

Os limites do reenquadramento do ato de improbidade administrativa em recurso exclusivo da defesa: análise à luz do AgInt no REsp 2.216.363/SP

William Romero

Sócio de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

Doshin Watanabe

Advogado de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

1) O OBJETO DA ANÁLISE

Em 25 de setembro de 2026, foi publicado o acórdão da 1ª Turma do STJ no AgInt no REsp 2.216.363/SP, rel. Min. Gurgel de Faria.

O acórdão versa sobre ação de improbidade administrativa proposta em 2016 pelo Município de Suzanópolis/SP em face de quatro réus, na qual se discute fraudes em procedimentos licitatórios e contratos. A petição inicial atribuiu aos Réus a prática dos atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 10, VIII e no art. 11, caput, I, II, e IV, da Lei 8.429. Porém, nos pedidos finais, o Município postulou a condenação dos Réus com base na previsão do art. 10 e, subsidiariamente (ou seja, em caráter eventual e sucessivo), a condenação com base nas hipóteses dos incisos do art. 11 da Lei 8.429. No curso da ação, o Ministério Público de SP (“MP-SP”) assumiu o polo ativo no lugar do Município.

A sentença reconheceu a prática de atos ímprobos, por entender que houve provas de fraude nos procedimentos licitatórios, e condenou todos os três réus que permaneceram no polo passivo. A condenação foi lastreada no tipo do art. 10, incisos I e VIII, da Lei 8.429, mas a sentença não chegou a especificar qual teria sido o dano ao erário efetivamente causado, tanto que não houve condenação ao ressarcimento integral do dano. Houve apenas a imposição da sanção patrimonial de pagamento de multa civil, equivalente ao valor pago na contratação questionada na ação, e outras sanções não patrimoniais.

A sentença foi integralmente confirmada em 2ª instância e dois acusados interpuseram recursos especial e extraordinário, que foram admitidos pelo TJSP em exame de admissibilidade. Não houve recurso excepcional do MP-SP.

Recebido no STJ, o recurso especial foi distribuído à Primeira Turma, sob relatoria do Min. Gurgel de Faria. Em sede monocrática, o relator deu provimento ao recurso especial para julgar improcedente a ação, por reconhecer a atipicidade da conduta à luz do art. 10, VIII, da Lei 8.429, com a redação dada pela Lei 14.230, em razão da necessidade de se demonstrar *dano efetivo* – dano este que, portanto, não pode ser presumido (*in re ipsa*).

O MP-SP interpôs agravo interno contra essa decisão monocrática. O agravo, inicialmente pautado para julgamento virtual, foi destacado a pedido da Min.^a Regina Helena Costa. No curso do julgamento presencial, o relator inicialmente votava pelo desprovimento do agravo, sinalizando a manutenção de seu entendimento. Fê-lo tanto sob a perspectiva do regime legal da Lei 14.230 (que exige o *dano efetivo*), como também porque o reenquadramento, em recurso exclusivo da defesa, produziria reforma prejudicial. Invocou o ARE 1.414.607 AgR-ED, do STF.

Nesse particular, o Min. Gurgel inclusive foi acompanhado pelo Min. Paulo Domingues, que lavrou voto após pedido de vista. Mas o panorama se alterou com novo pedido de vista da Min.^a Regina Helena Costa. Sua Exa. reexaminou a questão e concluiu noutro sentido. Propôs o acolhimento do pedido subsidiário do agravo interno para reenquadrar as condutas no art. 11, V, da Lei 8.429, à luz da continuidade típico-normativa, e negar provimento ao recurso especial, mantendo a condenação. Os pares foram convencidos, tendo os Ministros alterado sua percepção para acolher a proposta de voto da Exma. Ministra.

Em síntese, a Primeira Turma reconheceu, por unanimidade, a inexistência de demonstração de dano efetivo que sustentasse a condenação pelo art. 10 da Lei 8.429, afastando as penas previstas no art. 12, II da lei. Mas as condutas foram reenquadradas para o art. 11, V, com fundamento no instituto da continuidade típico-normativa, pois o colegiado entendeu que a passagem para regime sancionatório mais brando do art. 12, III, não configura *reformatio in pejus*, mesmo que tal alteração tenha se dado em recurso exclusivo dos réus.

Em que pese o brilhantismo das fundamentações dos votos dos Exmos. Ministros, o entendimento em questão suscita problemas e gera riscos enormes às garantias que a Lei 14.230 estabeleceu aos acusados. A questão envolvendo o reenquadramento e requalificação jurídica de condutas não se resolve pela comparação entre as sanções dos incisos II e III do art. 12, a fim de concluir que a mudança da tipificação para o art. 11 seria mais branda. Há muito mais.

O presente ensaio examina as premissas e os parâmetros considerados no julgamento, os limites do efeito devolutivo recursal e o contraditório sobre os elementos do novo enquadramento. Analisa se a solução adotada pelo STJ não demandaria o retorno do processo ao Tribunal de origem para reanálise das condutas à luz de fatos e provas. Também serão tecidos comentários em torno do que parece ser uma substituição do *dano in re ipsa* por *tipicidade in re ipsa*: configurou-se a substituição da presunção de dano por uma presunção de tipicidade.

Não se pretende negar, em abstrato, a possibilidade de continuidade típico-normativa entre dispositivos distintos, e muito menos questionar a qualidade dos fundamentos expendidos nos votos – o que, aliás, constitui postura habitual de todos os Exmos. Ministros da 1ª Turma.

As questões que se colocam são outras: **(a)** quem pode reconhecer a referida continuidade típico-normativa, **(b)** em que momento processual, **(c)** com quais consequências, **(d)** a partir de qual parâmetro se mede o prejuízo à parte recorrente; **(e)** quais são os parâmetros para se aferir a ocorrência de *reformatio in pejus*. Continuidade típico-normativa, afinal, não é autorização processual para preservar indistintamente as condenações e suprimir garantias inerentes à ampla defesa e ao contraditório.

2) O VOTO DIVERGENTE QUE REDIRECIONOU O JULGAMENTO

A divergência da Min.^a Regina Helena Costa admitiu a continuidade típico-normativa, a fim de readequar a condenação do art. 10, VIII, para o art. 11, V, na medida em que ambos os tipos delimitam atos ímprobos que frustram a licitude ou a competitividade de licitações. Considerou demonstrados os elementos constitutivos deste último tipo, à luz dos fatos afirmados pelo Tribunal local, e sustentou que a previsão de sanções mais brandas para os tipos do art. 11 em relação ao art. 10 afastaria a *reformatio in pejus*.

Distinguiu o precedente do STF (ARE 1.414.607 AgR-ED, do STF) pela direção do reenquadramento sob a perspectiva exclusiva da dimensão das penas: naquele caso, o STF teria afirmado a impossibilidade de reenquadramento do art. 11 para os arts. 9º ou 10 (em razão do regime sancionatório mais gravoso); no caso julgado pelo STJ, diversamente, o que estaria em discussão é o reenquadramento inverso, do art. 10 para o art. 11 (este com regime sancionatório mais brando, quando considerado em abstrato).

Em 1º de setembro de 2026, após a divergência da Ministra Regina, os Ministros Gurgel de Faria e Paulo Domingues reformularam seus votos para acompanhar a solução por ela proposta e admitir o reenquadramento das condutas. Também houve ajuste do dispositivo proposto pela Min.^a Regina Helena. O resultado foi unânime: parcial provimento do agravo interno e do recurso especial para afastar a condenação pelo art. 10 e condenar os Réus (diretamente) pelo art. 11, V. As sanções foram adequadas aos limites do art. 12, III, da lei, com a fixação de multa de cinco vezes a remuneração do agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios por quatro anos.

Com o devido respeito, a unanimidade final não apaga a complexidade do caso e a consistência da controvérsia anterior, retratada nos votos inicialmente apresentados pelos Ministros Gurgel de Faria e Paulo Domingues.

Aliás, no contexto dessa discussão, cabe formular um destaque relevante: de fato, existiu agravo interno do MP-SP no STJ, que foi o recurso parcialmente provido pelo acórdão da Primeira Turma. A expressão “recurso exclusivo da defesa” refere-se à impugnação da condenação oriunda das instâncias ordinárias, e não à inexistência de qualquer recurso ministerial em todas as fases.

O agravo interno devolveu os fundamentos da decisão monocrática, que apreciou o recurso especial dos Réus; não substituiu a (ausência de) recurso especial do MP contra o acórdão prolatado pelo TJSP.

3) A DIMENSÃO DA CONTINUIDADE TÍPICO-NORMATIVA

Inicialmente, cabe formular meditações em torno do alcance do instituto da continuidade típico-normativa. Na esteira do próprio voto condutor do acórdão sob comento e da doutrina colacionada pela Min.^a Regina Helena, depreende-se que o referido instituto se destina, tipicamente, a assegurar que a eliminação ou

modificação de determinado enquadramento não conduza à atipicidade quando a mesma conduta continua sendo juridicamente reprovável. Em termos objetivos, trata-se de impedir a absolvição por conduta cujo enquadramento não foi extirpado do ordenamento, mas acomodado em outra disposição legal.

A situação do caso julgado pelo STJ nos parece distinta. A conduta prevista no art. 10, VIII, que serviu de base para o acórdão condenatório, persistiu sendo tipicamente punível pela Lei 14.230. Apenas se estabeleceu de forma clara e objetiva a necessidade de comprovação efetiva de *dano* para tanto – e que, por entendimento jurisprudencial do STJ (e não por dicção normativa expressa), vinha sendo admitido como *presumido*, antes da Lei 14.230¹.

Ou seja, já sob essa perspectiva se afigura questionável a viabilidade de, invocando-se a continuidade típico-normativa, reenquadrar-se a conduta atribuída aos acusados em outro dispositivo (art. 11, V), quando remanesce hígido o tipo anterior (art. 10, VIII), que igualmente já existia e restou ajustado pela Lei 14.230 para exigir perda patrimonial efetiva.

4) O PARÂMETRO DA *REFORMATIO IN PEJUS*

O fundamento decisivo dos votos considera a comparação da condenação pelo art. 10, sujeita às penas do art. 12, II, com a condenação pelo art. 11, que enseja as penas do inciso III do art. 12. Partiu-se da premissa de que, como as penas do inciso III do art. 12 seriam mais brandas, o reenquadramento seria benéfico aos recorrentes.

A comparação, contudo, pressupõe a subsistência jurídica da condenação definida pelo TJSP, com base no art. 12, II, e utilizada como referência.

Mas a premissa assentada no julgamento foi justamente a inviabilidade daquela condenação: as instâncias ordinárias não demonstraram dano efetivo, tendo o tomado por *presunção*. A questão posta no recurso especial não era escolher a pena adequada a uma condenação válida, mas definir a consequência da ausência de elemento indispensável à única condenação pré-existente.

¹ A esse respeito, vide o acórdão da 1ª Seção do STJ no ProAfR no REsp n. 1.912.668/GO (rel. Min. Og Fernandes, julgado em 1/6/2021) que afetou o Tema Repetitivo 1096. O tema não chegou a ser julgado e, em 2024, foi cancelado em razão das alterações trazidas pela Lei 14.230.

Sob essa perspectiva, não é mais benéfica uma condenação menor quando o resultado buscado com o recurso especial da defesa, e processualmente disponível aos recorrentes, era a inexistência de condenação.

O prejuízo precisa ser examinado a partir do resultado que o recurso especial deveria produzir, respeitados seus limites, e não exclusivamente em relação à gravidade da sanção anteriormente imposta. A partir da confirmação da sentença pelo TJSP, havia uma legítima expectativa dos réus de que, uma vez condenados pelo art. 10, a interposição de recurso especial apenas pela defesa com o objetivo de desconstituir essa condenação jamais restabeleceria a discussão em torno dos atos de improbidade previstos no art. 11.

A alteração legislativa trazida pela Lei 14.230 não suprimiu a exigência de dano: explicitou a necessidade de prejuízo efetivo e comprovado, afastando a suficiência de sua presunção. Essa precisão importa. O que desapareceu foi a possibilidade jurídica de sustentar a condenação pelo art. 10, VIII, sem demonstração da perda patrimonial efetiva. A procedência do argumento defensivo eliminava o fundamento da condenação impugnada no recurso especial.

A objeção a essa ponderação é previsível. Se os mesmos fatos permaneceram típicos em outro dispositivo, a improcedência da ação não seria uma consequência necessária. Mas a continuidade material não pode ser tida como autorização automática para, em recurso da defesa, concluir-se por manter a condenação com base em tipo distinto, quando o Tribunal de origem nem mesmo chegou a examinar o enquadramento da conduta descrita naquele dispositivo.

Logo, a formulação exige um complemento. Reconhecida a inviabilidade de manter a única condenação existente, deve-se verificar se o órgão recursal dispõe de competência para emitir condenação por tipo diverso. Se os limites do recurso especial, exclusivo da defesa, impedem essa operação, o resultado deveria ser a improcedência. Comparar duas possíveis condenações sem enfrentar essa questão transforma em prejuízo efetivo a preservação ou a reformulação de condenação que o recurso, dentro de seu objeto, deveria afastar.

Não se está apenas substituindo a fundamentação jurídica de uma condenação válida. O que os autores deste ensaio questionam é a possibilidade de o recurso especial que demonstrou a insubsistência da única condenação

existente servir como veículo processual para constituir uma condenação por ilícito diverso, com elementos típicos e sanções diversas.

A redução da pena, por si, não legitima esse resultado, pois a aferição do prejuízo à defesa não deveria se dar apenas pela comparação em tese de condenações baseadas em tipos distintos, mas inclusive pela comparação entre a condenação já estabelecida no processo, baseada no tipo do art. 10, e o objetivo do recurso especial, que era o afastamento integral dessa condenação.

5) A DISTINÇÃO EM RELAÇÃO AO PRECEDENTE DO STF

O voto divergente considera o ARE 803.568 AgR-segundo-EDv-ED, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 22 de agosto de 2023.

Naquele caso, afastada a condenação pelo art. 11, o STF vedou o reenquadramento nos arts. 9º ou 10 em recurso exclusivo da defesa. A orientação também foi invocada no ARE 1.414.607 AgR-ED, julgado em 7 de maio de 2024.

É verdade que a passagem do art. 11 para os arts. 9º ou 10 pode acarretar regime sancionatório mais grave, e é esta a premissa central do direcionamento atribuído ao caso pela Min.^a Regina Helena Costa.

Mas o fundamento daquelas decisões do STF, que consta inclusive transcrita no próprio acórdão do STJ, associa aquela solução fundamentalmente à necessidade de observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. E, sob essa perspectiva, a mudança não esgota essa fundamentação.

O ponto comum das decisões é a consideração da (im)possibilidade de preservar a condenação por enquadramento distinto daquele que deixou de subsistir (com as ressalvas do tópico 3 acima), sem que tenha havido recurso do autor da ação de improbidade, mas apenas da defesa.

Mas para distinguir os casos, não basta inverter a direção do enquadramento considerando a sequência de tipos dos artigos 9, 10 e 11 da Lei. É necessário demonstrar por que não estariam presentes, no caso analisado pelo STJ, os limites processuais que concorreram para a solução dada pelo STF.

Isso não significa atribuir à decisão do STF uma proibição absoluta de qualquer reenquadramento. Os precedentes precisam ser lidos nos respectivos contextos. Significa reconhecer que sua fundamentação não pode ser reduzida

a uma comparação abstrata de penas, desconsiderando as garantias processuais do réu que o próprio Supremo considerou ao negar o reenquadramento.

A analogia com a *emendatio libelli* do processo penal também exige cuidado². A manutenção de uma condenação mediante requalificação jurídica de fatos integralmente estabelecidos não se confunde necessariamente com a migração para tipificação diversa, após o reconhecimento da falta de um elemento constitutivo da condenação lastreada em dada tipificação. Eventual reenquadramento sempre deve considerar que a tipificação diversa possui seus próprios requisitos fáticos e jurídicos – acerca dos quais o réu deve poder se manifestar em pleno contraditório, inclusive prévio, e não apenas diferido.

A analogia só é persuasiva se preservar as possibilidades concretas de defesa e o pleno exercício do contraditório.

6) INÉRCIA E LIMITES DO EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO ESPECIAL

O voto condutor do acórdão, que prevaleceu ao final, consigna que o Ministério Público não teria interesse processual em interpor recurso especial.

Isso porque a condenação por ele postulada, prioritariamente pelo tipo do art. 10 da Lei, teria sido acolhida pela sentença e mantida pelo TJSP. Partiu-se da premissa de que o resultado prático buscado pelo autor da ação já teria sido alcançado, em seu melhor cenário, nas instâncias ordinárias.

Além disso, prossegue o voto, exigir a interposição de recurso especial para insistir na condenação pelo art. 11, criaria “ônus recursal retroativo” para o Ministério Público, na medida em que a possibilidade do reenquadramento, diante da desconstituição da condenação pelo art. 10, teria surgido apenas no STJ.

O argumento tem força, mas responde a uma pergunta diferente daquela que decide a controvérsia.

² Em artigo anterior à conclusão do julgamento das ADIs 7.156 e 7.236, um dos coautores deste texto já teve a oportunidade de defender em âmbito doutrinário que a *emendatio libelli* não se aplica à ação de improbidade administrativa, pois a partir da Lei 14.230/2021, o réu passou a se defender dos fatos e inclusive da tipificação. WATANABE, Doshin. A decisão de tipificação do art. 17, §10-C da LIA e repercussões processuais da regra que tutela o direito do réu de se defender da capitulação legal. In: JUSTEN, Monica Spezia; PEREIRA, Cesar; JUSTEN NETO, Marçal; JUSTEN, Lucas Spezia (Coord.). **Uma visão humanista do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2025, v.1, p. 563 - 579.

Não se discute se o MP se desincumbiu adequadamente de seu ônus processual. Discute-se se o recurso especial dos condenados permite instituir responsabilidade por tipo que não sustentou a condenação impugnada.

A inexistência de interesse recursal da acusação não elimina as consequências processuais da ausência de recurso próprio.

O direito de defesa não pode ser relativizado para compensar a inexistência histórica de interesse recursal da acusação. Uma lei ou entendimento jurisprudencial mais favorável ao réu pode repercutir sobre a pretensão sancionadora e desconstituir a condenação sem que o autor tenha falhado em se desincumbir de um ônus processual.

Com o devido respeito: a objeção está na combinação entre o objeto decidido, a extensão da impugnação e as garantias do sancionado.

A petição inicial já continha referência ao art. 11, o que fortalece a resposta do acórdão quanto à congruência com a demanda originária. Esse dado precisa ser considerado. Contudo, a amplitude inicial da pretensão acusatória não equivale à amplitude permanente do objeto recursal.

Depois do julgamento que condenou os Réus exclusivamente pelo tipo do art. 10, VIII, o objeto da discussão se afunilou. A matéria devolvida pelo recurso especial dos réus não corresponde à integralidade da discussão e o reenquadramento pelo art. 11 era matéria alheia ao objeto recursal. Houve um verdadeiro rejuízo da causa pelo STJ, no âmbito de recurso exclusivo da defesa.

7) A “VIRADA DE CHAVE”: JULGAMENTO DAS ADIs 7.156 e 7.236

Cumpramos enfatizar ainda um outro fundamento relevante – o qual, parece-nos, constitui o motivo da virada de chave do julgamento.

O voto divergente da Min.^a Regina Helena, que serviu de baliza para reajustar a orientação então prevalente, invoca as ADIs 7.156 e 7.236, julgadas em julho de 2026, nas quais o STF declarou inconstitucionais as restrições previstas nos §§ 10-C, 10-D e 10-F, I, do art. 17 da LIA no tocante à possibilidade da alteração da capitulação pelo juiz. O próprio Min. Gurgel de Faria, quando se pronuncia pela retificação de seu voto inicial, alude à deliberação do STF nas referidas ADIs como uma das balizas para alteração de sua posição.

Naturalmente, não se pretende lastrear as observações deste artigo nas restrições legais tidas por inconstitucionais pelo STF. O julgamento, afinal, ocorreu. E, embora o resultado do julgamento das ADIs já tenha sido disponibilizado, até o momento o respectivo acórdão ainda não foi publicado. Quando isso ocorrer, será possível entender melhor os fundamentos que nortearam o julgamento.

Mas o julgamento realizado pelo STF não prejudica as constatações e reflexões doutrinárias que ora são trazidas à lume neste ensaio, notadamente sob a perspectiva dos autores, que atuam no foro representando interesses de réus em ações de improbidade administrativa.

É dizer: o precedente do STF não elimina a inafastável garantia do contraditório, da ampla defesa, da congruência fática e dos limites do recurso. Permitir ao julgador qualificar juridicamente os fatos não significa autorizar o órgão julgador, em qualquer fase do processo, a emitir nova condenação.

8) ELEMENTARES DISTINTAS ENTRE OS TIPOS: O CONTEÚDO DA DELIBERAÇÃO TOMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM E A DEFESA EFETIVAMENTE EXERCIDA PELOS ACUSADOS

O art. 10, VIII, exige – além do elemento atinente a “frustrar a licitude de processo licitatório” – a demonstração de *perda patrimonial efetiva*.

O art. 11, V, por sua vez, exige frustração do caráter concorrencial, ofensa à imparcialidade e finalidade de obtenção de benefício próprio ou de terceiro. O §1º do art. 11 demanda comprovação do fim de obter proveito ou benefício indevido; o §4º exige lesividade relevante ao bem jurídico, independentemente de dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

Continuidade típico-normativa não significa identidade típica. A constatação da permanência da reprovação jurídica da conduta não demonstra, automaticamente, que todas as elementares do novo tipo foram imputadas, provadas e debatidas. Pode haver continuidade normativa em abstrato sem possibilidade de condenação no caso concreto.

Isso foi ponderado com precisão pelo voto retificado do Min. Gurgel:

O art. 11, V, exige elementos próprios: a frustração efetiva do caráter concorrencial, a ofensa à imparcialidade e a finalidade de obtenção de benefício. Esses elementos

precisam constar de afirmação expressa do que já foi julgado. Não podem ser deduzidos da fraude, nem presumidos com base no prejuízo, nem construídos nesta instância.

Onde faltarem, a solução não é a requalificação. E menos ainda se admite que a acusação, valendo-se da lei nova, narre agora o que não narrou antes. A continuidade típico-normativa preserva a punibilidade do fato tal como imputado e apurado. Não autoriza imputação nova sob rótulo antigo.

A pergunta relevante não é se a conduta de fraude à licitação continua sendo ato de improbidade administrativa. O relevante é identificar se a decisão condenatória reconheceu, mediante contraditório orientado para aquele tipo específico de ato de improbidade, todas as elementares do novo tipo.

Mesmo que se considere o brocardo jurídico de que o réu se defende dos fatos, e não da capitulação, é necessário verificar quais fatos foram atribuídos como constitutivos de cada elemento típico.

O acórdão afirma que direcionamento, simulação, ausência de publicidade e proveito de terceiros já constavam da imputação inicial e das decisões impugnadas no recurso especial. Não seria correto ignorar essa afirmação ou sustentar que a finalidade de benefício jamais foi mencionada. Mas há necessidade de demonstrar, individualmente, a correspondência entre esses fundamentos e as exigências específicas do art. 11, V.

Constatar que alguém recebeu pagamento contratual não equivale, necessariamente, a demonstrar a finalidade de proporcionar benefício indevido.

Identificar ilegalidade consciente também não dispensa o exame do resultado ilícito tipificado. Conclusões fundamentadas em provas são admissíveis; presunções automáticas das elementares, notadamente quando se está a tratar de um reenquadramento em sede de recurso especial, não são.

Cabe salientar, ademais, relevante elemento processual extraído do próprio acórdão da Primeira Turma. Segundo o voto reformulado do Min. Paulo Domingues, os acusados recorrentes formularam alegação de cerceamento de defesa em razão do indeferimento de prova testemunhal. E isso não foi examinado por ausência de prequestionamento e de impugnação de fundamento autônomo.

Isso evidentemente não autoriza concluir que houve cerceamento de defesa, mas ao mesmo tempo coloca em dúvida se houve “contraditório amplo” da defesa frente ao reenquadramento realizado diretamente pelo STJ, em sede de

agravo interno em recurso especial, sem que os Réus tenham produzido todas as provas postuladas na origem, inclusive diante da nova tipificação.

9) A SOLUÇÃO SUBSIDIÁRIA E O RETORNO À ORIGEM

Em outra frente, admitindo-se (por hipótese) a possibilidade de reenquadramento, não se segue que o STJ devesse efetuar-lo diretamente.

Nesse caso, parece-nos que a solução mais adequada seria acolher o recurso especial para afastar a condenação pelo art. 10 e devolver os autos ao Tribunal de origem para que realizasse novo julgamento e se pronunciasse sobre o cabimento e viabilidade da subsunção das condutas ao tipo do art. 11, V.

A formulação ora proposta naturalmente demanda reflexão e maior aprofundamento. O julgamento pelo STJ, de acordo com nosso entendimento, poderia afastar a condenação pelo art. 10, observados os limites do recurso especial, e delimitar a matéria a ser analisada pelo TJSP. Não nos parece, entretanto, ser viável em qualquer dessas hipóteses antecipar o mérito quanto à possibilidade jurídica de reenquadramento e de condenação pelo art. 11.

A devolução sugerida encontra respaldo na jurisprudência do STJ, e vem (ou vinha) sendo adotada pelas Turmas integrantes da 1ª Seção. Nesse sentido, o próprio voto da Min.^a Regina Helena cita o AgInt no REsp 2.142.901/RN (rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, j. 30.3.2026), que determinou retorno dos autos ao Tribunal local para análise de reenquadramento em vista da continuidade típico-normativa. Ou seja, já se reconheceu que a aplicação do referido instituto (se de viável incidência) não pressupõe condenação imediata pelo STJ.

Nesse cenário, com o retorno dos autos, os réus poderiam discutir o elemento subjetivo das condutas, a (in)existência de lesividade e a participação individual, além de outros aspectos que constituam requisito para enquadramento em determinado tipo. O retorno não autorizaria acrescentar fatos, reconstruir a acusação ou suprir deficiência probatória por nova imputação, como bem pontuado na ressalva contida no voto do Min. Gurgel. Em qualquer caso, as garantias processuais asseguradas aos réus diante de eventuais fatos novos, estabelecidas nos arts. 10 e 933 do CPC, devem ser de observância cogente.

O art. 1.034 do CPC permite ao STJ aplicar o direito à espécie após conhecer do recurso especial. Portanto, não se está a afirmar que a ausência de

pronunciamento do Tribunal local sobre o art. 11 gera, isoladamente, impedimento absoluto de reenquadramento.

No entanto, há uma objeção intransponível, a nosso ver, a essa providência em determinadas situações. Se a solução do caso depende de apreciar elementares autônomas ou esclarecer premissas fáticas potencialmente controversas, a aplicação do direito não pode converter-se em reconstrução fático-probatória incompatível com a competência inerente ao exame do recurso especial.

O receio é de que, na prática, o STJ se torne a única instância a afirmar a presença dos elementos constitutivos do tipo do art. 11, V, já no âmbito da via estreita do recurso especial. Diferentemente do que ocorre nos casos em que se determina o prévio exame do reenquadramento pelo Tribunal local, que resulta em um novo acórdão a ser objeto de recursos excepcionais, os Réus não terão oportunidade de interpor recurso especial para discutir a eventual violação da regra que define o tipo.

Poder-se-ia objetar, em atenção à necessidade de demonstração de prejuízo para o reconhecimento de nulidade, que os réus tiveram oportunidade de se manifestar sobre o agravo interno do Ministério Público, que resultou no julgamento retratado no acórdão ora examinado. Mas houve uma efetiva limitação da defesa exercida em face da (eventual) nova tipificação, que se deu apenas nos estreitos limites das contrarrazões ao agravo interno, quando muito.

Ainda que subsista a possibilidade de, em tese, os réus se valerem de embargos de declaração ou de divergência, direcionados ao próprio STJ, eles não proporcionarão a amplitude impugnativa que seria possível em eventual recurso especial da defesa contra acórdão do Tribunal local, caso a decisão acerca da possibilidade de reenquadramento tivesse sido atribuída ao Tribunal local.

Além disso, reforça-se a circunstância de que o MP não interpôs recurso especial. A pretensão deduzida pela acusação no âmbito de agravo interno extrapolou o objeto do recurso especial exclusivo dos réus, pois os réus não cogitaram de reenquadramento, mas de afastamento integral da condenação.

A expressão “supressão de instância defensiva” descreve esse prejuízo concreto, sem que se pressuponha direito a um número fixo de julgamentos.

10) CONSTATAÇÃO: DO DANO PRESUMIDO À TIPICIDADE PRESUMIDA

No final de seu voto, com a responsabilidade e diligência que lhe são habituais, o Min. Gurgel de Faria introduziu relevante ressalva. Esclareceu que o entendimento adotado não admitiria transposição automática entre os artigos 10, VIII e 11, V.

A toda evidência, a ausência de dano para enquadramento no art. 10, VIII, não é suficiente para preencher os demais elementos do art. 11, V. Estes, arrolados em tipo distinto e específico da lei, devem ser avaliados de acordo com os aspectos fático-probatórios constantes do processo – o que, portanto, reforça a necessidade de submeter tal exame ao crivo do Tribunal local.

Após o exame, tal fundamentação deverá constar expressamente do novo acórdão local, a fim de permitir (se for o caso) nova ascensão ao STJ por meio de outro recurso especial. Sempre com o devido respeito, não nos parece haver espaço para que o STJ reconheça desde logo que os fatos e requisitos constitutivos de determinada tipificação foram estabelecidos, se o próprio acórdão foi orientado por outra tipificação, agora afastada, pois isso implicaria desconsiderar os óbices das Súmulas 5 e 7/STJ, além da exigência do próprio prequestionamento atinente ao dispositivo legal que prevê a nova tipificação.

Cabe enfatizar que não se está afirmando que o acórdão teria restabelecido formalmente o *dano in re ipsa*. Não é disso que se trata e o art. 11 pode, de fato, configurar-se sem efetivo dano patrimonial. O grave prejuízo à defesa surge quando a ausência de dano passa a funcionar como convite à substituição automática do enquadramento, dispensando a prova dos elementos do novo tipo.

E, a prevalecer o referido entendimento, certamente essa será uma tese que a acusação na ação de improbidade administrativa (seja o MP ou ente público legitimado) passará a sustentar de forma iterativa em suas manifestações, ainda que o reenquadramento automático tenha sido desautorizado pela ressalva do voto retificado do Min. Gurgel.

Em síntese, o problema que ora se visualiza como ameaça não está apenas no que o acórdão expressamente decidiu, mas na operação jurídica que ele tornou disponível. Antes, da fraude se extraía dano presumido. Agora, pode-se passar da simples ilegalidade e irregularidade na licitação ao direcionamento

presumido e, deste, à finalidade de obtenção de benefício (igualmente presumida). Muda-se a elementar presumida, mas preserva-se a lógica que a reforma legislativa tentou combater: extrair automaticamente o ato de improbidade administrativa da constatação de mera irregularidade ou ilegalidade licitatória.

O caso julgado pelo STJ tem suas particularidades e não se questiona o juízo do Tribunal quanto à reprovabilidade das condutas examinadas no caso concreto que foi a julgamento. Mas a questão acerca da (im)possibilidade jurídica de reenquadramento é complexa e de elevada densidade normativa, pois envolve analisar a viabilidade de transpor institutos do processo penal (como a *emendatio libelli*) à ação de improbidade administrativa, que é ação civil de natureza repressiva e caráter sancionatório, com regime jurídico próprio. A nosso ver, as garantias processuais da defesa devem ser privilegiadas na ação de improbidade administrativa. Dispositivos específicos podem ser declarados inconstitucionais, mas o espírito da reforma legislativa permanece.

Daí porque, como convite à reflexão, propomos que a questão seja objeto de análise sob a perspectiva do risco da passagem automática do dano *in re ipsa* à tipicidade *in re ipsa*. A importantíssima ressalva do Min. Gurgel de Faria tenta impedir exatamente o efeito sistêmico que a tese jurídica adotada facilita.

Mas, sem prejuízo disso, o risco é real. A fim de evitar consequências nefastas, e com vistas a observar as próprias ressalvas feitas no julgamento, caberá exigir fundamentação concreta sobre cada elementar do tipo, não sendo o bastante a simples menção à fórmula da continuidade típico-normativa.

11) CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento do AgInt no REsp 2.216.363/SP levanta questões e discussões relevantes sobre os limites do reenquadramento da improbidade administrativa em recurso exclusivo da defesa. Refletiu-se sobre como a própria incidência da continuidade típico-normativa ao caso é questionável, pois o art. 10, VIII, não foi eliminado do ordenamento pela Lei 14.230, mas apenas passou a exigir a demonstração de dano efetivo – o qual nunca foi formalmente dispensado pela lei, mas apenas objeto de criação jurisprudencial (dano *in re ipsa*).

De todo modo, ainda que se admita a possibilidade de reenquadramento, permanecem os limites impostos pelo efeito devolutivo do recurso especial, pelo contraditório e pela ampla defesa.

O presente ensaio também questiona a premissa de se considerar benéfica a substituição da condenação pelo art. 10, cuja inviabilidade foi reconhecida no julgamento, por uma nova condenação pelo art. 11 apenas porque as sanções previstas no art. 12, III, são, em abstrato, menos severas. A nosso ver e com a devida reverência ao entendimento adotado pela Primeira Turma do STJ, o parâmetro para aferição da *reformatio in pejus* deve considerar o resultado que o recurso da defesa poderia legitimamente alcançar: o afastamento da única condenação existente.

Isso é especialmente relevante porque a continuidade típico-normativa não implica identidade entre os tipos. O art. 11, V, possui elementares específicas, cuja presença deve ser demonstrada a partir dos fatos e das provas produzidos sob contraditório. Não basta concluir que, afastado o dano ao erário, a mesma fraude licitatória, nos exatos limites em que reconhecida, preencheria automaticamente os requisitos do art. 11. A continuidade da reprovação jurídica da conduta não autoriza presumir a presença das elementares do novo tipo.

Por isso, mesmo na hipótese (ora questionada) de se admitir o reenquadramento (sempre em tese), conclui-se que a solução mais adequada seria o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que examinasse o reenquadramento das condutas ao art. 11, V, da lei, sem que o recurso especial dos réus se transformasse na instância de sua nova condenação. Essa solução preservaria a análise dos elementos constitutivos do novo tipo pelo Tribunal local, a quem cabe reapreciar fatos e provas, e permitiria o efetivo exercício do contraditório, inclusive quanto ao elemento subjetivo, à lesividade e à participação individual.

O ponto central não é afirmar que a ausência de efetivo dano ao erário impede qualquer condenação por fraude licitatória. O que se sustenta é que a superação da condenação pelo art. 10 não autoriza, por si só, a constituição de nova condenação pelo art. 11 em recurso exclusivo da defesa, sob pena de se restabelecer, na prática, a ideia (superada pela lei) do dano *in re ipsa*. Cada tipo exige a demonstração de seus próprios elementos. Esse reenquadramento nos

parece incompatível com os estreitos limites do agravo interno da acusação contra decisão em recurso especial da defesa.

O precedente também exige atenção quanto ao risco de que a antiga presunção de dano seja substituída por reenquadramento automático e presunção de tipicidade. A ressalva feita no próprio julgamento, no sentido de que o reenquadramento não pode ser automático, deve ser observada com rigor.

Em suma, a continuidade da reprovação jurídica de uma conduta não significa a continuidade das presunções que a Lei 14.230 buscou afastar.

O reenquadramento não pode servir para substituir, em recurso especial exclusivo da defesa, uma condenação que se tornou juridicamente inviável por outra condenação que não integrava o objeto do recurso especial.

Esses limites são necessários para que a aplicação da continuidade típico-normativa seja compatível com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e com a própria lógica da reforma da Lei de Improbidade.