



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS E EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7236

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, apresentar o presente **MEMORIAL**, conforme os fundamentos a seguir apresentados.

A presente ADI questiona a constitucionalidade da Lei nº 14.230/2021 que reformou a Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei nº 8.429/92). Referida Lei alterou diversos dispositivos da LIA, notadamente: (i) a exclusão da modalidade culposa de improbidade; (ii) a necessária comprovação de efetivo prejuízo ao erário para configuração de ato de improbidade; (iii) a taxatividade das condutas ímpreas previstas no art. 11 da Lei; (iv) a exclusão da punição no caso de divergência interpretativa (delito de opinião); e (v) alteração do regime prescricional.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Deve-se destacar que o alcance e aplicação da LIA foram objeto de intensos debates nos meios acadêmicos e políticos, tendo o Conselho Federal da OAB participado ativamente das discussões. Nesse sentido, importa mencionar que a presente ADI é carente de fundamento jurídico-constitucional a amparar os pedidos de declaração de inconstitucionalidade. Os argumentos lançados pela CONAMP (princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, princípio da proteção deficiente e princípio da vedação ao retrocesso), ainda que possíveis em termos de política legislativa, expressam apenas o descontentamento com o resultado do processo legislativo.

De saída, entendemos que a atuação deste Eg. Tribunal contribui de maneira decisiva para o aperfeiçoamento do sistema de combate à corrupção. Deve-se reconhecer, também, que o Poder Legislativo tem atuado de forma proativa e democrática ao editar Leis que contribuem para a melhoria da Administração Pública e garantem segurança jurídica aos agentes e administrados. Nessa linha, o Conselho Federal da OAB reitera que todas as ações promovidas que reforcem a proteção à probidade terão, como sempre tiveram, o mais irrestrito apoio da Ordem. E é neste intuito que a OAB apresenta seus argumentos na qualidade de “amicus curiae”.

Assim, o primeiro ponto a ser destacado é o reconhecimento da legitimidade do Poder Legislativo em regular a matéria dentro das balizas constitucionais. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve, em casos como o ora analisado, prestigiar a vontade do legislador aplicando a autocontenção, justamente para prestigiar a independência dos Poderes (art. 2º, CF). Com efeito, este Eg. Tribunal, ao analisar o alcance das novas disposições da Lei de Improbidade Administrativa já se pronunciou:

(...) 10. A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a graduação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º). (ARE 843989, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, j. 18.08.2022)

Outro argumento que merece ser destacado diz respeito à premissa equivocada segundo a qual a ação de improbidade administrativa seria a única (ou a mais importante) ferramenta para a punição de agentes públicos desonestos. Isto porque, os argumentos lançados na ADI indicam uma possível quebra de paradigma normativo



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

causada pelas novas disposições da LIA. Não é verdade. Após muita discussão, o Poder Legislativo, em sua competência constitucionalmente garantida (art. 37, § 4º, CF), decidiu pela limitação das tipificações de atos ímparobos, ou seja, passou-se a entender que condutas antes sancionadas pela LIA não mais seriam. E essa decisão se deu nos limites de competência do legislador tendo, como um dos vários fundamentos, o fato de haver diversas outras formas de responsabilização dos agentes públicos, tais como a ação penal, ação de resarcimento, ação popular, processo administrativo disciplinar, entre outros.

No que se refere ao mérito da ADI, o Conselho Federal da OAB entende que as alterações legislativas não trazem qualquer traço de inconstitucionalidade, razão pela qual, reiterando a necessidade de se garantir a harmonia e independência dos Poderes nos termos do art. 2º, da Constituição Federal, pugna-se pela total improcedência da ação.

Entretanto, dada a relevância e alcance da matéria, o Conselho Federal da OAB enxerga com bastante preocupação a impugnação dos autores em relação ao disposto no art. 1º, § 8º, da Lei nº 8.429/92 (com redação dada pela Lei nº 14.230/2021), justamente por se tratar da impossibilidade de tachar como ímparobos atos decorrentes de “divergência interpretativa da lei”. Este ponto suscita diversos debates e remete à consagrada jurisprudência que rechaça o famoso “delito de hermenêutica”.

O argumento trazido pela ADI se arrima em uma suposta afronta ao art. 37, § 4º, da CRFB (sem uma indicação precisa de tal afronta), adjetiva a alteração legislativa como desproporcional e, ainda, entende que referida alteração legislativa seria inconstitucional em face do “princípio da proibição do retrocesso”. Em nossa opinião, a nova redação apenas trouxe de forma expressa o entendimento sedimentado na doutrina e jurisprudência acerca da vedação da responsabilização por delito de hermenêutica. Este tema é extremamente caro à nossa categoria, na medida em que são inúmeros os casos de advogados que são processados em ações de improbidade administrativa em virtude, única e exclusivamente, da emissão de pareceres jurídicos opinativos e não vinculantes.

A jurisprudência deste Eg. Tribunal, ao menos desde 2002, é firme ao assentar que as opiniões jurídicas, desde que fundamentadas e não teratológicas, não podem servir de fundamento para o exercício de punição estatal (MS 24073, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 06.11.2002).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Além disso, diferentemente do argumento dos autores, a interpretação jurídica razoável, não teratológica e que conte com posições defensáveis na doutrina e jurisprudência, afasta, a rigor, a existência do elemento subjetivo doloso necessário para a configuração de um ato de improbidade administrativa. Não bastasse isso, a alegação de que a nova disposição legal confronta o disposto no art. 28 da LINDB, d.m.v., não encontra lastro em nosso ordenamento jurídico. Isto porque o comando trazido pela LINDB indica que a responsabilização do agente em virtude de manifestações técnicas está sujeita à comprovação do agir doloso ou da existência de erro grosseiro. Ora, se a manifestação técnica se fundamenta em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais (ainda que não majoritários), não sendo, portanto, teratológica, não há de se falar em ato ímprebo (que, ressalta-se, é o ato permeado pela desonestade, má-fé).

As ações repressivas e sancionadoras devem se atentar à teoria da relação jurídica, exatamente para que se repila a possibilidade de “responsabilização objetiva” dos agentes públicos. Não por outro motivo, a jurisprudência deste Eg. Tribunal há muito pacificou no julgamento do Tema 1199 (e a Lei nº 14.230/2021 adotou o mesmo entendimento), que para efeito de caracterização de ato ímprebo a comprovação do elemento subjetivo doloso é obrigatória (veja-se por exemplo: art. 1º, § 3º, LIA).

Importante mencionar que o novo dispositivo legal segue a mesma linha de recentes alterações legislativas, como por exemplo, o disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), sem que se tenha notícia de qualquer arguição de constitucionalidade do referido dispositivo legal. Vejamos sua redação:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

(...)

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

Entendemos, portanto, que o dispositivo impugnado se revela de fundamental importância para o correto balizamento e avaliação dos órgãos de controle em matéria de improbidade administrativa e, nesse sentido, sua razoabilidade e consonância com os textos constitucional e infraconstitucionais (a exemplo dos dispositivos legais mencionados), reforçam sua juridicidade.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Este Eg. Tribunal já enfrentou o tema da improbidade em diversas ocasiões (Temas 666, 897, 1199), contribuindo para o aperfeiçoamento do sistema de proteção à probidade e indicando caminhos para a melhoria da Lei de Improbidade Administrativa.

O Poder Legislativo, dentro dos limites de sua competência para regular a matéria (art. 37, § 4º, CF), após amplo debate (foram mais de 14 audiências públicas) definiu novos contornos para o tema, de modo que, com a devida vênia, a opção legítima e lícita dos legisladores deve ser respeitada (art. 2º, CF). Ainda, destaca-se que a Advocacia-Geral da União, Câmara dos Deputados, Senado Federal, e a Procuradoria-Geral da República (esta parcialmente) se manifestaram pela constitucionalidade da Lei nº 14.230/2021, de modo a evidenciar a ausência de elementos jurídico-constitucionais aptos à declaração de inconstitucionalidade pretendida pelos autores.

Por fim, especificamente em relação ao dispositivo que proíbe a responsabilização por “delito de hermenêutica” (art. 1º, § 8º, LIA), reiteramos que a jurisprudência deste Eg. Tribunal, a maior parte da doutrina, além dos entes ouvidos na presente ADI (AGU, PGE, Câmara e Senado), são firmes ao sustentar sua constitucionalidade, e, tendo em vista a importância do tema para este Conselho Federal da OAB, reitera-se o pedido pela improcedência da ação proposta pela CONAMP.

Brasília/DF, 14 de maio de 2024.

José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral

Presidente do Conselho Federal da OAB

OAB/AM 3.725

OAB/DF 45.240

Georghio Alessandro Tomelin

Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais

OAB/SP 221.518

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Procuradoria Constitucional

SAUS Quadra 05, Lote 01, Bloco M, Ed. Sede Conselho Federal da OAB, CEP 70070-939 – Brasília/DF

Tel: 61 2193-9818 / 2193-9819 / 2193-9824 / Email: pc@oab.org.br / www.oab.org.br