

ano 23 – n. 94 | outubro/dezembro – 2023
Belo Horizonte | p. 1-242 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v23i94
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2023 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: (31) 99412.0131
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral IISSN impresso 1516-3210 IISSN digital 1984-4182
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A cegueira deliberada como causa configuradora de ato de improbidade administrativa: indagações preliminares

Willful blindness as a cause for an act of administrative improbity: Preliminary inquiries

Rogério Gesta Leal*

Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)
gestaleal@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-1372-6348>

Recebido/Received: 09.03.2023/ 09 March 2023

Aprovado/Approved: 02.11.2023/ 02 November 2023

Resumo: O problema que pretendemos indagar neste texto é o atinente à adequação, ou não, do instituto da cegueira deliberada, muito utilizada no âmbito do direito penal, para caracterizar determinados atos de improbidade administrativa. Em face disso, nossa hipótese é a de ser possível reconhecer comportamentos de agentes que evitam conhecer elementos configuradores da ilicitude de suas ações ímprobas como cegueira deliberada, capaz de responsabilizá-los nos termos da lei de regência dessa matéria.

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* LEAL, Rogério Gesta. A cegueira deliberada como causa configuradora de ato de improbidade administrativa: indagações preliminares. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 94, p. 165-199, out./dez. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i94.1778.

* Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) (Brasil) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMPRS) (Brasil), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Doutor em Direitos Humanos pela Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Presidente da Quarta Câmara Criminal, especializada em Crimes de Prefeitos e Vereadores e Crimes contra a Administração Pública. *E-mail:* gestaleal@gmail.com.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Cegueira deliberada. Responsabilidade jurídica. Agentes públicos. Ilícitude.

Abstract: The problem we intend to investigate in this text concerns the adequacy, or not, of the institute of willful blindness, widely used in the context of criminal law, to characterize certain acts of administrative improbity. In view of this, our hypothesis is that it is possible to recognize behaviors of agents who avoid knowing elements that configure the illegality of their improper actions such as deliberate blindness, capable of holding them accountable under the terms of the governing law of this matter.

Keywords: Administrative improbity. Willful blindness. Legal responsibility. Public agents. Illicitness.

Sumário: **1** Notas introdutórias – **2** Aspectos histórico-conceituais da cegueira deliberada – **3** Algumas reflexões sobre a cegueira deliberada no Brasil – **4** A cegueira deliberada no âmbito da improbidade administrativa enquanto espécie de dolo eventual: condições e possibilidades – Considerações finais – Referências

1 Notas introdutórias

O objetivo geral deste trabalho é avaliar as condições e possibilidades de conferir maior efetividade a responsabilidade por atos de improbidade administrativa no Brasil, nomeadamente em face da nova legislação que regula a matéria.

Para tanto, o problema que pretendemos indagar neste texto é o atinente à adequação, ou não, do instituto da cegueira deliberada, muito utilizada no âmbito do direito penal, para caracterizar determinados atos de improbidade administrativa.

Em face disso, nossa hipótese é a de ser possível reconhecer comportamentos de agentes que evitam conhecer elementos configuradores da ilicitude de suas ações ímprobas como cegueira deliberada, capaz de responsabilizá-los nos termos da lei de regência dessa matéria.

Elegemos desenvolver esse texto a partir dos seguintes objetivos específicos: (i) identificar os aspectos histórico-conceituais da cegueira deliberada; (ii) verificar como está se constituindo o debate sobre a cegueira deliberada no Brasil; (iii) propor a utilização do instituto da cegueira deliberada como conformadora de determinados atos de improbidade administrativa, associando-a a modalidade de dolo.

Pretendemos utilizar no texto o método dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos gerais a serem declinados. Utilizaremos para tanto técnica de pesquisa com documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

2 Aspectos histórico-conceituais da cegueira deliberada

O tema da cegueira deliberada, enquanto comportamento humano voltado à evitação consciente do conhecimento da lei – do certo e errado –, encontra-

se presente em debates muito antigos, desde a filosofia grega, passando pela civilização romana e chegando até os dias de hoje.¹

A literatura especializada tem referido que o conceito de ignorância deliberada é compreendido de múltiplas formas, tais como: evitação consciente; propósito consciente de evitar aprender a verdade; escolher deliberadamente não aprender, propositalmente abstendo-se de toda investigação; fechar deliberadamente os olhos, dentre outros.² Nomeadamente no direito penal, aquela expressão pode ser tomada como construção jurisprudencial – já que não se encontra normatizada em lei vigente –, no sentido de que: “Wilful ignorance is employed in criminal law primarily, and most controversially, as a mental state that satisfies a required mens rea of knowledge.”³

Podemos dizer que, no mínimo, desde a segunda metade do século 19, a Inglaterra já tratava do tema em linhas gerais, como no caso Regina v. Sleep (1876), envolvendo a condenação de ferreiro que estava na posse de bens públicos, mas dizia desconhecer sua origem, posteriormente revogada justamente pelo argumento de que não tinha esta consciência; e mais, inexistia prova de que se abstera intencionalmente de alcançar esta informação.⁴ Restou claro, nessa oportunidade, que importa a valoração para fins de responsabilidade se o agente voluntariamente deixa de obter conhecimento sobre o fato ilícito.

¹ MCINTYRE, Lee. *Respecting Truth – Wilful Ignorance in the Internet Age*. New York: Routledge, 2015.

² Ver o trabalho de EDWARDS, John L. The criminal degrees of knowledge. *The Modern Law Review*, v. 17, n. 4, Jul. 1954. Esse autor dá como sinônimas as expressões ignorância deliberada (*wilful ignorance*) e imprudência (*recklessness*). Na mesma direção o texto de ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 81, p. 191-192, 1990.

³ CHARLOW, Robin. Wilful ignorance and criminal culpability. *Texas Law Review*, v. 70, n. 6, p. 1353, May 1992, grifos nossos.. Indica o autor alguns casos nesta direção ocorridos nos EUA: “Spurr v. United States, 174 U.S. 728 (1899) (approving jury instruction that wilful ignorance of a fact satisfies a mens rea of knowledge when there is a specific statutory duty to ascertain the fact); People v. Brown, 16 P. 1 (Cal. 1887) (using wilful ignorance to infer actual knowledge); Bosley v. Davies, 1 Q.B.D. 84 (1875) (holding that wilful ignorance satisfies the *mens rea* of “suffering” illegal activity). These early rulings were then cited as authority for more expansive uses of the doctrine, even though their rationales no longer applied. See, e.g., Griego v. United States, 298 F.2d 845, 849 (10th Cir. 1962) (relying on Spurr to equate wilful ignorance with knowledge in a drug importation case.”

⁴ EDWARDS, John L. The criminal degrees of knowledge. *The Modern Law Review*, v. 17, n. 4, p. 298, Jul. 1954, grifos nossos: “(...) the jury have not found that the prisoner either knew that the goods were government stores or wilfully shut his eyes to the fact”. Lembra esse autor que, mais tarde, em 1875, no caso Bosley v. Davies, esse assunto volta à tona, envolvendo o descumprimento de regulação hoteleira e jogo ilegal de cartas, alegando a proprietária do estabelecimento que não tinha conhecimento do ocorrido nas dependências de seu imóvel. O tribunal advertiu que bastaria para configurar responsabilidade penal na espécie a existência de *evidências* de que a proprietária, ou seus funcionários, foram *coniventes* com a jogatina ilícita (EDWARDS, John L. The criminal degrees of knowledge. *The Modern Law Review*, v. 17, n. 4, p. 299, Jul. 1954). Interessante notar que, para o tribunal, a *connivance* é definida como *winking* (piscadela), no sentido de que: “The winking metaphor, like most of the definitions of connivance, assumes that the party involved really does know, though he pretends not to know. In this conception of connivance, knowledge exists but is deliberately hidden” (EDWARDS, John L. The criminal degrees of knowledge. *The Modern Law Review*, v. 17, n. 4, p. 315, Jul. 1954).

Questão sem resposta definitiva nessa quadra histórica. Ainda, é a atinente ao tipo/grau/intensidade da suspeita/conhecimento que o acusado deve ter para configurar a cegueira deliberada, o que envolve a qualidade da prova em particular, até em face do forte argumento de Robbins, no sentido de: “The central legal question raised by this approach is whether a conviction based on a deliberate-ignorance, or “ostrich,” jury instruction is compatible with the constitutional requirement that the prosecution prove each element of the crime, including knowledge, beyond a reasonable doubt.”⁵

Os casos submetidos a essa possibilidade vão se ampliando com o tempo, justamente porque inexistente normativa cogente que defina com exatidão o seu significado, partindo de situações envolvendo desde o tráfico de drogas, a importação de substâncias controladas, roubo de propriedade do governo, fraude de títulos e ocultação de prisioneiros fugitivos, bancarrotas empresariais, dentre outros.⁶

Por outro lado, e até considerando a base casuística do conceito de cegueira deliberada, cumpre referir que muitos dissensos foram se formatando ao longo do tempo em relação a esta perspectiva, dentre os quais o de que, quando o Poder Legislativo cria algum ilícito exigindo a sua constituição determinado tipo de conhecimento do sujeito ativo, os tribunais não podem aceitar outro *mens rea*; e quando o fazem, estariam agindo de forma inconstitucional, pois permitindo que estado mental (ignorância intencional) diferente daquele especificado em lei (conhecimento) seja usado para configurar o delito.⁷

De certa forma a jurisprudência do século 20, nos EUA, vai confirmar esses elementos, basta vermos o caso *United States v. Erie R. Co.* (1915),⁸ quando o tribunal reconheceu que não se pode ignorar deliberadamente os fatos que uma indagação razoável revelam; o caso *United States v. General Motors Corp.* (1955),⁹

⁵ ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 81, p. 194, 1990. A autora, ao tratar da figura da cegueira deliberada, faz distinção entre *conhecimento (knowingly)* – ou não – da natureza delincente do fato, e *desconsideração (recklessness)* dela, sendo necessária a última para configurar a *wilful blindness*. Em suas palavras: “(...) knowledge requires belief that a fact is certain or near certain, but recklessness requires an awareness that the fact is something less than certain, and it never requires an awareness that the fact is more than substantially probable.” Tal desconsideração conta com modelo de imputação mais voltado à negligência do que à do dolo, em *numerus clausus*, penalizando apenas determinados delitos identificados pela norma penal.

⁶ Como nos mostra o caso *United States v. Pacific Hide & Fur Depot, Inc.*, 768 F.2d 1096m 1098 (9th Cir. 1985). Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-pacific-hide-fur-depot>.

⁷ Ver as explicações nesse sentido na decisão da Suprema Corte dos EUA, no caso *Morissette v. United States*, 342, U.S. 246,263 (1952), quando o julgado afirma categoricamente que: “The spirit of the doctrine which denies to the federal judiciary power to create crimes forthrightly admonishes that we should not enlarge the reach of enacted crimes by constituting them from anything less than the incriminating components contemplated by the words used in the statute.” Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/246/>.

⁸ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/237/402/>.

⁹ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/127/>.

julgando que não é possível, voluntaria e deliberadamente, permanecer ignorante diante de fatos criminosos, pois, quando alguém está diante de intenção consciente para evitar o esclarecimento, resta justificado reconhecer que agiu com conhecimento negativo, devendo ser responsabilizado de alguma forma.

Com o advento do Model Penal Code, em 1962, a despeito de não constituir norma legal cogente para todo o território nacional daquele país, foi possível criar determinados parâmetros para o tratamento de casos criminais e de suas decisões jurisdicionais, nomeadamente em face do tema da imputação – em especial subjetiva – e da culpabilidade, ai tocando nos distintos tipos de mente culpada (*mens rea* – seção 2.02 (7)), a saber: (i) *purposefully* (quando a pessoa age com propósito dirigido a determinado fim): (ii) *knowingly* (quando a pessoa age com conhecimento da natureza da sua conduta, das circunstâncias envolvidas, ou da alta probabilidade de se verificar determinado resultado); (iii) *recklessly* (quando a pessoa age com desconsideração), ou *negligently* (negligência).¹⁰ Essas definições do Model Penal Code trazem dois importantes elementos que vão estar sempre presentes nesses debates: (i) a consciência da alta probabilidade da existência do fato criminoso e (ii) a ausência de atual crença na não existência do fato criminoso, enquanto fatores de responsabilização.¹¹

Vale no ponto a lição de Larry Alexander, Kimberly Ferzan e Sephen Morse:

The Model Penal Code revolutionized mens rea by reducing mental-state terminology to four concepts: purpose, knowledge, recklessness, and negligence. As defined by the Model Penal Code, purpose requires that the forbidden result be one's conscious object or that one is aware – or hopes or believes – that a forbidden circumstance (e.g., that the property one is receiving is stolen) exists. Knowledge with respect to results (e.g., death, injury, destruction) requires that one be practically certain that one's conduct will bring about such results. Knowledge with respect to circumstances requires that one be aware that such circumstances exist. Recklessness entails the conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk that a forbidden result may occur or that relevant circumstances exist. Negligence requires that one is unreasonably unaware of a substantial and unjustifiable risk that the forbidden result may occur or that the relevant circumstances exist. *This*

¹⁰ Para esse estatuto penal: "(...) knowledge of the existence of a fact is also established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist" (seção 2.02 (7)). Ver a excelente avaliação desses temas que faz o texto de DUBBER, Markus D. *An Introduction to the Model Penal Code*. New York: Oxford University Press, 2015. p. 35 e ss.

¹¹ Esse destaque é dado por MOORE, Michael S. Causation and the excuses. *California Law Review*, v. 73, n. 4, Jul. 1985.

*hierarchy presupposes that purpose is more culpable than knowledge, knowledge is more culpable than recklessness, and recklessness is more culpable than negligence.*¹²

Em 1967 vamos ter, no caso *Leary v. United States*,¹³ julgado pela Suprema Corte norte-americana e envolvendo suposto transporte de maconha na travessia para o México,¹⁴ fundamentos sólidos para o tratamento da cegueira deliberada na perspectiva que acabamos de indicar, entendendo que, quando o conhecimento da existência de fato particular for elemento de determinada infração, verifica-se tal conhecimento se o sujeito for consciente da alta probabilidade da existência do fato, salvo se realmente acredite que esse não existe.¹⁵

Quase 10 anos depois, em 1976, no caso *United States v. Jewell*, em que se acusava o réu de posse de substância controlada, em violação ao artigo 21, U.S.C.S. §841: (a) (1), o júri foi instruído no sentido de que a violação desta norma exigia *intenção específica*, e que o conhecimento sob a lei não demandava que o réu tivesse “conhecimento positivo” de que uma substância controlada estava envolvida.¹⁶ “O tribunal considerou que o conhecimento exigido na norma abrange não apenas conhecimento positivo, mas também ignorância deliberada”, vez que havia evidências demonstrando que ele “evitou deliberadamente ter ciência” da presença de substâncias controladas, tendo a sua condenação sido confirmada em grau recursal. Esses argumentos solidificaram ainda mais a tese de que deveria existir equiparação entre “conhecimento certo de determinados ilícitos e a consciência da alta probabilidade dos seus elementos constitutivos em face das circunstâncias concretas envolvendo os fatos e seus protagonistas”. Ou seja, a abstenção do

¹² ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability* – A Theory of Criminal Law. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 23-24. grifos nossos. A jurisprudência foi ampliando os significados desses conceitos com expressões como “deliberately chose not to learn; with a conscious purpose to avoid learning the truth; purposefully contrived to avoid learning of the illegal conduct; deliberately and consciously avoided confirming; deliberate avoidance of positive knowledge; and deliberately closed his eyes to what would otherwise have been obvious to him”, como nos informa CHARLOW, Robin. *Wilful ignorance and criminal culpability*. *Texas Law Review*, v. 70, n. 6, p. 1371, May 1992.

¹³ Grifos nossos. Ver decisão no *site* <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/>.

¹⁴ A respeito da seleção de casos pela Suprema Corte americana, ver: ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. *Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the “writ of certiorari”*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 189-204, jan./abr. 2020.

¹⁵ No caso *United States v. Heredia*, (2007, grifos nossos), o tribunal decidiu que: “You may find that the defendant acted knowingly *if you find beyond a reasonable doubt* that the defendant was aware of a high probability that drugs were in the vehicle driven by the defendant and deliberately avoided learning the truth. You may not find such knowledge, however, if you find that the defendant actually believed that no drugs were in the vehicle driven by the defendant, or if you find that the defendant was simply careless.” Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1043763.html>.

¹⁶ *United States v. Jewell*. 532 F.2d 697, 700 (9th Cir.1976). Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1320634.html>. No caso citado, o sujeito se colocou deliberadamente ignorante com o intuito de evitar obter o conhecimento eventual dos elementos típicos objetivos presentes na espécie. E nesse ponto a corte sustentou que “the substantive justification for the rule is that deliberate ignorance and positive knowledge are equally culpable”.

conhecimento, quando razoável seria possuí-lo, poderia restar culpabilizada se vinculada à consciência subjetiva da alta probabilidade da ocorrência da infração, uma vez evidenciado que o agente teve a sua disposição informação necessária para confirmar ou desmentir suas suspeitas, mas não fez uso delas.

Para além da experiência do sistema anglo-americano, no sistema continental vamos encontrar também o tema da cegueira deliberada, como na Espanha, quando, em 10 de janeiro de 2000, o Tribunal Supremo apreciou matéria que envolvia o tema em caso de receptação oriunda de negócios com drogas, pois o réu alegava que desconhecia a origem do dinheiro que transportava em veículo próprio.¹⁷ O tribunal, no caso, entendeu estar configurada a ignorância deliberada quando: (i) o sujeito não quer saber aquilo que pode saber, pelo fato de ter a capacidade para abandonar a sua situação de ignorância; (ii) o sujeito tem o dever de buscar esse conhecimento; (iii) o sujeito se beneficia da sua situação de ignorância.¹⁸

“O problema se agrava quando temos a cegueira deliberada por parte de quem tem o dever de conhecimento e de obstar o cometimento de ilícito”. Nesse sentido, Alexander Sarch adverte que, em tais situações, violado o dever de conhecimento, atenção e mesmo investigação para evitar ocorrências ilícitas, há maior culpabilidade do agente – e com isso concordamos –, o que se dará no campo da pena/sanção a ser aplicada.¹⁹

Cumpramos reconhecer que no direito penal moderno a atribuição de responsabilidade pela prática da grande maioria das condutas criminalmente proibidas exige que o sujeito esteja ciente das características objetivas de seu ato, o que o torna criminalmente típico. Inversamente, o conhecimento insuficiente, ou o erro, são motivos até de isenção de responsabilidade, salvo nos casos excepcionais em que esteja expressamente prevista a punição de condutas praticadas sem esse conhecimento, como ocorre em crimes culposos.²⁰

¹⁷ STS 1637/1999, de 10 de janeiro de 2000. Refere o tribunal no caso que: “(...) quien se pone en una situación de ignorancia deliberada, es decir, no quiere saber lo que puede y debe saber, y sin embargo se beneficia de esta situación -cobró el 4% de comisión-, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades de origen del dinero del negocio en que participa y, por tanto, debe responder de las consecuencias.” Na mesma direção os julgados STS 420/2003; STS 946/2002; STS 35/2005.

¹⁸ No caso o benefício foi pecuniário, mas poderia ser de outra ordem. Para muitos autores, como Vallès, o tribunal espanhol equipara muitas vezes a figura da ignorância deliberada com a do dolo eventual, o que pode ser visso nas sentenças: (i) STS de 29 de maio de 2007 (relator Soriano Soriano) e (ii) STS de 15 de março de 2006 (relator Martínez Arrieta). Vallès sublinha ainda que o Tribunal Supremo chegou já a alçar de autonomia significativa o desconhecimento provocado em determinados delitos como nova possibilidade de imputação subjetiva, sob o argumento de que: “(...) en estos casos de provación del desconocimiento no es siquiera necesario acreditar la concurrencia del elemento cognitivo del dolo para imponer una condena por delito doloso” (VALLÈS, Ramon Ragués I. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2007. p. 22).

¹⁹ SARCH, Alexander F. Willful ignorance, culpability and the criminal law. *St. John's Law Review*, v. 88, n. 4, p. 1062, 2014. Ver também o texto de MOORE, Michael S. Causation and the excuses. *California Law Review*, v.73, n. 4, Jul. 1985.

²⁰ Lembremos as palavras de PUPO, Alberto. Comentario a Mejor no saber – sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès. In: *Discusiones XIII – ignorancia deliberada y*

O problema é que há muitos casos em que tanto o dolo como as modalidades de culpa penal não dão conta de situações em que o agente tenha evitado adquirir determinados conhecimentos mínimos em face de fatos e ocorrências ilícitas. Nesse sentido, poderíamos indagar sobre a existência de situações de desconhecimento da antijuridicidade que mereçam a mesma pena que os casos de autêntico conhecimento, pois evidenciam o que podemos chamar de *imprudência dirigida*.²¹

Historicamente a compreensão que temos do dolo, a partir fundamentalmente do finalismo e funcionalismo penal, está relacionada com atos humanos que explicitam aberta, racional e deliberadamente, a intenção de praticar determinado delito, negando respeito ao sistema jurídico vigente e aos interesses sociais que ele visa tutelar,²² enquanto que uma de suas modalidades, o *dolo eventual*, surge doutrinariamente para demarcar comportamentos que não buscam o mesmo escopo negativo em face dos pactos civilizatórios normatizados socialmente, uma vez que evidencia tão somente a *indiferença em relação aqueles, na medida em que a colocação em perigo não constitui motivo suficiente para demover aquelas condutas*. Como nos diz Ragués i Vallès: "(...) quien obra a pesar de ser consciente del riesgo de lesionar un determinado interés, demuestra que dicho interés no le importa, pero no niega si por negar se entiende expresar hostilidad hacia él."²³

Estamos falando em termos doutrinários, pois, modo geral, de que inexistente conceito normativo *exauriente* de dolo, tampouco no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo tendo presente as disposições do artigo 18, I, do Código Penal pátrio, tendo o legislador tão somente estabelecido que a ausência de querer, ou o assumir de risco, não permite imputação a esse título. A tarefa de constituir sentido material

derecho penal. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013. p. 40: "La vencibilidad de un error depende de demasiadas circunstancias, objetivas (relativas a otros hechos relacionados con el hecho sobre el cual el agente se equivoca) y subjetivas (relativas a las capacidades del agente para reconocer y, llegado el caso, corregir tales errores), lo que proyecta una inquietante sombra sobre la responsabilidad penal."

²¹ JAKOBS, Ghünter. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. O autor não aceita que esses desconhecimentos atribuíveis à indiferença de determinado agente em face do sistema jurídico vigente possam beneficiá-lo, outorgando-lhe tratamento diferenciado em termos de responsabilidade penal, enquanto os conhecimentos devidos a excesso de escrúpulos por parte do agente permitam fundamentar condenação por delito doloso. No ponto ver também, de Ghünter Jakobs: *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 189; *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 378 e ss.

²² E aqui divergimos de GRECO, Luís. Comentário al artículo de Ramon Ragués. In: *Discusiones XIII – ignorancia deliberada y derecho penal*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013. p. 70, para quem a atitude dolosa se trata de comportamento perigoso para a subsistência de bem jurídico, e não para a vigência da norma, isso porque, nomeadamente em termos penais, só há proteção jurídica de bem da vida quando norma positivada assim o faz!

²³ VALLÈS, Ramon Ragués I. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2007. p. 173. Aprofundando esse debate, principalmente no sentido de que o dolo eventual reclamaria menor reprovabilidade do que os demais tipos de dolo, ver o trabalho de Manrique, 2012.

a esta figura está delegada tanto à jurisprudência como à doutrina, como veremos a seguir.²⁴

3 Algumas reflexões sobre a cegueira deliberada no Brasil

No Brasil o tema da cegueira deliberada tem gerado profundos debates doutrinários e jurisprudenciais e, contra ela, ganha fôlego o argumento de que violaria o princípio da anterioridade da norma penal (reserva legal), vedando a responsabilização criminal por fatos praticados antes da entrada em vigor da lei penal que os define como crime e preveja a respectiva sanção – até em face de que o estado mental caracterizador da cegueira deliberada sequer se encontraria minimamente demarcado no sistema jurídico penal, aproximando-se mais da figura do dolo eventual disposta no artigo 18, I, do Código Penal brasileiro.²⁵ Por conta disso, estaria configurando esse instituto certo tipo de imputação objetiva, violadora de garantias constitucionais e infraconstitucionais fundamentais.²⁶

Não vemos assim, justamente porque, como adverte Ramon:

El planteamiento mayoritario en Derecho continental considera que la falta de conocimiento –siquiera eventual– de la concurrencia en un determinado comportamiento de los elementos de una figura delictiva impide considerar el hecho como doloso, *lo que lleva a la impunidad o*, cuando la ley lo permita, a castigar la conducta como imprudente. Sin embargo, en casos como los expuestos, en los que *el sujeto ha decidido permanecer en la ignorancia*, tal conclusión parece insatisfactoria y *no deja de resultar extraño afirmar que quien ha evitado conocer está en una situación de error o ha actuado de manera negligente.*²⁷

²⁴ Nesse ponto convergimos com GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à distinção entre dolo e culpa, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004. p. XVII-XVIII. Na mesma direção Costa, 2015. p. 11.

²⁵ Veja-se o texto de Bottini, 2018. Também o texto de Luiz; Luiz, 2020. Na doutrina internacional ver FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal. *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, n. 13, p. 16, 2014, lembrando do que ocorre no artigo 16 do Código Penal Alemão. Na mesma direção PUPPE, Alberto. Comentario a Mejor no saber – sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès. In: *Discusiones XIII – ignorancia deliberada y derecho penal*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013. No âmbito do direito administrativo propriamente dito, ver a tese, contrária ao que estamos defendendo aqui, de VALGAS, Rodrigo. Genérico ou específico? Afinal, qual o dolo exigível no novo regime de improbidade administrativa? *Migalhas*, 7 abr. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363419/qual-o-dolo-exigivel-no-novo-regime-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 20 set. 2022.

²⁶ Tendo em conta que a regra é a imputação subjetiva em direito penal, detentora de certas singularidades, tais como: (i) quem está ciente – plena ou eventualmente – de que está realizando (ou colaborando com) uma conduta típica, será considerado autor doloso; (ii) quem em nenhum momento contribuir para ato ilícito ou lesivo aos interesses alheios, por carecer completamente dos conhecimentos exigidos para tanto, ficará isento de responsabilidade criminal, salvo se as circunstâncias exigirem subsumir a conduta em autoria mediata; (iii) quem suspeita estar colaborando em ato criminoso, mas essa suspeita não se materializa na representação de nenhum tipo de crime em particular, igualmente não poderá ser responsabilizado penalmente. É claro que estas situações não afastam as possibilidades de ação delinquente por modalidades culposas de comportamento.

²⁷ VALLÈS, Ramon Ragués I. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2007. p. 19. grifos nossos.

Outros autores de renomada, como Luís Greco, sustentam que, para sistemas jurídicos ocidentais como o brasileiro – como referimos –, já existe a figura do dolo eventual abarcando as situações que a cegueira deliberada pretende alcançar.²⁸ E disso não discordamos! Todavia, lembremos que inexistente de forma absolutamente fechado e restrito um conceito de *dolo* no ordenamento brasileiro – a despeito da reforma do Código Penal de 1984 ter efetivamente migrado a localização do dolo para o interior do fato típico normatizado, e não como elemento da culpabilidade.²⁹ E isso porque, novamente com Vallès, o dolo atribui algo (fato típico) a alguém, utilizando-se, para tanto, da verificação empírica e tópica de indicadores/evidências que permitem a configuração de determinado estado mental perquirido pela norma. *O dolo, pois, é fenomênico*; depende, a princípio, da norma jurídica, e da conjunção de múltiplas variáveis que, empiricamente, vão sendo demarcadas por sentenças judiciais.³⁰

A casuística nacional tem se ocupado desses temas, como pode ser visto no julgado do Acórdão do Tribunal Federal da Quinta Região nº 5520-CE2005.81.00.014586-0.³¹ Nesse feito, a jurisdição de primeiro grau reconheceu a possibilidade de aplicação da figura da cegueira deliberada equiparada ao dolo eventual em crime de lavagem de dinheiro no qual os réus adquiriram vários veículos pela quantia de R\$ 980.000,00, em notas de cinquenta reais, de uma única vez, e que depois

²⁸ GRECO, Luís. Comentário al artículo de Ramon Raguès. In: *Discusiones XIII* – ignorancia deliberada y derecho penal. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013. p. 67 e ss.

²⁹ Daí porque o conceito de dolo não poder ser ontológico ou psicológico somente, mas normativo, e por isso determinável pela dogmática jurídica e pela casuística dos tribunais. Ver a abordagem que faz, nesse sentido, FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal. *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, n. 13, p. 16, 2014. Registre-se que há sistemas normativos, como o italiano, que tentam definir conceitualmente os elementos psicológicos do delito, *ex vi* o Código Penal Italiano, em seu artigo 43: “Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico.”

³⁰ VALLÈS, Ramón Ragués I. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona M. Bosch Editor, 1999. p. 275. Outro destaque importante no ponto é o de Días Pita, 2014, p. 12, no sentido de que o dolo existe como qualidade não quantificável atribuída, que visa a explicitar, a partir de indicadores fáticos, determinado estado do sujeito. E nesse ponto concordo com PUPO, Alberto. Comentário a Mejor no saber – sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès. In: *Discusiones XIII* – ignorancia deliberada y derecho penal. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013. p. 44: “Cuando no existe una definición legislativa del dolo, si adoptamos una teoría del derecho de corte realista relativa al conocimiento del derecho (esto es, no necesariamente a su naturaleza), a la pregunta ¿qué es el dolo? deberíamos de contestar a partir de un análisis empírico de las decisiones de los tribunales.”

³¹ Processo oriundo da 11ª Vara Federal da Subseção de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. Acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, 2ª Turma, na Apelação Criminal ACR5520-CE (Relator: Des. Rogério Fialho Moreira).

restou verificado terem tais quantias provindo de assalto. A sentença de primeiro grau referiu de forma expressa:

(...) considerando a previsão genérica do artigo 18, I, do CP, e a falta de disposição legal específica na lei de lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem elas ser trazidas para a nossa prática jurídica. (...) Aquele que habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro de forma autônoma, o profissional da lavagem, é usualmente indiferente à origem e natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos. O conhecimento pleno da origem e natureza criminosas é até mesmo indesejável porque pode prejudicar a alegação de desconhecimento em futura e eventual persecução penal. O cliente, ademais, também não tem interesse em compartilhar as informações acerca da origem e natureza específica do provento do crime. (...) Em realidade, algumas afirmações deixavam claro que não lhes cabia realizar indagações da espécie ao cliente ou agir como uma autoridade pública. Atitude da espécie caracteriza indiferença quanto ao resultado do próprio agir. Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da “ignorância deliberada”, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta. Portanto, muito embora não haja previsão legal expressa para o dolo eventual no crime do artigo 1.o, caput, da Lei 9.613/1998 (como não há em geral para qualquer outro crime no modelo brasileiro), há a possibilidade de admiti-lo diante da previsão geral do artigo 18, I, do CP e de sua pertinência e relevância para a eficácia da lei de lavagem, máxime quando não se vislumbram objeções jurídicas ou morais para tanto.³²

O Tribunal da 5ª Região, todavia, no recurso interposto, reformou a decisão condenatória de primeiro grau, entendendo que a aplicação da teoria da cegueira deliberada depende de adequação ao ordenamento jurídico nacional, e poderia ser aplicada ao caso se o tipo penal cominado admitisse a punição por dolo eventual, o que não ocorreria.

É no ano de 2013 que o Supremo Tribunal Federal brasileiro vai aprofundar esse debate, ao julgar o famoso caso “Mensalão”, por meio da Ação Penal nº 470/MG, de 22 de abril de 2013. Nesse feito, até em face de sua complexidade probatória, instalou-se também a discussão sobre a origem do dinheiro recebido

³² Autos do Processo 2005.81.00.014586-0 da 11ª Vara Federal da Subseção de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará.

por vários parlamentares para votarem matérias de interesse do governo, e o conhecimento por parte desses sobre esta origem. Em seu voto, o relator, ministro Joaquim Barbosa, referiu que:

A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do artigo 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico. O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.³³

Em seguida refere ainda o relator que é possível identificar na conduta dos réus postura típica dos que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio; ou seja, resta configurado aí o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada.³⁴ E tal premissa vai ao encontro da tese de que raramente há evidências diretas de conhecimento prévio por parte de agentes que cometem ilícitos mais complexos, em especial envolvendo múltiplos sujeitos, públicos e privados. Tal conhecimento é geralmente provado por *evidências circunstanciais*, relacionadas ao fato de que o acusado tinha condições (em razão de particularidades pessoais, profissionais, intelectuais), e por vezes obrigação, de deter aquele conhecimento.³⁵

Também na famosa “Operação Lava Jato”, envolvendo crimes praticados por inúmeros agentes públicos e privados em detrimento da Petrobras, decisões de primeiro grau da 13ª Vara Federal de Curitiba, profundamente abalada por posterior decisão do Supremo Tribunal Federal que nulificou diversas medidas e sentenças

³³ Ação Penal nº 470, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Relator Min. Joaquim Barbosa, fls.52888.

³⁴ Idem, fls.52912. É bem verdade que, mais adiante, o mesmo relator faz advertências sobre os cuidados na importação de institutos alienígenas para aplicação direta à realidade brasileira, em especial no que toca à criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento (p. 57.332). Na mesma direção aprofunda o tema SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 62 e ss.

³⁵ Como nos diz Charlow: “Very frequently, the only such proof is evidence that the circumstances were such that a reasonable person in the defendant’s position would have known.” In other words, although knowledge requires a subjective state of awareness, proof that an objective standard would be satisfied—that the defendant should have known because a reasonable person in the circumstances would have known - is often the only evidence of actual knowledge” (CHARLOW, Robin. *Willful ignorance and criminal culpability*. *Texas Law Review*, v. 70, n. 6, May 1992. p. 1360).

do então juiz Sergio Moro (prolator da decisão e encarregado da operação), já se louvavam no instituto da cegueira deliberada para caracterizar condutas de alguns réus no feito, aludindo que:

São aqui pertinentes as construções do Direito anglosaxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da “cegueira deliberada” ou “willful blindness” e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. (...) Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.³⁶

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que apreciou o recurso contra a sentença de primeiro grau nesse caso, de igual sorte assentiu sobre a possibilidade de ser utilizado no feito o instituto jurisprudencial da *cegueira deliberada*, inclusive sob o argumento de que ele equivaleria ao instituto do dolo eventual, nos seguintes termos:

De fato, o Relator, em seu voto, ressalta que a aplicação da doutrina da ‘cegueira deliberada’ pressupõe (destaquei): ‘a) que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que pratica ou participa de atividade criminal; b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento; e c) que o agente tenha condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade, mas deliberadamente escolha permanecer ignorante a respeito de todos os fatos envolvidos.’ De outro lado, o dolo eventual, conforme se colhe da doutrina especializada, apresenta os seguintes contornos teóricos (destaques meus):

No dolo direto, o resultado é querido diretamente (como fim ou como consequência necessária do meio escolhido), e esta forma de querer é diferente do querer um resultado concomitante quando o aceitamos como possibilidade: esse é o dolo eventual cujo embasamento legal acha-se na segunda parte do artigo 18, I, do CP: quando o agente ‘assumiu o risco de produzi-lo [o resultado]’. Quando uma pessoa planeja a causalidade para obter uma finalidade, faz uma representação dos possíveis resultados concomitantes de sua conduta. Em tal caso, se confia em que evitará ou que não sobrevirão esses resultados, deparamo-nos com uma hipótese de culpa com representação

³⁶ Autos da Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000, p. 348.

(ver n. 280), mas se age admitindo a possibilidade de que sobrevenham, o caso será de dolo eventual. O dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo 'que aguento', 'que se incomode', 'se acontecer, azar', 'não me importo'. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade.

(...)

Percebe-se, portanto, que os dois elementos indicados pelo Relator nos itens 'a' (ciência da elevada probabilidade de participação em atividade ilícita) e 'b' (agir indiferente) acima transcritos correspondem, precisamente, àqueles que caracterizam o dolo eventual do Código Penal brasileiro.³⁷

Nesse caso, a figura da cegueira deliberada parece estar efetivamente associada ao dolo eventual, nomeadamente a partir da leitura que se faz dos arts.18, §1º, do Código Penal brasileiro, pressupondo a existência de elemento cognitivo na conduta do agente, sob a premissa de que é impossível assumir o risco de produzir resultado de algo que não se conhece, pelo menos, minimamente. Ou seja, conhecimento e vontade constituem primeira *aproximação normativa* à compreensão do dolo.

Por certo que não estamos dizendo que devemos conceber o dolo – em qualquer de suas espécies – divorciado das intenções do agente; estamos apenas sustentando que é necessário aferir estas intenções a partir de elementos também objetivos extraídos dos contextos em que ocorrem os comportamentos ilícitos.

Em face disso poderíamos nos perguntar se o desconhecimento, ainda que advenha de autocolocação em estado de alienação, implicaria *exclusão* de qualquer espécie de dolo?

Nos parece que não! E isso porque o problema não é o fato de o agente não se aprofundar no conhecimento, até porque a lei, em regra, não obriga que se efetue tal investigação. *A resposta estará no grau de conhecimento que o autor efetivamente possui, ou deveria possuir, ao cometer a conduta ilícita: se há sérios indícios (passíveis de aferição probatória ampla) de que determinado agente detinha (ou deveria deter, por conta de seu cargo ou função) mínimo conhecimento (suficiente para não configurar o erro de tipo)³⁸ sobre os fatos ilícitos, configurando alta probabilidade de sua ocorrência, poderá haver responsabilização jurídica, independentemente de ele ir além na investigação. E esta lógica ponderativa encontra no conceito estruturante de cegueira deliberada que ora se expõem, pois*

³⁷ Autos do Acórdão nos autos do Apelo nº5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trf4-lava-jato.pdf>.

³⁸ Esse descrito no artigo 20 do Código Penal brasileiro.

ela amplia qualificadamente os parâmetros racionais – e controláveis – à imputação de responsabilidade, tanto para fins de culpabilidade como à dosimetria da pena/sanção.

Temos, com Edwards, que a atitude de indiferença perante riscos delinquentes pode indicar estado mental que antevê minimamente as consequências da conduta e, deliberadamente, coloca como possível a hipótese de se virem a realizar, ainda que estas não sejam aquelas que o agente desejava.³⁹

Mas ainda há outras situações mais explícitas envolvendo a cegueira deliberada, condizentes com a advertência de David Luban e seus diferentes *níveis de consciência e responsabilidade*, podendo o sujeito ser visto como raposa (*fox*) ou avestruz (*ostrich*). No primeiro caso – e seguramente isso ocorre e muito –, o agente atuaria como quem quer realizar plenamente certa conduta ilícita, mas se coloca em posição de ignorância deliberada visando a defender-se com tal argumento (pois nada sabia ou conhecimento algum detinha do ocorrido).⁴⁰ No segundo, estaríamos diante daquele agente que não quer saber se a sua conduta é ilícita, por conta de certa debilidade moral, e mesmo que tivesse esse conhecimento sobre a natureza da ação e suas consequências ainda atuaria da mesma maneira.

Ou seja, é preciso valorarmos em tais situações tanto o (des)conhecimento como os motivos que levaram a ele, elementos importantes à atribuição da responsabilidade. Junto com Raguès entendemos que os motivos são importantes justamente porque determinam a ação humana, ajudando a explicá-las, e o Estado sempre deverá provar, em sede de ignorância deliberada, que o agente se colocou, *ex ante*, em estado de desconhecimento de forma intencional.⁴¹

Mas como esta perspectiva da cegueira deliberada, enquanto espécie de dolo eventual, pode ser associada em nível de improbidade administrativa, é o que passamos a tratar.

³⁹ EDWARDS, John L. The criminal degrees of knowledge. *The Modern Law Review*, v. 17, n. 4, p. 305, Jul. 1954. Por outro lado há que se reconhecer: “absence of belief in a proposition negates knowledge of that proposition.”

⁴⁰ LUBAN, David. *Contrived Ignorance*. Georgetown: Georgetown University Law Center, 1999. p. 97 e ss. p. 967 e ss. Em tais circunstâncias, o grau de culpabilidade desse autor é ainda mais grave do que aquele que detém mero conhecimento, haja vista o que chama de elemento de cálculo obstinado (*unrepentant calculation*) presente na ação do primeiro. Ver interessante matéria no site da *BBC News*, envolvendo relatos dessas questões: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141201_vitimas_empresas_ru.

⁴¹ Ganha força aqui o argumento de Husak: “Defendants are fully responsible only when their wrongful actions are *akratic*, that is, when they are contrary to the balance of moral reasons, they themselves believe to apply to their conduct” (HUSAK, Douglas. *Ignorance of Law – A Philosophical Inquiry*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 1. grifo nosso).

4 A cegueira deliberada no âmbito da improbidade administrativa enquanto espécie de dolo eventual: condições e possibilidades

Na França do século 20, Gaston Morin⁴² e George Ripert⁴³ se empenharam em demonstrar que o direito não se resume a conceitos jurídicos abstratos, mas necessariamente suas normas irão refletir objetivos políticos, econômicos, sociais, afigurando-se como importantes marcos divisores em face das correntes positivistas então hegemônicas que se esforçavam em retirar todo e qualquer valor ideológico e axiológico das normas jurídicas. Ripert chamava atenção para o fato de que a relação entre direito e moral é um problema jurídico que predomina na elaboração das leis pelo legislador, em sua interpretação e aplicação, razão pela qual a força das leis somente advinha quando houvesse respeito aos ideais morais relevantes para determinada sociedade em determinado momento histórico.⁴⁴

Em face de tais elementos a moralidade administrativa, em especial no caso brasileiro, não se resume a premissa ideológica, subjetiva, mas trata-se de conceito jurídico objetivo por estar inserido na ordem legal, prendendo-se à estrutura funcional do Estado e à legitimidade da própria função administrativa.⁴⁵ Vai nessa direção a lição de José Afonso da Silva, ao sustentar que “a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir das regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente”.⁴⁶

Esse conceito jurídico objetivo fornece ao sistema normativo verdadeiros *standards de boa administração*,⁴⁷ passíveis de densificação material a aplicação prática nos casos concretos dos atos administrativos, o que potencializa os controles da Administração Pública em muito, isto é, a “Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude, que assujeita a conduta viciada à invalidação porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da Constituição”.⁴⁸

⁴² MORIN, Gastón. *La revolte des fait contre le Code*. Paris: FDL, 1990.

⁴³ RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Dalloz, 1984.

⁴⁴ RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Dalloz, 1984. p. 49.

⁴⁵ RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Dalloz, 1984. p. 4. Tratamos de modo mais aprofundado desses aspectos no texto Leal, 2006.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 563.

⁴⁷ VARGAS LIMA, Alan E. El derecho a la buena administración pública en relación con el principio de informalismo de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo en Bolivia. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fpe, v. 9, n. 1, p. 99-122, ene./jun. 2022.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 119.

Ganha força aqui o argumento de Maria Sylvia, no sentido de que *não é preciso penetrar na intenção do agente público para nela perscrutar sobre a moralidade administrativa de seu comportamento, isso porque do próprio objeto desse pode ser aferida a imoralidade. “A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.”*⁴⁹

O vínculo forte que esta moralidade administrativa mantém com a ideia de Boa Administração diz com o fato de criar à sociedade verdadeiro direito subjetivo de ter uma gestão pública compromissada com aqueles vetores comportamentais,⁵⁰ bem como contar com mecanismos eficientes de participação⁵¹ e controle das ações públicas.⁵²

Mas então qual seria a relação entre moralidade administrativa e improbidade administrativa? A imoralidade administrativa configura gênero do qual a improbidade pode ser considerada espécie, uma das formas de manifestação da primeira.⁵³

No Brasil, em termos históricos, há elementos normativos interessantes reguladores desses temas, dentre os quais podemos citar a existência do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal⁵⁴ e do Código de Conduta da Alta Administração Federal⁵⁵ – apenas para ficar com parâmetros mais gerais.⁵⁶

É de se ver que os principais pontos de regulação destas normas são, em nível de responsabilização por ato ilícito praticado: (a) uso indevido do cargo público; (b) enriquecimento ilícito no exercício da função; (c) patrocínio de interesse privado perante a administração pública (tráfico de influência); (d) violação de sigilo;

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 111.

⁵⁰ RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020.

⁵¹ HAEBERLIN, Mártin; SCHWARTZ, Germano. É desejável a estatização da sociedade civil? Uma reflexão a partir dos exemplos da Política Nacional de Participação Social (2014) e do Plano Nacional de Fomento às Artes (2020). *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 14, n. 1, jan./mar. 2023.

⁵² VIVAS ROSO, Jessica. El rol de los órganos de control fiscal en la lucha contra la corrupción. Caso: Contraloría General de la República de Venezuela. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 9, n. 2, p. 397-422, jul./dic. 2022.

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 564.

⁵⁴ Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Nele estão estabelecidos princípios e valores que visam a estimular um comportamento ético na Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm.

⁵⁵ Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm.

⁵⁶ Há outras normas de igual importância que formatam o que podemos chamar de sistema normativo de ética pública hoje vigente, dentre as quais a Lei nº 8.112/90, que estabeleceu o regime jurídico único do servidor; a Lei nº 9.784/99, regulando o processo administrativo.

(e) uso de informação privilegiada; (f) prestação de assessoria a entidade privada; (g) atividade profissional paralela à função pública; (h) hipóteses de conflito de interesse; (i) limitações para atividade profissionais posteriores ao exercício do cargo (quarentena); (j) recebimento de presentes; (l) uso de recursos públicos e servidores em atividades particulares; (m) apropriação de fundos ou de bem móvel públicos, dentre outros.

Seguindo esse rol de preocupações é que foi promulgada, também na década de 1990 (2 de junho de 1992), a lei regulamentadora do §4º, do artigo 37, da Constituição de 1988, a saber, a Lei Federal nº 8.429 (Lei da Improbidade Administrativa – LIA), dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

Nos termos desta LIA, ao menos em linhas gerais, há três tipos de atos administrativos de improbidade: a) atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito; b) atos de improbidade que causem prejuízo ao erário; c) atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração pública.

Já o sujeito ativo é o agente público, nos termos da definição lançada pelo artigo 2º da Lei nº 8.429/92, ou seja, “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no seu artigo 1º”. Vai mais longe a norma, deixando claro que busca alcançar todos que com a Administração Pública mantém vínculo, já que define igualmente como sujeito ativo aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Por certo que em sendo imenso o conjunto de pessoas sujeitas que se veem alcançadas pelos termos da legislação na condição de sujeitos passivos, impõe-se a aferição sensata e ponderada sobre os elementos subjetivos presentes na imputação da conduta ilícita.

Os atos que importam enriquecimento ilícito, descritos no artigo 9º, não deixam dúvidas quanto ao núcleo de suas condutas tipificadoras ser a obtenção de vantagem econômica, o que se evidencia gramaticalmente pelos verbos “receber, perceber, aceitar, utilizar, usar, adquirir e incorporar, demandando às suas caracterizações a forma dolosa do comportamento”.

Por outro lado, os atos que implicam dano ao Erário, dispostos no artigo 10, remetem à indagação sobre o conceito de Erário Público, e aí é importante se ter claro que diz tão somente com os aspectos econômico-financeiros do patrimônio público, vinculado estritamente ao tesouro, portanto, mais restrito do que a noção de patrimônio público em sentido lato, que é muito mais amplo do que as

questões diretamente monetárias. Dizemos isso porque a lei sob comento, em seu artigo 21, vai afirmar que a aplicação das sanções que prevê não depende da efetiva ocorrência de dano ao *patrimônio público*, fazendo menção, aqui, a todos os aspectos – monetários, estéticos, artísticos, paisagísticos, morais, históricos, reais etc. –, que envolvem o interesse público instalado. É certo, todavia, que as modalidades insertas no artigo 10 dependem, para sua configuração, de efetiva lesão aos cofres públicos, e não simples e genericamente ao patrimônio público.

Por fim, os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, do artigo 11, fazem referência explícita às ações ou omissões que violarem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e, de forma indireta, a todos os demais princípios (constitucionais e infraconstitucionais) impostos a ela.⁵⁷

A despeito disso, também historicamente e em certa medida, algumas decisões de Tribunais têm dificultado a responsabilização nesse particular, nomeadamente quando o Superior Tribunal de Justiça reclamava a presença do elemento subjetivo à caracterização da improbidade administrativa por violação de princípios, tendo em vista que ela se resumiria em uma imoralidade qualificada (o que não está dito na norma). Sendo assim, a má-fé deveria ser identificada, pois do contrário haveria atipicidade de conduta, tendo em vista que a boa-fé é a antítese do ato imoral e devasso.⁵⁸ Ademais, na percepção desse tribunal, o objetivo da LIA é “punir o administrador público desonesto e não o inábil ou incompetente”.⁵⁹

Com tal decisão, o Poder Judiciário resolveu que o ato administrativo ilegal, modo geral, somente adquire *status* de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica viola um dos tipos descritos na lei de regência por “inconfundível má fé do agente público, sendo que, nos casos do enriquecimento ilícito e também na violação de princípios constitucionais da boa Administração Pública, o elemento subjetivo do tipo é o dolo”, porque não houve referência normativa explícita à culpa, como seria necessário, não se enquadrando como ato de improbidade aquele praticado por imprudência, imperícia ou negligência.⁶⁰ Assim, inexistindo o dolo

⁵⁷ Como bem alertam GARCIA Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 210, além da tipologia eminentemente aberta constante do *caput* do artigo 11, idêntica técnica legislativa foi adotada na confecção dos incisos do referido dispositivo, alcançando um vasto espectro de atos ilícitos praticados pelos agentes públicos.

⁵⁸ Ver a decisão STJ. Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 1023904/RJ, 1ª T., DJ de 03.08.2010.

⁵⁹ STJ, Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 734984/SP, 1ª T., DJ de 16.06.2008. Diz ainda o julgado que: “Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.”

⁶⁰ Assim já se posicionou o STJ: “Não se pode confundir improbidade com *simples ilegalidade*. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10” (STJ, Segunda Turma, REsp 842428/ ES, Rel. Min.

nesses casos, poderia restar configurada infração funcional qualquer, gerando a aplicação de sanção competente, conforme a lei de incidência, mas não se amoldaria à improbidade administrativa.⁶¹

Não bastassem esses retrocessos jurisprudenciais a desproteger a probidade administrativa, agora, em virtude da reforma da LIA, com a edição da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, temos verdadeira reconfiguração normativa do tema no país, em vários aspectos, nomeadamente no âmbito dos requisitos à configuração da responsabilidade pela prática de atos ímprobos, esses exigindo mais a presença de elementos subjetivos dolosos da ação ou omissão do agente.

De qualquer sorte, inicia o novel marco normativo demarcando melhor quais são os bens tutelados em termos de probidade administrativa, a saber: “(...) probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social” (artigo 1º). Em seguida, define, em franco retrocesso, que se “consideram atos de improbidade as condutas dolosas” tipificadas na lei, não bastando a voluntariedade do agente, sendo que o mero exercício de função ou competências públicas, sem “dolo com fim ilícito”, afasta a responsabilidade. (artigo 1º, §§1º, 2º e 3º).

E para não deixar dúvidas da intenção de fragilizar a tutela da probidade, o novel instituto revogou o artigo 4º da lei anterior, que disciplinava: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.” Entretanto, temos que isso não afasta a responsabilidade efetiva daqueles sujeitos por conta das blindagens à tutela dos interesses e bens do Estado que o sistema jurídico nacional institucionalizou, constitucional (artigo 37, *caput*, da CF/88, para dizer o mínimo) e infraconstitucionalmente, basta vermos as disposições exemplificativas das normativas nacionais referidas anteriormente. E mais, acabam de chegar ao STF provocações sobre a matéria, conforme notícia a própria corte:

O Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu mais duas ações contra as alterações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), desta vez relativas à responsabilização por abusos cometidos no âmbito da administração pública. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade

Eliana Calmon, J. 24.04.2007, DJ 21.05.2007). Ver também as decisões: STJ, Primeira Turma, REsp 751634/ MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, J. 26.06.2007, DJ 02.08.2007; STJ, Segunda Turma, REsp 842.428-ES, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 24.4.2007. Informativo nº 318 Período: 23 a 27 de abril de 2007; STJ, Primeira Turma, REsp 751634/ MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, J. 26.06.2007, DJ 02.08.2007.

⁶¹ Isso restou ratificado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do tema 1199, da relatoria do ministro Alexandre de Moraes, conforme informação do site do STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>.

(ADIs) 7236 e 7237 foram distribuídas, por prevenção, ao ministro Alexandre de Moraes, relator de outras ações sobre a lei.

As autoras das ações são a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), que contestam mudanças introduzidas na Lei 8.429/1992 pela Lei 14.230/2021. *Entre os pontos questionados, está a exclusão da possibilidade de responsabilização do agente público por atos culposos de improbidade administrativa e a exclusão da ilicitude em caso de divergência na interpretação da lei baseada em jurisprudência não pacificada, além da restrição à sanção de perda da função pública.*

As associações alegam que essas mudanças indicam usurpação de atribuições dos Ministérios Públicos Federal e estaduais, ao prever novos deveres a seus membros por meio de lei ordinária. Isso, por sua vez, viola a independência e a autonomia funcional garantidas ao MP pela Constituição Federal.

Outro argumento é o de que as normas alteram de forma substancial o sistema de responsabilidade jurídica de agentes públicos por atos de improbidade. Para a Conamp e a ANPR, a norma deixa de tipificar e sancionar condutas lesivas aos princípios da administração pública e diminui o alcance dos instrumentos legais voltados a essa proteção.⁶²

Mantém a nova LIA, mesmo que parcialmente, amplo universo de imputação para atos *ímprobos* nas figuras: (i) do agente público, agente político, do servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no artigo 1º da lei (artigo 2º); (ii) do particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente (artigo 2º, §único); (iii) daquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade (artigo 3º).

Mas, afinal, de que dolo fala a nova LIA para fins de configurar responsabilidade por ato ímprobo? Para responder a esta pergunta mister é que levemos em conta algumas premissas: (i) o dolo, enquanto categoria jurídica, não descreve algo encontrado pronto na realidade social, apenas atribui determinados elementos identitários típicos, e suas consequências, a atos/comportamentos que se dão no mundo da vida;⁶³ (ii) não existe dolo com fim lícito, ao menos em termos de categoria

⁶² Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494115&ori=1>. Os processos referidos são a ADI nº 7.236 e a ADI nº 7.237.

⁶³ Como quer VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 657.

jurídica apuradora de responsabilidades. E por isso é possível sustentar que o dolo – em suas mais distintas espécies – é sempre qualificação de determinado comportamento a partir da verificação empírica de indicadores normativos que evidenciam certos estados mentais e suas projeções concretas (em atos, fatos e negócios que ocorrem no cotidiano).⁶⁴

Desse modo, o dolo de que fala a nova LIA é aquele que representa manifestação de vontade qualificada – ativa ou omissiva – capaz de auferir/resultar qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades referidas no seu artigo 1º.⁶⁵

Portanto, é óbvio que estas condutas podem se dar pela via do dolo direto ou eventual, e esse na modalidade da cegueira deliberada, por conta de suas escolhas (comissivas e omissivas) em face de conhecimentos/informações que o exercício de cargo ou função lhe impõem possuir, ou poder/dever de acessar, o que se afere a partir dos elementos e consequências concretos ocorridos.⁶⁶

A nova LIA não discrimina modalidades distintas de dolo – nem o código penal o faz; tampouco designa estados mentais específicos que o representam, ou graus dentro de distintos dolos, conhecimento e vontade, mas tão somente o identifica como ação/omissão, com características próprias, que gera risco relevante aos bens jurídicos que pretende tutelar.

E aqui o argumento de Ronaldo Queiroz é pertinente, quando defende que:

Dolo específico é a vontade de realizar a conduta descrita na lei acrescentada de uma finalidade diferenciada *descrita no próprio tipo*. Esse tipo de dolo está presente nos tipos incongruentes, que são aqueles que contêm uma funcionalidade especial dentro do tipo, para além da conduta em si. Por fugir da regra de que o dolo é aquilo que consta da conduta (teoria funcionalista), o dolo específico é tratado de forma excepcional em todo o ordenamento sancionador, do direito penal ao administrativo disciplinar, sendo exigido apenas quando constar dentro do tipo, para além da conduta em si.⁶⁷

⁶⁴ Vale aqui a reflexão, novamente, de VALLÈS, Ramón Ragués I. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona M. Bosch Editor, 1999. p. 275.

⁶⁵ Consoante disposição expressa do artigo 9º da nova LIA.

⁶⁶ Como nos ensina BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: CÉSAR, Paulo (coord.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 70, a aproximação à compreensão do dolo “deve ocorrer de modo indireto, por meio de dados objetivos que cumpram os seguintes requisitos: seu caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão”.

⁶⁷ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Dolo de beneficiamento na improbidade administrativa. *Jota*, 23 maio 2022. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dolo-de-beneficiamento-na-improbidade-administrativa-23052022. Acesso em: 21 set. 2022. Agrega ainda o autor que: “Os novos §§1º e 2º, do artigo 11, criaram um modelo de dolo que chamarei de *dolo de beneficiamento*, que consiste em valer-se do cargo para obter proveito ou benefício para si (beneficiamento próprio), ou para outra pessoa ou entidade (beneficiamento alheio). O *dolo de beneficiamento* não é propriamente um dolo específico, pois

Lembra o autor que o inciso VI do artigo 11 da nova LIA traz um exemplo clássico de dolo específico, corretamente, dentro do tipo, a saber: “VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, *com vistas a ocultar irregularidades.*”

E sustentamos ainda mais, que aqueles conhecimentos e informações que se exige do agente público (ou seu assemelhado), para fins de caracterizar a cegueira deliberada enquanto modalidade de dolo eventual no cometimento de ato improprio, “compreende não um saber completo de um elemento específico do ato típico, mas sim uma apreensão correta da situação global, de forma a possibilitar ao sujeito uma síntese, uma interpretação concreta daquilo que transcorre”.⁶⁸

De certa forma o STJ há mais tempo vem dizendo isso em alguns de seus julgados sobre a antiga LIA, no sentido de que, “ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o artigo 11, da LIA, não exige dolo específico, mas genérico: vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”.⁶⁹

Exemplificando, se atentarmos para os comandos jurídicos no Brasil que estabelecem deveres e vedações a agentes públicos (anteriormente mencionados), resta fácil a conclusão de que eles estão a indicar compromissos e *deveres de cuidados ordinários impositivos*, de ação e omissão, os quais, uma vez violados, acarretam consequências de múltipla natureza (administrativa, cível, penal etc.).

Estamos falando, por exemplo, do que está disposto no artigo 116, da Lei nº 8.112/90, enquanto *deveres do agente público*:

(...) exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo, ser leal às instituições a que servir, observar as normas legais e regulamentos, levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração. Já no artigo 117, veda-se ao mesmo agente valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública. É tão grave os comportamentos

está inserido genericamente em quase todas as condutas de crimes e infrações patrimoniais, e também nas situações de abuso de função, cujas violações ocorrem para trazer algum benefício.”

⁶⁸ Como quer EDINGER, Carlos. *A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 80.

⁶⁹ REsp. 765.212/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23.06.2010. Ver também a Jurisprudência em Teses, do STJ, Edição nº 40: Improbidade Administrativa - II, entendimento nº 9: “O ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei n. 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao Erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo *suficiente o dolo genérico.*” Ver também: (i) o AgRg, no REsp nº1214254/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 15/02/2011, DJe de 22/02/2011; (ii) AgInt no REsp 1872310/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 05/10/2021, DJe 08/10/2021.

funcionais que violam tais disposições que podem redundar na pena de demissão do agente público (nos termos do artigo 132, X, XI e XIII, exemplificativamente), sem prejuízo de eventual responsabilidade civil e criminal cumulativas.⁷⁰

Ainda o mesmo Estatuto deixa claro quais os âmbitos das responsabilidades civil, penal e administrativa que possuem os agentes públicos, a saber: (i) civil: “decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros” (artigo 122); (ii) “penal: abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade” (artigo 123); (iii) “administrativa: resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função” (artigo 124). E mais: “Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública” (artigo 126-A).

Ao lado disso, a Lei nº8.027/1990, que dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, de suas autarquias e fundações, em seu artigo 2º, prevê que é *dever desses agentes observar as normas legais e regulamentares*, e que configura falta punível com demissão o caso de procedimento desidioso, assim entendido a *falta ao dever de diligência no cumprimento de suas atribuições* (artigo 5º, §único, IV).⁷¹

Por tais razões é que a referida Lei nº 8.112/90, em seu artigo 143, estabelece que “é dever”, e não faculdade do Estado e seus agentes, “apurar irregularidades” verificadas no exercício de seus misteres, e isso é tão importante que o sistema jurídico nacional prevê como “crime retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei”, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal (artigo 319, do Código Penal Brasileiro).⁷²

⁷⁰ Disciplina de forma expressa o artigo 136 da lei que a demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI, do artigo 132, implica “indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário”, sem prejuízo da ação penal cabível, podendo incompatibilizar o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 5 anos.

⁷¹ Para reforçar a lógica protetiva dos interesses e bens do Estado veiculada por esses dispositivos referidos está tramitando na Câmara dos Deputados do Brasil o Projeto de Lei nº 2.794/20, o qual determina *que o funcionário público que não comunicar às autoridades crime de ação pública de que tomou conhecimento no trabalho poderá ser punido por prevaricação*, cuja pena é de detenção de 3 meses a 1 ano e multa. Esse projeto de Lei encontra-se aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, conforme informação do site: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2253333>.

⁷² Ver no ponto Justen Filho, 2018, p. 1049, quando lembra que “o ato ilícito funcional consiste na conduta reprovável, omissiva ou comissiva, praticada por servidor e infringente de dever jurídico a ele imposto por lei”.

Mas voltemos a nova LIA, pois alguns dos seus dispositivos configuram comportamentos ímprobos em espécie que autorizam o entendimento de ser possível, pela via da cegueira deliberada, o agente cometer a infração regulada, basta vermos os casos de: (i) *recebimento de presente* de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público (artigo 9º, I);⁷³ (ii) *facilitar* a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no artigo 1º, por preço superior ao valor de mercado (artigo 9º, II);⁷⁴ (iii) *utilizar bem móvel público, ou servidores públicos*, para interesses privados – o que também pode configurar o crime de peculato (artigo 312 do Código Penal brasileiro) –, o que faz parte da histórica tradição de cultura privatista na gestão do Estado;⁷⁵ (iv) receber vantagem econômica de qualquer natureza para “tolerar a exploração de jogos de azar” (bingos, caça-níqueis, jogo do bicho, rifas).⁷⁶

No caso específico do artigo 9º, inciso VIII, da nova LIA, temos a conduta de aceitar emprego, comissão ou “exercer atividade de consultoria, ou assessoramento, para pessoa física ou jurídica, que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”, durante a atividade. Imaginemos a situação de servidor federal, ocupante de cargo em grupo de direção de empresa pública – DAS, nível 5 ou 6, e que faz consultoria ou assessoramento para empresa privada no mesmo campo de atuação desta pública, prestando informações, dentre outras, privilegiadas, vedadas pela Lei Federal nº 12.813/2013 (que dispõe sobre conflito de interesses). E mais, diz a lei de conflitos de interesses que: (i) o ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo Federal “deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de

⁷³ O conceito de presente aqui é genérico, e não raro envolve gestos e atitudes entre pessoas com laços afetivos preliminares, mesmo que de amizade, forjados em níveis de confiança significativos, sentimentos que se confundem – nomeadamente em países de baixa tradição republicana – com normalidade quotidiana, e que podem levar à evitação de qualquer esforço para saber sobre a infração cometida.

⁷⁴ De igual sorte o conceito de facilitação é amplo, alcançando favorecimentos irregulares em face das normas públicas regentes de atos, fatos e negócios jurídicos, por conta de comportamento proposital do agente que se abstém de observar estas regras.

⁷⁵ No ponto ver as observações de MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 254. Lembremos de situações espalhadas por todos os municípios brasileiros envolvendo a utilização de bens e serviços da Administração Pública para o atendimento de interesses absolutamente privados, por vezes de cunho eleitoral, significativamente naturalizados na política nacional, e incorporados em hábitos quotidianos do setor público e privado. Vai nessa direção o disposto no inciso XII do mesmo artigo 9º quando prevê a conduta de usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º dessa lei.

⁷⁶ Qual o conceito de *tolerar*? Se o agente público tem conhecimento, ou evita tomar esse conhecimento, diante de situações fáticas consolidadas, por exemplo, de jogos de azar, e recebe dos envolvidos com esta contravenção qualquer tipo de vantagem econômica (prêmio, presente etc.), fazendo *vista grossa* do ocorrido, sem sombra de dúvidas que estará cometendo ato de improbidade, sem prejuízo de eventual enquadramento criminal.

interesses” e a resguardar informação privilegiada (artigo 4º); (ii) “no caso de dúvida” sobre como prevenir ou impedir situações que configurem conflito de interesses, o agente público deverá consultar a Comissão de Ética Pública (artigo 4º, §1º).

Aqui estamos diante de evidente situação em que o agente público (ou assemelhado a ele) tem o dever explícito de cuidado nos seus atos para com os bens e interesses tutelados pelo sistema normativo, não podendo sequer alegar o desconhecimento da lei para deixar de cumpri-la (nos termos do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942). E quando o faz, há presunção justificada de que evitou conhecer e dar cumprimento à norma que estava obrigado, evidenciando, no mínimo, o “erro grosseiro” de que fala o artigo 28 da Lei nº 1 3.655/2018 (“o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”), configurador da cegueira deliberada que estamos defendendo, verdadeira modalidade do dolo eventual. Age assim a pessoa que procede com “culpa crassa, magna, nímia, como se dizia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis. Quem devia conhecer o alcance do seu ato positivo ou negativo incorre em culpa grave”.⁷⁷

Na dicção de Paulo Modesto, se olharmos para o percurso comportamental configurador da ação improba, poderemos identificar o “grave incumprimento do dever de diligência exigível”. Nesse caso, o “erro grosseiro confunde-se com a própria omissão grave no cumprimento da diligência exigível pelo administrador público quando da consideração *do* contexto fático e normativo antecedente da ação ou omissão”.⁷⁸ Aliás, o STF já teve oportunidade de se manifestar sobre esta matéria, referindo que:

A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1958. v. XXIII. p. 72. grifos nossos. Realça-se aqui o elemento *conhecimento* que deveria ter o agente público por dever de ofício, como aliás destaca GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (org.). *Liber Amicorum, de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 889 e ss.

⁷⁸ MODESTO, Paulo. O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza. *ConJur*, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza>. Aceso em: 6 set. 2022. Configura, pois, ação em cegueira deliberada porque o agente público (e seu assemelhado), em face do cargo ou função que ocupa, deveria ter o conhecimento/consciência dos riscos e perigos de sua ação ou omissão oficiosa; e se não o teve, operou com grave incumprimento do dever de diligência exigível, devendo ser responsabilizado. Ao falar do dolo eventual, que equiparamos à cegueira deliberada, Hungria (1958, p. 116) refere: “(...) no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação.”

e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.⁷⁹

Veja-se que igualmente os incisos IX e X do artigo 9º da nova LIA trazem condutas que facilmente podem se objetivar pela via da cegueira deliberada, tendo como causa cumulativa solicitações de liberação ou aplicação de verba pública, ou de retardo (omissão) de ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado o agente público, os quais, uma vez atendidos, gerem, *a posteriori*, vantagens econômicas a esse. E isso pode se dar em diversos procedimentos administrativos especiais, como contratos, licitações, processos administrativos tributários, disciplinares, etc., nos quais interessados postulam a agentes públicos tratamentos diferenciados – e ilícitos –, primeiramente em nome de vínculos e relações pessoais, e em seguida com a retribuição por presentes e outras vantagens, e tudo isso no cotidiano e ordinariade da gestão pública.

No artigo 10 da nova LIA também vamos encontrar possibilidades corriqueiras de condutas que, por cegueira deliberada, podem configurar improbidade administrativa, dentre os quais: (i) a utilização, por parte de pessoas físicas ou jurídicas privadas, de bens integrantes do acervo público, por parte de agentes do Estado, sem as formalidades legais ou regulamentares próprias (inciso II), como uso de veículos e serviços estatais com desvio de finalidades (transporte de ambulância, de ônibus escolar, previsto no inciso XIII também);⁸⁰ (ii) conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie (inciso VII), em processos administrativos tributários ou disciplinares – inclusive na modalidade omissiva, gerando situações prescricionais; (iii) dispensar processo licitatório indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva (inciso VIII).

Lembremos que o Superior Tribunal de Justiça, em junho de 2021, afetou os recursos especiais nº 1.912.668 e 1.9144.58, da relatoria do ministro Og Fernandes, sob o rito dos recursos repetitivos, para dirimir controvérsia sobre dano presumido ao erário e atos de improbidade violadores das regras da licitação, cadastrando o Tema nº 1.096, submetendo a seguinte questão a julgamento: “Definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao Erário (*in re ipsa*).” Mas, mesmo antes disso, temos posições consolidadas desse tribunal sobre o tema:

⁷⁹ Conforme notícia no *site* do STF (disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>), em especial na liminar deferida pelo ministro Barroso nas ADIs conexas – exemplificativamente na ADI nº 6.421.

⁸⁰ Em relação a isso, o senador Randolfe Rodrigues denunciou, no Senado brasileiro, que: “O grande inimigo da República é o uso privado da coisa pública; é a apropriação da coisa pública como se bem pessoal fosse” (Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/02/01/randolfe-rodrigues-critica-uso-privado-de-bens-publicos>).

No que tange à possibilidade de imposição de ressarcimento ao erário, nos casos em que o dano decorrer da contratação irregular proveniente de fraude a processo licitatório, como ocorreu na hipótese, a jurisprudência desta Corte de Justiça tem evoluído no sentido de considerar que o dano, em tais circunstâncias, é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta. Precedentes: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012. AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016. REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/9/2014, DJe 9/9/2014.⁸¹

Também no artigo 11 da nova LIA mantiveram-se os atos, agora dolosos, que atentem contra os princípios da Administração Pública e que violem os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, como improbidade, observadas as condutas em espécie que, por *numerus clausus*, restaram definidas. Importa ressaltar que o §4º desse artigo 11 determina que os atos de improbidade, no ponto, “exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado” para serem passíveis de sancionamento, e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. Mas o que isso significa? Qual a métrica da lesividade relevante aqui? Em tempos de danos com menor potencial ofensivo vamos ter dificuldades de configuração das condições para o sancionamento de atos ímprobos nesse particular, a despeito do esforço dos tribunais superiores em não aceitar a aplicação da bagatela em tais infrações! De qualquer sorte, na forma como se encontra a redação desse artigo ficará muito difícil, mesmo pela via da cegueira deliberada, configurar ato ímprobo.

Mesmo tendo o STF apreciado o Tema nº 1.199, da relatoria do ministro Alexandre de Moraes, enfrentando os aspectos da (ir)retroatividade da nova LIA, em especial no que diz com a exigência do dolo à configuração da improbidade e a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente,⁸² a tese que defendemos aqui não resta abalada, até por conta do conteúdo da decisão referida, que não discrimina a qual espécie de dolo está a se referir, a saber:

É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo - DOLO;

⁸¹ REsp 728.341/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 20/03/2017.

⁸² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa e prescrição – apontamentos sobre a reforma legislativa. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 177-200, abr./jun. 2022.

2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém, sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.⁸³

Reforçamos o argumento: nossa proposta é a de reconhecer a cegueira deliberada como comportamento que configura espécie de dolo (eventual) exigido pela nova LIA para os fins de responsabilidade e sancionamento.

Considerações finais

Desde sempre as legislações nacionais e internacionais que versam sobre moralidade, ética e probidade administrativa, teórica e pragmaticamente, foram e tem sido utilizadas para reafirmar valores da sociedade vigente, em face das conquistas civilizatórias constitucionais e infraconstitucionais alçadas, daí porque ganha força o argumento de que cada ato ímprobo por parte do gestor público, ou com quem se relaciona com ele, configura quebra de expectativas normativas por falta de fidelidade aos princípios e regras eleitos normativamente, atentando à segurança das relações sociais, às instituições democráticas e à confiança nos poderes instituídos.

Claro que é possível haver situações em que o agente público que comete violação às normas da nova LIA não tenha, desde o início de sua ação, a vontade dirigida à obtenção do resultado violador e ilícito; o que ele quer é algo diverso, mas prevendo, ou devendo prever por conta de seu ofício, que o evento possa ocorrer, inexoravelmente assume o risco de causá-lo, restando aí configurado o comportamento ímprobo.

E isso porque todos os servidores têm a obrigação de conhecer os limites de suas ações sob o manto da legalidade, honestidade, transparência e responsabilidade, não podendo escusar-se de tal sob o argumento de desconhecimento da lei; tampouco podem dar cumprimento parcial ao sistema normativo que devem observar, em

⁸³ Conforme informação do site do STF: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>.

nome da tolerância a atos de menor potencial lesivo à moralidade pública e aos seus princípios normativos vinculantes.

No momento em que a improbidade administrativa ocorre no mundo da vida, coloca em risco a validade de todo o sistema normativo protetivo dos interesses, bens e patrimônios indisponíveis, e, por conseguinte, a confiança que transmite ao cidadão, tonificando-se a função do sancionamento do agir ímprobo como reafirmatória daquilo que fora defraudado. Ou seja, o fim da sanção não é que se faça justiça (conceito demasiadamente abstrato), nem que a sociedade e o Estado sejam vingados ou corrigidos, mas é o restabelecimento da ordem social e institucional abaladas pela violação da norma jurídica, condição de possibilidade para a vida em comunidade.⁸⁴

A partir desta perspectiva não se trata tanto a tarefa da LIA dirigir ou regular imediatamente condutas sociais, mas sim estabelecer e estabilizar no tecido social redes de expectativas recíprocas de comportamentos fundamentadas na norma vigente.

Por outro lado, não é suficiente serem as normas consideradas válidas modo geral pelos cidadãos, mas elas devem efetivamente ser respeitadas, razão pela qual precisam estar acompanhadas do que podemos chamar de *adequada consolidação cognitiva* (expressão que indica a existência de processo cognitivo graças ao qual a norma é reconhecida, por convencimento racional e fundado, como válida pelos membros da Comunidade que ela alcança, sendo por isso respeitada na generalidade dos casos); e a premissa de todo o sistema jurídico é que tal percepção social exista.⁸⁵

Diante de tais elementos, condutas de cegueira deliberada sem sombra de dúvidas caracterizam inadequada consolidação cognitiva – nomeadamente daqueles que deveriam ter tal consciência –, evidenciada por ações e omissões indevidas, reclamando reproche adequado, sendo que para nós esta ocorrerá sempre que: (i) o sujeito ativo (por conta de sua condição pessoal, profissional, intelectual) se encontre em condições de obter a informação ignorada durante toda a fase de consecução do comportamento ímprobo (ativo ou omissivo); (ii) o sujeito ativo tenha o *dever geral* de indagar pelos riscos associados à realização de condutas potencialmente lesivas a bens jurídicos protegidos normativamente; (iii) o sujeito ativo tenha decidido voluntariamente, ou pelo menos conscientemente, agir ou se omitir no ponto.

⁸⁴ Som o ponto de vista filosófico ampliamos esse debate o livro de LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 142.

⁸⁵ JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

Em isso ocorrendo, estaremos diante de conduta que pode perfilhar intensidade diferida de *responsabilidade*, na modalidade de cegueira deliberada enquanto situação fática ocorrida no tempo e espaço determinados, capaz de operar reflexos no âmbito da responsabilidade estabelecida pela nova LIA.

Por isso que, nas circunstâncias em que o agente público deveria saber por conta do cargo/função ocupado, que algum resultado lesivo pode se dar a bem ou interesse público indisponível, decorrente de ação ou omissão que venha a desempenhar, e mesmo assim age ou se omite, resta configurada a indiferença em relação aquele, evidenciando que a sua colocação em perigo não constitui motivo suficiente para demovê-lo da conduta, operando, pois, com cegueira deliberada (porque sequer busca tomar as precauções que seu ofício reclama e que estão à disposição). Nesse momento, passa a assumir/aceitar o resultado que deveria evitar; assume o risco de produzi-lo, já que, mesmo tendo condições de visualizar a possibilidade da ocorrência do ato ilícito, opta por não enxergar, e com isso, admite, anui, aceita, concorda com o resultado, devendo ser responsabilizado por tal comportamento.

E quando isso acontece, a mensagem que a sanção envia aos cidadãos é, portanto, dupla: (i) contribui para a pacificação social ao visar aqueles que reivindicam sua proteção restaurando a validade do valor/norma questionado/violado pela improbidade levada a cabo.⁸⁶ Por outro lado, (ii) também envia aos potenciais infratores a mensagem de que a renúncia aos meios legais para atingir seus objetivos está fadada ao insucesso, procurando assim persuadi-los da conveniência de observarem a lei.

Referências

ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability – A Theory of Criminal Law*. New York: Cambridge University Press, 2009.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the “writ of certiorari”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 189-204, jan./abr. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁸⁶ Sobre os reflexos do eficiente combate à corrupção e à improbidade na proteção dos direitos humanos, ver: Sanabria Rodelo, 2021; Moranchel Pocaterra, 2020.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 25. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. de 1951.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: CÉSAR, Paulo (coord.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. São Paulo: Atlas, 2014.

CHARLOW, Robin. Wilful ignorance and criminal culpability. *Texas Law Review*, v. 70, n. 6, May 1992.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DÍAS PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. São Paulo: Atlas, 2014.

DUBBER, Markus D. *An Introduction to the Model Penal Code*. New York: Oxford University Press, 2015.

EDINGER, Carlos. *A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

EDWARDS, John L. The criminal degrees of knowledge. *The Modern Law Review*, v. 17, n. 4, Jul. 1954.

FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal. *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, n. 13, p. 101-138, 2014.

GARCIA Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à distinção entre dolo e culpa, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004.

GRECO, Luís. Comentário al artículo de Ramon Raguès. In: *Discusiones XIII – ignorancia deliberada y derecho penal*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (org.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009.

HAEBERLIN, Martín; SCHWARTZ, Germano. É desejável a estatização da sociedade civil? Uma reflexão a partir dos exemplos da Política Nacional de Participação Social (2014) e do Plano Nacional de Fomento às Artes (2020). *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 14, n. 1, jan./mar. 2023.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, t. II.

HUSAK, Douglas. *Ignorance of Law – A Philosophical Inquiry*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

JAKOBS, Ghünter. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

JAKOBS, Ghünter. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Ghünter. Indiferencia como dolo indirecto. QUIROGA, López Barja de; ESPINAR, Zugaldía (coord.). *Dogmática y ley penal*. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo Tomo I. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LUBAN, David. *Contrived Ignorance*. In Georgetown University Law Center, 1999.

LUIZ, Fernando Vieira; LUIZ, Marina de Oliveira de Vasconcellos. Teoria da cegueira deliberada e o elemento subjetivo do tipo no crime de lavagem de dinheiro. In: CURY, Rogério (coord.). *Direito penal econômico*. São Paulo: Almedina, 2020.

MANRIQUE, María Laura. *Acción, dolo eventual y doble efecto*. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

MARTINS JR., Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2019.

MCINTYRE, Lee. *Respecting Truth – Willful Ignorance in the Internet Age*. New York: Routledge, 2015.

MODESTO, Paulo. O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza. *ConJur*, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza>. Aceso em: 6 set. 2022.

MOORE, Michael S. Causation and the excuses. *California Law Review*, v. 73, n. 4, Jul. 1985.

MORANCHEL POCATERRA, Mariana. Administración pública, corrupción y derechos humanos. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 7, n. 1, p. 113-126, ene./jun. 2020.

MORIN, Gastón. *La revolte des fait contre le Code*. Paris: FDL, 1990.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa e prescrição – apontamentos sobre a reforma legislativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 177-200, abr./jun. 2022.

PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual* – hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1958. v. XXIII.

PUPO, Alberto. Comentario a *Mejor no saber* – sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès. In: *Discusiones XIII* – ignorancia deliberada y derecho penal. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Dolo de beneficiamento na improbidade administrativa. *Jota*, 23 maio 2022. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dolo-de-beneficiamento-na-improbidade-administrativa-23052022. Acesso em: 21 set. 2022.

RIPERT, George. *La régle morale dans les obligations civiles*. Paris: Dalloz, 1984.

RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 187-206, jan./mar. 2020.

ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 81, 1990.

SANABRIA RODELO, Alejandro. The corrupt catch of the state as multidimensional damage to human rights. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 8, n. 2, p. 47-70, jul./dic. 2021.

SARCH, Alexander F. Willful ignorance, culpability and the criminal law. *St. John's Law Review*, v. 88, n. 4, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Genesis Editora, 1993.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

VALGAS, Rodrigo. Genérico ou específico? Afinal, qual o dolo exigível no novo regime de improbidade administrativa? *Migalhas*, 7 abr. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363419/qual-o-dolo-exigivel-no-novo-regime-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 20 set. 2022.

VALLÈS, Ramón Ragués I. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona M. Bosch Editor, 1999.

VALLÈS, Ramon Ragués I. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2007.

VARGAS LIMA, Alan E. El derecho a la buena administración pública en relación con el principio de informalismo de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo en Bolivia. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fpe, v. 9, n. 1, p. 99-122, ene./jun. 2022.

VIVAS ROSO, Jessica. El rol de los órganos de control fiscal en la lucha contra la corrupción. Caso: Contraloría General de la República de Venezuela. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 9, n. 2, p. 397-422, jul./dic. 2022.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Informação bibliográfica desse texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Rogério Gesta. A cegueira deliberada como causa configuradora de ato de improbidade administrativa: indagações preliminares. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 94, p. 165-199, out./dez. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i94.1778.
