de cobre que estariam marcados com o símbolo da coroa real que é utilizado para distinguir os bens que pertencem ao estado. Mas para ser penalizado no delito de desfalques e depósitos públicos era exigido que o indivíduo tivesse conhecimento sobre o pertencimento dos bens do estado, o que não foi comprovado. Com isso foi decidido sob a justificação de que não foi provado que o réu tinha conhecimento da origem dos bens, bem como, não houve prova de que Sleep se absteve de obter tal conhecimento em investigar as origens dos bens que transportava (SYDOW, 2017).

No Brasil a primeira decisão que se referiu a teoria foi no caso do furto do Banco Central em Fortaleza. No dia seguinte ao furto os integrantes da quadrilha dirigiram-se a uma concessionária e compraram 11 veículos, com dinheiro em espécie que foi subtraído do assalto. Sendo assim entendeu a Justiça Federal da 5ª Região que um dos envolvidos cometeu o crime de lavagem de dinheiro e o condenou com fundamento na teoria da cegueira deliberada, vejamos:

Recorde-se, aqui e uma vez mais, os conceitos de dolo eventual e a doutrina da cegueira deliberada expostos anteriormente, no que pese entendermos que José Charles sabia da ocorrência do furto e, conseqüentemente, da origem do dinheiro, bem como as condutas dos proprietários da Brilhe Car José Elizomarte e Francisco Dermival ao não se absterem de tal negociação suspeita, nem comunicarem às autoridades responsáveis. Da atuação de JOSÉ CHARLES MACHADO DE MORAIS no transporte de três veículos (com dinheiro oculto) e na entrega de oito veículos, dos onze veículos adquiridos na Brilhe Car, para membros da quadrilha.

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU DA 5a. REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CEARÁ 11a. VARA
SENTENÇA Nº SEN.0011._____/2007 - TIPO D
Processo nº 2005.81.00.014586-0 Classe: 31 Ação Penal Pública

No segundo grau, o Tribunal Regional Federal reformou a sentença, com o seguinte posicionamento:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO À CAIXAFORTE DO BANCO CENTRAL EM FORTALEZA. (...) TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (WILLFUL BLINDNESS). INEXISTÊNCIA DA PROVA DE DOLO EVENTUAL POR PARTE DE EMPRESÁRIOS QUE EFETUAM A VENDA DE VEÍCULOS ANTES DA DESCOBERTA DO FURTO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. (...) 2.4- Imputação

do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada, 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 PARÁGRAFO 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 PARÁGRAFO 2º. (...) (PROCESSO: 200581000145860, ACR5520/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 09/09/2008, PUBLICAÇÃO: DJ 22/10/2008 - Página 207).

A Teoria também é conhecida pela denominação de instrução do avestruz, que é relacionada com a ação do avestruz de esconder sua cabeça quando está em uma situação de perigo. Outra nomenclatura usada é a evitação da consciência. Sendo assim, essa teoria se configura na hipótese do indivíduo se colocar voluntariamente em ignorância sobre algum fato, com o objetivo de fugir das eventuais consequências (SILVA JUNIOR, 2015).

Em síntese entende-se que a doutrina possui duas vertentes: a cegueira deliberada e a ignorância deliberada. A primeira consiste na ação do sujeito que cria estratégias com o objetivo de, em perspectiva futura e incerta, se eximir de eventual responsabilização criminal, propositalmente colocando-se cego a várias circunstâncias fáticas que seriam capazes de configurar o dolo na sua perspectiva típica. Quanto à ignorância deliberada sua existência depende da constatação de suspeita do indivíduo sobre a possibilidade de estar agindo fora da legalidade, mas, mesmo diante de tal dúvida se nega a investigar quando podia, e, futuramente, o resultado ilícito e indesejável ocorre (SYDOW, 2017).

3 BREVES NOÇÕES SOBRE A LEI DE DROGAS 11.346/06 E OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO CRIME

Desde os primórdios da história as drogas nunca foi um problema fácil de ser erradicado, o estado sempre buscou reprimir usuários e traficantes tentando minimizar o comércio e o consumo. No âmbito internacional vários tratados já foram assinados para combater o uso e o tráfico de drogas, cada país legisla criminalizando ou não (COSTA, 2019).

A Lei de Drogas nº. 11.343/06 é também chamada de Lei Antidrogas ou Lei de Tóxicos. Teve sua criação para prevenir o uso indevido de drogas, focando em medidas de repressão à produção não autorizada pelo Poder Público, se atentando também na reinserção social de

usuários e dependentes de drogas (DIAS, ANGELIM, 2018).

A diferença entre o usuário, dependente e o traficante é aspecto inovador pois o usuário é um consumidor eventual de drogas que tem sua liberdade psicológica e física, já o dependente é considerado doente (BIZZOTTO *et al.*, 2017). Dessa forma o artigo 28 da Lei de drogas 11.343/06 passa a ser uma preocupação de tratamento, de apoio ao usuário, vejamos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

No que concerne ao tráfico, as medias são mais endurecidas no qual a penalidade vai de 5 a 15 anos de reclusão, vejamos no artigo 33 da lei de drogas 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Percebemos que no momento do flagrante, cabe à autoridade policial e ao Ministério público fazer um juízo determinando a conduta delituosa, para diferenciar o porte de drogas para consumo pessoal ou crime de tráfico, desse modo é necessária uma série de critérios que devem ser analisados para fazer uma distinção entre o usuário e o traficante (LIMA, 2016). Sendo assim não é apenas um fator que leva alguém a se envolver com drogas, mas vários fatores associados levam a esses resultados (COSTA, 2019). Sendo ele, à natureza e quantidade da substância apreendida, é evidente que somente esse critério não pode ser utilizado como um fator exclusivo de definição entre o tráfico ou consumo.

Nesse contexto para ter uma conduta que configure o art. 28, é de grande relevância que a quantidade apreendida seja pequena, de modo a permitir o consumo pessoal. Outro critério a ser observado é o local que ocorreu determinado fato, surgindo efeito para uma conduta delituosa no qual se for surpreendido em determinada localidade conhecida como algum ponto de distribuição de drogas, demonstrando entorpecentes em pequenas embalagens com um grande número de dinheiro, podemos concluir que se trata de tráfico de drogas. Embora não seja um critério absoluto a condição econômica de um agente na ocasião de ser flagrado portando uma grande quantidade de drogas, caso seja uma pessoa pobre seria um indicador de

tráfico, mas em alguns anos atrás, um conhecido ator da televisão foi flagrado comprando uma grande quantidade de drogas, em primeiro sentido devido a quantidade, poderia ter pensado em tráfico mas foi comprovado que o agente teria comprado nessa quantidade elevada para uso próprio com o intuito de não ser flagrado pela polícia ou pela mídia na hipótese de ter que comparecer diariamente a pontos de vendas de drogas (LIMA, 2016).

Para o estudo e reflexão sobre o tema proposto, é fundamental um conhecimento sobre fato típico e os elementos subjetivos do crime.

Uma das mais importantes questões no direito penal é saber diferenciar os elementos subjetivos para sua justa aplicação, esses elementos estão relacionados à vontade e à intenção do agente. Sendo assim, antes dos elementos subjetivos temos a conduta que é a ação ou omissão, dolosa ou culposa, voluntária ou consciente. Temos a tipicidade que é representada pelo encontro entre o fato ocorrido no mundo real e o fato previsto, à combinação perfeita do fato ao tipo penal incriminador faz derivar a tipicidade que é naturalmente antinormativa. Lembrando que para caracterizar essa conduta é necessário a existência da vontade e consciência. A vontade é o querer que leva o agente a praticar um ato, já a consciência é a possibilidade do agente realizar um julgamento de suas atitudes (NUCCI, 2019). Portanto, já podemos falar em resultado que é o evento situado no mundo físico, dessa forma o Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 do Código Penal traz:

Artigo. 18 – Diz-se o crime:

Crime doloso I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposos II – culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Nesse sentido o resultado parte de uma conduta dolosa ou culposa (NUCCI, 2019). Sobre o resultado da conduta existem duas teorias, a Teoria Naturalística e a Teoria Normativa. A teoria normativa dispõe de que o resultado da conduta é uma lesão ou um perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal no qual todo crime possui um resultado. Nesse sentido caso contrário, não existe crime, pois o resultado é uma lesão causada ao bem jurídico ou uma ameaça de lesão (CAPEZ, 2012). Já a teoria naturalística é uma modificação sensível do mundo exterior, sendo o evento situado no mundo físico, de modo que somente pode falar no resultado se existir alguma modificação passível de aptidão pelos sentidos (NUCCI, 2019).

Como conceito jurídico o dolo é a concretização, Segundo Galvão (2013), a diferenciação entre dolo e intenção pode ser entendida da seguinte forma:

Assim, o dolo pode ser entendido como o conceito jurídico que define a intenção que é necessária à adequação típica. O dolo não é um elemento descritivo de objetos apreensíveis da realidade naturalística. O dolo não existe na realidade natural: é criação abstrata do gênio humano, que só existe no mundo jurídico e visa a instrumentalizar a interpretação da realidade natural. Dolo é conceito técnico-jurídico que se refere a um dado da realidade natural que é a intenção, e somente pode ser compreendido no contexto normativo do juízo da tipicidade. Em uma expressão vulgar, pode-se dizer que o dolo está na cabeça do juiz, enquanto que a intenção como dado da realidade natural está na cabeça do réu. (GALVÃO, 2013, p.196-197).

Temos as espécies de dolo eventual que é a vontade do agente calculando uma possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, que pode ser não desejado, mas admitido. Por isso, a lei usa o termo “assumir o risco de produzi-lo”. Enquanto o dolo direto se caracteriza pela vontade consciente, que se dirige à produção do resultado típico se encaixando perfeitamente ao resultado desejado (NUCCI, 2019).

A culpa é um outro elemento subjetivo que é o comportamento desatencioso, que embora possa produzir um resultado lícito ou ilícito é não desejável pelo agente, mas sendo previsível que nesse caso poderia ser evitado. Temos ainda a modalidade de culpa inconsciente, que é a culpa quando o agente não tem o ato de prever o resultado, mas existe uma possibilidade de prever. A culpa consciente se caracteriza quando o agente prevê que sua determinada conduta pode ter um resultado que cause danos mas acredita que o resultado não se realizará (NUCCI, 2019).

No entendimento de Greco a culpa ocorre quando, pelo descumprimento de algum cuidado no qual se manifestou certa conduta que produziu um resultado não esperado pelo agente, ou seja, existe uma diferença do dolo, visto que, a conduta é direcionada a um fim específico, e a culpa é uma conduta mal direcionada. Dessa maneira, diferentemente ao dolo em que rege o tipo subjetivo, a culpa é ligada a um tipo aberto, por não delimitar um ato específico (GRECO, 2013).

4 ANÁLISE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERDA A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência brasileira vem aplicando a teoria da cegueira deliberada atribuindo uma responsabilidade subjetiva, no caso do indivíduo, que se nega deliberadamente de investigar ou criou estratégias para se esquivar da ilicitude de sua conduta. Porém, mesmo diante de atitudes como essas, são encontradas algumas sentenças que vem equiparando o instituto do dolo eventual com a teoria (ROCHA, 2018).

O erro que reside na equiparação, corresponde, à necessidade de se comprovar a consciência do indivíduo, o que não vem acontecendo. Outro ponto que falta na conduta é à aceitação dos riscos causados por sua ação, quando de uma certa forma ele não planejou e muito menos queria o resultado danoso, no qual sabemos que o dolo eventual depreende a “consciência” sobre a aceitação do resultado (SYDOW, 2017). Desse modo o alargamento do dolo eventual é capaz de violar princípios. Essa violação ocorre pela falta de um estudo acerca da matéria no qual as definições doutrinárias e uma reflexão sobre o tema são essenciais para um melhor entendimento e a falta desses estudos doutrinários causam uma divergência jurisprudencial sobre o tema que corresponde para circunstâncias gravosas ou menos gravosas e o direito busca o meio termo, a balança para uma correta equiparação das decisões.

Observando os precedentes estrangeiros da Corte de apelação federal dos Estados Unidos e a suprema corte Espanhola grande parte desses julgados se utiliza da premissa de que é possível imputar subjetivamente culpa (SYDOW, 2017). Por outro lado, a jurisprudência brasileira vem aplicando subjetivamente o dolo, vejamos no seguinte caso do tribunal de justiça do Paraná:

APELAÇÃO CRIME – TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO INTERIOR DE TRANSPORTE PÚBLICO (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, III, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06)– PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA, SOB A ALEGAÇÃO DE IGNORÂNCIA DA ACUSADA QUANTO À EXISTÊNCIA DE MATERIAL TÓXICO NO INTERIOR DA BAGAGEM POR ELA TRANSPORTADA – IMPROCEDÊNCIA – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS SUFICIENTEMENTE DELINEADAS NOS AUTOS – VERSÃO DA RÉ DESCONEXA COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONJUNTURA EMPÍRICA – PROVA TESTEMUNHAL LINEAR AO LONGO DA PERSECUÇÃO PENAL – MATERIAL SUBMETIDO AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – CONSUMAÇÃO DELITIVA NA MODALIDADE DE TRANSPORTAR SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE REFORMA DA DOSIMETRIA PENAL – EXTIRPAÇÃO DA MAJORANTE PRESCRITA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE TÓXICOS – NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DA DROGA OU INEQUÍVOCA INTENÇÃO DO AGENTE NA CONCRETIZAÇÃO DA MERCANCIA ILÍCITA NO INTERIOR DO TRANSPORTE PÚBLICO – PRECEDENTES DO STJ E STF SOBRE O TEMA – CUMULADO RECONHECIMENTO DA FIGURA PRIVILEGIADA DA TRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS)– ATUAÇÃO DA AGENTE NA CONDIÇÃO DE “MULA” – CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA O AFASTAMENTO DA BENESSE LEGAL – CARÊNCIA NOS AUTOS DE LASTRO PROBATÓRIO CONCRETO A EVIDENCIAR A PARTICIPAÇÃO DA RÉ EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, DOTADA DE PERMANÊNCIA E ESTABILIDADE – MODULAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA NO PATAMAR MÍNIMO (1/6) – TRANSPORTE DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE MATERIAL ESTUPEFACIENTE – REDIMENSIONAMENTO DA CARGA PENAL – IMUTABILIDADE DO REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO (SEMIABERTO) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJPR - 4ª C. Criminal - 0022537-59.2012.8.16.0030 - Foz do Iguaçu - Rel.: Desembargador

Renato Naves Barcellos - J. 13.09.2018) (TJ-PR - APL: 00225375920128160030 PR 0022537-59.2012.8.16.0030 (Acórdão), Relator: Desembargador Renato Naves Barcellos, Data de Julgamento: 13/09/2018, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/09/2018)

Conforme exposto, à agente recebeu uma mala de uma amiga e não conferiu o conteúdo da mesma. Posteriormente em viagem foi parada por policiais no qual encontraram conteúdo ilícito, sendo assim a agente foi condenada ao cumprimento de pena de 6 anos e 5 meses no regime semiaberto foi alegado a teoria da cegueira deliberada com a presença do dolo eventual como elemento subjetivo. Em apelação a ré teve uma diminuição da pena para 4 anos e 2 meses.

Podemos observar que pouco foi investigado a conduta da agente, poucas informações foram acrescentadas no caso. Sendo necessário para uma devida condenação ter que identificar uma motivação, o comportamento da agente, as circunstâncias de como aconteceu a entrega dessa mala, tudo isso é de grande relevância, histórico de viagens naquela rota devem ser observados também, tudo deve ser analisado com muito cuidado (SYDOW, 2017). Mas sabemos que os direitos fundamentais pouco são respeitados de uma forma justa, sabemos que muito pouco é investigado e em casos como esse, é feito um curto juízo de valor e é aplicado a pena.

Em um outro caso, um casal foi viajar e a pedido de um amigo deputado que tinha uma confiança dos réus, pediu para que levassem uma mala que seria entregue a uma pessoa no país que eles iriam desembarcar, dessa forma no terminal de embarque internacional foram presos em flagrante delito, transportando droga em suas bagagens em um fundo falso, como traz a jurisprudência em Anexo 1.

No crime ocorrido no anexo 1 a teoria da cegueira deliberada foi identificada quando o casal recebeu a mala a pedido de um terceiro de quem eles tinham muita confiança para transportar essa mala, sendo assim com toda confiança existente na conduta do terceiro, o casal não investigou o conteúdo que tinha nas malas e foram presos em flagrante antes de embarcar, transportando drogas em suas bagagens. No julgamento o juízo a quo considerou que não havia prova suficiente do dolo para fins da condenação, considerou também que os acusados desconheciam o conteúdo. O ministério público recorreu pedindo o reconhecimento do dolo eventual, mediante a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada e neste recurso o casal foi condenado.

Vejamos que neste caso as circunstâncias apontadas acima devem ser analisadas com muito cuidado, observando se o agente tinha conhecimento suficiente da informação, o comportamento do agente, o motivo da viagem, são tantos requisitos que devem ser observados para não punir de maneira errônea (SYDOW, 2017).

Temos uma incompatibilidade no qual, teria cabimento essa aplicação? Estaria a jurisprudência aplicando excessivamente o alcance do dolo? Existem casos que o sujeito confia tanto no outro a ponto de não observar procedimentos que são claros para nós que estamos estudando a teoria e a sua aplicação com uma outra visão do acontecimento. Neste caso é de fundamental importância que sejam observados também o local que foi entregue a mala, a conversa utilizada na entrega, a pessoa que entregou, todas essas circunstâncias devem ser analisadas com muito cuidado.

Nesse sentido um princípio que é pouco observado na aplicação da teoria é o princípio da presunção de inocência no qual o réu somente será culpado com o trânsito em julgado da decisão que o condene, portanto é inviável cumprir pena o inocente. Nesse sentido também o princípio do *in dubio pro reo* determina que, na dúvida, deve o juiz decidir em favor do réu, pois o seu estado natural é de inocência. Por outro lado, acabamos de mencionar na jurisprudência acima que existe um grau de dificuldade muito grande para o princípio ser usado (NUCCI, 2019).

Nesse entendimento os princípios são normas de um elevado grau, no qual as regras têm a mesma propriedade em graus diferentes, no qual os princípios são mais indeterminados. Sendo assim podemos perceber que em um sistema não pode ser composto de princípios ou somente de regras, mas sim um conjunto entre ambos (ÁVILA, 2015).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a Teoria da Cegueira Deliberada devido a sua deficiente discussão e aplicabilidade frente à Lei de Drogas. Verificou-se que a jurisprudência brasileira vem aplicando dolo eventual em casos que se caracterizariam como culpa ou até mesmo sendo necessária a exclusão da Teoria na aplicabilidade do devido caso concreto. O direito penal brasileiro vem sentido os efeitos da influência do “commom law” em razão da mundialização da criminalidade ocasionado pelas organizações criminosas, dessa forma o jurista Spencer Toth Sydow (2017) no seu livro A Teoria da Cegueira Deliberada, comenta alguns requisitos que são de fundamental importância para a devida aplicação da teoria, sendo eles:

- (1) deve se estar numa situação em que o agente não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o elemento de um tipo penal em que está inserido;
- (2) tal informação apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade;
- (3) o agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação suspeita relacionada à situação em que está

inserido; (4) deve haver um dever de cuidado legal ou contratual do agente sobre tais informações; (5) é necessário se identificar uma motivação egoística e ilícita que manteve o sujeito em situação de desconhecimento; (6) ausência de garantia constitucional afastadora de deveres de cuidado; (7) ausência de circunstancia de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada; (8) ausência de circunstancia de ação neutra. (SYDOW, 2017, p.258-259).

Conforme apresentado conclui-se que a aplicação da teoria da cegueira deliberada é possível, contudo que a jurisprudência use de acordo com requisitos corretos, lembrando que o conceito da teoria da cegueira deliberada não pode apenas se limitar para identificar situações em que só pode ser reconhecido o elemento do dolo adotado pelo Código Penal Brasileiro, estando apenas o dolo em algumas situações em determinados casos.

Dessa forma para que isso ocorra de uma maneira para obter mais segurança em suas aplicações, respeitando as limitações impostas pelas garantias constitucionais ao Direito Penal, será necessária uma adição da teoria no ordenamento jurídico brasileiro observando as limitações impostas colocadas com os requisitos elencados acima, não bastando apenas adotar institutos estrangeiros, pois é necessário um profundo estudo, ser delineado de uma forma viável para ambos os lados da balança. É também necessária uma uniformização de jurisprudência no que se refere à essas condições para aplicação, pois o desenvolvimento da teoria da cegueira deliberada pela jurisprudência vem permitindo várias distorções de um direito penal democrático.

Ainda há uma necessidade de mais estudos, debates, análises sobre a teoria. Sendo estes de fundamental importância para se obter resultados satisfatórios trazendo então mais segurança na sua aplicação, para não ocorrer essa limitação que vem acontecendo da aplicabilidade da teoria buscando na maioria das vezes o elemento do dolo, pois é notório que ainda existe muitas controvérsias sobre a teoria, muito ainda precisa ser estudado, para uma maior segurança em sua aplicabilidade no Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BIZZOTTO, A; RODRIGUES, A. B. **Nova lei de drogas: Comentários a lei 11.343/06 de 23 de agosto de 2006**. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

BRASIL, Código Penal. Decreto–Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL, Justiça Federal de Primeiro Grau da 5ª Região - 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0. Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Data de Julgamento: 28 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL, Tribunal Regional Federal 5ª região - Apelação Criminal 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Relator Rogério Moreira. 09 nov. 2008. Disponível em: http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020.

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/l11343.htm. Acesso em 11 abr. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná - TJ/PR - APELAÇÃO CRIME - TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO INTERIOR DE TRANSPORTE PÚBLICO (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, III, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06). Disponível em: <https://tjpr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/835716462/processo-criminal-recursos-apelacao-apl-225375920128160030-pr-0022537-5920128160030-acordao/inteiro-teor-835716469?ref=serp>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 962.694 - CE (2016/0204244-4) RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568136743/agravo-em-recurso-especial-aresp-962694-ce-2016-0204244-4>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CÂMARA, I. T. R. **O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 141, p. 61-91, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** v. 1, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, L. V. C. **Mulheres mulas do tráfico: estudo sobre a Lei 11.346/2006 sob uma perspectiva de gênero.** 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UCAP_d9815c2d497d8b37b02f59037ab8aaf1. Acesso em: 25 abr. 2020.

DIAS, A. R.; ANGELIM, A. **A Lei de Drogas 11.343/2006: Tráfico de Entorpecentes, Proibição e a Redução dos Danos.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento, v. 05, p. 33-44, 2018.

GALVAO, Fernando. **Direito penal: parte geral.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013

LIMA, R. B. **Legislação criminal especial comentada: volume único.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NUCCI, G. S. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, R. **La ignorancia deliberada em Derecho penal.** Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2008.

SILVA, I. R. **Teoria da cegueira deliberada e a sua (in) aplicabilidade no direito penal brasileiro: um estudo a partir das teorias do dolo e da tipicidade.** 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado no Curso de Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/6057> Acesso em: 24 abr. 2020.

SILVA JUNIOR, J. B. **Aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado no Curso de Direito) – Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2134>. Acesso em: 24 abr. 2020.

SYDOW, S. T. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. **Direito penal brasileiro: volume II**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ANEXO I

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 962.694 - CE (2016/0204244-4) RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ AGRAVANTE : ALICIO DA SILVA GONCALVES CARVALHO AGRAVANTE : SHEILA MAIZA DO ESPIRITO SANTO PEREIRA ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DECISÃO ALÍCIO DA SILVA GONÇALVES CARVALHO e SHEILA MAÍZA DO ESPÍRITO SANTO PEREIRA agravam de decisão que inadmitiu seu recurso especial, fundado no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação Criminal n. 12894/CE - 0013326-44.2013.4.05.8100). Depreende-se dos autos que os recorrentes foram absolvidos pelo Juízo singular da imputação referente à prática do crime descrito no art. 33 c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06 (fls. 2-6). O Ministério Público recorreu ao Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso acusatório para condenar os recorrentes como incurso no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos (fls. 386-400). Nas razões do recurso especial, sustenta ofensa ao art. 20 do Código Penal, alegando que os recorrentes incidiram em erro de tipo essencial, pois desconheciam o conteúdo das malas que transportavam - 4,496 kg de cocaína encontrados no fundo falso da mala de Alício Carvalho e 2,550 kg de cocaína encontrados no fundo falso da mala de Sheila Maíza. Pleiteia, assim, a absolvição dos recorrentes, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. O recurso especial foi inadmitido no juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal de origem ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ (fl. 441), o que ensejou a interposição deste agravo (fls. 444-470). O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 490-491, opinando pelo não provimento do agravo. Decido. O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada, preenchendo, dessa forma os requisitos de admissibilidade, razão pela qual comporta conhecimento. Quanto ao mérito do recurso especial, observa-se que o Tribunal de origem, após analisar detidamente as provas do caso concreto e as circunstâncias da conduta delitiva, afastou expressamente a tese de erro de tipo, concluindo haver comprovação suficiente de que os recorridos transportavam as drogas apreendidas com plena ciência de sua conduta ilícita. A esse respeito, confira-se o seguinte excerto do julgado: Veja-se que as provas carreadas aos autos evidenciam justamente o contrário do sustentada pela defesa, sendo estas suficientes à demonstração da ilicitude da conduta praticada pelos acusados. Neste sentido, impõe-se trasladar trechos do parecer do Parquet Federal de considerações pertinentes para o deslinde do caso, de seguinte teor: "É de se destacar a 'ausência' de estranhamento por parte dos recorridos, quanto à oferta da vultosa quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil euros) a eles oferecida pelo deputado ANICETO PENHOR para simplesmente fazerem o transporte de malas vazias. Portanto, é nítida a desproporcionalidade entre a promessa oferecida aos recorridos e as atividades a serem realizadas por eles, o que deveria ter-lhes causado o mínimo de suspeita possível. Ademais, como pode, em nome do bom senso, duas pessoas instruídas, uma estudante de direito e um inspetor fiscal, aceitarem, das mãos de uma pessoa totalmente estranha, fazer o transporte internacional, mesmo que a mando de alguém conhecido, de duas bagagens das quais desconheciam completamente o conteúdo? (...) Os Recorridos alegam em suas contrarrazões que: a) desconhecimento o conteúdo das malas que portavam; e b) que em face da confiança que depositavam na pessoa do Deputado Aniceto, não tinham como deduzir ou mesmo desconfiar de que estariam sendo induzidos à prática de delito concernente ao transporte de droga ilícita. Contudo, consta dos autos que os ora apelados receberam duas malas quando chegaram em São Paulo, de uma mulher que

desconheciam por completo, mas ficaram hospedados em sua residência, onde, inclusive, jantaram e pernoveram, e ainda assim não sabem indicar sequer o seu nome. Na sentença vergastada se reconheceu a existência de 'uma natural ascendência pessoal e moral sobre os acusados', exercida pelo referido Deputado. Na hipótese em testilha, é de se questionar tal 'ascendência moral', a qual, inclusive, se diga de passagem, não foi suficientemente comprovada, e que também não explica as inúmeras incongruências abaixo elencadas. Devido a esta suposta 'ascendência moral', os Recorridos teriam consentido em transportar duas malas vazias, em nada questionaram o fato de que, embora 'vazias', pesassem 4.496 kg uma e 2.250 kg a outra. De fato, estranho é que os apelados não tenham sequer desconfiado que no interior daquelas bagagens existisse algo, no mínimo, digno de levantar suspeita. É de salientar que, se os ora apelados estavam fazendo um 'favor' ao Deputado multimencionado, por que motivo receberam a promessa de R\$ 2.000,00 (dois mil euros) para realizarem tal tarefa sem desconfiar de nada? Em nome do bom senso, não há como aceitar a tese de que os apelados não perceberam, em nenhum momento, que se tratava de situação completamente alheia à normalidade. (...) Assim sendo, diante de tantas incoerências, resta caracterizada a insubsistência encontrada nas versões dos recorridos, não lhes socorrendo a alegada tese de ingenuidade, denotando seu conhecimento sobre o que transportavam e, conseqüentemente, acerca da ilicitude da conduta." Dessa forma, para se alterar a conclusão fática alcançada pela Corte regional e admitir a alegação de que os recorridos desconheciam o conteúdo das malas que transportavam, seria imprescindível amplo reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível no âmbito do recurso especial, conforme se extrai da Súmula n. 7 do STJ. Nesse sentido: [...] 1. Se o acórdão estadual indicou provas testemunhais para confirmar que a adolescente, vítima do crime previsto no art. 243 do ECA, não aparentava ser maior de idade, a alegação de erro de tipo demanda incursão vertical no acervo fático-probatório dos autos para ser acolhida, o que é vedado em recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 1.215.440/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., DJe 12/03/2018, destaquei). [...] I - A pretensão de reforma do decisum, pelo reconhecimento de insuficiência probatória ou pelo reconhecimento da excludente decorrente do erro de tipo, esbarra na necessidade de revolvimento de fatos e provas para que se afastem as conclusões a que chegou o eg. Tribunal a quo, o que é inviável nesta instância a teor do enunciado sumular n. 7 desta Corte. II - Não prospera a alegação de que há dissenso pretoriano, uma vez que a jurisprudência desta Corte tem entendimento no sentido de que, uma vez comprovada a origem estrangeira de componentes eletrônicos dos equipamentos apreendidos, resta caracterizada a materialidade delitiva do crime de contrabando (precedentes). Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 876.693/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 09/11/2016, destaquei). À vista do exposto, conheço do agravo para, com fundamento no art. 932, III, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, a, do RISTJ, não conhecer do recurso especial. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 11 de abril de 2018. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

(STJ - AREsp: 962694 CE 2016/0204244-4, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 18/04/2018)