VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES E AO POSTULADO DO *IURA NOVIT CURIA* NOS §§ 10-C E 10-F, DO ART. 17, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

TRANSGRESSION OF THE CHECKS AND BALANCES AND THE PRINCIPLE OF IURA NOVIT CURIA IN PARAGRAPH 10-C AND 10-F, ARTICLE 17, OF THE MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE ACT. A COMPARATIVE ANALYSIS WITH THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Recebido:04/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Matheus Lima Moreira de Oliveira

Advogado

Assistente Jurídico efetivo do Município de Campina Grande/PB

Pós-graduado em Direito Administrativo e Gestão Pública

pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS)

RESUMO: O texto aborda a análise da Lei n. 8.429/92, com as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21, destacando (em tom crítico) a proibição de o julgador, no âmbito civil, modificar a capitulação legal na ação de improbidade administrativa. Contrapõe-se tal restrição ao modelo previsto no processo penal, que permite a *emendatio libelli*, possibilitando ao juízo criminal atribuir definição jurídica diversa, quando possível, pela descrição dos fatos. A diferenciação caminha em direção à inconstitucionalidade dos §§ 10-C e 10-F do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, por violação aos princípios do “*iura novit curia*” e da separação de poderes.

ABSTRACT: *The article deals the analysis of Law 8,429/92, with the amendments introduced by Law No. 14,230/21, highlighting the prohibition within civil jurisdiction for the judge to alter the legal classification in actions of administrative misconduct. It contrasts this restriction with the model outlined in criminal proceedings, allowing for 'emendatio libelli,' enabling the criminal court to assign a different legal definition based on the factual description. The differentiation leans towards the unconstitutionality of paragraph 10-C and 10-F of Article 17 of the misconduct in public office act, as it infringes upon the principles of 'iura novit curia' and the checks and balances.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as alterações na Lei de Improbidade Administrativa, especificamente as geradas pela Lei n. 14.230/21 (BRASIL, 2021), a qual trouxe significativas modificações no âmbito do processo judicial inerente à improbidade administrativa. O foco principal recai sobre a vedação expressa ao juízo cível de alterar a capitulação legal apresentada pelo autor da ação de improbidade administrativa, conforme estabelecido no art. 17, §§ 10-C e 10-F, da referida legislação.

Verifica-se um contraste com o cenário processual penal, em que o juízo criminal possui flexibilidade para atribuir definição jurídica diversa aos fatos descritos na denúncia, mediante o instituto da *emendatio libelli*. De forma distinta, a novel legislação de improbidade administrativa impõe uma rigidez que suscita questionamentos quanto à sua constitucionalidade.

Com isso, mostram-se indícios de violação ao princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da Constituição da República vigente (BRASIL, 1988), ao restringir a capacidade do Poder Judiciário de adequar a tipificação legal dos atos ímprobos, o que implicaria eventual (e indesejável) cenário de mero “*chancelador*” das exposições do Ministério Público (ou de quem esteja no polo ativo). A hodierna legislação parece restringir a cognição do juiz, com indução a um papel meramente “*homologatório*” das escolhas feitas pelo autor da ação.

Nesse contexto, emerge a indagação, sobre a conformidade funcional, princípio de interpretação constitucional que sugere a necessidade de coerência entre as normas e a distribuição de competências entre os poderes. Propõe-se, então, a reflexão sobre a possibilidade de adotar, no processo civil, o mesmo raciocínio flexível aplicado no processo penal, desde que submetido à discussão das partes, tendo em vista que o direito administrativo sancionador possui traços significativos do Direito Penal, além de se alicerçar, por vezes, nessa referida seara.

Ademais, em que pese a crítica doutrinária, não há de se negar que a análise se estende à discussão do *in dubio pro societate* e do princípio da correlação. Destaca-se, ainda, a importância de permitir ao juiz a investigação e a aplicação

do direito cabível sem se vincular estritamente à capitulação legal proposta pelo autor da ação.

Diante desse panorama, busca-se avaliar se as restrições impostas pelos §§ 10-C e 10-F do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa são compatíveis com os fundamentos constitucionais e se houve adequada “*reação legislativa*”, ou, ao contrário, se representam uma limitação excessiva à autonomia do Poder Judiciário. O artigo, por consequência, propõe-se a contribuir para a discussão jurídica sobre a constitucionalidade dessas normas, considerando as implicações para o sistema de controle da improbidade administrativa no Brasil.

Em síntese, a pesquisa é qualitativa e o método será a revisão bibliográfica, abordando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

1. “EMENDATIO LIBELLI”: PERMITIDA NO ÂMBITO PROCES-SUAL PENAL, IMOTIVADAMENTE VEDADA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE ATOS ÍMPROBOS

Como exposto no introito, verifica-se a vedação ao juízo cível de modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor da ação de improbidade administrativa, oriundas de uma finalidade regratória de tipicidade única, sendo nula (aspecto de validade) a condenação do(s) requerido(s) por tipo diverso daquele definido na petição inicial, conforme se prevê no art. 17, §§ 10-C e 10-F (BRASIL, 2021).

Diferentemente, no processo penal, de índole mais sensível ao réu por envolver seu *status libertatis*, conforme o *caput* do art. 383 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei n. 11.719/08, o juízo criminal, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (BRASIL, 2008). Trata-se do intitulado *emendatio libelli*.

Não se mostra razoável tal diferenciação. Afinal, é lição hermenêutica: onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica, ou seja, *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Nesse sentido, leciona

MAXIMILIANO (2017, n. p) que “*Os casos idênticos regem-se por disposições idênticas. [...] estende o preceito formulado para um caso às hipóteses iguais, ou fundamentalmente semelhantes*”. Claro que a referida formulação aqui utilizada não leva a uma igualdade plena, pois as searas são distintas (cível e penal). A identidade aqui mencionada, esclareça-se, é que, onde existe a mesma razão fundamental, deve prevalecer a mesma regra (ou princípio) de Direito, conforme brocardo anteriormente citado.

Ao vedar, no processo civil, a possibilidade da atribuição diversa da capitulação legal e de condenar o requerido por tipo ímprobo diverso, o Poder Legislativo violou, notoriamente, o princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º, *caput*, da *Lex Mater* (BRASIL, 1988), limitando a cognição do Poder Judiciário.

Aparentemente, além de uma mera modificação legal, objetivou-se uma reação legislativa (superação legislativa da jurisprudência) do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual firmou entendimento no sentido de que não há violação ao princípio da congruência quando a decisão judicial enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal. Um dos precedentes geradores da jurisprudência foi o decidido no Recurso Especial n. 842428 (BRASIL, 2007), de relatoria da Min. Eliana Calmon.

Todavia, tal modo de “*ativismo congressual*”, sob o pretexto de reverter situações de “*autoritarismo judicial*” ou que gere desarmonia entre os poderes, não pode ser aplicado de modo indistinto. Trata-se de técnica “*perfeitamente legítima — e, por vezes, desejável —, estimulando prodigioso ativismo congressual, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais*” como exposto pelo Ministro Luiz Fux, julgador relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105/DF (BRASIL, 2015). De modo contrário, com as modificações realizadas com direcionamento a uma limitação intelectual do magistrado, trouxe-se, na verdade, um desfavorecimento do mecanismo de freios e contrapesos com a referida *mens legislatoris*, não sendo um cenário legítimo para a reversão jurisprudencial.

Seria mais adequado ao ordenamento jurídico, em consonância com o princípio de interpretação constitucional denominado “*conformidade funcional*” (ou exatidão funcional), que o órgão jurisdicional pudesse se utilizar do mesmo raciocínio aplicável ao processo penal, desde que submeta a nova abordagem à discussão das partes, com base no art. 10 do Código de Processo Civil: vedação à decisão surpresa (BRASIL, 2015).

Sobre o referido princípio da “*justeza*”, Leciona MARTINS (2019, n.p) que “*A Constituição já estabeleceu quais são as competências de cada Poder, bem como dos entes federativos. Não pode o intérprete da Constituição perverter essa ordem já definida pela Lei Maior*”. Trata-se de exatidão funcional da repartição de competências.

Violado está, também, o *iura novit curia*. Conforme as lições de HERNÁNDEZ (2013, p. 31), referido princípio não significa meramente que juiz “*conhece o direito*”, como ordinariamente se prega, mas que se lhe impõe, sobretudo, a obrigação de investigar qual a norma (regra ou princípio) aplicável:

Se constata así que el iura novit curia garantiza la efectividad del derecho fundamental del acceso a la administración de justicia, en tanto permite que el juez resuelva de fondo un asunto según el ordenamiento que conoce [...] puesto que este aforismo no solo implica la presunción de que el operador jurídico lo conoce, sino que le impone a este la obligación de investigar el derecho aplicable, y de aportarlo al proceso de oficio

PALAIA (1997) *apud* GAJARDONI *et al* (2018) orienta no sentido de que o juiz não pode se abster de aplicar uma norma que existe, ainda que as partes não a tenham invocado ou que a tenham invocado uma pela outra. Uma vez proposta a ação, o juiz se atém à norma existente, conhecendo e aplicando a norma correspondente, suprindo, se for necessário, as partes, em seus erros e deficiências.

Embora não seja objeto direto do presente estudo, cabe trazer as pertinentes lições de BADARÓ (2013, pp. 147-148) a respeito da epistemologia

do termo *emendatio libelli*. Com exímia acuidade técnica quanto a origem da terminologia, leciona o autor que, em verdade, quando o julgador procede com definição jurídica diversa, há uma modificação do objeto do processo, mas não, necessariamente, uma emenda do libelo, que permanece intacto. Nas exatas palavras:

O libelo é denominação dada à peça escrita em que se veicula a acusação. E a peça acusatória, como tal, não é formulada pelo juiz, mas por quem tem a função de acusar. O juiz jamais formula o libelo. A *emendatio libelli*, por sua vez, é uma correção, uma emenda ao libelo, sem que se altere a essência da acusação. São correções ou alterações em aspectos acidentais ou secundários da acusação que serão usados, permanecendo ela substancialmente idêntica. Parece claro, portanto, que o libelo, como peça acusatória, não sofre qualquer emenda ou correção quando o juiz dá aos fatos nova classificação legal. O juiz, na sentença, classifica diversamente os fatos imputados. Em tal hipótese, há alteração do objeto do processo, mas a denúncia ou a queixa não sofrem qualquer emenda ou mutação

Voltando ao cerne, *mutatis mutandis*, como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2022), no RHC nº 145.225/RO, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, em comparativo pertinente, pensar de forma diversa seria vincular a decisão do Poder Judiciário ao pedido formulado pelo autor da ação de improbidade, como o Ministério Público, transformando o julgador em mero chancelador das manifestações do *parquet* ou de outro legitimado, praticamente, data máxima vênia, moldurando o teor de uma decisão judicial, acaso acolhidos os pedidos.

O que não pode haver é a violação ao “*princípio da correlação*” (ou congruência), ou seja, condenar o réu por fatos não narrados no petitório inicial. Em vista disso, leciona BRASILEIRO (2018, p. 1.028) que o fato previsto “*permanece o mesmo, ou seja, é mantida inalterada a base fática da imputação, limitando-se o juiz a corrigir uma classificação mal formulada*”. Além disso, não se está a orientar aqui um redefinir da tipificação do delito sem a oportunidade de

manifestação das partes, como tradicionalmente é posto o instituto, mas, sim, de modo que a *emendatio libelli* seja relida em consonância com o art. 10 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2016) – vedação à decisão surpresa – e, principalmente, com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório em seu aspecto substancial.

Por tais razões acima expostas, sem prejuízo de interpretações em sentido contrário, vislumbram-se inconstitucionais os §§ 10-C e 10-F, do art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa, por violação à separação de poderes, bem como se mostram em dissonância com o princípio do *iura novit curia*, tornando o julgador mero ratificador dos atos da petição inicial. Dessa forma, ou se julga improcedente ou se acolhe especificamente o que o legitimado requer. Com isso, vislumbra-se um efeito negativo que vai de encontro à primazia de mérito, com a limitação da cognição do magistrado no sentido de exercê-la (e exteriorizá-la) de forma plena.

Quer-se dizer que poderia ocorrer, na prática, de o juiz, discordando da tese do autor da ação de improbidade, optar por julgar pela improcedência, mesmo tendo convicção de que outro tipo de ato ímprobo seria aplicável e que poderia ser classificado pelo relato fático apresentado e diante das provas anexadas (princípio da correlação). No entanto, não poderia fazê-lo em razão da proibição legal apresentada, pois acarretaria em cabimento para uma ação rescisória. Ora, vale destacar que, na prática processual, é comum, na prática processual, que, durante a instrução, novas elementares venham a surgir para nova classificação do ato ímprobo.

Ou seja, envolvendo o *status libertatis*, no processo penal, de índole mais gravosa ao bem jurídico da liberdade, é possível a *emendatio*, mas na seara processual civil, envolvendo atos ímprobos, não é. Com isso, se não pode o magistrado discordar e o caminho seria a improcedência, em que pese aplicados alguns princípios do direito administrativo sancionador, estaria ultrajado o princípio do *in dubio pro societate*, vigorante, ainda, nas ações de improbidade.

Cite-se a doutrina de COSTA e BARBOSA (2022, n.p), a qual concorda com inconstitucionalidade da vedação à *emendatio libelli*, citando, como um dos argumentos, a independência funcional do magistrado e aplicação do referido no

Processo Penal:

Entendemos, no que tange à vinculação, que os dispositivos são inconstitucionais, uma vez que violam o princípio da independência funcional do julgador. A vinculação à tipificação dada pelo autor, além de contrariar o entendimento majoritário em sede jurisprudencial, inclusive na esfera criminal, de que o réu defende-se dos fatos e não da capitulação legal, permite a decretação de nulidades por divergências interpretativas entre o Ministério Público e o juiz mesmo quando não se vislumbra qualquer prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Ora, até mesmo na esfera criminal, ultima ratio do ordenamento, o artigo 383 do Código de Processo Penal autoriza ao juiz a correção da capitulação dos fatos.

Em complemento, alerta COUTO *et al* (2022, n.p) sobre o retrocesso gerado pela reforma legiferante e o eventual risco de impunidade em decorrência das alterações decorrentes da Lei n. 14.230/21 (BRASIL, 2021):

Emoldure-se situação em que seja imputada ao acusado a prática de ato de improbidade administrativa que cause prejuízo ao erário. No curso da instrução, porém, identifica-se que não houve lesão ao erário, mas ocorreu enriquecimento sem causa. Por força do art. 17, § 10-F, I, não se admite a emendatio libelli, instituto processual que possibilitaria o ajuste da tipificação [...] A reforma legislativa adotou restrição que, ao exigir tal nível de certeza na tipificação colacionada na petição inicial, pode trazer significativo risco à efetividade do Direito Sancionador, haja vista que implicaria o arquivamento do feito mesmo quando inequívoca a prática de atos ilícitos.

Corroborando, nas lições de MENDONÇA (2022, n. p), *“Isso não apenas transgride a independência do Poder Judiciário e o princípio da separação dos poderes, como mostra-se incompatível com regras e princípios ínsitos à prestação jurisdicional”*. Soa-se até incoerente a não aplicação do mesmo raciocínio do art. 383 do Diploma Processual Penal quando a própria Lei n. 8.429/92 determina que se aplicam *“ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei*

os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”, gerando aparente antinomia.

Ora, no direito administrativo sancionatório adotam-se, justamente, claro que não em sua totalidade, alguns princípios do Direito Penal. Nesse escopo, JUSTEN FILHO (2019, n.p) dispõe que “*os princípios fundamentais de Direito Penal vêm sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Repressivo, com a perspectiva de eventuais atenuações necessárias*”. Em complemento, MEDINA OSÓRIO (2006, p. 14) leciona sobre as bases do Direito Administrativo Sancionador:

Com efeito, o Direito Penal, mais bem consolidado do ponto de vista dogmático, com seus princípios e regras solidamente assentados em tradicionais doutrina e jurisprudência, nacionais e comparadas, era necessariamente a fonte inspiradora para a construção dogmática então incipiente, do Direito Administrativo Sancionador [...] Como resultado dessa evolução e sistematização sintetizadas, prepondera, hoje, a tese de que os princípios penais são aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, com matizes, a efeito de assegurar os acusados as básicas garantias constitucionais comuns ao Direito Público Punitivo

Verifica-se que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) questiona, dentre outras, a compatibilidade dos §§ 10-C e 10-F com a Constituição da República, por intermédio da ADI nº 7236 (BRASIL, 2022). Até a data de feitura deste trabalho, verifica-se que fora indeferida a medida cautelar em relação ao art. 17, §§ 10-C e 10-F, limitando-se a argumentar o Pretório que “*NÃO ESTÃO PRESENTES OS REQUISITOS para a concessão da medida cautelar pleiteada pela requerente*”. Portanto, a discussão não se encontra solucionada em grau exauriente.

Ainda não há julgamento definitivo sobre o tema. Todavia, como exposto alhures, há cenário de inconstitucionalidade nos §§ 10-C e 10-F, do art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa. O réu se defende dos fatos. Tecnicamente, conforme leciona BEZERRA NETO (2022), salvaguarda-se dos “*fatos*” (versão

sobre o que aconteceu) acerca dos “*eventos*” (acontecimento pretérito que jamais se repetirá), que lhe são imputados, e não da classificação legal, estando sob a competência do Poder Judiciário, respeitado o princípio da correlação, a realização da adequada subsunção.

2. DO PANORAMA ATUAL QUANTO AOS PRECEDENTES DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO EM RELAÇÃO À EMENDATIO LIBELLI NA AÇÃO DE IMPROBIDADE

No âmbito do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o posicionamento quanto à *emendatio libelli*, diante do vigente estatuto regente das ações de improbidade, mostra-se sob dois pontos de vista, conforme extração dos entendimentos dos órgãos julgadores: um em direção à inconstitucionalidade da vedação à utilização do instituto oriundo do processo penal (análise da constitucionalidade) e outro relativo ao momento da propositura da ação (análise temporal).

No que se refere ao primeiro, nos autos do processo nº 0001307-18.2009.4.05.8303, em sede Apelação, de relatoria do Desembargador Francisco Roberto Machado (7ª Turma), citando decisão da 3ª Turma, o órgão julgante (BRASIL, 2023) se posicionou contrariamente à vedação da *emendatio libelli* no âmbito da ação judicial envolvendo atos de improbidade administrativa, citando a “*duvidosa constitucionalidade*” das novas disposições legais da Lei de Improbidade, pelo qual se mostra viável a transcrição:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 14.230/2021. TEMA 1199 DO STF. PRESCRIÇÃO. IRRETROATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO CONDUTA DESCRITA NO ART. 10, VIII. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO EFETIVO AOS COFRES PÚBLICOS. ENQUADRAMENTO NO ART. 11, V, DA LEI Nº 8.429/92. POSSIBILIDADE. SANÇÕES. ART. 12, III, DA LIA. PENA DE MULTA.

[...]

17. Não se pode dizer que a modificação da capitulação jurídica dos fatos consubstanciaria violação ao art. 17, §10-F, I, da Lei nº 8429/92, o qual, por sua vez, é de duvidosa constitucionalidade por implicar aparente cerceamento, perpetrado pelo Poder Legislativo, à atividade jurisdicional típica. Afinal, é da essência do Poder Judiciário dar a resposta jurídica adequada, a partir dos fatos narrados pelas partes (“Da mihi factum, dabo tibi ius”), de modo que a limitação legal empreendida pode configurar violação ao art. 2º, CF/88. Precedente da 3ª Turma: Processo: 08046968320154058200, Apelação Cível, Desembargador Federal Rafael Chalegre do Rego Barros (Convocado), Julgamento: 25/05/2023)

18. O instituto da *emendatio libelli*, próprio da esfera penal e aplicável, em essência, na improbidade administrativa, pressupõe que os dispositivos legais potencialmente incidentes sobre os fatos narrados sejam igualmente vigentes e válidos

[...]

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 0001307-18.2009.4.05.8303. Rel. Des. Francisco Roberto Machado. 7ª Turma. Recife, PE, 12 de dezembro de 2023. Portal da Jurisprudência. Disponível em: <https://juliapesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/pesquisa#resultado>>. Acesso em: 30 de janeiro 2024).

Em outro *decisum*, ainda, nos autos do processo nº 08002096420154058202, cujo relator foi o Desembargador Manoel De Oliveira Erhardt, a tese defensiva da parte ré, a qual alegava nulidade da sentença por utilização *emendatio libelli*, foi rejeitada pela 4ª Turma (BRASIL, 2023), mas a motivação do órgão julgador para tanto é que se entendeu que deveria ser aplicada tal proibição apenas às ações propostas após a vigência da nova Lei e não por discordância diretamente ligada à vedação ao instituto:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RETORNO DOS AUTOS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, do CPC. CONTROVÉRSIA AFETADA AO TEMA 1199 (ARE 843.989). O NOVO REGIME PRESCRICIONAL PREVISTO NA LEI 14.230/2021 É IRRETROATIVO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. PRELIMINARES REJEITADAS. ANÁLISE DO MÉRITO. FRAUDE À LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAR SERVIÇOS ESPECIALIZADOS NA CAPACITAÇÃO DE PROFESSORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DANO CONCRETO AO ERÁRIO. AJUSTE NA IMPUTAÇÃO. ART. 11, V, DA LEI 14.230/21. POSSIBILIDADE. COMPORTAMENTO DOLOSO. INOCORRÊNCIA. APELAÇÕES DA DEFESA. PROVIMENTO.

16. Em relação à alegação de nulidade de sentença por ter aplicado a *emendatio libelli*, não prospera referida alegação, eis que já é consagrado na jurisprudência a possibilidade de o juiz enquadrar os fatos da ação de improbidade administrativa em outros dispositivos diferentes dos capitulados inicialmente pelo MPF, uma vez que, seguindo a mesma lógica do processo penal, os demandados se defendem dos fatos e não da capitulação legal.

[...]

19. Contudo, a Lei 14.230/21 restringiu o art. 10, VIII, da LIA aos casos de fraude à licitação com dano concreto ao erário, reservando o art. 11, V aos casos em que a fraude ocorra com dano presumido (*in re ipsa*).

20. Não se desconhece que a aplicação da Lei 14.230/21 convergiria para a impossibilidade de se levar a efeito qualquer forma de *emendatio* em relação à tipificação que constou na petição inicial, pois, a regra constante dos atuais artigos 17§ 10-D e 17, § 10-F, I, impedem a mudança.

21. Todavia, entende-se que essa alteração só deveria ser aplicada às ações propostas após a vigência da nova Lei, isso porque referido artigo está associado a uma outra questão, a petição inicial. Veja-se que a exordial foi distribuída em momento bem anterior a esta nova norma de maneira que não

poderia o órgão ministerial ser penalizado por uma demanda de tipificação determinada e precisa quando, à época, nem a jurisprudência nem a legislação faziam tal exigência, sob pena de causar insegurança jurídica e prejuízo à sociedade, em único grau, como bem salientou o magistrado a quo.

[...]

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 0800209-64.2015.4.05.8202. Rel. Des. Manoel de Oliveira Erhardt. 4ª Turma. Recife, PE, 10 de outubro de 2023. Portal da Jurisprudência. Disponível em: <https://juliapesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/pesquisa#resultado>. Acesso em: 30 de janeiro 2024).

Diante da análise dos posicionamentos, percebe-se uma diferenciação quanto à interpretação da legislação pertinente. Enquanto a 7ª Turma manifesta-se contrariamente à vedação da *emendatio libelli*, argumentando que a limitação legal pode configurar violação à Constituição, a 4ª Turma entende que a proibição deveria ser aplicada apenas às ações propostas após a vigência da nova lei, em que pese tenha citado a remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da temática.

Trata-se de cenário que só será efetivamente esclarecido após a manifestação do Pretório Excelso no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7236 alhures mencionada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A rigidez na previsão de uma tipificação única na legislação de improbidade administrativa (e a impossibilidade de discordância por parte do Poder Judiciário de sua alteração) suscita questionamentos constitucionais.

Reitera-se a preocupação quanto ao magistrado se deparar, na prática, com uma situação de discordância em relação à tese do autor da ação e se ver diante de um cenário que opte por julgar pela improcedência dos pleitos, mesmo tendo convicção (fundamentada) de que outro tipo de ato ímprobo seria aplicável e que seria possível sua estipulação pelo relato fático apresentado e diante das

provas anexadas (princípio da correlação), mas não poder fazê-lo em razão da proibição legal apresentada, pois acarretaria o cabimento de uma ação rescisória.

A legislação parece limitar a cognição do juiz, transformando-o em um mero “*homologador*” das escolhas feitas pelo autor da ação, o que poderia comprometer a sua independência funcional e não se compatibilizar com o papel constitucional do julgador no âmbito processual.

Considerando a necessidade de coerência entre as normas e a distribuição de competências entre os poderes, a reflexão é pertinente quanto à possibilidade de adotar no processo civil o mesmo raciocínio flexível aplicado no processo penal quanto à *emendatio libelli*.

Até que o Pretório Excelso se manifeste expressamente a respeito, o presente trabalho tenta contribuir para a discussão jurídica sobre a constitucionalidade das restrições, impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, questionando se tais limitações comprometem os princípios constitucionais e a independência funcional do Poder Judiciário. Os posicionamentos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região também destacam a complexidade e a importância do debate acadêmico.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 outubro 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 03 outubro 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos

à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 junho 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 março 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 outubro 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 02 junho 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 842428 / ES (2006/0068856-1)**. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Brasília, DF, 24 de abril de 2007. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipo-Pesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistr o&termo=200600688561&totalRegistros-PorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 01 de fevereiro 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105 Distrito Federal**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: 01 de fevereiro 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível n. 0001307-18.2009.4.05.8303**. Rel. Des. Francisco Roberto Machado. 7ª Turma. Recife, PE, 12 de dezembro de 2023. Portal da Jurisprudência. Disponível em: <https://julia-pesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/pesquisa#resultado>>. Acesso em: 30 de janeiro 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível n. 0800209-64.2015.4.05.8202**. Rel. Des. Manoel de Oliveira Erhardt. 4ª Turma. Recife, PE, 10 de outubro de 2023. Portal da Jurisprudência. Disponível em: <https://juliapesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/pesquisa#resultado>>. Acesso em: 30 de janeiro 2024.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A determinação do magistrado pela cautelar máxima, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação ex officio**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ac597b7eca2b4a550ad15962eeee42a>>. Acesso em: 17/08/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio do in dubio pro societate nas ações de improbidade administrativa**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/53e3a7161e28b65688f14b84d61c610>>. Acesso em: 17/08/2023.

COSTA, Rafael de Oliveira et al. **Nova Lei de improbidade administrativa: atualizada de acordo com a Lei n. 14.230/2021**. São Paulo, Almedina, 2022.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, SaraivaJur, 2022.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, epub.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral**. São Paulo, Método, 2018.

HERNÁNDEZ, Victoria Eugenia Bohórquez. **El iura novit curia en la aplicación del derecho en la decisión judicial**. Estudio desde el derecho fundamental al acceso a la justicia. Medellín, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador, Juspodivm, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. **Capitulação diversa do fato narrado na ação por improbidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-a->

go-11/ricardo-mendonca-capitulacao-diversa-fato-narrado-acao-improbidade. Acesso em 15 ago. 2023.

NETO, Bianor Arruda Bezerra. **Eventos, fatos e narrativas**: o juiz como construtor da verdade (parte 1). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-03/bezerra-neto-eventos-fatos-narrativas-parte>. Acesso em 16 ago. 2023.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2006.