

A MECÂNICA DOS OPINAMENTOS JURÍDICOS E A RESPONSABILIZAÇÃO DE PROCURADORES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

LIABILITY OF ATTORNEYS FOR ACTS OF ADMINISTRATIVE MISCONDUCT

Claudio Penedo Madureira¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caráter problemático da aplicação do Direito na Era Contemporânea; 2 A mecânica dos opinamentos jurídicos e a exigência de voluntariedade da conduta para incursão na infração; 3 Absoluta ausência de correlação lógica entre o hipotético equívoco na interpretação do Direito e a efetiva demonstração da responsabilidade do agente imputado; 4 Conclusão; Referências.

¹ Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES; Professor da Escola Superior da Advocacia da OAB/ES, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – ESPGE e do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES.

RESUMO: O objetivo deste artigo é desmistificar a temática da responsabilização dos procuradores por seus opinamentos jurídicos. Em específico, procuro induzir a compreensão de que a sua responsabilização pela tão-só circunstância de as suas manifestações jurídicas virem a ser consideradas equivocadas, porque não coincidiram com os posicionamentos ulteriormente firmados pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário não se sustenta, juridicamente, quando se tem em vista o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo e a necessidade de demonstração, nos casos concretos, da voluntariedade da conduta do agente imputado e da sua culpabilidade, além de ser incompatível com a interpretação conferida à lei de improbidade (Lei nº 8.429/1992) pela doutrina e pela jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Direito Constitucional. Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Interpretação e Aplicação do Direito. Advocacia Pública. Responsabilização de Procuradores.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demystify the issue of accountability of prosecutors for their legal opinions. Particularly, the attempt to induce the understanding that their accountability-as the only condition of their legal manifestations come to be considered misleading because it does not coincide with the positions subsequently signed by control agencies, the public prosecutor or the Judiciary does not hold, legally, when considering the problematic nature of applying the law of our time and the need to demonstrate, in concrete cases, the willingness of conduct of the accused staff member and his culpability besides being incompatible with the interpretation given to the law of misconduct (law No. 8.429/1992) by the established case law and doctrine in the Supreme Court and the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: Law. Constitutional Law. Administrative Law. Administrative Misconduct. Interpretation and Application of Law. Public Advocacy. Accountability of Prosecutors.

INTRODUÇÃO

Márcio Cammarosano² talvez tenha sido o primeiro autor a discutir, em sede doutrinária, a temática da responsabilização de procuradores por suas manifestações jurídicas, em texto intitulado “Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes”, publicado em março de 1997 no “Informativo de Licitações e Contratos”. Desde então foram publicados diversos estudos sobre o tema, nos quais se afirma, como regra, a ilegitimidade da responsabilização desses profissionais por seus opinamentos jurídicos³. No entanto, no campo da aplicação do Direito, é relativamente comum a iniciativa de controladores, promotores e juízes com vistas a promover a imputação de ato de improbidade administrativa a procuradores pela tão-só circunstância de seus opinamentos não coincidirem com as manifestações jurídicas anteriormente expressadas pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Essas iniciativas fundam-se, é importante que se diga, em posicionamento pretoriano firmado no âmbito do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal. O problema se inicia quando aquela Corte de Contas passa a estender a sua atividade de controle

2 CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. *Informativo de Licitações e Contratos*, ano 4, n. 37, mar. 1997.

3 A propósito, cf., a título de exemplo: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista da APES – Temas de direito público*, a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito, Salvador: Juspodivm, v. 2, 2009; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. *Revista da APES – Temas de direito público*, a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito, Salvador: Juspodivm, v. 2, 2009; FARÁG, Claudio Renato do Canto. Responsabilização dos advogados públicos nas licitações e contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 4, abr. 2002; MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 28, p. 2369-2375, jun. 2003; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/263739/DLFE-30775.pdf/10AResponsabilidadePessoaldoPareceristaPublicoemquatrostandards.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013; MELO, Verônica Vaz de. A responsabilidade dos assessores jurídicos na elaboração de pareceres para a Administração Pública em atividades licitatórias mal sucedidas. In: *Portal Âmbito Jurídico*. Disponível na internet: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7547>. Acesso em: 1º jul. 2013; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Regime jurídico de responsabilidade do advogado público. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010. Fortaleza, CE. Anais... Fortaleza: Conpedi, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4202.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2013; VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n.149, p. 34-60, jul. 2013. p. 34-60.

externo também aos atos opinativos dos procuradores. Tal se infere, a título de exemplo, do posicionamento externado no Acórdão nº 675/2006, no qual se assentou que “sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU”. Na sequência, o Supremo Tribunal Federal, apreciando mandados de segurança impetrados justamente contra decisões do Tribunal de Contas da União que dispunham sobre a extensão do seu controle externo a pareceres exarados por procuradores, reviu seu posicionamento anterior, no sentido da inviabilidade da responsabilização desses profissionais por suas manifestações jurídicas⁴. Refiro-me, nesse ponto, ao julgamento dos Mandados de Segurança nº 24.584⁵ e 24.631⁶, relatados, respectivamente, pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Com isso, passou-se a sustentar⁷ que os advogados públicos, quando

4 Retratado, exemplificativamente, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.073, relatado pelo Ministro Carlos Velloso (STF, MS 24.073/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 06/11/2002, Tribunal Pleno, Publicação DJ 31-10-2003).

5 Eis o que consta, em literalidade, da Ementa do julgado: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Malheiros, p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido” (STF, MS 24584/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Publicação DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008) (destaques pessoais).

6 Eis a Ementa do julgado: “ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos” (STF, MS 24631/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Publicação DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008) (destaques pessoais).

7 Na linha do que se afirmou nesse julgado relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

exaram “pareceres vinculativos”⁸, podem vir a ser responsabilizados por suas manifestações jurídicas⁹.

Neste artigo, procuro demonstrar que a responsabilização de procuradores apenas pela circunstância de serem equivocadas as suas manifestações jurídicas, porque não coincidiram com os posicionamentos ulteriormente firmados pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário é incompatível com a interpretação conferida à lei de improbidade (Lei nº 8.429/1992) pela doutrina e pela jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Em especial quando se tem em vista o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo, assim como a necessidade de demonstração, em concreto, da voluntariedade da conduta do agente imputado e, bem assim, da sua culpabilidade.

8 Como ocorre, segundo prevaleceu nesse julgado relatado pelo Ministro Marco Aurélio, nos posicionamentos demandados pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993; que tem a seguinte redação: “Art. 38 [...]. Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

9 Esses pronunciamentos não permitem concluir que a tão-só circunstância de o advogado público haver incorrido em “erro de interpretação” induz, em concreto, a sua responsabilização pessoal. Com efeito, a Corte de Contas, no Acórdão nº 675/2006, condicionou a submissão do procurador à sua atividade fiscalizatória à depreensão, em concreto, de relevância causal (nexo de causalidade) entre o parecer exarado e a prática do ato administrativo reputado ímprobo. Além disso, o que o Tribunal de Contas da União e o Ministro Marco Aurélio admitiram, nos julgados citados, foi a submissão do procurador à fiscalização da Corte de Contas (nas palavras do Ministro: “descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos”), não se cogitando, assim, em um e outro julgamento, da sua responsabilização por opinamento jurídico. Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa, embora tenha admitido, em hipótese (o mandado de segurança que deu origem a esse precedente foi provido, à consideração de que o parecer em questão não era vinculante), ser possível a aplicação de sanções a advogados públicos quando se tem em vista a prolação de “pareceres vinculantes”, expressou, no mesmo julgamento, que a sua responsabilização apenas tem lugar em caso de “demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias”. Destarte, o problema não reside, propriamente, nesse posicionamento pretoriano; situando-se, em verdade, no plano da sua aplicação pelos intérpretes (aplicadores); sobretudo quando conjugado a compreensão segundo a qual caracterizaria ato de improbidade administrativa, por violação ao princípio da legalidade (Lei nº 8.429/92, art. 11) ou por causar lesão ao erário (Lei nº 8.429/92, art. 10), qualquer atuação administrativa exercida em desconformidade com a interpretação ulteriormente firmada pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário. Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 410.414, relatado pelo Ministro Castro Meira, no corpo do qual se assentou que a tão-só inobservância de formalidade consistente na obtenção de autorização legislativa para contratação de operação de crédito “caracteriza ato de improbidade, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, à míngua de observância dos preceitos genéricos que informam a administração pública, inclusive a rigorosa observância do princípio da legalidade” (STJ, REsp 410.414, Relator Ministro Castro Meira). Felizmente, esse posicionamento pretoriano não prevalece na jurisprudência daquela Corte Superior de Justiça, que, como terei a oportunidade de adiante expor e demonstrar, refuta a confusão terminológica entre ilegalidade e improbidade, na medida em que condiciona a depreensão de atos ímprobos à realização de conduta ilegal dolosa ou fundada em culpa grave.

1 O CARÁTER PROBLEMÁTICO DA APLICAÇÃO DO DIREITO NA ERA CONTEMPORÂNEA

A investigação sobre se pretensos equívocos jurídicos cometidos pelos procuradores, mormente quando pautados em simples divergência entre os seus posicionamentos e manifestações ulteriores dos órgãos de controle, do Ministério Público e/ou do Poder Judiciário, consubstanciam (ou não) atos de improbidade administrativa não pode ser adequadamente levada a termo sem que se tenha em consideração as naturais dificuldades inerentes à aplicação do Direito de nosso tempo, ao seu caráter problemático. Com efeito, a realização do Direito, conquanto parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos casos concretos, também abarca a interpretação desses textos normativos, o que conduz à necessidade de identificação do real sentido das palavras neles contidas, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual, ou sistemática, do ordenamento jurídico positivo, por meio da qual se procura descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir de uma referência do intérprete (aplicador) ao direito positivo quando considerado em sua integridade. Nesse contexto, também cumpre ao intérprete/aplicador verificar, à luz das especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda, se a norma (abstrata) em tese aplicável está apta a incidir sobre o caso concreto, podendo chegar, num estágio mais avançado, notadamente quando se cogita da incidência de princípios jurídicos, à introdução do elemento axiológico nessa sua tarefa interpretativa¹⁰, pela via de uma sua referência a valores juridicizados pelo legislador.

Esse processo interpretativo, embora complexo e intrincado, precisa ser abordado nesta sede, ainda que em versão abreviada, como forma de mostrar as dificuldades a que estão submetidos os procuradores quando interpretam os textos normativos¹¹. É que essas peculiaridades da interpretação e aplicação do Direito, que remetem ao seu caráter problemático, os impossibilitam (assim como a outros operadores do Direito) de antecipar, com a necessária segurança, as manifestações que serão ulteriormente exaradas pelos órgãos de controle, pelo Ministério

10 A propósito, recobro a lição de Humberto Ávila, quando observa que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que “os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisa deve ser promovido” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 95).

11 Assim como, de resto, todo e qualquer intérprete, inclusive controladores, juízes e promotores.

Público e/ou pelo Poder Judiciário acerca das questões jurídicas enfrentadas em seus opinamentos.

Norberto Bobbio¹², em obra clássica dedicada ao estudo do positivismo jurídico¹³, assevera que “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”. O que com isso quis dizer o professor italiano é que “a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos” e, assim, exige interpretação, já que “a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a ideia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma ideia pode ser expressa de modos diversos”. Daí a sua conclusão quanto a haver um certo desajuste entre a *ideia* e a *palavra*, que decorre da circunstância de a *ideia* ser mais rica, mais complexa, mais articulada do que a *palavra* utilizada para exprimi-la.

Semelhante observação, conquanto singela, é melhor aclarada no contexto da semiótica (na designação proposta por Charles Sanders Pierce¹⁴) ou semiologia (tal como denominada por Ferdinand de Saussure¹⁵), ramo de conhecimento qualificado por Luiz Alberto Warat¹⁶ como teoria geral dos sistemas sógnicos. O signo, em tal conceituação, é a unidade mínima de comunicação; e é composto por três elementos: o suporte físico, o significado e o significante. Nesse contexto, o suporte físico é designado como a expressão material do signo, o significado como o seu objeto real ou imaginário e o significante como a ideia ou conceito que os intérpretes formam acerca do suporte físico. Se transpusermos esse modelo semiótico para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o suporte físico, nas pré-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (direito) e/ou da conduta humana sobre a qual essa norma hipoteticamente incide (fato) o seu significado

12 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 212-213.

13 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 118-122; passim.

14 PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

15 SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de lingüística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

16 Como relata Warat, “quase simultaneamente, mas de forma independente, na Europa e nos Estados Unidos, Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Pierce sugeriram a necessidade de construir uma teoria geral dos sistemas sógnicos”, sendo que “o primeiro propôs denominá-la semiologia e o segundo, semiótica” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 11).

e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída (ou revelada) por meio de exercício hermenêutico, a significação que os intérpretes (aplicadores) atribuem ao seu objeto cognoscente¹⁷.

Destrinchada, nesses termos, a atividade cognitiva exercida pelos intérpretes com vistas à compreensão/aplicação do direito positivado dos textos normativos, torna-se evidente que o que Bobbio quis dizer quando referiu a existência de um certo desajuste entre a *ideia* (significante) e a *palavra* (suporte físico) foi que o Direito aplicado ao caso decidido pode não se apresentar, em concreto, como imagem espectral do direito expressado nos enunciados prescritivos aprovados pelo Parlamento. Com efeito, se a significação remonta à *ideia* (ou conceito) que o intérprete tem do suporte físico analisado (no caso, do direito positivo), e se essa percepção (da significação) é mutável no ambiente cognitivo do direito, em vista da compreensão do intérprete acerca dos conceitos jurídicos expressados na norma jurídica em tese aplicável (significado), pode ocorrer, na casuística, de a norma concreta a ser revelada não reproduzir *ipsis literis* o que resta prescrito nos textos normativos. E tal ocorre, ainda, porque essa *ideia* (significação) formada pelo jurista acerca do seu objeto de análise (o direito positivo) também é influenciada pelas peculiaridades do caso concreto, isto é, porque a atividade do intérprete quando procura no ordenamento jurídico-positivo a norma abstrata capaz de regular o caso submetido à sua avaliação não se dissocia da decomposição do problema apresentado e da identificação, nos fatos, de caracteres e notas capazes de efetivar a ligação do fenômeno aos conceitos.

Essa perspectiva é aceita e sustentada inclusive por Hans Kelsen¹⁸, que se qualifica, sem qualquer margem a dúvidas, como um dos teóricos mais influentes entre os positivistas da Era Contemporânea, e que concebe, em sua “Teoria Pura do Direito”, a norma jurídica como “esquema de interpretação”, dispondo, no corpo daquela sua obra seminal, que “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa”. Kelsen¹⁹ adere a proposição de que o direito positivo figura como objeto da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes, qualificando-o como “ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. E acentua, noutra passagem, que “somente a falta de compreensão da função

17 Cf.: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 06-07.

18 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 04.

19 *Ibidem*, p. 05.

normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa²⁰. Disso resulta que, mesmo sob a ótica estrita da teoria pura do direito, é irrefutável a afirmação de que os intérpretes põem norma no sistema, embora um tipo bastante específico de norma jurídica, comumente chamada de norma concreta, e adiante designada por José Joaquim Gomes de Canotilho²¹ como “norma de decisão”.

Essa constatação é reforçada por um dado histórico²². Com efeito, consolidou-se, a partir do último quadrante do século passado, notadamente em vista do que se convencionou chamar “a crise do Poder Legislativo”²³, uma nova forma de pensar o Direito, que singulariza as reflexões jurídicas de nosso tempo. A partir de então, desenvolveu-se uma verdadeira revolução no método de construção política dos textos normativos, que paulatinamente passaram a ser representados em termos

20 Ibidem, p. 265.

21 Eis, ao ensejo, o que escreveu o constitucionalista português acerca da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes a propósito da concretização normativa dos enunciados prescritivos positivados nos textos legais: “O processo de concretização normativo-constitucional, iniciado com a mediação do conteúdo dos enunciados lingüísticos (programa normativo) e com a selecção dos dados reais constitutivos do universo exterior abrangidos pelo programa de norma, conduz-nos a uma primeira ideia de norma jurídico-constitucional: modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo e constituído por: (a) uma medida de ordenação lingüisticamente formulada (ou captada através de dados lingüísticos); (b) um conjunto de dados reais seleccionados pelo programa normativo (domínio normativo). [...] A este nível, a norma jurídica é ainda uma regra geral e abstracta, que representa o resultado intermédio do processo concretizador, mas não é ainda imediatamente normativa. Para se passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a norma jurídica precisa de revestir o carácter de norma de decisão. [...] Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a <<medida de ordenação>> nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua <<passagem>> a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.221).

22 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça*: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça, cit., p. 122-128; passim.

23 Que resultou, entre outros fatores, da derrocada dos regimes nazifascistas que se espalharam pela Europa antes e ao longo da Segunda Guerra Mundial (que então se legitimavam sob o império do direito positivo) e da profusão de novas aspirações e novos direitos. A propósito, confira-se, por todos: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 179.

abertos²⁴, mediante o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados²⁵⁻²⁶. Tamaña indeterminação do Direito culmina por repercutir nas relações entre os Poderes, pois, em tal conjuntura, a lei passou a exigir “acabamento do Poder Judiciário”, que, de seu turno, viu-se “provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação” que então assumia conformação e motivações claramente distintas às da certeza jurídica, como lecionam Luiz Werneck Vianna, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos²⁷. Na prática, essa prerrogativa acabou atribuída a todo e qualquer intérprete autorizado, na esfera de suas relações jurídicas e/ou de suas atividades profissionais, a interpretar e aplicar do Direito. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito administrativo, contexto em que, dada a incidência do princípio da legalidade estrita, os agentes públicos em geral e os procuradores em particular são chamados, em suas atividades cotidianas, a interpretar e aplicar o Direito, seja com vistas à condução das suas ações no exercício da função administrativa (que se instrumentaliza sob a forma de atos concretos, praticados com vistas à realização de suas atividades típicas), seja quando da construção das suas respostas, nos processos administrativos, às pretensões e consultas que lhes são formuladas pela Administração Pública e pelos administrados.

24 Cf.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 174.

25 A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados é exposta com muita clareza por Rodrigo Reis Mazzei, nos termos seguintes: “[...] a clausula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração (indeterminação proposital) no conteúdo da norma, é (2) compelido também a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 34).

26 Essa virada de paradigma é acentuada por Francisco Vieira Lima Neto na seguinte passagem de sua obra: “Essa atitude encontra ampla repercussão no direito atual, momento de grande insegurança e incerteza, no qual os modelos jurídicos, expressos por meio de dispositivos claros, precisos, de conteúdo previamente determinado cedem lugar aos conceitos jurídicos indeterminados, às cláusulas gerais, aos princípios, figuras dotadas de extrema vagueza semântica, que permitem ao intérprete construir seu significado e lhes dar concretização no caso em análise, decisão que não vale necessariamente para um outro caso semelhante a ser julgado no futuro” (LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 39).

27 VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 21.

Mas esse não é, certamente, o único elemento histórico a ser considerado nesse processo²⁸. Ao ensejo, Hermes Zaneti Júnior²⁹ observa que se “o direito inclui, hoje, uma forte dose de indeterminação”, tal não decorre apenas da “profusão de normas de tecitura aberta, que não contêm a *fattispecie* e a consequência jurídica de forma determinada”³⁰, mas abarca, ainda, a constitucionalização dos direitos e dos princípios ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra³¹. A partir de então, prossegue Zaneti³², “o direito se constitucionalizou [...], com a principialização da Constituição [...] e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa”, de modo que “todo o direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito”. Por esse motivo, a consolidação da jurisdição constitucional também teve influência decisiva para a conformação da interpretação e aplicação do Direito, tal como ela hoje se apresenta, em seu “estado da arte”.

A essa compreensão agrega-se a imensa potencialidade reconstrutiva de nosso regime de controle da constitucionalidade das leis. É que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro, quando adotou, a partir da Constituição de 1891, o modelo norte-americano de controle judicial do poder estatal (*judicial review*), conferindo a todo e qualquer magistrado difuso ao longo do território nacional (e, reflexamente, aos demais integrantes da comunidade de intérpretes) a prerrogativa de proceder ao controle da constitucionalidade dos atos normativos e concretos dimanados pelos entes estatais (controle difuso de constitucionalidade), abriu espaço para que se discutisse, quando da apreciação dos casos concretos, não apenas a subsunção da atividade administrativa aos textos legais (controle de legalidade), mas também a sua conformidade aos enunciados prescritivos que compõem a Constituição (controle da validade constitucional)³³.

A esses elementos assoma-se, ainda, a notável flexibilização do Direito, no campo da sua aplicação, proporcionada pela distinção teórica entre regras e princípios jurídicos, inaugurada a partir da célebre dissensão

28 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, op. cit., p. 128-133; passim.

29 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56.

30 Que abre espaço para a sua determinação pelo Poder Judiciário e pelos demais agentes autorizados pelo ordenamento jurídico a interpretar e aplicar do Direito.

31 *Ibidem*, p. 54.

32 *Ibidem*, p. 54.

33 Cf.: MADUREIRA, op. cit., p. 134-136.

entre Hart³⁴ e Dworkin^{35,36}. Quanto ao particular, recobro a lição de Humberto Ávila³⁷ quando afirma, referindo-se ao magistério de Dworkin, que “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*)”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida; ao passo que os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”. Ávila³⁸ expressa, nesse contexto, que os princípios jurídicos introduzem os valores no campo da aplicação do Direito, dispondo, a propósito, que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que “os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido”.

Por todas essas circunstâncias, o Direito de nosso tempo tornou-se mais flexível, ou talvez mais “suave”, como sugere Gustavo Zagrebelsky³⁹. Assim, conforme variam os intérpretes, a interpretação do Direito pode resultar em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema. Com efeito, na precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau⁴⁰, “dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical”. Grau⁴¹ observa, quanto a esse pormenor, que “não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven”, aduzindo, ao ensejo, que “a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim”, e que “não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas”. Com essas considerações, esse professor paulista rejeita “a existência de uma única resposta correta (verdadeira,

34 HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

35 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

36 A propósito, Samuel Meira Brasil Júnior observa de que Ronald Dworkin foi um dos primeiros autores a procurar estabelecer um critério científico para a distinção entre as regras e os princípios (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 86-87).

37 ÁVILA, op. cit., p. 28.

38 ÁVILA, op. cit., p. 95.

39 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

40 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

41 *Ibidem*. p. 36.

portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico⁴².

Essas peculiaridades da interpretação e aplicação do Direito de nosso tempo afetam a mecânica dos opinamentos jurídicos firmados pelos procuradores, afastando, com isso, a voluntariedade da sua conduta no sentido da produção dos resultados lesão ao erário (Lei nº 8.429/1992, art. 10⁴³) e violação a princípios da Administração Pública (Lei nº 8.429/1992, art. 11⁴⁴), identificada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁵ como pressuposto necessário à sua incursão na infração, obstando, assim, a sua responsabilização pela prática de ato de improbidade.

2 A MECÂNICA DOS OPINAMENTOS JURÍDICOS E A EXIGÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE DA CONDUTA PARA INCURSÃO NA INFRAÇÃO

Na lição de Márcio Cammarosano⁴⁶, “o parecer jurídico [...] nada mais é do que um texto elaborado por profissional devidamente habilitado, consubstanciando seu entendimento a respeito de matérias ou questões jurídicas submetidas a sua apreciação”. Conforme Cammarosano⁴⁷, “quem emite parecer jurídico está exercendo advocacia, quer se trate de jurista consagrado, atuando como profissional liberal, quer se trate de advogado titular de cargo público” (procuradores, consultores, assessores jurídicos, etc.); porque “descreve o direito, interpretando as normas jurídicas em geral, que entende pertinentes ao assunto submetido à sua apreciação”; atividade que, nos precisos termos da lei⁴⁸, deve ser exercida com liberdade. O parecerista exerce, então, atividade normativa concreta

42 GRAU, op. cit., p. 36.

43 Lei 8.429. “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]”.

44 Lei 8.429. “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]”.

45 Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 855.

46 CAMMAROSANO, Márcio. *Da responsabilidade de autoridades por atos que expõem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes*, cit.

47 *Ibidem*.

48 Lei 8.906. “Art. 7º São direitos do advogado: I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional. [...] Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. § 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”.

correlata àquela desenvolvida pelos membros do Poder Judiciário, guardados, evidentemente, os escopos e eficácias peculiares de uma e outra atuação profissional⁴⁹.

Em vista disso, Cammarosano⁵⁰ observa que “a diferença fundamental entre o parecer e a decisão judicial é que esta decide a questão posta, é ato de aplicação da lei com força de coisa julgada”, ao passo que “aquele não decide nada”, mas apenas “consubstancia a opinião jurídica de quem o subscreve, com vistas a orientar algum comportamento ou decisão”. Porém, adverte o professor paulista, “tanto o juiz quanto o parecerista estão voltados ao conhecimento do direito, que pertence ao mundo das normas, susceptíveis não raras vezes de variadas interpretações, assim como podem variar os juízos de subsunção de um mesmo fato a esta ou àquela norma”⁵¹. Por isso é que as “decisões judiciais estão sujeitas a ser reformadas pelos Tribunais”⁵². Pela mesma razão, o parecer “pode receber a adesão de uns e não-acolhimento de outros”⁵³. Ou seja, por mais sustentáveis que sejam as razões que embasam um parecer jurídico, não há garantias “de que o judiciário, se provocado, decidirá no mesmo sentido para o qual apontam”⁵⁴.

O mesmo se verifica quando se tem em vista a atividade fiscalizatória exercida pelos Tribunais de Contas e por outros órgãos de controle (corregedorias, auditorias, etc.). Com efeito, como leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁵, “não se questiona a competência das diversas Cortes de Contas do País de adotarem suas próprias interpretações do Direito”, quer porque “o critério de juridicidade contido nos pareceres dos Advogados de Estado não se lhes obriga”, quer porque esses pareceres “são apenas atos opinativos praticados

49 Ao ensejo, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que “para se passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a norma jurídica precisa de revestir o caráter da norma de decisão”, o que se faz por meio de processo de concretização normativa, que, para Canotilho, não se restringe ao campo do controle judicial (CANOTILHO, op. cit., p. 1.221). Conforme Canotilho, uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade a medida de ordenação nela contida induza a decisão de um caso jurídico, isto é, quando o processo de concretização da norma se completa por meio da sua aplicação ao caso jurídico; o que pode se dar (i) pela criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar), no corpo de sentenças ou decisões judiciais (concretização judicial), e também através da prática de atos individuais por autoridades administrativas (concretização administrativa) (Ibidem, p. 1.221).

50 CAMMAROSANO, op. cit.

51 Ibidem.

52 Ibidem.

53 Ibidem.

54 Ibidem.

55 MOREIRA NETO, op. cit., p. 199.

sub censura, como, de resto, todos os atos interpretativos do Direito”. Enfim, “as Cortes de Contas, por se tratarem também de órgãos constitucionalmente independentes no desempenho de suas respectivas funções, [...] estão livres para adotar as interpretações que lhes pareçam mais adequadas”, e por isso podem divergir, criticar e repudiar as conclusões de direito contidas em pareceres jurídicos⁵⁶. Essas mesmas prerrogativas são extensíveis aos membros do Ministério Público, na medida em que sua competência constitucional para atuar na defesa dos interesses sociais (art. 127⁵⁷) confere-lhes a conotação de órgão externo de fiscalização e controle.

Mas isso não conduz, pelo menos não diretamente, à responsabilização dos procuradores que têm seus opinamentos criticados pelos órgãos externos de fiscalização e controle; assim como, de igual modo, juízes e promotores não devem ser responsabilizados quando, respectivamente, suas sentenças são reformadas pelos órgãos de jurisdição superior e suas denúncias e petições são rejeitadas pelo Poder Judiciário. Com efeito, a constatação de que a interpretação do Direito de nosso tempo pode resultar, conforme o intérprete, em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema, quando conjugada à circunstância de os juízes, quando se manifestam nos processos, atuarem no estrito cumprimento de um dever legal, conduziu à compreensão, encampada pelo artigo 49 da Lei Complementar nº 35/1979⁵⁸ (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) e pelo artigo 133 do Código de Processo Civil⁵⁹, segundo a qual esses profissionais apenas podem ser responsabilizados por suas manifestações jurídicas quando atuarem com dolo ou fraude, bem como quando recusarem, omitirem ou retardarem, sem justo motivo, providências que devam ordenar de ofício ou a requerimento das partes⁶⁰. Portanto, não se cogita, entre nós, da responsabilização de juízes por suas manifestações jurídicas, isto é, pela circunstância deles cometerem “erros de interpretação”; pois, do contrário, sempre que uma

56 MOREIRA NETO, op. cit., p. 199-200.

57 CRFB. “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (destaques pessoais).

58 LC 35. “Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes”.

59 CPC. “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”.

60 A propósito, cf., por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 554.

sentença judicial viesse a ser reformada pela Corte de Cassação, ou pelos Tribunais Superiores, os magistrados estariam sujeitos a processos judiciais; o que certamente teria o condão de desestimular o exercício da função jurisdicional. Proteção semelhante é reconhecida pela doutrina⁶¹ aos membros do Ministério Público, com espeque no artigo 85 do Código de Processo Civil⁶², que condiciona a sua responsabilização à depreensão de dolo ou fraude no exercício de suas atividades típicas. Assim não fosse, a simples rejeição de suas denúncias e petições poderia induzir a propositura de ações judiciais contra esses profissionais, desestimulando, de igual modo, o exercício de suas funções institucionais.

É certo que os precitados dispositivos legais, assim como a construção doutrinária que sobre eles se estabeleceu, referem-se à responsabilização de juízes e promotores em âmbito civil, com fundamento no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição⁶³. No entanto, há quem defenda, em doutrina, a possibilidade da sua responsabilização por atos de improbidade administrativa, guardados, evidentemente, os devidos parâmetros legais⁶⁴; pelo que não configura nenhum absurdo afirmá-los aplicáveis também ao campo da repressão jurídica ao ato ímprobo. Disso se infere que, entre nós, juízes e promotores, porque se manifestam nos processos no estrito cumprimento de um dever legal, não podem ser pessoalmente condenados, em ações cíveis reparatorias ou de improbidade, pela tão-só circunstância de seus posicionamentos jurídicos não coincidirem com a interpretação prevalente por ocasião do desfecho do litígio perante os órgãos jurisdicionais. Em especial porque, dado o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo, esses juízes e promotores têm dificuldades para antecipar, quando da formulação desses seus posicionamentos, qual interpretação jurídica prevalecerá ao final do processo.

Acredito que essa minha afirmação não causará espanto a quem quer que seja. O que é assombroso, dada a inequívoca estabilização dessa construção jurídica, é que, cotidianamente, integrantes do Ministério

61 Quanto ao particular, cf., por todos: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 277.

62 CPC. "Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude".

63 CRFB. "Art. 37 [..] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

64 Ao ensejo, cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade dos fiscalizadores*. Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290033174218181901.pdf>>; acesso em 02/07/2013.

Público insistam em “denunciar” procuradores pela prática de ato de improbidade administrativa unicamente pela circunstância de os posicionamentos jurídicos por eles firmados não coincidirem com a sua interpretação pessoal (do promotor), ou com a interpretação manifestada por outros órgãos de controle (como, por exemplo, pelos Tribunais de Contas). Mas ainda mais alarmante é a constatação de que, em concreto, membros do Poder Judiciário (juízes, portanto) decidam pela condenação desses profissionais, pela razão simples de (reitere-se) discordarem da interpretação por eles firmadas acerca de determinada questão jurídica. Como se fosse possível afirmar, em contradita à observação de Cammarosano e a tudo quanto anteriormente restou assentado neste artigo, que a possibilidade de divergência de entendimento entre profissionais igualmente sérios e competentes *não* é inafastável no mundo do Direito⁶⁵.

Não prospera, a propósito, o argumento segundo o qual juízes e promotores mereceram esse tratamento diferenciado porque o legislador os contemplou nos precitados dispositivos legais. É que o ordenamento confere, de igual modo, proteção jurídica às manifestações técnicas dos advogados, entre eles os advogados públicos. Com efeito, os procuradores, como advogados, são invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, como se infere da leitura conjugada do artigo 133 da Constituição da República⁶⁶ com o parágrafo 3º do artigo 2º da Lei nº 8.906/1994⁶⁷ (Estatuto da Advocacia). Interpretando esses dispositivos, a Comissão Nacional da Advocacia Pública instituída no âmbito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou verbete de súmula que expressa que os advogados públicos, porque são invioláveis no exercício da função, não podem ser responsabilizados por suas opiniões jurídicas, ressalvada apenas a hipótese de dolo ou fraude⁶⁸. Ou seja, na interpretação dada a esses dispositivos pela Ordem dos Advogados do Brasil, esses profissionais somente podem ser responsabilizados nas mesmas hipóteses em que o ordenamento admite a persecução contra juízes e promotores.

65 CAMMAROSANO, op. cit.

66 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

67 Lei 8.906 “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

68 OAB/Conselho Federal/Comissão Nacional da Advocacia Pública. “Súmula 6 - Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função, não sendo passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude” (Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>>; acesso em 22 de maio de 2014).

Semelhante opção normativa foi encampada pelo Código de Processo Civil quando da edição da Lei nº 10.358/2001, que incluiu parágrafo único em seu artigo 14⁶⁹. Esse dispositivo impõe às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo multa pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição, mas exclui os advogados do contexto de sua aplicação, sujeitando-os exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil⁷⁰. Desde logo observo que possíveis dúvidas quanto a aplicação desse dispositivo processual aos advogados públicos foram taxativamente dissipadas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.652, relatada pelo Ministro Maurício Correa. Na ocasião, o Tribunal Constitucional repudiou o estabelecimento de “discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais”, e por isso assentou, em interpretação conforme a Constituição, “que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos”⁷¹.

Devo destacar que essas disposições normativas aplicáveis ao exercício da advocacia são até mais incisivas do que as que contemplam juízes e promotores, que apenas condicionam a sua responsabilização à depreensão de dolo, fraude ou inação⁷². Já aos advogados, inclusive aos advogados públicos (STF, ADI nº 2.652), o ordenamento jurídico-positivo assegurou a sua inviolabilidade por atos e manifestações no exercício

69 CPC. “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final [...] Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

70 Essa orientação normativa resta assinalada, ainda, no seguinte verbete de súmula editado pela Comissão Nacional da Advocacia Pública do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: “Súmula 7 - Os Advogados Públicos, no exercício de suas atribuições, não podem ser presos ou responsabilizados pelo descumprimento de decisões judiciais. A responsabilização dos gestores não pode ser confundida com a atividade de representação judicial e extrajudicial do advogado público” (Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>>; acesso em 22 de maio de 2014).

71 STF, ADI 2652/DF, Relator Ministro Maurício Corrêa, Julgamento: 08/05/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 14-11-2003).

72 Que ocorre quando esses profissionais recusam, omitem ou retardam, sem justo motivo, providências que devam ordenar de ofício ou a requerimento das partes.

da profissão (CRFB, art. 133 c/c Lei nº 8.906/1994, art. 2º, p. 3º), que claramente alcança as suas manifestações jurídicas, prescrevendo, ainda, que essa sua atuação profissional nem sequer poderá ensejar a aplicação de multa pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição (CPC, art. 14, p. único). Em vista dessas circunstâncias, Moreira Neto⁷³ defende, em doutrina, que os advogados, entre eles os procuradores, somente podem ter as suas manifestações jurídicas questionadas perante a Ordem dos Advogados do Brasil.

Essas opções normativas, conjugadas à constatação da impossibilidade material de os procuradores anteciparem, com a necessária certeza, como se manifestarão no futuro os órgãos de controle, o Ministério Público e/ou o Poder Judiciário⁷⁴, obstam, em absoluto, a sua responsabilização por ato de improbidade sob a invocação de simples equívoco jurídico, porque ausente, indubitavelmente, requisito indispensável à coercibilidade do Direito, consistente na sua predeterminação formal⁷⁵. Essa é, na verdade, uma exigência da Teoria Geral do Direito, há muito expressada por Miguel Reale⁷⁶, que tem por finalidade assegurar a necessária segurança nas relações interpessoais. Reale⁷⁷ observa, a propósito, que, “de todas as espécies de experiência social, o direito é a que mais exige forma predeterminada e certa em suas regras”. Para esse professor paulista, “não se compreende o direito [...] sem um mínimo de legislação escrita, de certeza, de tipificação da conduta e de previsibilidade genérica”, precisamente porque “o direito, ao facultar-lhe a possibilidade de escolha entre o adimplemento ou não dos seus preceitos, situa o obrigado no âmbito de uma escolha já objetivamente

73 Quanto a esse pormenor, Moreira Neto assevera que “assegura-se ao Advogado de Estado, a inviolabilidade dos atos e manifestações no exercício da profissão”, o “que faz de cada advogado um órgão unipessoal, intitulado ao exercício de uma parcela do poder estatal” e por isso “responsável único por seus atos e por suas manifestações jurídicas perante o seu órgão coletivo corporativo de controle para esse fim também elevado à in dependência constitucional - a Ordem dos Advogados do Brasil” (MOREIRA NETO, op. cit., p. 180). Disso decorre a seguinte conclusão, externada por esse professor fluminense na sequência: “[...] se a natureza opinativa das manifestações jurídicas - mesmo se vinculante na matéria de direito para o agente administrativo - é a que resulta do legítimo exercício da interpretação do Direito por parte do Advogado de Estado, a presunção de juridicidade, tanto de seu comportamento funcional, quanto de sua manifestação nesta qualidade, só pode ser afastada pelos órgãos constitucionalmente competentes para estabelecerem a culpa ou o dolo em sua atuação profissional e de, em consequência, a de lhes aplicar sanções em razão de um possível vicioso exercício profissional” (Ibidem, p. 187).

74 Dificuldade que também é compartilhada por juízes e promotores, pelas razões dantes expostas, e que lhes excluem, como regra, a responsabilização civil e por ato de improbidade.

75 REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 273.

76 Ibidem, p. 273.

77 Ibidem, p. 273.

feita pela sociedade, escolha esta revelada através de um complexo sistema de fontes”⁷⁸. Daí que, conforme Reale⁷⁹, “o direito [...] exige predeterminação formal, sendo a lei a expressão máxima dessa exigência”⁸⁰.

Posto isso, configura-se, na hipótese, o que Celso Antônio Bandeira de Mello⁸¹ convencionou chamar “princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração”. Quanto ao particular, Bandeira de Mello⁸² observa que “o Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos”, enquanto “outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer”. Disso decorre, para o publicista, a impropriedade da qualificação de “alguém como incurso em infração quando inexista a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas”⁸³. Essa compreensão, que, para Bandeira de Mello, é externa a considerações sobre a culpabilidade do agente (investigação de dolo ou culpa)⁸⁴, vez que incide “meramente no *animus* de praticar dada conduta”⁸⁵, é argumento suficiente ao afastamento da responsabilização do procurador por ato de improbidade quando se está diante tão-somente de divergência entre o posicionamento jurídico por ele externado e as manifestações ulteriores dos órgãos de controle, do Ministério Público e/ou do Poder Judiciário. Afinal, dado o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo, não é dado ao procurador, num juízo hipotético, de caráter abstrato, antecipar essas manifestações ulteriores com a segurança necessária a que se possa cogitar, em concreto, da voluntariedade da sua conduta.

78 REALE, op. cit., p. 273.

79 Ibidem, p. 273.

80 Sobre a exigência de predeterminação formal das normas jurídicas, cf., ainda, a doutrina de Márcio Cammarosano (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 42 e 63-64).

81 MELLO, op. cit., p. 855.

82 Ibidem, p. 855.

83 Ibidem, p. 855.

84 De que me ocuparei no capítulo subsequente.

85 Ibidem, p. 855.

3 ABSOLUTA AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO LÓGICA ENTRE O HIPO-TÉTICO EQUÍVOCO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E A EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE IMPUTADO

A circunstância, retratada no capítulo anterior, de os advogados públicos não disporem de meios materiais de antecipar, com a necessária segurança, o posicionamento que será ulteriormente externado pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário atesta, ainda, a absoluta ausência de correlação lógica entre o seu hipotético equívoco na interpretação do Direito e a demonstração da sua responsabilidade. Afinal, entre nós é requisito indispensável à responsabilização do agente imputado por ato de improbidade administrativa a efetiva demonstração da sua culpabilidade⁸⁶. Incide, pois, na espécie, a responsabilização subjetiva do agente imputado, justificada por José Roberto Pimenta Oliveira⁸⁷ a partir das seguintes considerações doutrinárias:

[...] O Estado Democrático de Direito tem, em seu epicentro axiológico, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que implica no direito fundamental de inviolabilidade à liberdade e à propriedade (art. 5º, *caput*). Como derivação surge a consagração da vedação constitucional de privação da liberdade e de bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Densificando, na própria esfera constitucional, esta magna garantia fundamental, contempla-se o princípio da individualização das sanções (art. 5º, XLVI), quando o Estado opera em sua atividade punitiva.

O resultado desta teia principiológica e fruto de conquista civilizatória na limitação dos poderes estatais desemboca na afirmação da normatividade do princípio da culpabilidade, imponível como condição constitucional de legitimação para edição de qualquer medida sancionatória por órgão ou estatal.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento consolidado nos Tribunais brasileiros, sob a liderança do Superior Tribunal de Justiça⁸⁸, Corte a

86 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 215.

87 *Ibidem*, p. 215.

88 A propósito, reporto-me, exemplificativamente, ao julgamento do Recurso Especial nº 751.634, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no corpo do qual se assentou que “em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva” (STJ, REsp 751.634, Relator Ministro Teori Albino Zavascki). Nesse mesmo sentido decidiu a Corte Superior de Justiça quando da apreciação dos Recursos Especiais nº 805.080 e 875.163, ambos relatados pela Ministra Denise Arruda.

quem a Carta da Republica atribui competência para a uniformização da jurisprudência no que se refere à interpretação e aplicação do direito federal. Com efeito, é assente na jurisprudência daquela Corte Superior de Justiça que os fatos típicos especificados no artigo 9º (improbidade por enriquecimento ilícito) e no artigo 11 (improbidade por violação a princípios da Administração Pública) da Lei nº 8.429/1992 somente podem ser reprimidos quando se está diante de conduta dolosa⁸⁹, ao passo que as hipóteses descritas no seu artigo 10 (improbidade por lesão ao erário) comportam imputação mediante conduta dolosa e/ou eivada de culpa grave⁹⁰⁻⁹¹. Posto isso, não se justifica, entre nós, a responsabilização de procuradores, seja quando se cogita de lesão ao erário (Lei nº 8.429/1992, art. 10), seja quando se pretenda extrair de um seu suposto equívoco na interpretação do Direito violação ao princípio da legalidade ou a qualquer outro princípio da Administração Pública (Lei nº 8.429/1992, art. 11), pela tão-só circunstância de controladores, promotores e juízes discordarem de seus posicionamentos jurídicos; dada a absoluta necessidade de se demonstrar, em concreto, que esses profissionais se preordenaram deliberadamente (portando, mediante

89 A título de exemplo, assim se manifestou a Corte Superior de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 875.163, relatado pela Ministra Denise Arruda, em cuja Ementa restou assentado que “a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA)”. Quanto ao particular, cf., ainda: REsp 805.080, Relatora Ministra Denise Arruda, e REsp 751.634, Relator Ministro Teori Albino Zavascki.

90 Assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento da Ação de Improbidade Administrativa nº 30, relatada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no corpo do qual se assentou (i) que “não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade”; (ii) que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente”; (iii) que “a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10º”. Esse posicionamento firmado pelo Ministro Zavascki foi reproduzido, adiante, em diversos outros julgamentos daquele Tribunal Superior (vide AgRg no AREsp 73968, Relator Ministro Benedito Gonçalves; REsp 1130584, Relator Ministro Teori Albino Zavascki; AgRg no AREsp 184147, Relator Ministro Humberto Martins; AgRg no REsp 1253667, Ministro Humberto Martins; AgRg no REsp 975540/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki).

91 Particularmente, entendo que, dados os limites semânticos do parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição (que dispõe, especificamente, sobre a repressão jurídica à repressão de atos de improbidade, condicionando, portanto, a responsabilização do agente à demonstração da sua desonestidade), não se cogita, na espécie, de responsabilização por culpa stricto sensu, vez que a realização de conduta desonesta pressupõe ação deliberada do infrator, portanto conduta dolosa. Porém, considerando que o argumento ora desenvolvido preordena-se ao afastamento da responsabilidade do agente mesmo sob a modalidade culposa, e considerando que a responsabilidade por culpa é admitida, ainda que com ressalvas (somente para os tipos descritos no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, e ainda assim apenas em caso de culpa grave), pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deixo para outro momento a pormenorização dessa minha compreensão sobre o tema.

conduta dolosa) a contrariar o Direito⁹², ou, pelo menos, que assim se manifestaram mediante culpa grave⁹³, que pressupõe a depreensão de erro grosseiro⁹⁴, revelador da sua negligência, imperícia e/ou imprudência quando da formulação da interpretação jurídica questionada.

No que toca à responsabilização do procurador por lesão ao erário (Lei nº 8.429/92, art. 10), cumpre ao acusador estabelecer, ainda, estrito nexo de causalidade entre a sua manifestação jurídica e o prejuízo causado⁹⁵⁻⁹⁶. Destarte, ganha relevo, no pormenor, a discussão relativa à pertinência da responsabilização do advogado quando a lesão ao erário deriva de problemas na avaliação de elementos técnicos e fáticos que orientaram a decisão administrativa. Ao ensejo, reporto-me aos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹⁷, para quem “a natureza do juízo expresso pelo Advogado de Estado nos atos próprios de sua função de consultoria de Estado [...] é indubitavelmente de cunho exclusivo e estritamente jurídico”, pelo que somente “as suas conclusões estritamente de direito ganham eficácia jurídica”. Conforme Moreira Neto⁹⁸, “quaisquer opiniões de outra natureza, ainda que neles registradas, não são juridicamente eficazes, pelo simples fato de que desbordam da competência profissional constitucionalmente delimitada do agente jurídico”. Assim, “dados técnicos ou fáticos que forem apresentados pela Administração Consulente, bem como todos os demais aspectos caracterizados nas questões examinadas em Parecer jurídico”, a despeito se terem sido abordados (ou não) pelo seu prolator, encontram-se “necessariamente submetidos a decisões administrativas, próprias dos

92 Para a imputação das condutas tipificadas no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992.

93 Nesse caso, especificamente para os fatos típicos elencados no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

94 Quanto ao particular, cf.: STF, MS 24631/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Publicação DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008.

95 A propósito, cf., por todos: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de Advogado ou Procurador por pareceres em contratação direta de empresa, cit., p. 212.

96 Nesse mesmo sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631, dantes referido, quando considerou “abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário”. Foi no corpo desse processo, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, que o Tribunal Constitucional reconheceu, em abstrato, ser possível a responsabilização de advogados públicos como decorrência da prolação de “pareceres vinculantes”. No entanto, o próprio Excelso Pretório condicionou, no mesmo julgamento, adoção dessa providência à verificação, em vista das especificidades do caso concreto, de relação de causa e efeito entre o parecer exarado e o dano depreendido. Disso decorre, a conclusão da Corte Suprema quando a ser descabida, na hipótese dos autos, “a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa”.

97 MOREIRA NETO, op. cit., p. 184.

98 Ibidem, p. 185.

gestores administrativos, pois que são estes que têm competência, sob a linha hierárquica própria, para o exercício da função administrativa de Estado”⁹⁹. Desse modo, “uma vez definida no Parecer jurídico a matéria que lhe é própria, caberá aos agentes gestores considerar [...] os aspectos exclusivamente técnico-administrativos, cuja apreciação e decisão são [...] atos próprios e exclusivos dos órgãos da Administração Pública”¹⁰⁰.

Não se cogita, então, da responsabilização de procuradores por eventual deficiência na confecção e veiculação desses elementos técnicos ou fáticos; como ocorre, por exemplo, quando a área técnica do órgão consulente manifesta-se pela presença dos elementos empíricos que em tese autorizariam uma contratação direta pela Administração Pública e adiante se verifica que esses pressupostos não foram atendidos; ou quando doravante se descobre que determinado fato afirmado no processo não corresponde à realidade. Com efeito, os procuradores não foram tocados pelas prerrogativas divinas da onisciência e da onipresença, sem as quais não lhes é dado perceber, a cada caso concreto, se os elementos técnicos e fáticos carreados ao processo são falsos ou verdadeiros. Demais disso, ressalvada a depreensão, em concreto, de indícios de que esses elementos não correspondem à verdade, os procuradores também não estão autorizados, dada a presunção de legitimidade e veracidade que milita em favor dos atos da Administração, a questionar-lhes a validade. Cumpre-lhes, pois, em tal conjuntura, atuar com base nos elementos de que dispõe, exarando sobre eles a sua manifestação jurídica. Assim, adverte Moreira Neto¹⁰¹, ainda “que o agente administrativo, laconicamente, deixe de apreciar os aspectos administrativos postos a seu cargo”, e mesmo quando ele se utiliza, em sua decisão, da fórmula lacônica “com o Parecer”, “persiste intocado o entendimento de que a vinculação se confina estritamente à conclusão jurídica nele contida”. Daí que, quando a lesão ao erário decorre de problemas na elaboração/avaliação de elementos técnicos e fáticos, não se depreende, em concreto, nexos de causalidade entre o dano causado e a manifestação jurídica externada pelo advogado público.

Posto isso, quando não houver indicativos de que os elementos fáticos e técnicos em que se baseia o parecer não correspondem à realidade, não estará em questão, a propósito da responsabilização de procuradores por ato de improbidade, ainda que se depreenda lesão

99 MOREIRA NETO, op. cit., p. 185.

100 Ibidem, p. 185.

101 Ibidem, p. 185.

ao erário, investigação acerca de *imprudência* de sua parte ou, talvez, de *negligência*, fundada na sua incapacidade de perceber a falsidade/inconsistência desses elementos (em hipótese, *porque não se dispuseram a avaliar* se determinado engenheiro apontado pela área técnica do órgão consulente detinha ou não a notória especialização exigida para a contratação direta), por se tratar de análise indubitavelmente externa ao âmbito de sua atuação como profissional do Direito. Tampouco se aventa, em tais circunstâncias, da sua *imperícia* na avaliação desses elementos (em hipótese, *porque não tiveram meios de avaliar* se determinado engenheiro apontado pela área técnica do órgão consulente detinha ou não a notória especialização exigida para a contratação direta), pois apenas lhes pode ser exigido, a esse título, o domínio de conhecimentos científicos próprios de sua específica área de atuação (conhecimentos jurídicos, portanto).

Quando se tem em vista, por outro lado, à responsabilização de procuradores por ofensa a princípio da Administração Pública, com fundamento no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, a doutrina jurídica recomenda especial cuidado aos intérpretes (aplicadores). A propósito, Oliveira¹⁰² leciona que “destoa da norma constitucional qualquer leitura que pretenda equiparar atos de improbidade administrativa a condutas ofensivas a quaisquer princípios da Administração Pública, ou a condutas ofensivas ao princípio da legalidade”, à consideração de que a “atividade punitiva não se dirige a concretização de princípios, mas de bens jurídicos” e por isso “pressupõe fixação dos aludidos bens jurídicos, sob pena de quebra da estrutura lógica do regime sancionatório”. Por isso é que, conforme Oliveira¹⁰³, “a conduta ímproba não se equipara à conduta ilegal no bojo da atividade pública, muito menos é sinônimo de conduta contrária a quaisquer princípios jurídicos”. Para esse professor paulista, “o artigo 11 tem como bens jurídicos fundamentais a lealdade às instituições e a imparcialidade”, porque “está centrado na descrição de atos ilegais que agridem referidos bens jurídicos”¹⁰⁴. Sob essa ótica, a legalidade, assim como os demais princípios da Administração Pública, convolvam-se de suposto elemento central da descrição do tipo “em valor ético-jurídico protegido pela norma sancionatória”¹⁰⁵. Preocupação semelhante é externada pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados. Com efeito, quando do julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 716.991, do Recurso Especial nº 480.387 e do Recurso

102 OLIVEIRA, op. cit., p. 262.

103 Ibidem, p. 263.

104 Ibidem, p. 263.

105 Ibidem, p. 263.

Especial nº 807.551, todos relatados pelo Ministro Luiz Fux, o Tribunal assentou que o artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 deve ser interpretado *cum granu salis*, à consideração de que “uma interpretação ampliativa teria a possibilidade de acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares e, com isso, de ir além do que o legislador pretendeu”¹⁰⁶.

Por tais razões, e porque a responsabilização, nos termos desse dispositivo, por ato de improbidade administrativa, exige conduta dolosa do agente imputado, não é razoável supor que a simples divergência entre a manifestação jurídica firmada pelo procurador e as interpretações ulteriormente formuladas pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário traduza, em concreto, atitude deliberada (e, portanto, dolosa) desse profissional em descumprir ou Direito, ofendendo, assim, o princípio da legalidade, ou a qualquer outro princípio da Administração Pública. Menos ainda se pode afirmar, em vista dessa circunstância, o seu livre propósito de lesar os bens jurídicos que, conforme Oliveira, constituem o objeto da tutela jurídica reclamada por esse dispositivo; pela razão simples de não ser possível extrair de sua conduta a deslealdade para com a instituição a que serve ou a sua imparcialidade frente os problemas que lhe são apresentados.

Mas, independentemente de poderem prevalecer essas minhas observações anteriores, uma coisa deve estar bastante clara: em uma e outra hipótese, isto é, cogitando-se da responsabilização do procurador por lesão ao erário (Lei nº 8.429/1992, art. 10) ou por violação a princípios da Administração Pública (Lei nº 8.429/1992, art. 11), é indubitável que não atua com dolo ou culpa grave o profissional que, manifestando-se fundamentadamente, expressa simples opinião jurídica sobre temas que compõem o objeto da consulta que lhe foi submetida.

Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em decisão paradigmática, proferida no contexto do julgamento do Recurso Especial nº 1.183.504, relatado pelo Ministro Humberto Martins. Na ocasião, conquanto tenha admitido ser viável, “em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa”, o Tribunal advertiu que, para tanto, é preciso que a peça opinativa se apresente como “um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo”, dispondo, em arremate, que é “necessário, para que se

106 Conforme dicção literal das Ementas dos julgamentos do EDRESP 716991, do REsp 480.387 e do REsp 807.551.

configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer¹⁰⁷.

Decidindo desse modo, a Corte Superior de Justiça sublinhou a absoluta ausência de correlação lógica entre o hipotético equívoco na interpretação do Direito pelo agente imputado e a demonstração da sua culpabilidade, nos termos da lei, para efeito da caracterização da sua responsabilidade por ato de improbidade administrativa. E com isso assentou, num plano mais amplo, corroborando o posicionamento jurídico sustentado neste trabalho, a impossibilidade da responsabilização de procuradores por simples equívoco na interpretação do Direito.

4 CONCLUSÕES

Essas considerações põem em evidência que é imprópria a imputação de ato de improbidade administrativa a advogados públicos tendo por referência tão-somente a afirmação de hipotético equívoco em suas manifestações jurídicas; em especial quando esse seu suposto equívoco decorre unicamente da sua impossibilidade de antecipar, quando da construção de seus opinamentos, a interpretação ulteriormente manifestada pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário. Mas, para além de ser imprópria, a realização prática de semelhante pretensão persecutória quando do julgamento de processos por juízes e tribunais é também indesejável, e por isso é ilegítima, porque põe em risco o adequado funcionamento das instituições democráticas.

Quando abordei, em capítulo precedente, o tratamento normativo conferido pelo ordenamento jurídico-positivo a juízes e promotores no que se refere aos limites de sua responsabilização pessoal por erros de interpretação¹⁰⁸, aludi ao risco de que, se essas limitações não estivessem postas, sempre que suas manifestações não fossem confirmadas no curso do processos (o que é bastante comum na práxis jurídica) seus prolores estariam sujeitos a processos judiciais, com inegável desestímulo ao exercício de suas atividades profissionais. Contudo, conquanto sejam aplicáveis aos procuradores as mesmas condicionantes fáticas que justificam esse tratamento diferenciado conferido a juízes e promotores (juízes, promotores e procuradores atuam nos processos em estrito cumprimento de dever legal, e se encontram submetidos, de igual

107 STJ, RESP 1183504, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Fonte DJE DATA 17/06/2010.

108 Vide LC 35, art. 49 c/c CPC, art. 133 (no que se refere à responsabilização dos juízes) e CPC, art. 85 (no que se refere à responsabilização dos promotores).

modo, às dificuldades inerentes à interpretação e aplicação do Direito de nosso tempo), e muito embora os advogados (inclusive os advogados públicos) também tenham obtido do legislador a necessária proteção às suas manifestações jurídicas, consistente no estabelecimento, na lei (Lei nº 8.906/1994, art. 2º, p. 3º¹⁰⁹) e na Constituição (art. 133¹¹⁰), da sua inviolabilidade por atos e manifestações no exercício da profissão, ainda é bastante comum entre nós a imputação de condutas ímprobas a esses profissionais sob a exclusiva invocação da circunstância de seus posicionamentos jurídicos não coincidirem com a interpretação ulteriormente firmada pelos órgãos externos de fiscalização e controle. Essas iniciativas, que por vezes redundam na condenação do advogado, além de não corporificarem, na linha do que se demonstrou anteriormente, uma correta aplicação do Direito, induzem, em concreto, sério desestímulo ao exercício da Advocacia Pública e ao ingresso/manutenção de bons profissionais em seus quadros.

Ao ensejo, recobro a advertência de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹¹ quando acentua que a manutenção desses equívocos “ao revés de concorrer para o aperfeiçoamento da Administração, desestimulará uma geração de jovens advogados de Estado concursados”, que certamente temem as “consequências que possam decorrer do exercício independente e intemorato de sua profissão, ante a possibilidade de serem acoimados de faltosos e de receberem sanções pecuniárias” unicamente porque seus opinamentos jurídicos não coincidem com a interpretação posteriormente manifestada pelos órgãos fiscalizatórios. Disso decorrem, conforme Moreira Neto¹¹², “dois perigos”: ou esses profissionais que ingressam nas Procuradorias preferirão “a comodidade da via de menor risco, ou seja, a falsa segurança de se inclinarem por uma negativa habitual que os desonere”; ou, “o que será igualmente catastrófico para todos os níveis da Federação, estarão desestimulados para exercer a advocacia de Estado agentes de personalidade e de coragem, que são exatamente os que mais podem contribuir para a boa administração”.

Não discordo da responsabilização de procuradores, e tampouco de juízes e promotores, quando suas manifestações jurídicas contaminam-

109 Lei 8.906 “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

110 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

111 MOREIRA NETO, op. cit., p. 195.

112 Ibidem, p. 195.

se por vícios de outra natureza, como ocorre, por exemplo, quando se verifica em concreto o recebimento de vantagem financeira para proferir pareceres, denúncias e sentenças. O que me causa apreensão, como intérprete, como estudioso do Direito e, sobretudo, como cidadão, é que se afirme, muitas vezes com naturalidade, ser viável, à luz do ordenamento jurídico-positivo, a aplicação de sanções a esses profissionais pela tão-só circunstância deles não terem conseguido antecipar, quando da formulação de suas manifestações jurídicas, os posicionamentos ulteriormente firmados pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. *Informativo de Licitações e Contratos*, ano 4, n. 37, mar. 1997.

_____. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARÁG, Claudio Renato do Canto. Responsabilização dos advogados públicos nas licitações e contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 4, abr. 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Regime jurídico de responsabilidade do advogado público. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza, CE. *Anais...* Fortaleza: Conpedi, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4202.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbet L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELO, Verônica Vaz de. A responsabilidade dos assessores jurídicos na elaboração de pareceres para a Administração Pública em atividades licitatórias mal sucedidas. In: *Portal Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7547>. Acesso em: 1º jul. 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/263739/DLFE-30775.f/10AResponsabilidadePessoaldoPareceristaPublicoemquatrostandards.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista da APEs – Temas de direito público, a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito*, v. 2, Salvador: Juspodivm, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 28, jun. 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade dos fiscalizadores*. Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290033174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2013.

PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de lingüística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. *Revista da APES – Temas de direito público, a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito*, Salvador: Juspodivm, v. 2, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n.149, jul. 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.