

DESCLASSIFICAÇÃO DO ILÍCITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO JULGAMENTO DA DEMANDA

Aloysio Cavalcanti Lima*

RESUMO

O presente estudo trata da aplicabilidade de mecanismos processuais penais no âmbito da ação de improbidade administrativa, nomeadamente no exercício judicial de subsunção do fato à norma. A experiência forense demonstra que, em determinadas oportunidades, a tipificação sugerida pela petição inicial de improbidade administrativa não resiste à instrução probatória, exigindo-se a desclassificação da conduta pelo julgador. Em face das divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica do ato de improbidade administrativa e da necessidade de julgamentos balizados pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, sustenta-se a adoção de providência semelhante a *emendatio libelli* do processo penal na fase de julgamento da lide de improbidade, sem que isso importe em violação de garantias constitucionais do demandado.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Direito processual. Desclassificação. Ilícito. Julgamento.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Improbidade administrativa: definição, natureza jurídica e incompletudes do instituto. 1.1 Idéia de improbidade administrativa. 1.2 A busca de identidade. 2 Desclassificação do ilícito de improbidade – *emendatio libelli* – no julgamento da demanda. 3 Vedação da *mutatio libelli* no julgamento da ação de improbidade. Conclusão. Referências bibliográficas.

* Juiz Federal Substituto.

Introdução

A qualificação jurídica de fatos é imanente à atividade judicante. Em se tratando de atos de improbidade administrativa, o enquadramento típico da conduta imputada àqueles que supostamente tenham lesado o interesse público é de extrema relevância. A depender da demonstração ou não de prejuízo ao erário, ou da prova de dolo ou culpa no comportamento ímprobo, o réu incorrerá nos ilícitos previstos nos artigos 9º, 10º ou 11 da Lei nº 8.429/92, e, de conseguinte, sofrerá os diversos níveis de sanções previstas nos incisos I, II e III do artigo 12 do referido diploma legal.

Daí ser de extrema importância que a petição inicial descreva adequadamente o comportamento lesivo imputado ao acusado de improbidade administrativa, sugerindo-se, inclusive, capitulação provisória do ilícito que se pretende comprovar.

Muitas vezes, porém, a prova dos autos revela que o comportamento ilícito examinado pode sofrer classificação jurídica diversa da imputada na peça exordial. Nesses casos, deverá o Juízo, atentando para as garantias do contraditório e da ampla defesa, proceder à desclassificação do tipo sancionatório, preservando-se o interesse público na moralidade administrativa.

1 Improbidade administrativa: definição, natureza jurídica e incompletudes do instituto

1.1 Idéia de improbidade administrativa

A definição dos atos de improbidade administrativa é tarefa que ainda desafia estudiosos e aplicadores do Direito. As disposições normativas sobre o tema limitam-se a traçar o âmbito de incidência do instituto e as penalidades aplicáveis aos seus infratores.

O resumido artigo 37, § 4º, da Constituição Federal estabelece:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei nº 8.429/92 densifica o preceito constitucional e prevê:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

À falta de conceituação legislativa do ato de improbidade administrativa, a doutrina buscou defini-lo a partir dos valores constitucionais que busca tutelar.¹ Nesse sentido, desenvolveu-se a noção de que a conduta ímproba corresponde à ação lesiva à moralidade administrativa. A propósito, Marcelo Figueiredo assevera:

(...) a probidade é espécie do gênero “moralidade administrativa”, a que alude, *v.g.*, o art. 37, *caput* e seu § 4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à Administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa. Assim, ofensas aos princípios da lealdade,

¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo. Dialética. 2007. p. 22.

da boa-fé, da boa administração, estão igualmente contidas na lei, ao lado das situações lá descritas como ensejadoras de punição.²

A interpretação do Texto Constitucional, sob a ótica de sua máxima efetividade, entretanto, possibilita a ampliação do espectro de valores protegidos pela Lei nº 8.429/92, de modo que se constitua em instrumento legal de defesa da moralidade administrativa e de todos os outros princípios reitores da atuação do Poder Público.

Segundo Pedro Roberto Decomain:

O conceito de improbidade, todavia, pode ter alcance mais amplo, abrangendo não apenas os atos atentatórios ao princípio constitucional da moralidade administrativa, como também outros atos que, embora eventualmente não se os reconheça violadores de tal princípio, não obstante agredem outros dentre os norteadores da Administração Pública, também relacionados pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal. (...) O elenco dos princípios pelos quais se deve reger toda ação administrativa (em verdade, toda ação estatal), constante do mencionado artigo da Constituição Federal, compreende efetivamente não só a moralidade, como também os da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e o da eficiência.³

No contexto do Estado Democrático de Direito e do atual estágio de consciência social – a exigir seriedade no trato da coisa pública – defensável a idéia de **improbidade administrativa** como conduta violadora de qualquer dos princípios que orientam a atuação estatal. Embora tal entendimento possa sofrer resistências no âmbito doutrinário, as divergências não apresentam dificuldades de ordem prática para a aplicação do instituto.

Os desafios ao aplicador do Direito, portanto, não decorrem da definição do ato de improbidade administrativa, mas da defi-

² **PROBIDADE ADMINISTRATIVA. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar.** 4ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2000. p. 23-24.

³ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa.** São Paulo. Dialética. 2007. p. 24.

ciente, vale dizer, lacônica disciplina legal para concretização de suas punições, designadamente no que tange à competência para julgamento de ações, dosimetria e execução da pena.

Passadas quase duas décadas desde a edição da Lei nº 8.429/92, a temática da improbidade, figura *sui generis* na ordem jurídica⁴, ainda carece de sólida dogmática capaz de definir-lhe a natureza jurídica e indicar caminhos para resolução de questões nos processos onde se apura a sua ocorrência. Tal deficiência desafia o hermeneuta a construir, por meio de institutos de outros ramos jurídicos, a norma sancionadora aplicável no caso concreto.⁵

A colmatação de aparentes lacunas no sistema jurídico demanda, antes de tudo, que o intérprete proceda à correta inserção do instituto em determinado ramo do Direito, ou seja, identifique sua natureza jurídica. Cumprida a tarefa, é que se poderá lançar mão dos mecanismos de integração previstos em Lei.⁶

⁴ Acerca das peculiaridades do ato de improbidade administrativa, precedente do TRF da 5ª Região:“(...) 1. O elemento teleológico por detrás do 37, parágrafo 4º, da CF/88 é a proteção do interesse coletivo com a observância dos princípios que regem a Administração Pública, mormente no que tange à obrigatoriedade do agente público de pautar a sua conduta nos preceitos éticos da moralidade e probidade, independentemente, inclusive, da existência de enriquecimento ilícito, ou de concreto dano ao Erário. 2. **Sem embargo, deve-se em alguma medida garantir a proteção do *status dignitatis* do réu, uma vez que as severas penas que lhe fixam o ordenamento jurídico dão-lhe feição *sui generis* quando comparada às existentes nas demais demandas cíveis**”. (Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento nº 107985/RN. Rel. Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá. 1ª Turma. DJE: 18/02/2011) (grifamos).

⁵ Para Hans Kelsen “do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento de norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa pela elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até à decisão judicial e desta até à execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstracto) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.” (**Teoria Pura do Direito**. 3ª edição. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor. 1974. p. 328).

⁶ “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (Art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Aplicado o raciocínio ao objeto de estudo, necessária a identificação da natureza do ato de improbidade, de modo que, no caso de omissões legislativas, se possa, pelo recurso da analogia ou da equidade, municiar o julgador de instrumentos materiais e processuais necessários ao processamento e o julgamento da lide proposta.⁷

Eis o exame a ser feito no capítulo seguinte.

1.2 A busca de identidade

A busca de identidade para o ilícito de improbidade administrativa passa fundamentalmente pelo princípio da independência de instâncias. O agente ímprobo deve ser apenado, sem prejuízo das sanções de ordem civil, penal e administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º, da CF e do artigo 12, *caput*, Lei nº 8.429/92, os quais indicam, por conclusão lógica, que as esferas punitivas não se confundem.⁸ E sendo assim, é possível indagar-se: qual a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa?

Passa-se ao exame das idéias predominantes sobre o questionamento.

⁷ Explica Maria Helena Diniz: “Uma vez admitida a questão da existência das lacunas jurídicas, surge a da sua identificação, isto é, da sua constatação. Esta problemática abrange duas facetas: 1ª) a concernente ao ordenamento jurídico, que se caracteriza pelo fato de se saber em que limite a norma é omissa, ou seja, até que ponto não é aplicável sem um complemento, até onde, em caso de lacuna, pode-se interpretar a lei e até que ponto integrá-la; 2ª) a referente à dificuldade da determinação da medida em que a ausência da norma pode ser tida como lacuna. De maneira que o problema se resume na definição da lacuna, na sua classificação, nos meios através dos quais o órgão jurisdicional completa as normas, nos limites dessa função integradora, no sentido de uma neutralização política do Judiciário”. (**Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 110-111).

⁸ Conferir o art. 37, § 4º, da CF: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível**”. Conferir também o art. 12 da Lei nº 8.429/92: “**Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato**”. (Grifamos).

Ao julgar a Reclamação nº 2.138-6, o Supremo Tribunal Federal recusou a possibilidade de aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos sujeitos à Lei nº 1.079/50 e ao art. 102, I, “c”, da Constituição da República, sob o argumento de que a “Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992), e o regime fixado no art. 102, I, “c” (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)”.⁹

Ora, se o STF inadmite a concorrência entre as sanções da Lei nº 1.079/50 e da Lei nº 8.429/92, é porque, a exemplo do primeiro diploma legal, a Corte entendeu que a Lei de Improbidade Administrativa - LIA também define infrações de natureza político-administrativas.

Com a devida vênia ao entendimento adotado no julgamento da Reclamação nº 2.138-6, entende-se que a natureza jurídica do ato de improbidade não pode ser definida pelo caráter de suas sanções. A LIA também prevê a condenação em multa e à perda da função pública, respectivamente de naturezas civil e administrativa, mas nem por isso pode-se enquadrar o ato de improbidade exclusivamente em referidos ramos.

De outra banda, é corrente a idéia de que o ato de improbidade tem natureza civil – em sentido amplo, estribando-se, dentre outros argumentos, no fato de que o art. 37, § 4º, da CF remeteu ao legislador ordinário o estabelecimento de “sanções de natureza civil, no intuito claro de punir o infrator pelo ato ímprobo praticado e o dissuadindo de reiterar o ilícito. De outro lado, sanções civis é tema reservado a lei, não sendo matéria constitucional”.¹⁰

⁹ Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138-6. Min. Gilmar Mendes. Pleno. Data da publicação: 14/08/2008. (Não se ignora as críticas de que o entendimento adotado na Reclamação nº 2.138-6 não mais reflete o entendimento da Corte, considerada sua atual formação, já expressado, em *obiter dictum*, por alguns ministros. A referência ao julgado pretende apenas ilustrar algumas das correntes de entendimento em torno da natureza do ato de improbidade administrativa).

¹⁰ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2000.71.13.000435-6, 3ª Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, DJ 11/05/2005.

Ocorre que o simples fato de a Constituição remeter à legislação ordinária a disciplina de determinado instituto não o define necessariamente como de caráter civil. No texto constitucional, há diversas outras normas de aplicabilidade limitada que também relemam ao legislador ordinário o trabalho de integração normativa nas searas criminal (art. 5º, XLIII), administrativa (art. 33) e trabalhista (art. 7º, XXVII), apenas para exemplificar.¹¹

Sob outra ótica, as rigorosas sanções previstas para a prática do ato de improbidade poderiam sugerir que se trata de ilícito de natureza penal. Porém, de plano, fica descartada essa hipótese. A uma, porque a própria Constituição estabelece independências de instâncias no art. 37, § 4º; e a duas, porque a expressão **notadamente** prevista nos artigos 9º, 10 e 11, que enunciam os tipos de improbidade, não se coaduna com o princípio da legalidade estrita, que governa o Direito Penal.

Não obstante, as semelhanças entre o ilícito de improbidade e o crime propriamente dito inserem ambas as figuras e um macro-sistema de Direito punitivo.¹² Embora diferenciem-se ontologicamente dos delitos penais, as espécies punidas pela Lei nº 8.429/

¹¹ O art. 37, § 4º, do texto constitucional não define as condutas ímprobas e tampouco seu processo e julgamento; trata-se de típica norma de eficácia limitada, que, segundo José Afonso da Silva, não produz “com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou outro órgão do Estado”. (**Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. p. 80-81).

¹² O Direito Penal, apesar da terminologia que o identifica, não é o único ramo jurídico prescriptor de sanções. Nesse sentido, correta a observação de que as “normas, quanto às conseqüências que comportam, podem ser divididas em duas espécies: repositivas e retributivas. As primeiras têm finalidade reparadora, repõem as coisas no estado anterior. Se o sujeito não paga o seu débito, a regra determina a satisfação da dívida, com a atualização devida se for o caso. Acaso não devolva o terreno esbulhado, é obrigado a entregá-lo ao legítimo possuidor. Deixando de pagar o salário do empregado, acaba instado a fazê-lo sob pena de penhora dos bens. As normas retributivas podem conter reposição ou não, mas se caracterizam por implicar um *plus* em relação às repositivas. Se o sujeito furta, é obrigado a devolver os objetos e, além disso, será recolhido à prisão como pena. Se mata, não pode repor o *status quo ante*, porém sofrerá os efeitos da sanção. Observe-se que normas retributivas exis-

92 devem sujeitar-se ao mesmo regime jurídico criminal, nomeadamente no que tange ao sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado.

Daí porque entende-se adequada a conclusão de que o ato de improbidade possui natureza **extrapenal**: o ilícito não se confunde com crime – *ultima ratio* –, porém, diante da gravidade de suas sanções, tangencia os domínios do direito penal, colhendo aqui e acolá institutos para sua integração e aplicação.¹³

Essa idéia se identifica com o entendimento sufragado em algumas decisões judiciais que qualificam o ato ímprobo como **penaliforme**; a propósito: “a ação de improbidade administrativa tem caráter penaliforme, pois visa essencialmente à aplicação de sanções aos agentes ímprobos”¹⁴ e, no mesmo sentido:

A ação de improbidade administrativa tem natureza cível, não penal. **Entrementes, tem forma caráter penaliforme por se destinar essencialmente à aplicação das sanções cominadas no art. 12 da Lei n. 8.429/92. Aos atos de improbidade e às respectivas ações aplicam-se os princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.** (Grifamos)¹⁵

tem em quase todos os ramos do direito, bastando a caracterizá-la a existência daquele *plus* de que falamos. Assim, a multa da legislação trabalhista, tributária ou administrativa caracteriza sempre uma norma retributiva, assim como a norma do direito penal propriamente dito. Disso deriva a existência de um direito administrativo penal, de um direito trabalhista penal, de um direito tributário penal, etc.” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Mandado de Segurança n° 2002.04.01.013843-0, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Fábio Bittencourt da Rosa, DJ 26/02/2003).

¹³ Currículo Permanente. Módulo II. Direito Administrativo 2010. Improbidade de Administrativa. 2010. Palestra: “**Ações de improbidade: competência jurisdicional, crimes de responsabilidade x atos de improbidade**”. Palestrante: Emerson Garcia. Curitiba. Outubro de 2010. Disponível em <http://eademagis.trf4.jus.br/moodle/mod/mplayer/view.php?id=804>.

¹⁴ Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Remessa *Ex Officio* n° 456459. Rel. Juiz Federal convocado Rubens de Mendonça Canuto Neto. 2ª Turma DJ: 21/08/2009.

¹⁵ Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n° 465511. Rel. Desembargador Federal Francisco Wildo. 2ª Turma DJE: 18/02/2010.

É preciso ter presente, entretanto, que as garantias do direito penal e do direito processual penal devem ser aplicadas à Lei nº 8.429/92, *mutatis mutandis*, vale dizer, desde que não agridam os princípios de tutela da moralidade administrativa previstos no diploma legal. Essa adaptação, temperamento entre institutos afetos a diferentes ramos do Direito é o que se passa a enfocar.¹⁶

1.3 Ilícito de improbidade como tipo sancionador e o recurso ao Direito Penal

A incompletude do microsistema de improbidade exige do intérprete-aplicador do Direito esforço construtivo, em ordem a garantir a efetividade das sanções previstas na Lei nº 8.429/92. Muito embora seja desejável a construção de uma teoria da aplicação do tipo de improbidade, desde uma perspectiva legislativa e doutrinária, a análise da jurisprudência indica clara tendência dos Tribunais em recorrerem às disposições penais e processuais penais para suprimento de lacunas que, a princípio, inviabilizariam a repressão aos ilícitos em comento.¹⁷

Os limites de interpenetração entre os sistemas penal e de improbidade¹⁸ têm sido demarcados pela jurisprudência, concili-

¹⁶ Currículo Permanente. Módulo II. Direito Administrativo 2010. Improbidade Administrativa. 2010. Palestra: “**Ações de improbidade: competência jurisdicional, crimes de responsabilidade x atos de improbidade**”. Palestrante: Emerson Garcia. Curitiba. Outubro de 2010. Disponível em <http://eademagis.trf4.jus.br/moodle/mod/mplayer/view.php?id=804>.

¹⁷ Por ocasião da palestra “**Tipologia dos Atos de Improbidade**”, ministrada por André De Sosa Verri, o Juiz Federal Marcelo Cardoso da Silva, debatedor convidado, teceu diversos comentários acerca da necessidade de construir-se dogmática própria para o instituto da improbidade administrativa; tarefa que, na ótica do debatedor, não teria sido desenvolvida na elaboração do anteprojeto para a edição de uma nova lei de improbidade administrativa. (Currículo Permanente. Módulo II. Direito Administrativo 2010. Improbidade Administrativa. 2010. Palestra: “**Tipologia dos Atos de Improbidade**”. Palestrante: André de Sosa Verri. Debatedor: Marcelo Cardoso da Silva Florianópolis. Setembro de 2010. Disponível em <http://eademagis.trf4.jus.br/moodle/mod/mplayer/view.php?id=804>).

¹⁸ Currículo Permanente. Módulo II. Direito Administrativo 2010. Improbidade Administrativa. 2010. Palestra: “**Ações de improbidade: competência jurisdicional, crimes de responsabilidade x atos de improbidade**”. Palestrante: Emerson Garcia. Curitiba. Outubro de 2010. Disponível em <http://eademagis.trf4.jus.br/moodle/mod/mplayer/view.php?id=804>.

ando-se a necessidade de preservação de direitos e garantias fundamentais e o princípio da moralidade.

Veja-se o trato de alguns temas no âmbito dos tribunais:

Princípio da insignificância:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREGÃO PÚBLICO: COMPRA DO BEM, DE TERCEIRO AUSENTE DO CERTAME, POR R\$ 0,70 ABAIXO DO LANCE VENCEDOR, DE R\$ 468,70. INSIGNIFICÂNCIA.

1. De minimis, non curat praetor. A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração.

2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo.

3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais.

4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência.

5. Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos à ponderação do chamado princípio da insignificância.

6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública – a militar também, registre-se –, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância.

7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública de improbidade administrativa – ou a consideração direta da própria moralidade pública – não pode ser eleva-

da à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do moralismo populista, ingênuo ou de ocasião.

8. Não cabe invocar o artigo 21, inciso I, da LACPIA – “A aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público” –, porque tipicidade material e imposição de sanção não se confundem. É larga e conhecida a distância ritual entre os institutos.

9. Precedentes do STF e do TSE.

10. Rejeição da petição inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, por inadequação da via eleita (art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa).

11. Provimento ao agravo de instrumento de uma das indicadas como rés e adoção da providência, de ofício, em relação aos demais. (Grifamos)¹⁹

Dosimetria e gravidade das reprimendas:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DA SIMPLES DISPENSA DA SANÇÃO.

1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. **Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal.** (Grifamos)²⁰

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EX-PREFEITO. CONDUTA OMISSIVA. CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. DECRETO-LEI N.º 201/67. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N.º 8.429/92. COEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MANU-

¹⁹ Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 389802. Rel. Desembargador Federal Fabio Prieto. 4ª Turma. DJF3: 09/12/2010.

²⁰ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 513576. Rel. Min. Francisco Falcão. 1ª Turma. DJ: 06/03/2006.

TENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VOTO DIVERGENTE DO RELATOR.

(...) **O realce político-institucional do *thema iudicandum* sobressai das conseqüências das sanções inerentes aos atos ditos ímprobos, tais como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.**

10. As sanções da ação por improbidade podem ser mais graves que as sanções *criminais tout court*, mercê do gravame para o equilíbrio jurídico-institucional, o que lhe empresta notável colorido de infração penal que distingue os atos ilícitos civis dos atos ilícitos criminais (grifamos).²¹

Juízo de admissibilidade das ações:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATTO DE IMPROBIDADE. ALEGAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS FÁTICOS SUFICIENTES PARA SUSTENTAR O RECEBIMENTO DA INICIAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ.

(...) **“Embora se reconheça a independência entre as Justiças Comum e Eleitoral, tenho que a decisão proferida na Justiça especializada serve como suporte à conclusão no sentido da inexistência da prática de propaganda irregular que pudesse caracterizar o ato de improbidade”, de forma que, “à míngua de indícios suficientes e lastro probatório mínimo da prática de atos de improbidade administrativa, não se pode receber a inicial, eis que ações desta estirpe, a exemplo de ações penais, constroem o demandado pela sua simples tramitação (fl. 129)”.**

4. Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. (Grifamos)²²

Competência:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO

²¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 456649. 1ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. DJ: 05/10/2006.

²² Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1218533. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. 1ª Turma. DJE: 04/11/2010.

REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO.

(...) **2. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que “compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros” (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal. Por isso, “seria absurdo ou o máximo do contra-senso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência” (voto do Min. Cezar Peluso).**

3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art.105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça.

4. Reclamação procedente, em parte. (Grifamos)²³

²³ Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 2790. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Corte Especial. DJE: 04/03/2010.

Execução da pena:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI 8.429/92. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MULTIPLICIDADE DE CONDENAÇÕES. SOMATÓRIO DAS PENAS. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 20, LEI 8.429/92. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DETRAÇÃO. ART. 11 DA LEI 7.210/84. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA.

1. O cumprimento de sanções políticas concomitantes, por atos de improbidade administrativa contemporâneos (art. 20 da Lei 8.429/92), deve observar as disposições encartadas no art. 11 da Lei 7.210/84.

2. É que a inexistência de legislação específica acerca da forma de cumprimento das sanções políticas, por atos de improbidade administrativa contemporâneos, deve ser suprida à luz das disposições encartadas no art. 11 da Lei 7.210/84, que instrui a Lei de Execuções Penais, *verbis*: “Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.”

3. Embargos de declaração acolhidos, apenas, para esclarecer que cumprimento das sanções políticas, por atos de improbidade administrativa contemporâneos, deve observar as disposições encartadas no art. 11 da Lei 7.210/84, mantendo incólume o acórdão de fls. 383/423. (Grifamos)²⁴

Os arestos acima destacados reafirmam a idéia de incompletude do arcabouço normativo de improbidade administrativa e a necessidade de sua integração por meio do Direito Penal. Ilustram

²⁴ Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 993655. Rel. Min. Luiz Fux. 1ª Turma. DJE: 23/03/2010.

pontos de convergência entre as duas esferas punitivas nos âmbitos material e processual.

Retratado o hibridismo existente no regime jurídico da improbidade administrativa, a oscilar entre as esferas cível e penal, já é possível operar-se corte metodológico, reduzindo-se o objeto do presente estudo à aplicabilidade do instituto da *emendatio libelli* no âmbito dos processos que buscam a responsabilização dos agentes ímprobos.

2 Desclassificação do ilícito de improbidade – *emendatio libelli* – no julgamento da demanda

O pedido e a causa de pedir da ação de improbidade administrativa sofrem os efeitos de seu regime jurídico híbrido. Por força do princípio dispositivo, basilar no processo civil, a demanda de improbidade nasce por iniciativa do legitimado, mas tem seu processamento e julgamento regidos por garantias de imparcialidade judicial, especialmente preservadas na esfera criminal.

A ação de improbidade, mais precisamente o pedido nela veiculado, não se aparta dos critérios classificatórios doutrinariamente adotados no âmbito do processo civil. A demanda pode pretender, isolada ou cumulativamente, a aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA, do que pode resultar em sentença de eficácia desconstitutiva (perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios fiscais); anulatória, espécie de provimento desconstitutivo, (invalidação de ato ou contrato de direito público)²⁵; e/ou condenatória (ressarcimento integral do dano e pagamento de multa civil).²⁶

²⁵ Acerca do tema: “É cabível a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Mostra-se lícita, também, a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva pelo *Parquet* por meio dessa ação” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 507142. Min. João Otávio de Noronha. 2ª Turma. *DJ*: 13/03/2006).

²⁶ De acordo com a classificação quinária das ações, adotada por Pontes de Miranda, entende-se que a destituição temporária de direitos políticos e da liberdade de contratar com o Poder Público tem natureza desconstitutiva, ainda que temporária, de determinados direitos do agente ímprobo. (**Tratado das Ações**. Tomo 1. Campinas: Bookseller. 1998. p. 141/142).

Todavia, a causa de pedir da ação de improbidade aproxima-se do modelo da peça acusatória criminal. À semelhança da denúncia, a petição inicial de improbidade administrativa deve descrever o fato típico imputado, com todas as circunstâncias, atribuindo-o ao acusado, com base nos elementos colhidos na fase investigativa.²⁷

Incumbe, ainda, ao demandante:

descrever o elemento subjetivo do agente, dos participantes e beneficiários diretos ou indiretos do ato impugnado, uma vez que a improbidade envolve atuação essencialmente dolosa, com a nota imprescindível da deslealdade, desonestidade ou falta de caráter, idônea a ensejar enriquecimento ilícito, lesão às pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º da Lei nº 8.429/92, ou a violação dos princípios da Administração Pública, nos termos previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da citada Lei”.²⁸

Gize-se que é facultado ao autor da demanda cumular causas de pedir (fatos ilícitos), e pedidos. Há cúmulo de causas de pedir – fundamentos “mediante a narrativa de dois ou mais contextos de fatos integrantes da mesma categoria jurídica, ou mediante a invocação de duas mais categorias jurídicas, naturalmente com a narrativa de fatos compatíveis entre si”.²⁹

A depender da forma de exposição dos fatos e da formulação dos respectivos pedidos, é possível que o juiz: i) condene o réu pela prática do único fato narrado e nas sanções indicadas pelo autor; ii) condene o réu pela prática de dois ou mais atos ímprobos praticados, por força do concurso de ilícitos (art. 292 do CPC); iii)

²⁷ Art. 41 do Código de Processo Penal - CPP: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

²⁸ NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Impetus. 2006. p. 75.

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 3ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2003. p. 173.

absolva o réu por um dos fatos narrados, mas o condene por conduta e pedido subsidiários (art. 289 do CPC); ou, iv) condene o réu por qualquer dos fatos eventualmente narrados, enquadrando-o em um dos tipos previstos na LIA, sem que o autor manifeste preferência pela tipificação ou pela pena aplicada (art. 289 do CPC).³⁰

Em todas as possíveis combinações do binômio pedido-sentença – registre-se – não está o julgador adstrito à capitulação indicada pelo autor na petição inicial. Embora seja necessária a narração de conduta ilícita prevista nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, sob pena de rejeição liminar da demanda, o enquadramento sugerido pelo autor não vincula o julgador. Discorda-se da idéia de que, por exemplo, **“o autor deve descrever a conduta ímproba prevista no art. 9º (ou um de seus incisos) para postular a incidência das sanções do art. 12, I, da Lei nº 8.429/92”**.³¹

No ponto, acertado o entendimento de José Antonio Lisboa Neiva, *verbis*:

a qualificação jurídica elaborada pelo demandante não é vinculativa, razão pela qual o magistrado pode perfeitamente corrigir o incorreto enquadramento efetuado, como, por exemplo, no caso em que o autor qualificou os atos impugnados como “atos que geram enriquecimento ilícito”, quando na verdade seriam “atos que causam dano ao erário”. O juiz, com base na descrição fática deduzida na petição inicial, procederia à acertada adequação típica na sentença.³²

³⁰ Disserta Fredie Didier Júnior que “embora não haja, no direito positivo, previsão expressa da técnica de cumulação imprópria alternativa, têm-na aceitado a doutrina e a jurisprudência, a partir de uma interpretação mais elástica do art. 289. Consiste na formulação, pelo autor, de mais de uma pretensão, para que uma outra seja acolhida, sem expressar, com isso, qualquer preferência”. (**Direito Processual Civil. Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva**. Vol. 1. 5ª edição. Salvador. JusPODIVM. 2005. p. 380).

³¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo. Atlas. 2007. p. 310. (Grifamos).

³² **Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Impetus. 2006. p. 75-76.

Esse expediente não viola o princípio da adstrição ou congruência, por meio do qual deve haver correspondência entre o pedido/causa de pedir e a sentença, sob pena de vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*. Com efeito, a resposta jurisdicional não é demarcada apenas pelo pedido formulado na petição inicial, mas também pela causa de pedir, que, de acordo com a teoria da substanciação, tem seus limites delineados pelos fatos descritos na peça vestibular.³³

Consoante já abordado nesta exposição, a natureza **penaliforme** ou **extrapenal** do ato de improbidade administrativa permite que se aplique a seu processo, por analogia³⁴, o instituto da *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do CPP:

O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

Trata-se de estabelecer verdadeiro diálogo entre as fontes legislativas, por meio do qual “uma lei pode complementar a aplicação de outra (...) tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que for necessário ou subsidiariamente”.³⁵ Nesse sentido, o

³³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1669755. Rel. Vasco Della Giustina – Desembargador Convocado – TJ/RS. 3ª Turma. *DJE*: 26/05/2010.

³⁴ Segundo Maria Helena Diniz, a analogia é processo integrativo que “consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado”. Tal operação exige: “1) que o caso *sub judice* não esteja previsto em norma jurídica (...); 2) que o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança; 3) que o elemento de identidade entre os caso não seja qualquer um, mas sim fundamental ou de fato que levou o legislador a elaborar dispositivo que estabelece a situação a qual se quer comparar a norma não contemplada.” (**Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 112 e 115).

³⁵ A teoria do diálogo das fontes, construída pelo Alemão Erik Jayme, é desenvolvida pela Professora Cláudia Lima Marques no Brasil. Conferir o trecho transcrito em “**Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de defesa do consumidor e o Código civil de 2002**”. Revista da Esmese, Sergipe, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmloi/handle/2011/22388>>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

art. 383 do CPP complementa o arcabouço normativo da Lei de Improbidade, possibilitando a correta qualificação jurídica dos fatos apresentados ao Poder Judiciário.

Ora, se até o processo penal, cujas sanções atingem o *status libertatis* do indivíduo, tolera a desclassificação da conduta imputada, sem que isso importe em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, com mais razão deve-se admitir o reenquadramento típico dos ilícitos de improbidade na fase de julgamento da demanda.

Inexiste incompatibilidade entre a teoria da substanciação, abraçada pelo direito processual civil brasileiro, e o princípio acusatório, que garante a imparcialidade do órgão julgador no âmbito da persecução penal; pelo contrário: as idéias convergem.³⁶

Neste cenário, é possível ao julgador reclassificar a conduta descrita na peça inicial da demanda, de modo a enquadrá-la em qualquer dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, transitando, outrossim, entre seus incisos, independentemente da *opinio delicti* da parte autora. Aliás, em determinadas situações “haverá atos de improbidade que se enquadrarão em pelo menos duas ou mesmo as três categorias discriminadas. Pode-se dizer mais, inclusive, que na maioria das vezes haverá tal superposição de tipos de improbidade. Um mesmo ato de improbidade pode gerar enriquecimento ilícito de alguém, causar prejuízo ao erário e violar princípios da administração pública”.³⁷

Destarte, cabe ao juiz a tarefa de observar as peculiaridades da conduta narrada e comprovada e, com base no princípio *jura novit curia*, proceder à correta subsunção do fato à norma. Esse

³⁶ CPC. Art. 128: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 25ª edição, atualizada e complementada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo. Malheiros. 2003. p. 200-201.

processo lógico pode resultar em **desclassificação regressiva**: do tipo mais grave ao mais brando (art. 9º ⇒ art. 10 ⇒ art. 11 da LIA) e em **desclassificação progressiva**: do tipo mais brando ao mais grave (art. 11 ⇒ art. 10 ⇒ 9º da LIA).

A desclassificação regressiva ocorre, por hipótese, se a acusação de enriquecimento sem causa, inicialmente formulada na petição inicial, acaba afastada pela prova dos autos e verifica-se que o réu, dolosa ou culposamente, apenas causou prejuízo ao erário. Nesse caso, forçosa a desclassificação da conduta da figura do art. 9º para o tipo do art. 10, com sancionamento no art. 12, II, todos da Lei nº 8.429/92.³⁸

Nessa linha, aresto do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXTINÇÃO DA AÇÃO. ART. 17, §§ 7º E 8º, DA LIA. IMPOSSIBILIDADE. RETORNO DOS AUTOS PARA JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. Em se tratando de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o magistrado não fica adstrito aos pedidos formulados pelo autor.

2. Conforme entende a jurisprudência, basta que o autor faça uma descrição genérica dos fatos e imputações dos réus, sem necessidade de descrever em minúcias os comportamentos e as sanções devidas a cada agente. Essa é a exata compreensão dos princípios do Direito Romano *jura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi ius*, em que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes lhe apresentem os fatos. (REsp 1.192.583/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.8.2010, DJe 8.9.2010.)

³⁸ Apesar da previsão de sanção pelo dano culposo, a jurisprudência tem sido refratária à punição do gestor inábil Nesse sentido: “Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 213944. Min. Garcia Vieira. 1ª Turma: DJ: 27/09/1999).

3. Se a petição contiver a narrativa dos fatos configuradores, em tese, da improbidade administrativa, não se configura inépcia da inicial. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, sobretudo quando a descrição dos fatos é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. (Grifei).³⁹

Com efeito, entende-se inadequada a corrente que advoga a vinculação entre pena requerida e pena aplicada, no sentido de que o autor deve **“pleitear as sanções que pretende sejam aplicadas”** e que **“sanção não pleiteada na petição inicial não pode ser aplicada pelo juiz”**.⁴⁰

Com todas as vênias, tal entendimento reduziria o grau de eficácia do sistema de repressão à improbidade estatuído pela Lei nº 8.429/92.

Felizmente, a interpretação dos tribunais é diversa. A propósito, veja-se decisão exemplificativa do entendimento dominante:

(...) tal como no processo penal, a verdade real a ser apurada a partir dos fatos apresentados é que vai determinar a condenação. É até mais prudente ao autor pedir, como no caso sob exame, a condenação às sanções do art. 12, que, obviamente, abrange todas aquelas do dispositivo. A subsunção da conduta às hipóteses, conforme o caso, dos artigos 9º, 10 e 11 caberá ao Juiz, que, pelo princípio da indisponibilidade do interesse público que rege os bens tutelados pela Lei 8.429/1992, não está vinculado à tipificação dada pela parte. Ou seja, a qualificação jurídica dos fatos é dada pelo Juiz (teoria da substanciação). Aqui as

³⁹ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1204965. Min. Humberto Martins. 2ª Turma: DJE: 14/12/2010.

⁴⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3ª edição. São Paulo. Atlas. 2007. p. 215.

parêcias **da mihi factum, dabo tibi jus e jura novit curia** têm perfeita correspondência. (Grifo no original)⁴¹

Convém destacar que, em se tratando de atos lesivos ao erário, – à semelhança do processo penal⁴² – é viável a desclassificação da conduta dolosa para culposa, para fins de aplicação dos artigos 10 e 12, II, da Lei nº 8.429/92. É dizer: mesmo que a instrução demonstre prejuízo não-intencional aos cofres fazendários, será possível a punição do agente, desde que provada a inobservância do dever de cuidado no trato da coisa pública.

Ainda em sede de **desclassificação regressiva**, se ao final da instrução o magistrado não se convencer da prática de ato ímprobo que importe em enriquecimento ilícito e tampouco de ação lesiva ao erário, ainda será possível vislumbrar-se a ocorrência de ferimento aos princípios reitores da Administração Pública. Basta que o administrador seja movido por manifesta má-fé.⁴³

⁴¹ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 200801000656038. Rel. Juiz Federal Convocado Jamil Rosa de Jesus. 3ª Turma. DJF1: 20/11/2009.

⁴² Sobre a desclassificação do crime doloso para culposo: “Denunciada pelo crime de peculato doloso, a paciente foi condenada pela prática de peculato culposo. Inocorrência de *mutatio libelli* em face da simples desclassificação de delito. Condenação reformada pelo Tribunal local, que reenquadrou a conduta no caput do art. 312 (peculato doloso), nos exatos termos da denúncia”. (Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* nº 85623. Min. Carlos Britto. 1ª Turma. Julgado em 07/06/2005). No mesmo sentido: STF. Recurso em *Habeas Corpus* nº 85657. Min. Carlos Britto. 1ª Turma. Julgado em 31/05/2005).

⁴³ Nesse sentido: “A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu. 3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador”. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1130198. Min. Luiz Fux. 1ª Turma. DJE: 15/12/2010).

Todas as condutas tipificadas na LIA tutelam os princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. É apenas por opção legislativa que as violações qualificadas por enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário sofrem sanções mais severas (artigos 9º e 10). Somente no caso de afastamento de tais agravantes, deve-se aplicar subsidiariamente as hipóteses do art. 11 do diploma legal em comento.

Daí porque “a violação aos princípios pode ser entendida, em comparação ao direito penal, como ‘**soldado de reserva**’, sendo, aplicada, subsidiariamente, isto é, quando a conduta ímproba não se subsume nas demais formas previstas”.⁴⁴

Noutro vértice, por analogia ao art. 383 do CPP, também é factível o caminho inverso – a **desclassificação progressiva** do ilícito, do tipo mais brando ao mais grave; mas desde que conste da exordial a clara descrição da conduta ímproba mais gravosa.

Por exemplo, se o autor da ação de improbidade acusa o réu de lesar o erário e menciona enriquecimento ilícito do mesmo, mas requer a aplicação do art. 10 da LIA, é possível que o juiz reclassifique a conduta imputada para a moldura do art. 9º da referida lei.

Da mesma forma, se o autor descreve ofensa a princípio administrativo e acrescenta que o fato resultou em prejuízo aos cofres públicos, mas requer a condenação na forma do art. 11 da LIA, é possível que o julgador condene o réu por conduta mais gravosa, consoante art. 10 da citada lei.

O expediente é admitido no âmbito processual penal, não havendo razão para deixar de ser aplicado no julgamento da ação de improbidade.⁴⁵

⁴⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1075882. Min. Arnaldo Esteves Lima. 1ª Turma. *DJE*: 12/11/2010. (Grifamos).

⁴⁵ A possibilidade de condenação por delito e sanção mais graves dos que os requeridos pelo *parquet* tem respaldo na parte final do art. 383, *caput*, do CPP, quando prescreve que o juiz poderá atribuir definição jurídica diversa aos fatos narrados “**ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.**” A prática é tranquila nos tribunais. Confira-se: “O réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da classificação que faz dele o órgão acusa-

De todo o exposto, é possível concluir que o art. 383 do CPP, aplicável por analogia à LIA, permite a desclassificação regressiva ou progressiva dos ilícitos de improbidade, na fase de julgamento da demanda, desde que os fatos apreciados pelo magistrado tenham sido adequadamente descritos desde a petição inicial.

Há casos, entretanto, em que a instrução judicial pode indicar a prática de fato novo, diverso do narrado na exordial, o que afasta o instituto da *emendatio libelli* e sugere a incidência de mecanismo correlato – *mutatio libelli*. O tratamento desse fenômeno processual é tema do último capítulo deste estudo.

3 Vedação da *mutatio libelli* no julgamento da ação de improbidade

O réu se defende dos fatos, seja na ação penal, seja na ação de improbidade. Nessas instâncias, é natural que a capitulação indicada pelo autor da demanda seja corrigida pelo juiz no momento da sentença. Essa atividade, contudo, é balizada pelos fatos descritos no nascedouro da lide.

O réu não pode sofrer condenação por fato processualmente novo, sequer veiculado na petição inicial, ou do qual não teve oportunidade de defender-se no curso do feito. A surpresa na sentença é inconciliável com o postulado do devido processo legal.

Para compatibilizar as garantias defensivas do acusado e os princípios da celeridade e economia processuais, aplica-se, no âmbito da persecução penal, o instituto da *mutatio libelli*, positivado no art. 384, *caput*, do CPP:

dor. Por isso, uma equivocada classificação do delito não tem a força de invalidar a denúncia. 2. Deve o magistrado, no momento da sentença, corrigir e adequar a tipificação, atribuindo-lhe definição jurídica diversa, mesmo que tenha de aplicar pena mais grave. Trata-se, na hipótese, da **emendatio libelli**, previsto no art. 383 do CPP. 3. O juiz da causa pode condenar o réu por delito diverso daquele pelo qual foi denunciado, desde que haja equivalência com os fatos narrados na denúncia. 4. Observado o princípio da correlação – um dos sustentáculos do devido processo legal, já que assegura o direito à ampla defesa e ao contraditório –, não há falar em nulidade da sentença condenatória e, consequentemente, em constrangimento ilegal, apto a justificar a ordem de habeas corpus”. (Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 116490. Min. Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma. DJE: 07/12/2009) (grifo no original).

Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Conforme exposto neste trabalho, a aplicação de institutos penais e processuais penais na esfera da improbidade administrativa deve respeitar os princípios reitores desse microsistema punitivo. Conquanto tenha natureza **penaliforme** ou **extrapenal**, a apuração dos atos de improbidade deve trilhar os caminhos do processo civil.

Enquanto o mecanismo da *emendatio libelli* bem se ajusta ao regime jurídico da Lei nº 8.429/92, o instrumento da *mutatio libelli* revela-se incompatível com o rito processual traçado pelo legislador para apuração de atos ímprobos.⁴⁶

A possibilidade de aditamento à acusação, como consequência da instrução processual, criaria incidente não previsto em lei e tumultuaria a condução do feito.

A ação de improbidade estabiliza-se segundo fatos narrados na petição inicial. Em atenção ao disposto no art. 264 do CPC, feita a citação, é defeso ao autor aditar os termos da acusação, sem o consentimento do réu. Depois do saneamento do processo, qualquer alteração é proibida.⁴⁷ De conseguinte, os fatos colhidos na instrução processual de improbidade não podem alterar a causa de pedir da demanda e, se configurarem novo ilícito, devem respaldar nova investigação e quiçá outra ação.

⁴⁶ Lei nº 8.429/92: Art. 17. “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”.

⁴⁷ A decisão saneadora antecede e inaugura a etapa instrutória, pois fixa a controvérsia da lide e determina as provas a serem produzidas (art. 331, § 2º, do CPC). Bem por isso, os fatos apurados na instrução não podem desestabilizar a demanda.

Analogamente às disposições processuais penais, as Leis 8.429/92 e 7.347/85 determinam o desencadeamento de procedimento investigatório pela autoridade competente, logo que tome conhecimento de irregularidades possivelmente tipificadas como improbidade administrativa.⁴⁸

Diante de tais similitudes, é possível estender-se à demanda de improbidade os princípios da obrigatoriedade e da divisibilidade da ação penal pública, os quais, respectivamente preconizam que o *dominus litis* não pode dispor sobre o conteúdo ou a conveniência do processo, sendo desnecessário, porém, que todos os acusados integrem simultaneamente o pólo passivo da ação.⁴⁹

Nessa toada, se, ao cabo da instrução processual, verificar-se a presença de elementos que indiquem a prática de ilícitos não constantes da peça exordial, incumbe ao autor da demanda a extração de cópias para instauração de procedimento investigativo tendente à formação de **justa causa** ou promover, desde logo, nova ação de improbidade.

Rejeita-se, destarte, a baixa em diligências para que o autor adite à acusação, pois se revela incompatível com o rito processual atualmente em vigor na Lei de Improbidade.⁵⁰

Conclusão

O arcabouço normativo da Lei nº 8.429/92 não fornece todos os instrumentos para a plena realização da vontade do constituinte, expressada no art. 37, § 4º, da Carta Política. Determinadas questões processuais e materiais ainda aguardam resposta legislativa, doutrinária e jurisprudencial capaz de definir marcos de processamento e julgamento das condutas lesivas à moralidade administrativa.

⁴⁸ Vejam-se as semelhanças entre os artigos 5º, § 3º, e 40 do CPP, e os artigos 14 e 15 da Lei nº 8.429/92 e os artigos 6º e 7º da Lei nº 7.347/85.

⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 179999. Rel. Celso Limongi (Convocado do TJ/SP). 6ª Turma. DJE: 01/02/2011.

⁵⁰ A aplicação de mecanismo inspirado no art. 384 do CPP ao processo de improbidade administrativa só poderia ser viabilizada mediante previsão legislativa.

Enquanto a consciência jurídica nacional paulatinamente constrói uma dogmática adequada às nuances do tema da improbidade administrativa, indeclinável ao julgador resolver – no tempo presente – o conflito que lhe é apresentado. Nesse mister, deve recorrer a instrumentos existentes noutros ramos jurídicos para colmar as lacunas.

O caráter sancionador da LIA a aproxima do regime jurídico criminal. Tal semelhança permite a aplicação analógica de mecanismos penais e processuais penais ao instituto da improbidade administrativa, desde que não colidam com sua esfera de princípios e valores.

No campo processual, entende-se razoável o recurso ao art. 383 do CPP, de modo a possibilitar a correção e desclassificação da conduta ímproba em sentença. A exemplo do direito processual penal, o réu se defende dos fatos. Preservada a oportunidade de defesa, não há nulidade em condenação por figura diversa da indicada pelo autor, quer resulte em pena mais branda, quer resulte em pena mais grave.

Refuta-se, entretanto, a utilização do instituto da *mutatio libelli* no âmbito do processo de improbidade. Além de tumultuário, o aditamento à acusação é incompatível com o procedimento previsto em lei para julgamento dos agentes acusados de atos ímprobos. Em razão desses empecilhos, apenas de *lege ferenda* poder-se-ia cogitar da adoção de expediente semelhante ao art. 384 do CPP na condução da demanda de improbidade.

As idéias desenvolvidas neste estudo buscam indicar instrumentos para resolução de questões emergentes do julgamento de indivíduos acusados de improbidade. A utilização analógica de institutos penais nos domínios da improbidade administrativa é medida subsidiária e não isenta o legislador de promover o aperfeiçoamento normativo da matéria. No momento atual, quando se desenvolve o debate em torno do anteprojeto da nova lei de improbidade administrativa, é oportuno e necessário refletir-se, dentre outros temas, sobre a possível adoção dos mecanismos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli* no futuro diploma legal.

Referências bibliográficas

CURRÍCULO PERMANENTE. Módulo II. Direito Administrativo 2010. Improbidade Administrativa. 2010. Palestra: “**Ações de improbidade: competência jurisdicional, crimes de responsabilidade x atos de improbidade**”. Palestrante: Emerson Garcia. Curitiba. Outubro de 2010. Disponível em <http://eademagis.trf4.jus.br>.

CURRÍCULO PERMANENTE. Módulo II. Direito Administrativo 2010. Improbidade Administrativa. 2010. Palestra: “**Tipologia dos Atos de Improbidade**”. Palestrante: André de Sosa Verri. Florianópolis. Setembro de 2010. Disponível em <http://eademagis.trf4.jus.br>.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética. 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil. Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva**. Vol. 1. 5ª edição. Salvador. JusPODIVM. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 3ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 10ª edição. São Paulo. Saraiva. 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo. Atlas. 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 4ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª edição. Coimbra. Armênio Amado – Editor, Sucessor. 1974.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de defesa do consumidor e o Código civil de 2002**. Revista da Esmese, Sergipe, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/22388>>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação**

direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. 25ª edição, atualizada e complementada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo. Malheiros Editores. 2003.

NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar.** 2ª edição. Rio de Janeiro. Impetus. 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas.** 3ª edição. São Paulo. Atlas. 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações.** Tomo 1. Campinas. Bookseller. 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.