

A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Gina Copola¹

I – A Teoria da Cegueira Deliberada – *willful blindness* – surgiu na Inglaterra em 1.861, e tem sido invocada por alguns autores de ações de improbidade administrativa, e recentemente também foi invocada por v. acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Tal Teoria também chamada de Teoria das Instruções de Avestruz ou Doutrina do Ato de Ignorância ou Teoria da Evitação de Consciência é aplicada para situações em que o agente finge não saber – ou não ter consciência - da ilicitude de seus atos.

Sobre a Teoria ensina BRUNO FONTENELE CABRAL²

“Dessa forma, o agente comporta-se como uma avestruz, que enterra sua cabeça na terra para não tomar conhecimento da natureza ou extensão do seu ilícito praticado. Sendo assim, para a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, é necessário que o agente tenha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, direitos ou valores sejam provenientes de crimes e que o agente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. Em síntese, pode-se afirmar que a Teoria da Cegueira Deliberada busca punir o agente que se coloca, intencionalmente, em estado de desconhecimento ou ignorância,

¹ Advogada com grande experiência em direito público e ramos correlatos. Pós-graduada em Direito Administrativo pela FMU. Ex-Professora de Direito Administrativo na FMU. Publicou os livros Elementos de Direito Ambiental, Desestatização e Terceirização, A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo, A improbidade administrativa no Direito Brasileiro. Co-autora do livro Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos. Autora de cerca de mais de duas centenas de artigos, com mais de 700 publicações, sobre temas de direito administrativo e ambiental.

² CABRAL, Bruno Fontenele. [Breves comentários sobre a teoria da cegueira deliberada \(willful blindness doctrine\)](#). *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3193, 29 mar. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21395>. Acesso em: 16 set. 2020.

para não conhecer detalhadamente as circunstâncias fáticas de uma situação suspeita”

O agente, portanto, propositadamente se posiciona em condição de ignorância, e, com isso, finge que não sabe da ilicitude de sua conduta para obter a vantagem pretendida.

Para o professor VICTOR AUGUSTO ESTEVAM VALENTE³:

“Segundo essa teoria, o agente, de modo deliberado, se coloca em situação de ignorância, criando obstáculos, de forma consciente e voluntária, para alcançar um maior grau de certeza acerca da potencial ilicitude de sua conduta. Vale dizer, o infrator provoca o seu desconhecimento acerca do ilícito, de modo que sua ignorância deliberada passa a equivaler-se ao dolo eventual ou, até mesmo, à culpa consciente”

Mas o dolo eventual ou a culpa consciente não podem servir como elemento subjetivo para configurar a prática de ato de improbidade administrativa, conforme a doutrina e a jurisprudência majoritárias.

II - Isso porque o ato de improbidade administrativa exige o dolo direto para sua configuração.

Improbidade é e sempre foi sinônimo de *desonestidade*, de *inidoneidade*, e sem intenção preexistente ninguém pode ser considerado ímprobo, por contradição essencial e insuperável de ideias.

Sem a figura do dolo resulta e é virtualmente impossível a caracterização de improbidade em ato algum de autoridade.

Com todo efeito, tanto na doutrina quanto sobretudo na jurisprudência superior é pacífico e convergente o entendimento de que a ação de improbidade administrativa deverá ser manejada para os casos em que fica inequivocamente demonstrado que o agente público *utilizou-se de expediente que possa ser caracterizado como de má-fé*, com a nítida intenção de beneficiar-se pela lesão ao erário, e apenas assim.

³ VALENTE, VICTOR AUGUSTO ESTEVAM, *Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada requer cuidados na prática forense*, Consultor Jurídico, de 9 de agosto de 2.017

O elemento subjetivo dos tipos contidos da LIA é o **dolo** e apenas o dolo, decorrente da vontade do agente público em locupletar-se às custas do erário, enriquecendo-se em detrimento do Poder Público.

E, portanto, como enquadrar tais premissas na Teoria da Cegueira Deliberada?

III – O e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu muito recentemente e mais uma vez que *sem dolo não há ato de improbidade administrativa*. Trata-se da Apelação nº **1003043-70.2016.8.26.0323**, relator Des. RICARDO FEITOSA, da 4ª Câmara de Direito Público, julgada em **14 de setembro de 2.020**, com a ementa:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA PREFEITURA MUNICIPAL DE LORENA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES AUSÊNCIA DE PROVA DE DOLO OU MÁ-FÉ IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADA DEMANDA PROCEDENTE RECURSO DO RÉU PROVIDO”

E consta do v. voto condutor:

“Ao comentar aludido dispositivo, e após indagar se toda a violação da legalidade configura improbidade, Marino Pazzagliani Filho leciona:

“Claro que não, pois, se tal premissa fosse verdadeira, qualquer ação ou omissão do agente público contrária à lei seria alçada à categoria de improbidade administrativa, independentemente de sua natureza, gravidade ou disposição de espírito que levou o agente público a praticá-la. Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a ocorrência daquela, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. É imprescindível à sua tipificação que o ato ilegal tenha origem em conduta desonesta, ardilosa, denotativa de falta de probidade do agente público.

Com efeito, as três categorias de improbidade administrativa têm idêntica natureza intrínseca, que fica nítida com a análise do étimo remoto da palavra improbidade.

O vocábulo latino *improbitate*, como já assinalado, tem o significado de “desonestidade” e a expressão *improbrus administrator*, quer dizer, administrador desonesto ou de má-fé.

Portanto, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade deve ter esse traço comum e característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.”

E o v. acórdão cita precedente no mesmo sentido.

Não há como conjugar tais conceitos acima com a ideia de um dolo eventual, ou com a ideia de um agente que finge ignorância enterrando a cabeça na terra como um avestruz.

IV – Ocorre, porém, que existem alguns julgados no ensejo de conciliar tais conceitos, ou seja, no sentido de que há improbidade por aplicação da teoria da cegueira deliberada.

São julgados isolados e que não constituem a posição majoritária do Tribunal de Justiça de São Paulo, mas que precisam ser aqui citados.

O primeiro que se tem notícia e que é considerado o precursor nesse sentido no âmbito do TJSP, é o venerando acórdão proferido na Apelação nº **0009252-56.2010.8.26.0073**, relator Des. REBOUÇAS DE CARVALHO, 9ª Câmara de Direito Público, julgado em 9 de abril de 2.014, com a seguinte ementa:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA Prejuízo ao erário devidamente confirmado pelas provas produzidas Contratação de serviços de plantões médicos junto ao Pronto Socorro de Avaré por intermédio de Termo de Parceria, em valor muito superior ao contrato anterior, e sem a realização de licitação - Superfaturamento constatado - Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada - Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado, ante a constatada cavilosidade dos corréus Procedência da ação mantida Diferimento do

recolhimento das custas deferido Apelação do réu Joselyr não provida e provida em parte a da ré IBDPH”

E o voto condutor esclareceu que teve como fundamento o julgamento proferido pelo Plenário do e. STF na Ação Penal nº 470, relator Min. JOAQUIM BARBOSA.

Vejamos:

“Guardadas as devidas proporções, é evidente, em tempo de exposição pública e notória pelo julgamento televisionado ao vivo da Ação Penal 470 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em que de forma corajosa e destemida o Poder Judiciário não se encolheu, frente aos muitos interesses envolvidos, na condenação de criminosos que estavam a praticar infrações penais (corrupção passiva, ativa, lavagem de dinheiro) e, nesta ocasião, uma determinada teoria foi suscitada pelo sempre profundo Ministro Celso de Mello, e que poderá ser agora aventada neste caso concreto, qual seja TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA ou DA IGNORÂNCIA DELIBERADA, também conhecida como DOCTRINA DA CEGUEIRA INTENCIONAL, TEORIA DAS INSTRUÇÕES DE AVESTRUZ ou DOCTRINA DO ATO DE IGNORÂNCIA CONSCIENTE, criada pela Suprema Corte Norte Americana (willful blindness doctrine), cuja síntese diz respeito à tentativa de se afirmar ignorância deliberada e fingida acerca da situação de ilicitude, com vistas a objetar uma determinada vantagem”

Ocorre que o precedente citado pelo v. acórdão do TJ cuida de Ação Penal, hipótese em que é possível aplicar o conceito de dolo eventual, diversamente das ações de improbidade.

São âmbitos absolutamente diversos.

V – E recentemente – 2 de setembro de 2.020 – novamente o e. TJSP fundamentou v. acórdão em ação de improbidade na Teoria da Cegueira Deliberada.

Trata-se da Apelação nº **1002825-20.2017.8.26.0319**, relator Des. SOUZA MEIRELLES, 12ª Câmara de Direito Público, com o seguinte acórdão:

“Nesta mesma linha de reflexões, considerado o “conjunto da obra” de ambos prefeitos, repleto de pecados e pecadilhos de trivial detecção, quer-me sugerir a existência de um campo assaz propício à aplicação da moderna teoria da “cegueira deliberada” (willful blindness) também conhecida como doutrina da evitação da consciência (conscious avoidance doctrine), construto jurisprudencial de origem inglesa e norte-americana inspirado na Ostrich Instructions Doctrine . Nesse compasso sutil de malícia, o agente transgressor forja barreiras psicológicas ou tapa os olhos para os protocolos legais que tem de trilhar no âmbito de suas responsabilidades como agente político. (...)

Embora sabedor dos mecanismos plenos para averiguação e do dever de evitar o resultado, comporta-se de caso pensado como na mitologia popular do avestruz, ave de visão e audição aguçadas que, antes de irremediavelmente optar pela fuga, prima por deitar sua cabeça e o pescoço rente ao chão ao primeiro sinal de perigo (...)

Trata-se de moderna técnica de prospecção do elemento subjetivo assemelhada ao dolo eventual e não de culpa grave – a lançar novas luzes sobre a responsabilização dos transgressores da Lei 8.429/92, aqui de plena pertinência complementar na configuração do fator anímico”

Ainda na mesma esteira é o também recente v. acórdão proferido na Apelação nº **1000046.62.2019.8.26.0565**, rel. Des. REBOUÇAS DE CARVALHO, 9ª Câmara de Direito Público, julgada em 30 de julho de 2020, com a seguinte ementa:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Contrato Administrativo nº 32/2016 Licitação na modalidade concorrência destinada à prestação de serviços de publicidade - Empresa vencedora beneficiada por manobra

devidamente comprovada nos autos, pois não exercia era apta a exercer os serviços de publicidade Caráter competitivo da licitação frustrado - Provas Conclusivas que dão conta da ocorrência do prejuízo ao erário e que já foi objeto de apreciação e condenação na Ação Popular em que se buscou a anulação do contrato e ressarcimento dos danos-Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada - Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado, ante a constatada conivência praticada pelos corréus Infringência do art. 10, VIII e XII, ambos da Lei nº 8.249/92 Procedência da ação ora decretada, com aplicação das penalidades administrativas nos termos do art. 12, II e par. Único, da Lei nº 8.429/92 Recurso do Ministério Público e da Municipalidade providos.”

VI – Cite-se, ainda, o venerando acórdão na Apelação nº **1005742-59.2017.8.26.0271**, rel. Des. Souza Meirelles, 12ª Câmara de Direito Público, julgada em 8 de julho de 2.020, com a ementa:

“Ação civil pública de responsabilização por atos de improbidade administrativa pluriacumulação de cargos ou empregos públicos de médico em três municípios distintos vedação absoluta de matriz constitucional contida no art. 37, XVI, “c” da Carta-Mãe da República fraude por dissimulação desvendada pelo Tribunal de Contas - ultraje aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência dolo - concepção ético-normativa e não psicológica ou ontológica aplicabilidade da teoria da “cegueira deliberada” ou da evitação da consciência obrigação de ressarcir o erário - sentença de procedência mantida recurso de apelação improvido, com determinação”

E, por fim, traz-se à colação o v. acórdão na Apelação nº **1002992-73.2017.8.26.0404**, Des. SOUZA MEIRELLES, 12ª Câmara de Direito Público, julgada em 21 de junho de 2.020, com a ementa:

“Ação civil pública de responsabilização por ato de improbidade administrativa prefeito descaminho de verbas vinculadas ao fomento da atividade

educacional diferença substancialmente menor face aos percentuais que deveriam ter sido aplicados das receitas provenientes de arrecadação de impostos e recursos do fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica reprovação das contas pelo órgão censório no respectivo exercício orçamentário precedida de emissão de alerta ao gestor impenitente

Dolo administrativo concepção ético-normativa e não psicológica ou ontológica Impraticável o Direito arvorarse a psicanalista para perscrutar as tendências mais íntimas a incitarem ou direcionarem a improbidade, extrai-se o elemento anímico de externalidades sensíveis indicativas de violação sistêmica de dever vinculante de gestão pública incidência complementar da teoria da “cegueira deliberada” - sentença procedência preservada recurso de apelação não provido”

VII – Não podemos, respeitosamente, concordar com tais acórdãos que decidem pela aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada em ações de improbidade administrativa, que, conforme é cediço em direito, exigem a ocorrência do elemento subjetivo do dolo direto, e não eventual.

A Teoria da Cegueira ou das Instruções de Avestruz é aplicada sem maiores contestações no âmbito dos crimes, como os eleitorais por exemplo, mas no campo das ações de improbidade é uma novidade indesejável, que pode dar azo a decisões apartadas de toda a construção jurisprudencial elaborada até agora, que exige o elemento volitivo (dolo) para a configuração.

É preciso ter sensatez e prudência para aplicação de tal Teoria, portanto, ou de outro modo, grandes injustiças serão decretadas.