

Coleção  
**Preparando**  
*para concursos*



Questões  
*discursivas*  
comentadas

Organizadores: **Leonardo Garcia e Roberval Rocha**

por carreira

Coordenadores  
Mila Gouveia  
Rafael Vasconcelos Porto

# MAGISTRATURA FEDERAL

Juiz Federal Substituto

**4ª edição**

Revista e atualizada

2019

 EDITORA  
JusPODIVM

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## 2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

//////////  
 (TRF/2R/Juiz/2007) Mostra-se legítimo o contrato administrativo celebrado tacitamente? Justifique.

Autora: Jaqueline Conesque Gurgel do Amaral

### Direcionamento da resposta

O candidato deverá abordar o conceito de contrato administrativo e a formalidade que o caracteriza para concluir se possível ou não a celebração tácita.

### Sugestão de resposta

Inicialmente, necessário estabelecer que para a maioria da doutrina nem todo contrato celebrado pelo Poder Público tem natureza de contrato administrativo. Isso porque aqueles contratos que são regidos pelo direito privado (locações, por exemplo) denominam-se contratos da Administração ou contratos privados da Administração, restando a denominação de *contratos administrativos* para aqueles regidos pelo direito público.

Assim, em conceituação dada por Hely Lopes Meirelles, *o contrato administrativo* “é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”. Já para Fernanda Marinela, é a “convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público”<sup>2</sup>.

Em que pese os regimes administrativos distintos, para a doutrina, tanto os contratos administrativos quanto os contratos privados da administração recebem o mesmo tratamento quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, além do que as formalidades que precedem o contrato, como a autorização para contratar, a exigência de licitação e os eventuais requisitos a serem observados também se disciplinam pelo direito administrativo.

---

2. Os conceitos doutrinários foram inseridos na resposta para auxiliar no estudo/revisão, mas quando da realização da prova escrita o instituto jurídico deverá ser definido com as próprias palavras do candidato.

Necessário dizer que os contratos administrativos estão regidos pelo disposto na Lei 8.666/93.

Essa Lei, em seus artigos 60 a 62, estabelece as formalidades para a celebração do contrato administrativo, sendo uma de suas características ser o contrato sempre formal. O artigo 60, parágrafo único, inclusive, estabelece ser nulo e sem nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, de valor não superior a R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Da análise de tais dispositivos conclui-se que os contratos administrativos serão sempre escritos, ainda que o instrumento de contrato possa ser substituído por outros instrumentos hábeis, como carta contrato ou nota de empenho (art. 62, *caput*).

Nesse contexto, não há espaço para a celebração tácita de contrato administrativo, pois há uma série de exigências prévias à sua celebração (licitação, por exemplo), bem como para a sua celebração em si.

Para confirmar esse raciocínio, a lei exige que até mesmo a prorrogação dos contratos já celebrados seja justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato, não se admitindo também, em consequência, a prorrogação tácita dos contratos administrativos.

Necessário dizer que a jurisprudência já se posicionou nesse sentido, conforme se extrai do julgamento do AG 200802010010446 (Des. Federal Luiz Paulo Da Silva Araújo Filho, Sétima Turma Especializada, DJU 2.12.2008) e do AC 200951010084291 (Des. Federal Guilherme Couto, Sexta Turma Especializada, E-DJ 6.2.2012), ambos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região<sup>3</sup>.

Assim, por todo o exposto, tendo em vista a absoluta incompatibilidade com o sistema que rege os contratos administrativos, não se admite no direito brasileiro o contrato administrativo tácito.

////////////////////////////////////  
**(Cespe/TRF/5R/Juiz/2007)** *É possível clausular a arbitragem em contrato administrativo internacional? Fundamente sua resposta.*

*Autora: Jaqueline Conesuque Gurgel do Amaral*

---

3. No ano desse concurso o Presidente da Comissão Examinadora, Des. Poul Erik Dyrland foi relator da AC 9602212306, em que se decidiu que não se podia entender como prorrogação tácita de um contrato de locação em que a União era locatária o decurso do prazo de 10 (dez) meses desde a notificação de saída sem que os locadores propusessem ação de despejo.

***Direcionamento da resposta***

O candidato deverá definir o contrato internacional, estabelecer o regime jurídico que é aplicável a esses contratos, definir se é possível a cláusula de arbitragem (compromissória) nos contratos em que participa a Administração Pública, dizer o posicionamento do STJ sobre o tema e concluir se é possível a cláusula em questão nos contratos internacionais.

***Sugestão de resposta***

Define-se contrato internacional como aquele acordo de vontades que está potencialmente sujeito a dois ou mais sistemas jurídicos<sup>4</sup>.

No âmbito administrativo, embora na maior parte das vezes a Administração encontre produtos e serviços de que necessita dentro do próprio país, em alguns casos precisa buscá-los fora, ou, pelo menos, possibilitar a participação de empresas de outros países na licitação. A licitação, nesses casos, será internacional.

Se, em decorrência de tal licitação, sair vencedora empresa sediada no país, que fornecerá produto ou serviço que aqui já se encontra, o contrato administrativo será nacional, apesar de decorrente de uma licitação internacional. Aplica-se, nesse caso, sem sombra de dúvida, a legislação nacional.

Contudo, se a vencedora for empresa sediada em outro país, sem filial domiciliada no Brasil, o contrato administrativo será internacional.

Isso porque a classificação do contrato administrativo em nacional ou internacional se dá a partir de do domicílio das partes, do objeto do contrato e principalmente de ser aplicável mais de um ordenamento jurídico.

Quando o governo brasileiro celebra um contrato administrativo com um de seus nacionais, não há dúvidas de que a legislação aplicável ao caso é a nacional. Contudo, quando um contrato administrativo é celebrado com pessoa jurídica sediada e domiciliada em outro país, a questão que se coloca é se ainda assim aplica-se a lei imperativa nacional ou se a norma seria do estatuto pessoal da contratada.

No caso de contratação entre particulares nacionais de países diversos, a relação jurídica é regida pela lei nacional dos países contratantes e pelo contrato.

---

4. AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Direito do Comércio Internacional**: aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004. 395, p. 218.

No entanto, quando o contrato tem como partes um Estado e uma empresa privada, não existe a simetria existente quando a celebração é feita entre particulares, regendo-se a relação jurídica pelo direito do Estado contratante.

Nesses casos, o Estado não pode abrir mão de sua supremacia, que se revela através das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, que em última análise atendem ao postulado de legalidade ao qual o ente contratante está adstrito.

A discussão, então, é se os postulados que regem o contrato administrativo interno, aplicáveis, como visto, ao internacional, permitem a estipulação de cláusula compromissória, ou seja, a resolução dos conflitos através da arbitragem.

A Lei 8.666/93 é silente quanto à possibilidade de se clausular arbitragem nos contratos administrativos.

Contudo a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) afirma que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim, sendo o Estado pessoa jurídica e, portanto, capaz, poderia se valer da arbitragem.

Necessário observar que ainda em 2006 o STJ julgou uma série de processos em que julgou válida cláusula compromissória em contrato celebrado por Sociedade de Economia Mista, deixando consignado expressamente que não é contra o interesse público que a Administração Pública clausule a arbitragem (vide AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 14.8.2006).

Para afastar qualquer dúvida de que a Administração Pública pode estipular cláusula compromissória, a Lei 9.307/96 foi alterada recentemente pela Lei 13.129/2015, estabelecendo expressamente a possibilidade de administração pública direta e indireta utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º).

E se assim é quanto aos contratos administrativos internos, assim também deve ser quanto aos contratos administrativos internacionais, já que ambos são regidos pelas mesmas normas.

Dessa forma, é plenamente possível clausular arbitragem em contrato administrativo internacional.

### **3. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

---

*(TRF/2R/Juiz/2018) Dissertação: Improbidade Administrativa. O candidato deverá abordar, necessariamente, os seguintes tópicos: a) Sujeitos: pessoa jurídica; particular; agente político; conselhos de fiscalização do exercício*

*profissional; sucessores do ímprobo. b) Medidas cautelares: Indisponibilidade de bens: cabimento; duração; afastamento do agente público; sequestro. c) Atos de improbidade: atos administrativos (discricionabilidade; controle; erro de apreciação e discricionabilidade técnica), legislativos e jurisdicionais. d) Tipologia objetiva e subjetiva: conceitos jurídicos indeterminados e improbidade; enriquecimento ilícito; atos lesivos ao patrimônio público; atos de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; atos atentatórios aos princípios regentes da atividade estatal; atos dolosos e culposos: a culpa grave e a cegueira deliberada. Inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, penal e civil. e) Competência: A questão do foro por prerrogativa de função; atos praticados em detrimento de sociedade de economia mista federal. f) Prescrição: Prazos; ato de improbidade que caracteriza crime; prosseguimento, após o advento da prescrição, para fins de viabilizar ressarcimento ao erário público: É cabível? g) Sentença: requisitos; congruência. Consectários. h) Sanções: adequação à natureza do ato e dosimetria: perda de bens ou valores; ressarcimento do dano; dano moral; perda da função pública: Pode o juiz federal decretá-la se o agente é vinculado à administração estadual ou municipal? Há atos ímprobos de pequeno potencial ofensivo? Aplica-se o princípio da insignificância em atos de improbidade? i) Acordo de leniência e Lei de Improbidade Administrativa.*

*Autor: Emmanuel Mascena de Medeiros*

### **Direcionamento da resposta**

Em uma questão tão longa, e com roteiro tão específico dos temas que devem ser enfrentados, o primeiro cuidado que se deve ter é abordar, especificamente, todos os pontos apontados pelo examinador, sem exceção. Acréscimos de tópicos não incluídos nos pontos obrigatórios da resposta são bem-vindos, mas exigem cuidado especial para que não comprometam nem o tempo, que deve ser administrado com sabedoria na elaboração de provas dissertativas, nem o espaço disponibilizado, que, muitas vezes, é pouco até para o roteiro apresentado. Havendo limitação de espaço, deve-se sempre primar pelo enfrentamento dos temas indicados pelo examinador, ainda que se detenha conhecimentos aprofundados sobre o tópico abordado. Além de conhecimento, é preciso planejamento para a elaboração de uma boa resposta dissertativas em um concurso público.

### **Sugestão de resposta**

O sujeito passivo da improbidade administrativa será a administração direta dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como os entes da administração indireta e as entidades que recebem auxílio

financeiro da administração pública. O sujeito ativo da improbidade administrativa pode ser o agente público ou o particular que cooperar com ele na prática da imoralidade administrativa. Embora haja controvérsia na doutrina, o STJ admite a possibilidade (REsp 1122177) de pessoa jurídica ser sujeito ativo de ato de improbidade administrativa, posição reforçada pelo art. 30, inc. I, da Lei n. 12.846/13, que afirma que a responsabilização de pessoas jurídicas, nos termos daquela lei, não impede a aplicação das penas previstas na Lei n. 8.429/92.

O conceito de agentes públicos adotado pela Lei de Improbidade Administrativa é amplo, incluindo mesmo aqueles que exercem função pública temporária ou gratuita. Não há litisconsórcio passivo necessário entre aqueles que praticam atos de improbidade administrativa e os terceiros beneficiados. O particular, todavia, somente se sujeitará às cominações previstas na lei de improbidade administrativa se figurar também um agente público no polo passivo da demanda, já que só pratica atos de cooperação com o agente público, não sendo possível o ajuizamento da ação civil pública somente contra particulares. Em outras palavras, se houver particular que concorreu para o ato de improbidade, a ação civil pública pode ser ajuizada só contra o agente público que concorreu para a prática do ato, mas jamais apenas contra o particular.

Quanto aos agentes políticos, ainda quando sujeitos a julgamento por crime de responsabilidade, podem ser demandados, sem foro por prerrogativa de função, em razão do cometimento de atos de improbidade administrativa. O Presidente da República é uma exceção a essa regra, já que, nos termos da Constituição, seu julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal.

A legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa é do Ministério Público e do ente público que tenha sofrido as consequências negativas do ato ímprobo. Caso o Ministério Público não seja o autor da demanda, atuará, necessariamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

Os conselhos de fiscalização profissionais possuem, em regra, a natureza jurídica de autarquia, podendo, por isso, ser sujeitos passivos de atos de improbidade administrativa. A exceção é a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que, nos termos da posição tomada pelo STF no julgamento da ADI 3026, possui natureza jurídica de serviço público independente, não integrando a administração pública indireta. É defensável que a OAB não possa ser sujeito passivo de ato de improbidade administrativa, já que, nos termos da atual jurisprudência dos tribunais superiores, os créditos decorrentes da relação jurídica travada entre a OAB e os advogados não compõem o erário e, consequentemente, não têm natureza tributária.

Acerca da responsabilidade dos sucessores de quem comete ato ímprobo, o art. 8<sup>a</sup> da Lei de Improbidade Administrativa diz que o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações da Lei n. 8.429/92 até o limite do valor da herança. Obviamente, somente as sanções pecuniárias podem ser transmitidas aos sucessores, que não podem, por exemplo, ser alcançados por proibições para contratar com o Poder Público. Além disso, o STJ possui entendimento (AgInt no AREsp 890797) no sentido de que a responsabilização dos sucessores disposta no art. 8<sup>o</sup> da Lei de Improbidade Administrativa só se aplica aos atos de improbidade tipificados nos arts. 9<sup>o</sup> (atos que importam enriquecimento ilícito) e 10 (atos que causam prejuízo ao erário) da Lei n. 8.429/92.

A Lei de Improbidade Administrativa possibilita, como medida cautelar, a indisponibilidade de tantos bens quantos bastem para cobrir as punições pecuniárias decorrentes de atos de improbidade. O valor da eventual multa civil, como sanção diversa e autônoma do ressarcimento integral do dano, deve ser levado em consideração no momento da determinação da indisponibilidade.

Essa medida de indisponibilidade distingue-se do sequestro de bens, já que dispensa a individualização, pelo autor da ação de improbidade, dos bens que pretende tornar indisponíveis. A medida cautelar recairá sobre a universalidade de bens do demandado, sendo admitida, após a concessão da liminar, a indicação, pelo réu, se houver excesso, de bens suficientes para suportar os efeitos da eventual condenação na ação.

De toda forma, é essencial para a decretação da indisponibilidade que o autor da ação pública estime o valor da condenação patrimonial, pois só assim haverá parâmetro para a análise e cumprimento da medida cautelar em comento.

Não há vedação a que essa determinação seja deferida sem oitiva prévia da parte contrária, antes mesmo da notificação prévia prevista no art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa. É que, nos termos da jurisprudência do STJ sobre o tema, a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa independe de prova de dilapidação patrimonial para a configuração do periculum in mora, que está implícito no próprio art. 7<sup>o</sup> da Lei 8.429/92.

A decretação da indisponibilidade de bens é medida possível mesmo nas ações que buscam a penalização de atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, que são aqueles punidos com as menores penas na Lei n. 8.429/92.

Essa indisponibilidade não alcança os bens definidos por lei como impenhoráveis, embora, segundo o STJ, os bens de família possam ser objeto de medida de indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade Administrativa. A



indisponibilidade pode incidir sobre bens adquiridos antes do cometimento do suposto ato de improbidade administrativa.

O parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92 prevê a possibilidade de mais uma medida cautelar: o afastamento do agente público de seu cargo. Quanto à duração dessa medida, há um importante precedente do STJ, AgRg na SLS 1957/PB, de 2014, que estabelece que o afastamento cautelar deve ter por prazo máximo 180 dias, contados da data da determinação da medida, ou até o término da instrução processual, o que ocorrer antes.

A caracterização de um ato administrativo como discricionário não impede sua definição como ato de improbidade. Não deve o Judiciário invadir o mérito administrativo, revisando as razões de conveniência e oportunidade. Mas isso não impede a sindicabilidade jurisdicional do ato discricionário quanto a sua juridicidade, o que poderá resultar na verificação, no caso concreto, por exemplo, de violação de princípios administrativos por parte do agente público.

No campo regulatório, ganha destaque o tema da discricionariedade técnica, que parte do pressuposto de que algumas opções devem ser abordadas do ponto de vista técnico, e não somente da conveniência e oportunidade da Administração Pública. A liberdade decisória fundada na técnica também não afasta a possibilidade de um determinado ato ser caracterizado como improbidade administrativa. A discricionariedade técnica também não escapa à sindicância judicial caso desajustada à juridicidade, o que pode redundar na apuração, por exemplo, de desvio de finalidade grave a justificar o enquadramento do ato como ímprobo.

A questão do erro de apreciação envolve a análise de juízos de fato e juízos de valor. O juízo de fato caracteriza-se pelo conhecimento da realidade. Sua análise equivocada poderá resultar num erro de fato. O juízo de valor, por sua vez, é um posicionamento em relação à realidade. Sua avaliação equivocada pode gerar um erro manifesto de apreciação. Os vícios nos juízos de fato e de valor podem gerar a caracterização de atos como ímprobos, mas, para tanto, é preciso que a escolha do agente público destoe do homem médio, consubstanciando erro manifesto de apreciação violador da juridicidade. É preciso cuidado nessa seara, para que a apreciação judicial não se transforme em substituição da escolha do administrador.

Em princípio, é possível que ato legislativo inconstitucional seja editado e possa caracterizar improbidade administrativa. A atuação do Judiciário, aqui, deve respeitar as opções políticas do legislador e sondar, com base no princípio constitucional da moralidade, se o real elemento volitivo do legislador era ou não probo. Se, por exemplo, um membro do Legislativo receber propina para a

aprovação de uma norma, é possível, em tese, que sua conduta seja enquadrada como improbidade administrativa.

O STJ já reconheceu, no julgamento do REsp 1181511, em 2014, a possibilidade de o Judiciário realizar, no julgamento de ação civil pública de improbidade administrativa, o controle difuso de constitucionalidade de ato legislativo em pedido incidental, como questão prejudicial indispensável à configuração de ato de improbidade praticado por um legislador no exercício de sua atividade própria.

Também os atos judiciais, quando praticados com má fé ou fraude, podem, em tese, ser enquadrados como atos de improbidade administrativa. A independência do magistrado, garantida pela Constituição, não pode servir de escudo para a tomada de decisões parciais, com ou sem o recebimento de vantagem indevida, ou para a omissão deliberada na atuação. É importante destacar que não será a atuação incompetente de um julgador que justificará sua responsabilização por improbidade, é preciso a prova do propósito deliberado de praticar o ato judicial para alcançar fim ilícito.

Os atos de improbidade administrativa encontram-se definidos nos artigos 9, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

O art. 9º apresenta as condutas que, nos termos da legislação, configuram atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito. Nos termos do caput do artigo, constitui ato de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da Lei n. 8.429/92. São os atos de improbidade mais graves, punidos com as maiores penas. São, ao todo, tipificadas doze hipóteses de enriquecimento ilícito nos incisos do referido artigo, que não encerram todas as hipóteses de enriquecimento, já que é possível a punição diretamente com base na definição de enriquecimento ilícito prevista no caput. No que se refere ao elemento subjetivo, é importante ressaltar que esses atos de improbidade administrativa somente podem ser punidos se cometidos com dolo.

O art. 10 trata dos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, definidos, no caput, como aqueles que causam lesão ao erário, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da Lei n. 8.429/92. Inicialmente, já se destaca a distinção do elemento subjetivo, já que o ato administrativo que causa prejuízo ao erário pode existir na modalidade culposa, ao invés dos demais atos ímprobos, sempre dolosos. Mas vale ressaltar que a culpa a justificar a qualificação de uma conduta como improbidade administrativa é somente a denominada culpa grave. Em outras

palavras, somente quando o agente público atuar com diligência abaixo do normal, com grave inobservância de dever de cuidado, é que a conduta culposa, qualificada como grave, poderá justificar a imposição das graves penas da Lei de Improbidade Administrativa.

Na redação original, o art. 10 possuía treze incisos, que detalhavam hipóteses de atos que causam prejuízo ao erário. Entretanto, por meio de alterações posteriores, foram acrescentados mais oito incisos, possuindo o art. 10, atualmente, vinte e um. Assim como já se disse ao se tratar do art. 9º, é possível o enquadramento do ato como ímprobo com base na cabeça do artigo, sem que haja o enquadramento em um dos mais de vinte incisos do art. 10 da Lei n. 8.429/92.

O art. 10-A define que constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput do art. 8º da Lei Complementar n. 116/03, que determina que a alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento). Dispõe, ainda, que será também considerado ato de improbidade administrativa a concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima anteriormente citada (2%). O elemento subjetivo no cometimento destes atos de improbidade será sempre o dolo.

O art. 11, por seu turno, apresenta os atos de improbidade administrativa assim considerados por atentarem contra os princípios da Administração Pública. O caput define que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”. Esse é o artigo que apresenta os maiores riscos na sua aplicação, já que inúmeros atos podem resultar em violação de princípios administrativos sem, contudo, serem graves a ponto de se justificar a aplicação das penas previstas na Lei n. 8.429/92. Sobre esse tema, o STJ já decidiu que “no caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares” (REsp 480387) e também que “a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado” (REsp 213.994). Os atos administrativos que atentam contra os princípios da Administração Pública são sempre dolosos, embora o STJ admita que o elemento subjetivo, nesse caso, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não sendo necessária a presença de dolo específico (REsp 951.389).

O ato de improbidade administrativa nunca poderá resultar de uma responsabilização objetiva. Por mais complexa que possa ser a prova do elemento subjetivo, sempre deverá haver a prova do dolo ou da culpa grave (esta última apenas no caso do art. 10). Não fosse assim, não haveria a distinção entre atos de improbidade e meras ilegalidades cometidas por agentes públicos. Como já disse o STJ: "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente" (AIA 30).

É clássica a lição de que há independência entre as instâncias civil, penal e administrativa, afastada apenas quando a conclusão do processo penal afirmar que não ocorreu o fato ou se existir prova inequívoca de que o agente não foi o causador do ilícito, casos em que a conclusão penal vinculará as demais instâncias. É preciso, todavia, atentar para a possibilidade, por exemplo, de dupla condenação na obrigação de ressarcir o erário. A independência das instâncias não autoriza a duplicidade de punição, matéria que deverá ser aferida quando do cumprimento das decisões de cada esfera sancionadora.

Tem ganhado espaço na doutrina, e já em algumas decisões judiciais, o estudo da aplicação da teoria da cegueira deliberada, também conhecida como doutrina da evitação da consciência, no âmbito da análise do cometimento de atos de improbidade administrativa.

A cegueira deliberada assemelha-se ao dolo eventual, e assim vem sendo considerada em várias decisões judiciais na seara criminal. Foi assim, por exemplo, em voto do Ministro Celso de Mello na Ação Penal n. 470 (Mensalão). No dolo eventual, o agente não quer a produção do resultado ilícito, mas age assumindo o risco, por ele previsto, de sua produção.

Não existindo limitação quanto às espécies de dolo capazes de justificar a condenação por ato de improbidade administrativa, é possível, em tese, que a cegueira deliberada sirva de fundamentação do elemento subjetivo na prática de ato de improbidade administrativa. Em ao menos uma decisão, no Tribunal de Justiça de São Paulo (APL 0009252-56.2010.8.26.0073), em 2014, assim já se fundamentou uma condenação.

O STF, no julgamento da ADI 2797, em 2006, declarou a inconstitucionalidade de Lei n. 10.628/02, na parte em que alterava o Código de Processo Penal para, alterando seu art. 84, incluir previsão de competência por prerrogativa de função para o julgamento de atos de improbidade por autoridade detentora de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

Prevaleceu o argumento de que não se pode equiparar, para fins de estabelecimento de competência, a ação de improbidade administrativa, de natureza civil, com a ação penal. Dessa forma, não há foro por prerrogativa de função para o julgamento de ações de improbidade administrativa.