

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP – SÃO PAULO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO, JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO**

ISRAEL TELIS DA ROCHA

**REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DE ERRO GROSSEIRO DO
PARECERISTA JURÍDICO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

**SÃO PAULO - SP
2020**

ISRAEL TELIS DA ROCHA

**REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DE ERRO GROSSEIRO DO
PARECERISTA JURÍDICO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Dissertação de Mestrado Profissional em
Direito Justiça e Desenvolvimento
apresentada no Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu do Instituto Brasiliense de
Direito Público, como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Flávio Henrique
Unes Pereira.

**SÃO PAULO - SP
2020**

Rocha, Israel Telis da,

Requisitos para a configuração de erro grosseiro do parecerista jurídico pelo Tribunal de Contas da União – 2020.

Orientador: Flavio Henrique Unes Pereira.

Dissertação de Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento. 2020.

1. Parecerista jurídico e pareceres. 2. Responsabilização do parecerista jurídico e o erro grosseiro. 3. Proposta de requisitos para configuração da responsabilidade do parecerista jurídico por erro grosseiro. I. Pereira, Flavio Henrique Unes. II. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – São Paulo. III. Requisitos para configuração de erro grosseiro do parecerista jurídico pelo Tribunal de Contas da União.

ISRAEL TELIS DA ROCHA

**REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DE ERRO GROSSEIRO DO
PARECERISTA JURÍDICO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Dissertação de Mestrado Profissional em
Direito Justiça e Desenvolvimento
apresentada no Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu, do Instituto Brasiliense de
Direito Público, como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado com média _____

São Paulo,

Banca Examinadora:

Prof. Orientador: Prof. Doutor Flávio Henrique Unes Pereira

Prof. Doutor: Felipe Faiwichow Estefam

Prof. Doutor: Murillo Giordan Santos

RESUMO

A Advocacia Pública, elevada ao patamar de Função Essencial à Justiça pelo Constituinte de 1988, tem como missão representar o Estado brasileiro em todas as suas esferas, judicial e extrajudicialmente, bem como, nas atividades de assessoramento e consultoria jurídicos, além de orientar a atividade administrativa, em especial, o Administrador Público responsável pela tomada de decisões nos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública. A atividade de consultoria e assessoramento jurídicos, a Administração Consultiva, é exercida pelos advogados públicos, na função de pareceristas jurídicos, aos quais devem ser conferidas as garantias e as prerrogativas pela inviolabilidade das suas manifestações no exercício da profissão, previstas no artigo 133, da Constituição, bem como no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. No exercício da atividade consultiva, tem sido frequente, no âmbito dos órgãos de controle, em especial o Tribunal de Contas da União, a responsabilização do parecerista jurídico, juntamente com o Administrador Público, por entender que o parecer jurídico, que deu suporte à tomada de decisão ou edição do ato administrativo, incorreu em erro grosseiro do parecerista. O Supremo Tribunal Federal, quando demandado, afastou a responsabilização do parecerista jurídico, fixando, primeiramente, o entendimento de que o parecer jurídico é mera opinião e, portanto, salvo nos casos de dolo ou erro grosseiro, seria inviolável pelas suas manifestações. Nessa oportunidade fixou, ainda, o entendimento de que mesmo nos casos em que houver erro grosseiro, o TCU não teria competência para responsabilizar o advogado. Posteriormente, o entendimento do STF, com base na doutrina que diferencia os pareceres em facultativo, obrigatório e vinculante, evoluiu no sentido de que o parecerista responderia perante o TCU nos casos de pareceres vinculante eivados de erro grosseiro. Mesmo diante desse entendimento, o TCU tem responsabilizado o parecerista também nos casos de pareceres facultativos e o tema se encontra pendente de pacificação no âmbito do STF. Diante da importante missão à qual foi incumbida a Advocacia Pública e a insegurança jurídica proporcionada aos pareceristas, em virtude das constantes responsabilizações ocorridas na Corte de Contas, mostrou-se oportuna a edição da Lei nº 13.655/2018, posteriormente regulamentada pelo Decreto 9.830/2019, que introduziu regras de interpretação do direito público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo fixados parâmetros para a caracterização do erro grosseiro, que autorizaria a responsabilização pessoal do parecerista jurídico. Contudo, embora de grande avanço para trazer maior segurança jurídica, diante da inviolabilidade das manifestações do advogado no exercício da profissão e o sancionamento exercido pelo TCU sobre os pareceristas, além dos parâmetros normativos trazidos na lei e no decreto, é necessária a presença de elementos objetivos constantes do processo administrativo. Com base nesses elementos objetivos, presentes no caso concreto, será possível extrair parâmetros que se prestarão a evidenciar se o parecerista jurídico efetivamente incorreu em erro grosseiro ou se orientou o Administrador Público, interpretando a legislação de forma divergente do órgão de controle. Nessa segunda hipótese, o erro grosseiro estaria descaracterizado.

Palavras-chave: Parecerista jurídico. Responsabilidade pessoal. Erro grosseiro. Parâmetros. Caracterização.

ABSTRACT

The Public Law Practice, elevated to the level of Essential Function to Justice by the Constituent of 1988, has as mission to represent the Brazilian State in all its spheres, judicially and extrajudicially, as well as, by the activities of legal advisory and consulting, to guide the administrative activity, in particular, the Public Administrator responsible for making decisions in the bodies and entities that comprise the Public Administration. The activity of legal advice and consulting, the Advisory Administration, is exercised by public attorneys, in the function of legal advisers, to whom the guarantees and prerogatives for the inviolability of their manifestations in the exercise of the profession, provided for in article 133 of the Constitution, as well as those provided for in the Bylaws of the Brazilian Bar Association, must be conferred. In the exercise of the advisory activity, it has been frequent, in the context of the control bodies, in particular the Court of Auditors of the Union, that the legal expert, along with the Public Administrator, has been held responsible for the fact that the legal expert's opinion, which supported the decision-making or editing of the administrative act, incurred a gross error from the expert. The Federal Supreme Court, when sued, ruled out the liability of the legal expert by first establishing the understanding that the legal opinion is a mere opinion and, therefore, except in cases of malice or gross error, would be inviolable for its manifestations. On that occasion, it also established the understanding that even in cases of gross error, the TCU would not be competent to hold the lawyer responsible. Subsequently, the STF's understanding, based on the doctrine that differentiates opinions into optional, mandatory and binding, evolved in the sense that the opinion maker would be accountable to the TCU in cases of binding opinions and in cases of gross error. Even with this understanding, the TCU has held the evaluator accountable also in the cases of facultative opinions and, the subject is pending pacification within the STF. In view of the important mission to which the Public Attorneys' Office has been entrusted and the legal insecurity provided to the legal opinions, due to the constant responsibilities that occurred in the Court of Auditors, it was appropriate to issue Law no. 13.655/2018, later regulated by Decree 9.830/2019, which introduced rules of interpretation of public law in the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law, with parameters being established to characterize the gross error, which would authorize the personal liability of the legal opinion maker. However, although it is a great advance to bring greater legal security, in view of the inviolability of the lawyer's manifestations in the exercise of his profession and the sanctioning exercised by the TCU over the legal experts, in addition to the normative parameters brought by the law and the decree, the presence of objective elements in the administrative process is necessary. Based on such objective elements, present in the specific case, it will be possible to extract parameters that will lend themselves to evidence whether the legal expert actually incurred a gross error or whether the Public Administrator was oriented, interpreting the legislation in a manner diverging from that of the controlling body. In this second hypothesis, the gross error would be uncharacterized.

Keywords: Legal advice. Personal responsibility. Gross error. Parameters. Characterization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – PARECERISTA JURÍDICO E PARECERES	12
1.1. Da Advocacia Pública	12
1.1.1. O parecerista jurídico e o exercício da atividade consultiva	16
1.1.2. A autonomia do advogado público	20
1.1.3. Inexistência de imunidade ao advogado	23
1.2. Necessária diferenciação entre as áreas de auditoria e de consultoria	25
1.3. O parecer no ordenamento jurídico	29
1.3.1. Pareceres técnicos e pareceres administrativos	33
1.3.2. Pareceres técnicos e sua classificação quanto à indispensabilidade	34
1.3.3. O parecer jurídico e a classificação legal	36
1.3.4. Efeito de parametrização do parecer jurídico	38
1.4. Conclusão	41
CAPÍTULO II – RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA E O ERRO GROSSEIRO	43
2.1. Responsabilidade do parecerista jurídico	44
2.1.1. Responsabilização do parecerista jurídico e hipótese analisada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil	47
2.1.2. Responsabilidade do parecerista jurídico no exercício da função consultiva perante Advocacia-Geral da União	49
2.1.3. Responsabilização do parecerista jurídico pelo Tribunal de Contas da União	53
2.1.4. Responsabilidade do parecerista jurídico na visão do Supremo Tribunal Federal	56
2.2. O erro grosseiro	62
2.2.1. O erro grosseiro no âmbito do direito	62
2.2.2. O erro grosseiro previsto no artigo 28, da LINDB: os embates ocorridos previamente à sanção presidencial	65
2.2.3. Erro grosseiro como requisito para responsabilizar o parecerista jurídico	69
2.2.4. Erro grosseiro definido pelo tribunal de contas da união após a alteração da LINDB	73
2.2.5. Definição normativa de erro grosseiro	78
2.2.6. Requisitos para a configuração de erro grosseiro de agentes públicos no enfrentamento da crise decorrente da pandemia Covid-19	79
2.3. Conclusão	86
CAPÍTULO III - PROPOSTA DE REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA JURÍDICO POR ERRO GROSSEIRO	88

3.1. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e as implicações na responsabilidade do parecerista jurídico	90
3.1.1. Requisitos normativos para a configuração do erro grosseiro	92
3.1.1.1. Erro grosseiro: “erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”	93
3.1.1.2. Ausência de cumprimento do dever de diligência	94
3.1.1.3. Comprovação de situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o erro grosseiro	95
3.2. “A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards.”	98
3.3. Parâmetros para a interpretação restritiva ao <i>standard</i> “erro evidente e inescusável”	102
3.3.1. Manifestação de natureza eminentemente jurídica fundada em erro grosseiro.....	106
3.3.2. Existência de consulta jurídica formulada e fundamentada	109
CONSIDERAÇÕES FINAIS	115
REFERÊNCIAS	118

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, a Advocacia Pública foi elencada como Função Essencial à Justiça, recebendo a missão de representar o Estado brasileiro em todas as suas esferas, judicial e extrajudicialmente, bem como a atribuição das atividades de assessoramento e consultoria jurídica dos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública.

Elevada ao patamar Constitucional de função essencial à justiça, o legislador constituinte investiu o advogado público como o assessor e consultor jurídico dos Poderes do Estado, no desempenho da sua função executiva, com a responsabilidade de ao mesmo tempo em que tem o importante papel de zelar pela legalidade da atividade administrativa, deve também apresentar soluções jurídicas que atendam aos anseios da coletividade, com a implementação de políticas públicas, além de dar maior segurança ao Administrador Público responsável pela tomada de decisões.

Com essa missão delineada na Constituição, no exercício da atividade de consultoria jurídica cabe, ao Advogado público, a função de parecerista jurídico, com a independência funcional que as prerrogativas inerentes à profissão de advogado lhe conferem, exercendo o papel de intérprete da lei para a Administração Pública. Apenas a título de exemplo, somente no ano de 2019, a produtividade da Advocacia-Geral da União em matéria consultiva, atingiu a marca de 643.373 atividades.¹

Em decorrência da atividade de consultor jurídico da Administração Pública, emitindo pareceres previamente à edição dos atos administrativos pelo gestor público, tem sido rotineira, no âmbito do Tribunal de Contas da União, principalmente em processos de licitação, a responsabilização do parecerista jurídico, solidariamente com o Gestor Público, impondo-lhe multa, ao argumento da ocorrência do erro grosseiro no parecer.

Contudo, quais os requisitos para que o parecerista jurídico possa ser responsabilizado pelo Tribunal de Contas da União por erro grosseiro?

A hipótese que podemos levantar é a de que o erro grosseiro como fundamento para a responsabilização do parecerista jurídico, somente poderá ocorrer quando o erro incidir sobre a matéria eminentemente jurídica, que tenha dado resposta a uma dúvida jurídica formulada.

¹ Disponível: <https://powerbi.agu.gov.br/Reports/powerbi/DGE/Painel%20de%20Produtividade%20-%20v2.5?rs:Embed=true>. Acesso em: 16 jun. 2020. (acesso restrito)

Não é incomum que no desenvolvimento da gestão, o Administrador se encontre em situações que mesclam, além da incerteza do caminho juridicamente válido a ser seguido, também a urgência que exige uma decisão para o caso concreto.

Caberá ao Advogado Público a prévia análise dos atos administrativos que serão implementados pelo Administrador Público. Esses atos, por sua vez, futuramente poderão ser auditados pelos órgãos de controle, em especial o Tribunal de Contas da União.

A ampliação dos estudos acerca do tema se mostra de vital importância, uma vez que a responsabilização sem o estabelecimento de elementos objetivos para a aferição do erro grosseiro, implica atuação tímida e extremamente conservadora por parte do parecerista jurídico, inviabilizando a inovação dentro da Administração Pública, o que contribui para a manutenção de um *status quo* permanente. Toda e qualquer melhoria na prestação do serviço público ou na implementação de políticas públicas fica necessariamente dependente de alterações legislativas, o que se mostra absolutamente incabível na atualidade.

Para o desenvolvimento desta atividade, a Constituição garante ao advogado público autonomia e todas as demais prerrogativas conferidas à Advocacia, sem, contudo, que essas prerrogativas possam significar imunidade.

A Advocacia é “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”², justamente porque necessita dessa segurança para poder oferecer solução aos problemas que não são seus. A partir do momento em que o advogado precisa, primeiramente, preocupar-se em se desvencilhar da sua própria responsabilidade, a essência da profissão é perdida.

Em virtude da responsabilização do parecerista jurídico pelo Tribunal de Contas da União, pela ocorrência de erro grosseiro, quando demandado, o Supremo Tribunal Federal afastou essa responsabilização por entender que o erro grosseiro não ocorrera.

Quatro mandados de segurança estão pendentes de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, no qual se busca a concessão de ordem para afastar a responsabilização e a sanção imposta pelo TCU ao parecerista jurídico. Em três dessas ações, por decisão monocrática, foi concedida uma medida liminar para

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 maio 2020. Artigo 133.

suspender os efeitos dos Acórdãos que imputavam essa responsabilidade, observando-se que esse tema não estava definitivamente resolvido no âmbito da Corte. Em uma delas, havia sido concedida a ordem de segurança pleiteada, mas em sede de embargos de declaração, foi reconsiderada em virtude de a autoridade coatora não ter sido notificada para a apresentação das informações.

Diante desse cenário, no primeiro capítulo, daremos enfoque à relevância da atividade do parecerista jurídico, membro da Advocacia Pública e responsável por garantir legalidade e juridicidade aos atos administrativos produzidos pela Administração, para, posteriormente, tratarmos do objeto do trabalho por ele desenvolvido, o parecer.

No segundo capítulo trataremos sobre a responsabilização do parecerista do ponto de vista doutrinário acerca do tema, trazendo os entendimentos firmados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os argumentos e os fundamentos apontados pela Advocacia-Geral da União, no âmbito do Tribunal de Contas da União, quando promove a defesa dos seus membros quando são responsabilizados pela emissão do parecer jurídico. Será exposto, ainda, o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União e, em seguida, o entendimento, até o momento, do Supremo Tribunal Federal.

O erro grosseiro, definido na doutrina, e a sua inserção na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, promovida pela Lei nº 13.655/2018, com as definições normativas, trazida pelo Decreto nº 9.830/2019, e legal, dada pela Medida Provisória nº 966/2020, também serão objeto de análise nesse capítulo, bem como a decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal, que estabeleceu *standards* para a caracterização do erro grosseiro, no tocante às medidas de enfrentamento da pandemia Covid-19, que se relacionam com as propostas que faremos.

Notadamente, a consultoria é desenvolvida previamente à edição do ato administrativo, sendo elaborada com base na instrução processual até então realizada, em observância ao momento fático vivido e às necessidades da Administração Pública, enquanto que a auditoria se dá em momento posterior, quando os atos administrativos já foram produzidos e a situação fática, no momento em que é realizada, poderá ser diversa da edição do ato.

Diante de todo o contexto delineado no capítulo, surge a necessidade de estabelecermos os limites de análise que deve se ater o parecerista, de forma a afiançar a regularidade e legalidade do processo administrativo licitatório, sem

contudo interferir na condução da gestão do administrador público, garantindo a sua juridicidade, entendida como uma atuação em conformidade com o ordenamento jurídico e não somente com base no texto expresso de lei, que nem sempre encontra conformação no fato concreto posto.

Por fim, no terceiro capítulo, interpretando as normas do direito público, introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, pela Lei nº 13.655/2018, e regulamentada pelo Decreto nº 9.830/2019, apoiando-nos no conteúdo desenvolvido nos capítulos anteriores, faremos sugestões de parâmetros mínimos que poderão contribuir para a caracterização de erro grosseiro por parte do parecerista jurídico.

CAPÍTULO I – PARECERISTA JURÍDICO E PARECERES

O objetivo do primeiro capítulo é ressaltar o papel da Advocacia Pública como função essencial à justiça e ao Estado Democrático de Direito, com a missão de viabilizar a implementação de políticas públicas, conferindo legalidade e segurança jurídica na atuação administrativa.

Assim, trataremos da atividade desempenhada pelo advogado público parecerista jurídico e sua autonomia decorrente do exercício da advocacia, sem que isso possa significar imunidade, diferenciando o seu trabalho de consultoria e assessoramento jurídicos, das atividades de auditoria realizadas pelos órgãos de controle.

Para finalizar o capítulo trataremos do parecer, que é uma das peças processuais analisadas pelos órgãos de controle, para verificar se a atividade administrativa foi desenvolvida em observância ao princípio da legalidade.

1.1. Da Advocacia Pública

O Poder do Estado, uno e indivisível, é o que emana do povo, como expressamente previsto do parágrafo único, do artigo 1º, da CRFB/88. Desse modo, a sistematização trazida na lição de Montesquieu, acerca da separação de poderes, embora de insubstituível importância, há muito se mostra insuficiente para explicar a organização do Estado e o seu papel como garantidor da preservação do interesse público.

Ao delimitar os Poderes do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário, resta deficiente para explicar o papel de outras instituições que, eventualmente, poderiam ser confundidas com poderes desse mesmo Estado, tal como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública. O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com bastante clareza observou:

Sob rigorosa exatidão científica, portanto, não há sentido nos dias de hoje na própria denominação clássica de “poderes” do Estado, pois que, não importando como sejam eles designados, todos são nada mais que diferenciadas expressões funcionais autônomas de uma mesma fonte de vontade soberana.³

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A responsabilidade do advogado de Estado**. Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

Como ensinou o citado professor, o Estado organizado nos termos da Constituição de 1988, foi acrescido de um conjunto de “funções públicas autônomas, independentes e destacadas das estruturas dos três Poderes do Estado, que são aquelas denominadas funções essenciais à justiça.”⁴

Assim, além das funções típicas exercidas em cada um dos “poderes”, temos um conjunto de funções realizadas com exclusividade por outras instituições alçadas constitucionalmente, como funções essenciais à justiça promovida pelo Estado. Tais atribuições acionam, conjuntamente, o sistema de freios e contrapesos, inerentes ao Estado Democrático de Direito, cada uma a seu modo e para uma função específica do Estado.

Dentre essas funções essenciais à justiça, ao Ministério Público cabe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”⁵; à Defensoria Pública “a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º”⁶, da Constituição.

A Advocacia Pública, por sua vez, tem a função de representar “a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe [...] as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”⁷, que independentemente de ter uma maior vinculação com esse Poder, detêm a autonomia e a independência funcional na interpretação das leis, perante a Administração Pública.

De início, para alinhar o tema à nossa pretensão de sugerir soluções à problemática que nos propusemos pesquisar, convém algumas linhas sobre a Advocacia Pública, por ser esse o órgão integrante da administração consultiva.

Definida, pelo legislador constituinte, como uma das funções essenciais à justiça, a Advocacia Pública é uma função essencial ao próprio Estado e os seus membros, por serem advogados, gozam das prerrogativas conferidas à Advocacia privada, quando compatíveis com o regime do servidor público e com a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 31

⁵ Artigo 127, da CRFB.

⁶ Artigo 134, da CRFB.

⁷ Artigo 131, da CRFB.

Em um trabalho destinado a tratar da Advocacia Pública diante do Estado Democrático de Direito, ensina o Professor José Afonso da Silva:

A advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um *munus* e "uma árdua fatiga posta a serviço da justiça", como disse Couture. É, especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. É a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário.⁸

A Advocacia Pública, como se pode depreender do próprio texto constitucional, poderá se organizar para uma tarefa específica, que será a defesa dos interesses do Estado no âmbito do Poder Judiciário, em atividades de contencioso judicial, ou estará em atividades de consultoria e assessoramento jurídicos da Administração Pública para o desempenho da função administrativa.

Tratando-se das atividades consultivas, tudo o que se origina no Estado, desde as políticas públicas constantes das agendas dos governos à elaboração dos comandos legais e normativos editados pelo Estado, a participação da advocacia pública, além de sempre presente, mostra-se de fundamental importância para o controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos que são produzidos.

Mas, justamente no que diz respeito a esse controle de legalidade realizado pela advocacia pública, no exercício da função consultiva, é que entendemos residir uma grande diferença daquele desenvolvido pelos órgãos típicos de controle e, nesse contexto, o que nos leva a perquirir quais seriam os requisitos que autorizariam a responsabilização do parecerista jurídico por incorrer em erro grosseiro na emissão do parecer jurídico.

O desempenho da atividade administrativa, pelos seus agentes públicos, deve observância ao princípio da legalidade, mas "Nesse ponto, o comando da legalidade assume feição distinta: o administrador só pode fazer o que for autorizado pela lei."⁹ Nesse mesmo sentido, ensina o professor Carlos Ari Sundfeld:

15. A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. *A Administração só pode fazer o que a lei autoriza: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública: este se encontra em relação de subordinação necessária àquela. Inexiste poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que a lei não lhe concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Todo poder é lei; apenas em nome da lei se pode impor obediência. Por isso, os agentes administrativos não dispõem de liberdade –*

⁸ SILVA, José Afonso. A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 281-289, Out./Dez. 2002.

⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 21. São Paulo: Editora Verbatim. 2017. p. 185.

existente somente para os indivíduos considerados como tais -, mas de competências, hauridas e limitadas na lei.¹⁰

Ocorre que a atividade administrativa exige muito mais do que mera análise da perfeita tipificação com o ordenamento jurídico. Quando a conduta pretendida encontra o devido regramento positivado na lei, a atuação do Administrador é sempre mais segura.

Contudo, nem sempre a legislação fornece todos os elementos desejáveis à atuação administrativa, exigindo, por parte do Administrador, a interpretação do direito posto. Nesse liame, o que de plano se pode destacar é ensinado já nas primeiras aulas do bacharelado: o Direito não é ciência exata, logo nem sempre o que se pode extrair do texto legal é exato, sendo possível inúmeras interpretações, como destaca o professor Adilson de Abreu Dallari:

Direito é divergência. Diferentes intérpretes, partindo de diferentes premissas, podem chegar a diferentes conclusões. A doutrina já avançou o suficiente para perceber que os textos legais comportam uma pluralidade de interpretações.¹¹

A observação se mostra relevante na medida em que a Advocacia Pública, no exercício da função consultiva, tem por competência interpretar a legislação e produzir, por meio de pareceres jurídicos, a segurança necessária ao Administrador Público para a realização da Gestão Pública.

Em publicação sob o título de “I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil”, editada pelo Ministério da Justiça, logo na apresentação do trabalho, ressaltou-se a importância da Advocacia Pública nessa tarefa:

O fortalecimento da Advocacia Pública precisa ser compreendido como o fortalecimento da própria Justiça brasileira, ao lado da reforma e do aperfeiçoamento do sistema de justiça, do sistema processual e da democratização do acesso à justiça, notadamente pelo desempenho de importante função de controle preventivo de legalidade dos atos da administração pública. Portanto políticas públicas que tenham por objetivo a democratização da justiça terão necessariamente que incorporar e fortalecer a atuação da Advocacia Pública - uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado e responsável pela orientação e defesa jurídicas do Estado em todos os graus de jurisdição e também extrajudicialmente, garantidora do interesse público, da justiça, da cidadania e da Constituição.¹²

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. p. 159.

¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e particular. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Salvador: PGE-BA, n. 28, p. 153-167, jul./dez.2001

¹² BRASIL. Ministério da Justiça Brasil. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/diagnostico-advocacia.pdf/>. Acesso em: 10 dez. 2019. p. 7.

O legislador constituinte atribuiu à Advocacia Pública a missão de, primeiro, zelar pela legalidade da atividade administrativa desenvolvida e, por consequência, dar maior segurança jurídica ao Administrador Público no desempenho da gestão e, segundo, apresentar soluções jurídico-legais que permitam a implementação das políticas públicas a cargo do órgão assessorado, contribuindo para o desenvolvimento da sociedade.

A ressalva que deve ser feita é no sentido de que a análise jurídica realizada pelo parecerista deve restringir-se aos aspectos jurídicos da consulta, sem adentrar aos exames próprios do mérito administrativo.

1.1.1. O parecerista jurídico e o exercício da atividade consultiva

Usaremos também a expressão parecerista jurídico para designar o advogado responsável pela emissão de pareceres jurídicos, no exercício da função de consultoria e assessoramento jurídicos do Administrador Público. Cabe, portanto, uma breve introdução acerca das atividades por ele desempenhadas.

Para essa finalidade, consideramos como parecerista jurídico todo e qualquer servidor público concursado ou o advogado não concursado, detentor de cargo público, responsável pela emissão de pareceres jurídicos, previamente à tomada de decisões ou à edição de atos administrativos pela autoridade assessorada, sujeitos aos órgãos de controle.

De início, deve-se ressaltar que o fato de o parecerista jurídico exercer uma função pública, não afasta uma das prerrogativas inerentes ao exercício da advocacia, qual seja, a inviolabilidade “por seus atos e manifestações no exercício da profissão”, evidentemente, “nos limites da lei.”¹³

Assim, todo aquele que for investido na função de parecerista jurídico, caberá interpretar a legislação e dizer o direito para Administração Pública e, ainda que seja um servidor público concursado, estará submetido ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil¹⁴, pois a inscrição nos seus quadros é obrigatória.

¹³ Artigo 133, da Constituição da República Federativa do Brasil e §3º, do artigo 3º, da Lei nº 8.906/1994.

¹⁴ MATOS, Rodrigo Gerent. **Independência Funcional do Advogado Público Federal na Constituição da República Federativa do Brasil em Uma Advocacia de Estado Atenta aos Direitos do Cidadão**. Orientador: Prof. Doutor Erick Wilson Pereira. 2016. 271 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós- Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), 2016. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/22001/1/Independ%c3%aanciaFuncionalAdvogad o_Mattos_2016.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

Além da OAB, o parecerista jurídico, não concursado, estará sujeito ao controle da Administração, do Poder Judiciário, por iniciativa do Ministério Público, bem como do Tribunal de Contas da União. Já o advogado público concursado, além de submeter ao crivo desses mesmos órgãos, estará sujeito ao Poder Disciplinar da Administração Pública que integra.

Perante o Poder Judiciário, por provocação do Ministério Público, a responsabilidade do parecerista decorrerá de uma eventual condenação por improbidade administrativa. Com base na jurisprudência consolidada, é exigida a presença de dolo, quando condenado nas infrações previstas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação de princípios), e dolo ou culpa grave para as hipóteses de incidência do artigo 10 (dano ao erário), todos da Lei nº 8.429/1992.

No Tribunal de Contas, o parecerista jurídico responsável pela análise de processos administrativos de licitação ou processos que impliquem despesas públicas, terá os seus pareceres auditados, juntamente com os atos administrativos emitidos pelo Administrador Público assessorado.

Nesses casos, uma vez constatada a ocorrência da prática de ato considerado ilegal, será observado, pelo órgão de controle: a) Se era ou não hipótese de remessa obrigatória do processo ao parecerista jurídico para a emissão de parecer, previamente à edição do ato administrativo; b) Sendo obrigatória, será apurado se houve a consulta legalmente determinada e a consequente emissão do parecer; c) não sendo o caso de consulta obrigatória, será possível verificar se o parecerista foi consultado. Entretanto, sendo o caso de consulta obrigatória ou facultativa, existindo manifestação do órgão consultivo, o parecer será objeto de análise em conjunto com o ato administrativo editado pelo administrador e se esse seguiu as orientações do parecerista.

Na hipótese de o ato considerado ilegal ter sido expedido em contrariedade ao parecer, a responsabilidade será exclusiva do Administrador Público. Contudo, na hipótese de o parecer ter sido devidamente atendido e, ainda assim, o órgão de controle entender pela ocorrência de ilegalidade no ato administrativo, tem sido rotineira a atribuição de responsabilidade ao parecerista jurídico em solidariedade com o administrador público, pelo Tribunal de Contas da União.

Como servidor público, o parecerista jurídico estará, ainda, submetido ao controle dos órgãos correicionais próprios da carreira que integra, sujeito ao poder disciplinar e responderá por eventuais faltas disciplinares que cometer.

A preocupação do estudo não são os casos em que eventual responsabilização do parecerista jurídico se dá em virtude da configuração de dolo, uma vez que, sendo esse provado, o advogado não estaria amparado por quaisquer das prerrogativas inerentes ao exercício da advocacia.

Hipótese diversa, entretanto, é aquela em que o parecerista jurídico é responsabilizado por ter sido apontada a ocorrência de erro grosseiro no seu parecer.

A rigor, a responsabilização por erro grosseiro, considerando a natureza jurídica do parecer e a prerrogativa constitucionalmente assegurada da inviolabilidade do advogado, deveria ser exceção no âmbito do Tribunal de Contas da União, mas contrariamente, a “responsabilidade dos pareceristas jurídicos é tema recorrente nos processos de controle externo.”¹⁵

Inúmeros podem ser os fatores que contribuem para isso, desde uma maior eficiência na realização das auditorias por aquela corte de contas a uma falta de rigor técnico por parte dos pareceristas jurídicos, o que configuraria a sua responsabilização. Contudo, poderá ocorrer um maior rigor ou um modo de interpretar a legislação a partir de uma ótica diversa.

É fato que entre os extremos existe uma zona cinzenta que necessita de melhor avaliação do papel do parecerista jurídico, devendo ser investigado qual, o que, como e quando seria possível atribuir erro grosseiro que tenha o condão de resultar na sua responsabilização pelo Tribunal de Contas da União.

Diante da missão que lhe foi confiada, sem esquecer que também busca conferir legalidade aos atos administrativos, mas sempre com vista na evolução e, porque não dizer, na inovação do serviço público, o parecerista jurídico se vê às voltas com a tênue linha que separa o ilegal da ausência de previsão legal clara; da interpretação majoritária e a minoritária; da novel legislação, que nem sempre alcança o que pretendia, quando avaliada a sua mera literalidade, além de uma infinidade de situações que somente a dinâmica da Administração Pública poderá revelar.

O parecerista jurídico, diante da consulta formulada pelo Administrador Público, deverá despir-se de todas as suas convicções como cidadão e buscar, em conformidade com a lei, oferecer soluções que permitam a realização da política

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1851/2015 – Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler. **Ata Nº 30/2015-Plenário**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1477109%22>. Acesso em: 07 nov. 2019.

pública que se reverte em benefício da sociedade, sendo esse o pensamento que deve nortear a atividade que lhe foi confiada:

A defesa institucional da Administração Pública é atribuição do cargo do Procurador Público, fundamentada pelo soberano interesse público e pelos princípios constitucionais. A estruturação adequada da Administração Pública, voltada para a aplicação das políticas públicas de Estado, pressupõe Advogados Públicos que possam garantir continuidade aos projetos. Ou seja, o corpo funcional que compõe a estrutura efetiva do serviço público é importantíssimo para a Administração e, como consequência lógica, para a sociedade brasileira.

Da mesma forma e sob os mesmos fundamentos, as atribuições da função do Procurador decorrem de uma competência constitucional, e tem mais uma garantia agregada às prerrogativas funcionais que a lei assegura aos seus servidores: a sua atuação é a expressão do Estado Democrático de Direito como reprodução de uma estrutura institucionalizada da ordem jurídica. E é com eficiência, lealdade, profissionalismo e especialização que os Procuradores inseridos na organização administrativa devem responder com sua atuação, porque existe uma Cidade, o Estado ou a própria união, muito além de um governo político.¹⁶

Se de um lado o Princípio da Legalidade deve imperar num Estado Democrático de Direito, não menos verdadeira é a constatação que se faz sobre a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses de aplicação da norma, bem como todos os acontecimentos fáticos que poderão surgir ao longo do desenvolvimento da sociedade.

Aqui reside a dificuldade e o desafio do parecerista jurídico, que deverá empreender todas as ferramentas de hermenêutica, visando ao aperfeiçoamento da Administração Pública e a implementação das políticas públicas, sem descuidar da legalidade. Tratando do juízo de aplicação das normas, ensina o professor Flávio Henrique Unes Pereira:

Ao falar da aplicação de uma norma, está-se referindo, portanto, à adequabilidade que só acontece por meio de um processo que se descobre todas as características da situação, bem como se analisam todas as normas que eventualmente podem ser aplicadas ao caso concreto. Não está em pauta a validade da norma, mas a sua adequação às características de um dado caso.¹⁷

Também, de forma bastante didática, o professor Felipe Faiwichow Estefam, na obra sobre o princípio da legalidade, expõe essa dificuldade existente no desempenho da atividade administrativa, se formos considerar que a lei é perfeita e acabada para a sua aplicação aos casos concretos:

¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça Brasil. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/diagnostico-advocacia.pdf/>. Acesso em: 10 dez. 2019. p. 11.

¹⁷ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções Disciplinares**. O Alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007. p. 164.

Hoje em dia a aplicação da norma legal não significa simplesmente “pôr os pingos nos *is*” e “traçar os *ts*”. Faz-se necessário preencher o abismo entre a norma legal e o comportamento administrativo nas situações concretas. Assim, não se pode desconhecer que se trata de algo mais do que uma simples execução de um imperativo legal.

Um sistema baseado em regras e princípios não enxerga a incidência como algo que se dá automática e instantaneamente; ao contrário: a aplicação do Direito no modelo de regras e princípios exige a ponderação e, assim, a apuração de pesos e valores incidentes no caso concreto e a medida de concretização exigida pelo sistema normativo.¹⁸

Há que se compatibilizar a atuação do parecerista jurídico com a sua missão. Suas escolhas, sua interpretação, sua responsabilidade não podem, ausente o dolo ou a má fé, ficar à mercê das interpretações literais ou majoritárias que, ao fim e ao cabo, nada contribuem para a melhoria da atividade administrativa e evolução da própria Administração Pública.

1.1.2. A autonomia do advogado público

Iniciamos o presente trabalho discorrendo acerca da advocacia pública como função essencial à justiça e, mais precisamente, como uma das funções administrativas do Estado.

É de observar que, diferente da advocacia privada, o texto constitucional silenciou sobre a independência funcional do advogado público, sobre a inviolabilidade “por seus atos e manifestações no exercício da profissão.”¹⁹ Deixou-se de trazer expressamente a independência funcional do advogado público, como observa Rodrigo Gerent Mattos:

Daí a preocupação que ora se exterioriza, para averiguar se o silêncio constitucional quanto a expressa concessão de independência funcional ao Advogado Público Federal se trata de um silêncio eloquente no sentido de que de fato o Advogado Público, por vontade constitucional, não detém autonomia nem independência para o exercício de suas atribuições, ou se essa omissão pode ser suprida por outras disposições normativas contidas na constituição.²⁰

¹⁸ ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2013. p. 111.

¹⁹ CRFB. Art. 133.

²⁰ MATOS, Rodrigo Gerent. **Independência Funcional do Advogado Público Federal na Constituição da República Federativa do Brasil em Uma Advocacia de Estado Atenta aos Direitos do Cidadão**. Orientador: Prof. Dr. Erick Wilson Pereira. 2016. 271f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós- Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), 2016. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/22001/1/Independ%C3%AanciaFuncionalAdvogado_Mattos_2016.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019. p. 42.

Contudo, não se pode perder de vista que o advogado público exerce advocacia e sua atividade é eminentemente intelectual, interpretativa, o que lhe deve conferir, por consequência, a independência inerente ao seu cargo.

No entanto, há de se ponderar que o dever de patrocínio de uma causa por parte do Advogado Público vai muito além do dever de defesa. O dever de patrocínio na verdade lhe remete a um dever de manifestação jurídica e o dever de manifestação jurídica remeterá ao dever de análise englobante sobre todos os aspectos jurídicos que nortearam ou nortearão a atuação administrativa.²¹

A autonomia do advogado público, na função de parecerista jurídico, é consagrada no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ao dispor que “exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinam, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.”²² Em outras palavras, a lei conferiu autonomia ao Advogado Público.

Nesse sentido, Gabriela Costa Xavier expôs:

A autonomia revela-se uma prerrogativa inerente à figura do advogado público, que deve atuar livremente a fim de atender aos interesses do Estado em observância aos preceitos legais. Nessa medida, tem-se que a autonomia conferida a esse agente permite que ele atue com liberdade, visando sempre atender aos interesses públicos, sem receio de desagradar seus superiores hierárquicos ou risco de ser capturado por interesses políticos diversos. Ademais a autonomia conferida a esse agente visa resguardar o exercício da atividade jurídica, uma vez que garante a liberdade necessária ao advogado público para compreender e interpretar o direito. Portanto, a referida autonomia deve ser assegurada e protegida, uma vez que o seu enfraquecimento transformaria a atividade de consultoria jurídica do advogado público mero procedimento burocrático e sem independência, prejudicando a inovação no que tange aos entendimentos jurídicos, elemento este inerente à mutabilidade de uma ciência eminentemente humana como o Direito.²³

Não se pode confundir essa autonomia ou independência funcional com a possibilidade de afastar aplicação dos pareceres aprovados pelo responsável pela chefia da instituição, também chamados de pareceres normativos ou, em

²¹ Idem. p. 43.

²² BRASIL. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Lei 8.906/1994**. Brasília, 05 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 30 maio 2020. Artigo 3º, §1º.

²³ XAVIER, Gabriela Costa. Responsabilização do advogado público pela emissão de parecer jurídico. R. Proc.-geral Mun. Belo Horizonte. **RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, p. 51, jul./dez. 2014.

contrariedade com os pareceres vinculantes²⁴, da lavra do Advogado-Geral da União, aprovados pelo Presidente da República e publicados no Diário Oficial.

A autonomia ou a independência funcional parte do pressuposto de conformação com a lei, não sendo possível o seu afastamento ao argumento de inconstitucionalidade, uma vez que ao advogado público, parecerista jurídico, não lhe cabe contestar a legislação, mas sim encontrar a interpretação que lhe confira maior efetividade, pois a inviolabilidade do advogado público “não se mostra absoluta, uma vez que não há que se falar em exercício absoluto de direito, o que prevalece é a relatividade, com a qual se deve conviver e desenvolver as liberdades moderadamente”.²⁵

Nesse contexto, o parecerista jurídico tem a responsabilidade de interpretar o ordenamento jurídico, de modo a emitir o parecer de forma devidamente fundamentada, nada impedindo que essa interpretação seja contrária ao entendimento majoritário, seja na corte de contas, seja no Poder Judiciário, cumprindo-lhe, tão somente, alertar o gestor público, a quem cabe a decisão no caso.

Não por outro motivo, a autonomia, assim como a independência funcional, são princípios informadores da Advocacia Pública²⁶, que não abandonam o parecerista jurídico.

²⁴ PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. JULGAMENTO. ASSESSORAMENTO CONSULTIVO. AFRONTA DIRETA A PARECER VINCULANTE. DESCUMPRIMENTO DELIBERADO. VIOLAÇÃO DOS DEVERES FUNCIONAIS. AGRAVANTE. PENA DE SUSPENSÃO.

1. Emissão de manifestação jurídica em que se orienta a autoridade administrativa a manter entendimento contrário a parecer vinculante, em razão de haver posição jurisprudencial contrária;

2. A existência de decisões judiciais em sentido contrário não dispensa a autoridade administrativa de dar fiel cumprimento ao parecer vinculante. É possível ao parecerista fazer ressalvas quanto ao mérito, porém não lhe é dado orientar a autoridade no sentido de negar-lhe aplicação;

3. A inobservância culposa de parecer vinculante não configura necessariamente infração disciplinar. Contudo, é inadmissível a afronta expressa, direta e deliberada a parecer vinculante, porquanto implica no esvaziamento de sua autoridade e gera, com isso, danos institucionais, com o comprometimento de sua força normativa;

4. Embora não se tenha vislumbrado má-fé, sem que tenha logrado qualquer proveito, o fato de deliberadamente violar dever inerente ao cargo pode ser tida como agravante, pois cumpria alertar a autoridade julgadora que estava incorrendo em ilegalidade ao afrontar a determinação normativa, ainda que dela discordasse e não reforçar seu descumprimento;

5. A função de Procurador-Chefe engloba todas as atribuições típicas da carreira de Procurador Federal na Entidade, razão pela qual a competência para apuração disciplinar relativa a atos praticados no exercício de tal função compete exclusivamente ao Procurador-Geral Federal;

6. Violação dos deveres funcionais inculpidos nos incisos II e III, do art. 116, da Lei nº 8.112/90, e aplicação da penalidade de 2 (dois) dias de suspensão. (00407.013698/2018-98 - Seção Colegiada do NAJ de 05/12/2019)

²⁵ XAVIER, Gabriela Costa. Responsabilização do advogado público pela emissão de parecer jurídico. R. Proc.-geral Mun. Belo Horizonte. **RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, p. 52, jul./dez. 2014.

²⁶ O professor Diogo Figueiredo Moreira Neto faz percuciente e didática distinção entre Advocacia Pública e Advocacia de Estado. Para o contexto do nosso trabalho adotaremos o termo Advocacia

Não obstante, cabe uma observação relacionada à autonomia do parecerista jurídico.

Na Administração Pública, a legislação permite que, em alguns órgãos, seja nomeado para o cargo de Procurador-Chefe ou Procurador-Geral, advogado não integrante de carreira jurídica do Estado, ou seja, advogado não concursado. Exemplificativamente podemos citar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Diante disso, a questão que se coloca quanto ao ocupante do cargo de livre nomeação e exoneração não concursado, implica avaliar que a ele conservaria a mesma autonomia de um advogado público concursado, quando no desempenho das suas atividades.

O advogado concursado é submetido a um regime estatutário, no qual, vencido o estágio probatório, tem a garantia da estabilidade inerente ao servidor público. Essa estabilidade lhe proporcionará segurança para emitir suas opiniões de forma técnica, de maneira isenta em relação ao órgão assessorado, uma vez que o seu compromisso é com o interesse público.

O mesmo, entretanto, pode não ocorrer com relação ao advogado não concursado, nomeado em cargo de livre nomeação para o exercício da função de parecerista jurídico. O interesse pessoal na manutenção do cargo poderá retirar-lhe a isenção necessária à defesa do interesse público, deixando-o propenso a cumprir os desígnios do gestor que o nomeou.

1.1.3. Inexistência de imunidade ao advogado

A temática que nos pareceu ser a grande preocupação dos órgãos de controle, bem como do próprio Poder Judiciário, pelo que se pode observar das discussões travadas durante o julgamento do Mandado de Segurança nº 24.584-1, consiste no fato de que, ao não permitir que o parecerista jurídico seja responsabilizado no âmbito do Tribunal de Contas pelo conteúdo dos seus pareceres, estar-se-ia concedendo uma imunidade não conferida a qualquer outra autoridade integrante da Administração Pública.

Pública, porque nos referimos ao parecerista jurídico que desenvolve atividades de consultoria e assessoramento jurídicos.

O real ponto de debate não nos parece que deve ser a existência ou não de imunidade do advogado, pois partimos da premissa da existência de responsabilidade de todo e qualquer cidadão que esteja desempenhando uma função administrativa, portanto, pública, junto a qualquer um dos órgãos do Estado. Trata-se do primado do Estado de Direito: a observância da lei. Aliás, nem mesmo aquele que exerce a advocacia privada está imune a responder pelos seus atos.²⁷

Contudo, nesse mesmo contexto, não se pode admitir que qualquer cidadão, como servidor público, seja responsabilizado por atos ou decisões que extrapolem as suas atribuições ou competências. Com o advogado público, parecerista jurídico, não poderia ser diferente.

O parecerista jurídico não é imune, mas, assim como qualquer outro servidor público, não deve ser responsabilizado sem o rigor necessário e inerente ao desenvolvimento da atividade punitiva do Estado, de forma que essa responsabilidade não pode estar alheia a uma relação de causalidade estrita às suas atribuições eminentemente jurídicas.

Não se pode ampliar a sua responsabilidade a ponto de exigir que o parecerista jurídico detenha conhecimentos para além do controle de juridicidade dos atos administrativos. Também não se pode permitir que ele intervenha em aspectos técnicos que não são da sua competência.²⁸

Muito se discute acerca da imunidade profissional do advogado no exercício das suas atividades contenciosas, no qual o §2^o²⁹, do artigo 7^o, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil foi claro ao lhe conferir a prerrogativa. Pensou-se no advogado como função essencial à justiça para a pacificação dos conflitos existentes entre os integrantes da sociedade ou entre eles e o próprio Estado. Mas, no que diz respeito à atividade consultiva, a discussão é mais tímida, observando-se que, até mesmo no ensino jurídico do país, a atividade consultiva é colocada em segundo plano ou, por vezes, inexistente.

²⁷ BRASIL. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Lei 8.906/1994**. Brasília, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

²⁸ Conforme Enunciado n° 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da CGU/AGU, “O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.”

²⁹ §2^o O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Contudo, ainda que não traga a expressão “imunidade profissional”, a atividade consultiva, de natureza voltada à hermenêutica, encontrará proteção na inviolabilidade do advogado pelas suas manifestações “nos limites da lei”³⁰. A grande dificuldade será estabelecer quais seriam esses limites que garantiriam a inviolabilidade. Segundo Lucas Rocha Furtado:

A Constituição Federal é expressa ao afirmar a imunidade do advogado tão somente quando ele atua *nos limites da lei* (art. 133). Se essa manifestação se encontra adequadamente fundamentada em jurisprudência ou em doutrina atualizada, se defende tese jurídica razoável, ou que não tenha sido rejeitada pela jurisprudência, o advogado não pode ser responsabilizado pelo TCU ou em qualquer outra instância. Admitir o contrário importa em esvaziar a regra constitucional que lhe confere imunidade.”³¹

Mostra-se necessária a criação de mecanismos ou parâmetros pelos quais cada um dos agentes que atuam na cadeia de formação do ato administrativo, tenham a responsabilidade pelos atos que praticam e por eles sejam responsáveis, partindo-se da premissa que as relações administrativas devem ser desenvolvidas com fundamento em *accountability*³², para que os limites, de atuação de cada um, fiquem bem definidos.

1.2. Necessária diferenciação entre as áreas de auditoria e de consultoria

Para melhor compreendermos o que será exposto nas linhas que seguem, bem como o contexto da presente abordagem para o trabalho, algumas breves considerações se mostram pertinentes.

Tanto auditoria quanto consultoria podem ser definidas como atividade administrativa de controle de legalidade dentro da Administração Pública e realizada por um único órgão.³³

³⁰ Art. 133, da CRFB e §3º, do artigo 2º da Lei nº 8.906/1994.

³¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 193.

³² A *accountability* é o conjunto de processos que visam selecionar, organizar e disponibilizar as informações de interesse das partes interessadas. O mecanismo *Accountability* é formado por duas práticas: **3110: Promover transparência, responsabilidade e prestação de contas e 3120: Assegurar a efetiva atuação da Auditoria Interna**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governanca-no-tcu/mecanismos-de-governanca/mecanismo-de-accountability.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

³³ Uma rápida visualização no Manual de Orientações Técnicas da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal, expedido pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU, confirma a afirmação. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/manual-de-orientacoes-tecnicas-1.pdf> - Acesso em: 23 jan. 2019.

Para o presente trabalho trataremos da consultoria, aquela realizada pelo Advogado Público, parecerista jurídico, uma consultoria jurídica, portanto, de caráter preventivo. Quanto à atividade de Auditoria, nos referiremos às inspeções que são realizadas pelo Tribunal de Contas da União, de caráter fiscalizatório.

Embora sejam atividades interligadas, que atuam no controle de legalidade dos atos administrativos produzidos pelo Estado, é importante notar que a consultoria e a auditoria são realizadas em momentos distintos, com objetos de análises diferentes e com olhares diferentes sobre os mesmos fatos, que ensejaram a edição dos atos administrativos.

O professor Edmir Netto de Araújo, ao tratar do tema, traz uma breve definição de como se desenvolve a consultoria:

Todos esses órgãos auxiliares, que alguns denominam genericamente *consultivos*, participam da ação estatal para auxiliar e preparar sua manifestação de vontade (do Estado) e outras tarefas, emitindo juízos sobre sua formação e execução, cogitando não só do aspecto da legalidade como também, às vezes, da conveniência e oportunidade da ação dos dirigentes. Entretanto, a *consultoria*, que empresta o radical para essa denominação, caracteriza-se pelo desempenho dessas atividades de auxílio técnico ou jurídico específico e especializado, de forma mais **passiva** que as demais: normalmente **acionada** pelo dirigente para emitir sua opinião, **prévia** ou mesmo **posterior**, sobre um caso **concreto** ou **hipotético**, analisando, diagnosticando, oferecendo soluções, preparando atos e documentos. Envolve, portanto, matérias específicas relativas ao objeto da consulta, podendo as manifestações do consultor ser de observância *facultativa* ou *obrigatória*, estas últimas se subdividindo em *vinculantes* ou *não vinculantes*, conforme a disciplina legal ou as decisões da autoridade política.³⁴

A Consultoria tem por finalidade atuar no controle legalidade dos atos produzidos pela Administração Pública, sendo realizada com base nos fatos e documentos constantes do processo administrativo até o momento em que é realizada, ou seja, previamente à edição dos atos administrativos e dos efeitos que serão produzidos concretamente.

A Consultoria tem como missão analisar e sugerir, dentre as alternativas legalmente permitidas, aquela que melhor atenda aos interesses da Administração, não participando ou monitorando os atos que serão editados após a emissão do parecer jurídico. Segundo o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Os órgãos consultivos são os que apenas participam na ação estatal, para preparar a manifestação da sua vontade, através do órgão ativo, emitindo sua opinião prévia sobre a formação e consecução dessa vontade, mediante os atos jurídicos denominados pareceres.³⁵

³⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 140

³⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969. p. 101. v. 2

Seja assessorando ou pela prestação de consultoria jurídica, o parecerista jurídico não tem o poder, bem como não está nas suas funções, de impor decisões. Nas suas manifestações, o objetivo é orientar, iluminar, apontar caminhos seguros, assim como os riscos jurídicos, daquilo que o órgão ou autoridade assessorados pretendem realizar, mas sem, jamais, determinar o modo de agir do Administrador Público.

Em trabalho publicado na Revista da Advocacia-Geral da União, em comemoração aos 30 anos da Constituição, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes sintetizou o que estamos dizendo:

A partir do delineamento do perfil constitucional da instituição, pretende-se demonstrar que as funções do advogado público são típicas e estruturantes do próprio Estado e que sua missão é advogar pelo avanço dos interesses políticos nos limites da racionalidade jurídica, isto é, existindo vontade política deverá se empenhar para viabilizá-la dentro das balizas das normas a que se subordina.³⁶

É evidente que não tratamos das situações em que a ofensa legal é patente, de hipóteses em que a conduta pretendida pelo Administrador Público encontra vedação no ordenamento jurídico. Não raramente, a permissão para a atividade administrativa que se pretende implementar somente é possível obter pela interpretação e recurso às demais fontes do Direito Administrativo.

O advogado público responsável pela consultoria jurídica tem o compromisso de viabilizar a implementação das políticas públicas, cujos requisitos legais nem sempre se amoldam perfeitamente ao conjunto fático, exigindo-se um esforço interpretativo do parecerista jurídico para que a gestão administrativa não seja, invariavelmente, negada. Está entre as missões do parecerista jurídico aproximar-se da gestão, jamais ser um incondicional opositor:

Deve-se buscar, com afinco, a eliminação da cultura do conflito envolvendo gestores e advogados públicos, a partir da superação de bloqueios, barreiras e pré-compreensões de parte a parte. Há que se afastar o mito de que, de um lado, para os gestores, os advogados públicos são formalistas em excesso e impedem a execução das políticas públicas; e, de outro, para os advogados públicos, importa por de lado a idéia de que somente nós, técnicos do Direito, detemos o monopólio da virtude e da moralidade pública.³⁷

³⁶ MENDES; Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. A Advocacia Pública na Defesa das Políticas Públicas, da Gestão Responsável e da Segurança Jurídica. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, v. 10, n. 04, p. 179, out./dez. 2018.

³⁷ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A Advocacia Pública Consultiva Federal e a Sustentabilidade Jurídico Constitucional das Políticas Públicas: Dimensões, Obstáculos e Oportunidades na atuação da

O parecerista jurídico, mesmo tendo independência funcional perante o Administrador, para promover a livre interpretação do ordenamento jurídico, desde que feita de forma fundamentada, terá como obstáculos a superar, não só aqueles que o próprio desenvolvimento da hermenêutica lhe impõe, tendo que se afastar das suas próprias convicções pessoais em prol do interesse público, mas também o de oferecer solução, nas hipóteses em que a pretensão administrativa não possa se efetivar na maneira inicialmente proposta pelo gestor público.

Os atos administrativos, quando editados, presumem-se legais, legítimos e verdadeiros até prova em contrário. Dessa forma, essa mesma presunção deve nortear a atividade de consultoria jurídica no tocante à pretensão administrativa e, por esse motivo, o Administrador Público deve encontrar no parecerista jurídico alguém que efetivamente esteja envolvido com o espírito de realização do interesse público e não um inviabilizador de políticas públicas, apegado à literalidade da lei ou incondicionalmente ao Princípio da Estrita Legalidade.

A auditoria, por sua vez, desempenha relevante função de controle de legalidade, não só do ato administrativo, mas de toda a atividade administrativa. Contudo, esse controle é realizado, em regra³⁸, tempos após a sua edição, quando todos os documentos necessários instruem (e eventualmente pode ter deixado de instruir quando da emissão do parecer) o processo administrativo, além de já se ter produzido todos os efeitos decorrentes daquele ato.

Nota-se, quando realizada, que não há qualquer preocupação do responsável pela auditoria com a implementação da política pública constante da agenda do órgão ou entidade auditada.

Conforme o Glossário de Termos do Controle Externo, atualizado pela Portaria-SEGECEX nº 27, de 24 de outubro de 2017:

Auditoria – [...] **instrumento de fiscalização** utilizado pelo TCU para examinar a **legalidade** e a **legitimidade** dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua **jurisdição**, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia

Advocacia-Geral da União. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília-DF, Ano VIII, n. 19, p. 40, Jan./Mar. 2009.

³⁸ Em regra, porque eventualmente poderá ocorrer a realização de uma auditoria extraordinária durante a tramitação do processo que resultará na edição de um ato administrativo.

dos atos praticados; subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro (RITCU, Art. 239, I a III).³⁹ (grifado no original)

Enquanto órgão eminentemente de controle, as auditorias “apenas participam da ação estatal, para fiscalizar a manifestação de vontade do órgão ativo, quanto à sua formação e consecução, mediante apuração da legitimidade ou de mérito da ação dos órgãos ativos.”⁴⁰

Em resumo, podemos dizer que enquanto a consultoria participa da construção da vontade estatal, a auditoria fiscaliza a vontade produzida. A consultoria jurídica atua num controle de legalidade preventivo, a auditoria desempenha um papel repressivo.

1.3. O parecer no ordenamento jurídico

No Acórdão, inicialmente paradigmático, do Supremo Tribunal Federal, que enfrentou a problemática da responsabilização do parecerista jurídico, prolatado no Mandado de Segurança nº 24.073-3, restou consignado no voto condutor da lavra do Ministro Carlos Velloso:

O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que opinião técnica jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei.⁴¹

Para fundamentar o entendimento, o relator se valeu das lições do professor Hely Lopes Meirelles, nos seguintes termos:

Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e lecionou:
‘Pareceres – Pareceres administrativo são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva’ (Hely Lopes Meirelles, ‘Direito Administrativo Brasileiro’, 26ª ed., Malheiros Ed., pág. 185).^{42 43}

³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Glossário de Termos do Controle Externo nº Ano 36, nº 31. **Btcu Especial**: Boletim do Tribunal de Contas da União. Brasília, 25 out. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A260233890016055352E7B0A29&inline=1>. Acesso em: 12 jan. 2020.

⁴⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969. p. 101 - 102. v. 2

⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.073-3. Ministro Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF, 06 de novembro de 2002. **Diário da Justiça**. Brasília, 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95952/false>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.073-3. Ministro Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF, 06 de novembro de 2002. **Diário da Justiça**. Brasília, 31 outubro 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95952/false>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁴³ A citação consta na página 194, na 33ª Edição.

Naquela oportunidade, como forma de delimitar o âmbito de responsabilidade que poderia ser atribuída ao parecerista jurídico, entendeu o STF que o parecer jurídico não era ato administrativo e, por conseguinte, não estaria ao alcance do controle do Tribunal de Contas da União, “ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má fé [...]”.

Da passagem mencionada, extrai-se que não é propriamente o fato de o parecer ser ou não considerado ato administrativo que implicaria responsabilidade do seu emitente, mas sim o elemento volitivo que nele resultou.

Não obstante o parecer, seja ou não considerado ato administrativo, ele integra o processo administrativo e se presta a orientar o Administrador Público.

Os manuais de Direito Administrativo, quando tratam dos atos administrativos, além de propriamente conceituá-los, elaboram classificações.

Classificam-se ou se especificam os atos administrativos considerando-se o número de pessoas ou órgãos envolvidos para o seu aperfeiçoamento; quanto ao conteúdo; quanto à forma; quanto aos efeitos; quanto ao âmbito de aplicação e quantas mais se mostrem necessárias, observando-se um determinado aspecto do ato, para que se possa distingui-los uns dos outros.

Segundo a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “pode-se definir **o ato administrativo** como **a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos imediatos, com observância da lei, sob regime de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.**”⁴⁴

Para o professor Edmir Netto de Araújo

***Ato administrativo** como a declaração de vontade do Estado, nessa qualidade, exteriorizada por agente competente e no exercício de suas funções, visando a produção de efeitos jurídicos conforme ao interesse público, com ela objetivados, determinados ou admitidos pelo ordenamento jurídico, em matéria administrativa.*⁴⁵

A professora Lúcia Valle Figueiredo define que o

*Ato administrativo em sentido estrito é a norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário.*⁴⁶

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo. Editora Atlas. 2007. p. 181.

⁴⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 450-451

⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo. Editora Malheiros. p. 174/175.

Observa-se que os conceitos configuram o ato administrativo como uma manifestação/declaração do Estado, ou quem lhe faça as vezes, tendente a produzir efeitos jurídicos voltados ao interesse público. A depender do conceito que se adote, tem-se um maior ou menor alcance do que ele representa na Teoria do Ato Administrativo, como bem ressalta a professora Dinorá Grotti:

Na ausência de um conceito legal de ato administrativo, reiteradamente tem-se dito e propalado que encontrar um conceito de ato administrativo que satisfaça a todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível, pois as divergências ocorrentes entre os mais destacados autores não são meros desacordos verbais, mas revelam, principalmente, as diferentes premissas adotadas e os traços colecionados por quem formula o conceito.⁴⁷

Ainda que não se tenha um conceito unânime, é em uma das classificações que se pode atribuir ao ato administrativo que encontramos o parecer.

Embora o Acórdão prolatado no Mandado de Segurança nº 24.073, cujo trecho acima colocamos, parta da premissa de que o parecer não é ato administrativo, não é incomum os autores classificarem o Parecer como ato administrativo enunciativo, o que pode ser constatado, inclusive na obra *Direito Administrativo Brasileiro*, do professor Hely Lopes Meirelles, utilizada para fundamentar aquela decisão.⁴⁸

Os atos administrativos enunciativos são aqueles que

não veiculam qualquer manifestação de vontade original da Administração, contendo, apenas, declaração de atos, fatos ou opiniões, constantes de registros, processos e arquivos públicos, sendo sempre, por isso, vinculados quanto ao motivo e seu objeto.⁴⁹

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho afirma, considerando os efeitos produzidos pelo ato administrativo:

Esse critério leva em consideração o tipo de efeitos que os atos administrativos podem produzir. Podem ser constitutivos, declaratórios e enunciativos.

[...]

⁴⁷ DALLARI, A. A.; SUNDFELD, C. A.; NASCIMENTO, C. V. D.; VELLOSO, C. M. D. S.; FERREIRA, D.; GROTTI, D. A. M.; MOTTA, F. M.; ECA, F. L. D. G. L. D.; MARTINS, I. G. D. S.; DELGADO, J. A.; OLIVEIRA, J. R. P.; FREITAS, J.; CAMMAROSANO, M.; NOVIS, M.; MATTOS, M. R. G. D.; FILHO, R. F. B.; VALIM, R. R. A.; MARTINS, R. M.; LEWIS, S. A. L. B.; FERRAZ, S.; JUNIOR, V. F. D. O. **TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO 1**. Ato Administrativo I. Perfeição, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013. Versão Digital.

⁴⁸ "Atos administrativos enunciativos são aqueles em que a Administração se limita a certificar ou atestar um fato, ou emitir opinião sobre determinado assunto, sem se vincular ao seu enunciado. Dentre os atos mais comuns desta espécie merecem menção as certidões, os atestados e os pareceres administrativos." MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33 ed. Editora Malheiros p. 193.

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 158.

Por fim, temos os atos enunciativos, cuja característica é a de indicarem juízos de valor, dependendo, portanto, de outros atos de caráter decisório. O exemplo típico é o dos pareceres. Diga-se, aliás, que tais atos não são considerados como típicos atos administrativos por alguns autores.⁵⁰

Embora não trate de atos enunciativos, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, classificando o parecer como espécie de ato administrativo, o conceitua como “a manifestação opinativa de um órgão consultivo em que este expende sua apreciação sobre o que lhe é submetido.”⁵¹

Por sua vez, o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello conceituou o parecer nos seguintes termos:

Parecer é o ato administrativo unilateral pelo qual se manifesta opinião acerca de questão submetida a pronunciamento. Diz respeito a problema jurídico, técnico ou administrativo. Os órgãos que emitem pareceres são denominados *consultivos* e emitem suas opiniões para esclarecer, como elemento auxiliar e preparatório, os órgãos ativos, ou de controle, na consecução dos seus cometimentos.⁵²

Constata-se que, nos conceitos acima apresentados, o parecer é o ato administrativo acrescido da qualidade de “manifestação opinativa” que, a rigor, não atende a todos os elementos que identificam o ato administrativo.

Para o professor Carlos Pinto Coelho Motta, “O parecer jurídico não constitui, em si, ato administrativo. Representa uma peça opinatória especializada, tecnicamente cautelar, que pode e deve ser agregada ao ato, como elemento de sua fundamentação.”⁵³

Em estudo sobre o ato Administrativo, a professora Dinorá Grotti afirma que o parecer, assim como “os ‘atos internos’ da Administração não se integram no conceito estrito de ato administrativo, porque seus efeitos jurídicos são mediatos.”⁵⁴ Por ser ato interno, não interfere na ordem jurídica de terceiros de forma imediata, logo, o

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 133/134.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 448.

⁵² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 583. v. 1.

⁵³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Responsabilidade e Independência do Parecer Jurídico e de seu Subscritor. **Fórum Administrativo – Dir. Público – FA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 28, p.2369-2375, jun. 2003.

⁵⁴ DALLARI, A. A.; SUNDFELD, C. A.; NASCIMENTO, C. V. D.; VELLOSO, C. M. D. S.; FERREIRA, D.; GROTTI, D. A. M.; MOTTA, F. M.; ECA, F. L. D. G. L. D.; MARTINS, I. G. D. S.; DELGADO, J. A.; OLIVEIRA, J. R. P.; FREITAS, J.; CAMMAROSANO, M.; NOVIS, M.; MATTOS, M. R. G. D.; FILHO, R. F. B.; VALIM, R. R. A.; MARTINS, R. M.; LEWIS, S. A. L. B.; FERRAZ, S.; JUNIOR, V. F. D. **O. TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO 1**. Ato Administrativo I. Perfeição, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013.

parecer em si não pode ser objeto de controle, seja judicial ou mesmo administrativo, uma vez que ele, isoladamente, não produz efeitos externos.

Ressalta-se que ainda que não se tenha o parecer como ato administrativo em sentido estrito, trata-se de uma manifestação do Estado ou por quem lhe represente especificamente para aquela função administrativa consultiva, emitida com observância da lei e sob regime de direito público.

1.3.1. Pareceres técnicos e pareceres administrativos

A distinção entre pareceres técnicos e administrativos se mostra relevante para fins de delimitarmos o alcance e a importância do parecer jurídico. O parecer técnico:

é o que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.⁵⁵

Os pareceres técnicos são aqueles em que as opiniões, neles veiculadas, são extraídas da base científica na especialidade que o seu emitente tem a devida formação.⁵⁶

Os pareceres administrativos, aqui nos referindo àqueles que, embora também emitidos por especialistas, não guardam relação estreita com a ciência, mas sim com a política administrativa:

Os segundos (pareceres administrativos) correspondem a um aconselhamento - por certo, também baseado em avaliações emitidas por sujeitos qualificados - mas que envolve conhecimentos e apreciações formuláveis segundo critérios nos quais o que prepondera é uma *política administrativa*.⁵⁷

Na diversidade de matérias com que o gestor público lida diariamente, é de todo aconselhável que, primeiramente, independentemente de ser obrigatória ou não, havendo dúvidas sobre o caminho a seguir, formule consulta ao especialista correspondente, previamente à tomada de decisão.

Se a dúvida é relativa à área médica, o perito médico deve ser instado a emitir o parecer. O mesmo deve ocorrer no caso de dúvida de engenharia ou quaisquer outras matérias que escapam à sua alçada. Nesse contexto, a dúvida que surgir sobre

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19, citando STF, RDA 80/136.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 449.

⁵⁷ Idem.

a interpretação do ordenamento jurídico, a dúvida jurídica⁵⁸ propriamente dita, deve ser encaminhada ao parecerista jurídico responsável por atender a autoridade administrativa consultente.

1.3.2. Pareceres técnicos e sua classificação quanto à indispensabilidade

Especificamente sobre os pareceres técnicos, nos quais os pareceres jurídicos neles se configuram, órgãos ou agentes emitentes não se subordinam à vontade da autoridade administrativa solicitante, bem como não se pode impor a edição do parecer num ou noutro sentido, sob pena de macular o seu conteúdo e a própria tecnicidade que, da sua essência, resulta.

O professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello classificou os pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes: “O *facultativo* consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, sem que qualquer norma jurídica determine sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio.”⁵⁹

Em virtude de não haver a determinação legal exigindo o parecer como pressuposto para tomada de decisão ou avaliação da legalidade do ato administrativo que se pretende produzir, entende-se que o Administrador, no exercício do poder discricionário, pode ou não acatar a conclusão a que chegou o parecerista.

O parecer obrigatório, por sua vez, “consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio.”⁶⁰

Nessas hipóteses, acrescenta que, a solicitação e a emissão do parecer, quando exigida por lei, seria uma fase do procedimento administrativo e a obrigatoriedade estaria somente na sua solicitação. A eventual nulidade estaria na ausência da solicitação e da emissão do parecer previamente ao ato administrativo, uma vez que o ato emitido em sua contrariedade não seria inválido, “poderá quando muito, se injustificável a orientação em contrário, sujeitar o órgão ativo ou de controle às consequências de responsabilidade administrativa, após regular apuração.”⁶¹

⁵⁸ A Dúvida jurídica deve ser formulada de forma clara, com o relato dos fatos, com a sua fundamentação, manifestação conclusiva e formulação de quesitos objetivos. Tudo devidamente instruído com os documentos necessários para a elucidação da questão jurídica suscitada.

⁵⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3 ed. Cidade: Malheiros. 2010. p. 584. v. 1

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

Quanto aos pareceres obrigatórios, no intuito de suprir a exigência legal e agilizar a tramitação de processos administrativos, bem como criar uma uniformização de procedimentos dentro de uma determinada Administração, a Advocacia-Geral da União autoriza que o órgão consultivo emita o que se convencionou chamar de Parecer Referencial.

O Parecer Referencial ou

manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.⁶²

Nessa modalidade de parecer, o parecerista jurídico responsável pelo assessoramento jurídico, em casos recorrentes e idênticos⁶³, elabora um parecer em que todas as questões legais e jurídicas, atinentes à matéria examinada, devem ser apreciadas. Após, encaminha-o para o responsável pela Administração que, no desenvolvimento das suas atividades, deverá certificar que o caso concreto é o mesmo tratado na manifestação referencial.

Com isso, dá-se prosseguimento ao processo, nos casos em que a solicitação é obrigatória, sem a necessidade de encaminhá-lo para a emissão de um parecer todas as vezes que tratar de caso idêntico. Contudo, é de se observar que, nesses casos, a responsabilidade terá maior peso sobre o Administrador, a quem competirá, diga-se, sob pena de responsabilidade, atestar que o caso concreto está apreciado no parecer referencial adotado, conferir e afirmar que a documentação que instrui o processo atende às exigências legais.

Por último, com relação ao parecer vinculante, afirma:

*Parecer conforme, ou vinculante, é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção, e só se admite quando expressamente a lei ou o regulamento dispõe nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo.*⁶⁴

A crítica feita a essa espécie de parecer consiste no fato de que o “parecer vinculante não é parecer: é decisão.”⁶⁵ Entretanto, é de se ponderar que mesmo

⁶² BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Orientação Normativa nº 55**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1278275>. Acesso em: 08 mar. 2020.

⁶³ Por exemplo, prorrogação contratual com fundamento no artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ DALLARI; Adilson de Abreu; FERRAZ. **Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros. 2001. p. 140/141

nessas hipóteses, o Administrador Público poderá deixar de praticar o ato, o que não retiraria a qualidade de parecer.⁶⁶

Fazemos o registro da existência de várias outras formas de classificar o parecer, como a trazida pelo professor Alexandre Mazza.⁶⁷ Deixaremos de reproduzi-la na sua integralidade por não ser o objetivo deste trabalho.

1.3.3. O parecer jurídico e a classificação legal

Embora já tenhamos feito anteriormente, é importante trazer o conceito dado ao parecer jurídico, na obra específica sobre o processo administrativo, da autoria dos professores Adilson de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz:

Parecer jurídico, portanto, é uma opinião técnica dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela respeitabilidade científica de seu signatário, mas que jamais deixa de ser uma opinião. Quem opina, sugere, aponta caminhos, indica uma solução. Até induz uma decisão, mas não decide.⁶⁸

A Lei do Processo Administrativo, Lei nº 9.784/1999, trata dos pareceres obrigatórios e vinculantes e dos obrigatórios não vinculantes.⁶⁹ Houve por bem, o legislador, determinar que o parecer obrigatório é aquele em que a lei obriga que o órgão consultivo seja ouvido para que o devido processo legal e o rito do procedimento administrativo seja cumprido sem mácula. As hipóteses de parecer obrigatório, nesse sentido, estarão expressamente previstas em lei, a exemplo do artigo 38, inciso IV e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, ou artigo 32, da Lei Complementar nº 101/2000.

Entretanto, o dispositivo legal trata também dos vinculantes e não vinculantes sem, contudo, trazer uma conceituação de quando estaremos diante de um ou de outro. Até então, não há nenhuma dissonância com a classificação dada aos pareceres, trazida em um tópico anterior.

⁶⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3 ed. Cidade: Malheiros. 2010. p. 585. v. 1

⁶⁷ MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁶⁸ Idem. DALLARI; Adilson de Abreu; FERRAZ. **Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros. 2001. p. 140.

⁶⁹ Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Na legislação, especificamente sobre a conceituação do que seria o parecer vinculante, que pode ser encontrada nos artigos 40 a 42, da Lei Complementar nº 73/1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, parece-nos divergente do que a doutrina chama de parecer vinculante. Os dispositivos legais além de conceituá-los, trazem os efeitos que deles emergem.

Definiu-se que o parecer emitido pelo Advogado-Geral da União, se aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial, vincula toda a Administração Federal e, se apenas aprovado (não publicado), somente vincula as entidades e órgãos interessados, a partir do momento de que tomam ciência da opinião emitida, obedecendo a mesma sistemática dos pareceres emitidos pela Consultoria-Geral da União, aprovados pelo Advogado-Geral da União e submetidos ao Presidente da República.

Também serão vinculantes “Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas” para “os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.” Essa modalidade de parecer, por vincular somente o próprio ente administrativo, recebeu a denominação de parecer normativo, que é “aquele que, por ato de autoridade competente, ganha caráter prescritivo, enfim, a opinião passa a ser vinculante no interior do ente público pertinente.”⁷⁰

Ressalta-se, na linha da crítica feita a essa modalidade de parecer, no sentido que “parecer vinculante não é parecer: é decisão”⁷¹. Nela, os pareceres, vinculantes e normativos, podem ser classificados, com carga efetivamente normativa.

Mas, não são esses pareceres vinculantes tratados na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União que estarão integrados a um processo administrativo auditado pelo Tribunal de Contas da União. Logo, não produzem o material necessário à elaboração do presente estudo, uma vez que, embora vinculantes, não necessariamente decorrem de situações dos pareceres classificados como obrigatórios, uma vez que não estarão necessariamente na resolução de um caso

⁷⁰ HEINEN, Juliano. Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte ano 3, n. 11, p. 187, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/89/330>. Acesso em: 09 set. 2019.

⁷¹ DALLARI; Adilson de Abreu; FERRAZ. **Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 140 - 141

concreto e específico. Tais pareceres surgem da necessidade de uniformização do entendimento dentro da Administração Pública, sobre determinado assunto, que encontram entendimentos e encaminhamentos diversos.

Os pareceres aos quais nos referimos e que eventualmente encontra reprovação no Tribunal de Contas da União, são aqueles emitidos pelo parecerista jurídico em decorrência da sua atividade ordinariamente desenvolvida, cuja obrigação consiste em assessorar a autoridade administrativa na tomada de decisões, expedição de atos administrativos, realização de licitações, aplicação de penalidades, entre outras atividades, dada a heterogeneidade de atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

Essas são hipóteses em que a obrigatoriedade ou facultatividade do parecer é observada sob a ótica de uma exigência legal para o cumprimento do devido processo legal nos procedimentos administrativos em que são exigidos.

1.3.4. Efeito de parametrização do parecer jurídico

Muito embora a classificação dos pareceres em facultativo, obrigatório ou vinculante se mostre de grande utilidade para que possamos entender essa importante peça processual que irá nortear o desenvolvimento da atividade administrativa, como já dito, ela é observada sob a ótica de uma exigência legal, para o cumprimento do devido processo legal, consistente em uma determinação imposta ao Administrador Público, de solicitar a emissão de parecer, previamente à tomada de decisão, na edição de um ato administrativo. Entretanto, a mesma classificação não atende quando o parecer é observado sob a ótica da atividade do parecerista jurídico ou da Administração consultiva.

Isso ocorre porque, em rigor, o Administrador Público que dispõe de consultoria e assessoramento jurídicos, sempre que tiver dúvida jurídica sobre o ato administrativo que pretenda editar, terá a obrigação de formular consulta ao órgão competente, considerando o dever de cuidado inerente ao cargo público, sob pena de se ver responsabilizado, caso a decisão tomada seja reprovada pelo órgão de controle.

Após expor os fatos, a fundamentação e a formulação dos quesitos que pretende ver respondidos na sua consulta, sendo da atribuição do parecerista jurídico pronunciar-se sobre a matéria consultada, a emissão do parecer para a resolução da

dúvida jurídica será sempre obrigatória, independentemente de haver a previsão legal determinando a emissão de parecer para o caso específico.

Uma vez questionado o órgão consultivo, tendo sido exposta a dúvida jurídica com todos os fatos e os fundamentos que a revelam, formulando-se os competentes quesitos objetivos, a opinião manifestada pelo parecerista jurídico quanto à legalidade da pretensão administrativa, emana efeitos que serão parâmetros para a decisão do Administrador Público. Se não fosse assim, o parecer jurídico se tornaria um parecer administrativo na sua acepção de aconselhamento.

Nesse ponto, embora possa parecer que estejamos nos contradizendo acerca do caráter opinativo do parecer e o seu efeito de parametrização que se projeta sobre a decisão a ser tomada pelo Administrador Público, pois entendemos que esse efeito é inerente a todo e qualquer parecer que responde a uma dúvida jurídica, independentemente se a sua solicitação é ou não obrigatória, mostra-se necessário diferenciarmos duas situações: uma é a classificação do parecer elaborado pelo órgão consultivo, decorrente da determinação legal; outra são efeitos que emanam de um parecer que responde a uma dúvida jurídica formulada pelo órgão assessorado.

Para a primeira, como expusemos acima, diz respeito aos pareceres trazerem ou não verdadeira norma a ser observada pela Administração Pública, conforme o regime jurídico em que se enquadrar, previstos nos artigos 41 e 42, da Lei nº 73/93 (pareceres vinculantes) ou no artigo 42, da Lei nº 9.784/1999.

A segunda, decorre da própria lógica do regime jurídico administrativo, em que está presente a indisponibilidade do interesse público. O parecer jurídico não é mera peça decorativa do processo administrativo, no qual o Administrador Público poderia desconsiderá-lo sem justificativa ou com justificativa desprovida da tecnicidade necessária para refutá-lo. Aceitar essa hipótese é desconsiderar a utilidade de uma atuação prévia no controle de legalidade dos atos da Administração Pública.

Aliás, um dos argumentos utilizados para a responsabilização do parecerista jurídico em solidariedade com o administrador, como trataremos adiante, é que o parecer integra as razões de decidir do Administrador.

Isso não significa, de modo algum, que não seguir o parecer nessa hipótese torne o ato administrativo nulo pelo fato de desacatá-lo, mesmo porque, como acima salientado, quando tratamos do parecer enquanto ato administrativo, acompanhando a lição da professora Dinorá Grotti, os efeitos do parecer são mediatos e a sua característica enquanto opinião, não desaparece. A nulidade decorrerá em virtude da

ilegalidade do próprio ato administrativo, perante o ordenamento jurídico, quando e se eventualmente declarada, mas não por estar em desacordo com os parâmetros trazidos no parecer.

O parecerista jurídico, quando da emissão do seu parecer, fará a análise da pretensão do Administrador Público perante o ordenamento jurídico, para apontar não só os aspectos de (i)legalidade, mas também sugerir caminhos em que o mesmo fim será alcançado, alterando-se, por vezes, a forma utilizada.⁷²

Contudo, o Administrador Público que eventualmente entender por não seguir o parecer emitido pelo órgão consultivo, deverá desenvolver motivação robusta, para justificar a sua decisão⁷³, uma vez que, caso seja auditado pelos órgãos de controle, o ato administrativo será avaliado também sob o prisma dos parâmetros do entendimento lançado no parecer jurídico desacatado.

A ciência do Direito e as regras de hermenêutica são fluidas e dinâmicas, o que implica, caso não seja hipótese de ilegalidade manifesta, existirem diversas interpretações sobre um mesmo tema, sobre um mesmo assunto:

Registre-se de plano que direito é controvérsia, no sentido de que dificilmente haverá algum tema jurídico insuscetível de discussão. É perfeitamente normal que diferentes profissionais do Direito tenham opiniões divergentes sobre determinada questão. Isto ocorre porque conforma já está assentado na doutrina, a norma jurídica comporta uma pluralidade de interpretações.

Em um parecer o profissional do Direito que o elabora deve, diante do caso concreto e analisando as possíveis interpretações, apontar solução que lhe pareça a melhor, a mais consentânea com o sistema jurídico, a mais adequada para a realização dos fins que ditaram a edição da norma interpretada.

Interpretar um texto normativo é algo mais do que ler a sequência de palavras que o integram. Por certo, qualquer pessoa alfabetizada é capaz de ler um texto normativo, mas somente alguém dotado de conhecimentos técnicos e científicos em Direito é capaz de apreender todo o seu conteúdo, retirando daí ilações de ordem prática.⁷⁴

⁷² Exemplificando: Determinada Entidade Pública pretende realizar um determinado evento, no qual existe um particular interessado em financiá-lo, em troca da exposição da sua marca. Consulta-se o órgão de consultoria sobre a viabilização dessa parceria. Considerando, no mínimo, o Princípio da Impessoalidade, a celebração da parceria deixaria de ser recomendada. Entretanto, seria possível recomendar que, havendo o interesse público na realização do evento (tudo devidamente motivado), a entidade, com prazo razoável, publicasse edital de chamamento público buscando financiamento, oferecendo, em contrapartida, a exposição de marca a todos os particulares que tivessem interesse e preenchessem os requisitos de seleção, previamente estabelecidos.

⁷³ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou **discrepem de pareceres**, laudos, propostas e relatórios oficiais; (g.n.)

⁷⁴ Idem. DALLARI; Adilson de Abreu; FERRAZ. **Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 139 – 140.

Não é de todo improvável, aliás bastante plausível, que o Órgão de Controle, em eventual processo de auditoria, tenha o mesmo entendimento do Administrador Público que, nesse caso, não sofrerá nenhuma consequência.

Entretanto, na hipótese das suas justificativas serem rechaçadas, arcará com a responsabilidade pela não observância do parecer jurídico e, se ainda for justificável⁷⁵, pela declaração de nulidade do ato administrativo emitido em desacordo com o parecer.

Poderá ocorrer, ainda, que o Administrador Público aja em total observância às considerações do parecerista jurídico e, ainda assim, veja o ato administrativo reprovado pelos órgãos de controle. Nessa hipótese, salvo comprovação de ocorrência de dolo ou má fé, é importante investigar quando eventualmente será possível apontar que o parecerista jurídico incidiu em erro grosseiro⁷⁶.

1.4. Conclusão

É desejável que a Administração Pública seja controlada em vários níveis, no intuito de ser preservado o interesse público de forma impessoal, em observância à legalidade, incentivando o modo de agir com probidade daqueles que operam a máquina administrativa.

Dada a infinidade de matérias que o Administrador Público se depara diariamente, nem sempre é possível encontrar no ordenamento jurídico um único entendimento sobre o caminho que permita a emissão de um determinado ato administrativo ou na implementação de uma política pública.

Ganha relevo, nesse contexto, o papel desempenhado pela Advocacia Pública, representada por aqueles que desempenham a função pública de parecerista jurídico.

⁷⁵ BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Decreto-lei Nº 4.657/1942**. Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 29 maio 2020.

[...]

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

⁷⁶ BRASIL. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Decreto Nº 9.830/2019**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 29 maio 2020.

Art. 12 [...]

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Ao parecerista jurídico caberá a missão de exercer o controle prévio de legalidade das decisões que o Administrador Público irá tomar, cumprindo-lhe a obrigação de apontar, dentro daquilo que lhe é informado no processo e diante do questionamento jurídico colocado, os aspectos de eventual ilegalidade que se possa incidir.

O parecer jurídico será o veículo no qual o Administrador Público encontrará a opinião jurídica que irá nortear a sua atuação sem, contudo, se ver impedido de decidir de forma contrária, desde que de modo justificado e assumindo a responsabilidade por contrariá-lo.

Contudo, a missão do parecerista jurídico não se restringe a apontar ilegalidades. Vai muito além.

Deve-se buscar, diante dos fatos e elementos fornecidos, caminhos jurídicos e legais que permitam ao Administrador Público atingir a finalidade pública pretendida, com a segurança jurídica que se espera da função administrativa.

Para isso, devem ser observadas as prerrogativas conferidas ao exercício da advocacia ao parecerista jurídico, garantindo-lhe a inviolabilidade pelas suas manifestações, pautadas na lei, não sendo suficiente para apontar como erro grosseiro o fato de o entendimento firmado no parecer ser minoritário ou contrário ao entendimento do órgão de controle.

CAPÍTULO II – RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA E O ERRO GROSSEIRO

No primeiro capítulo fizemos considerações sobre o órgão, o sujeito responsável pela emissão dos pareceres jurídicos que irão nortear as atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

Diante da complexidade dos fenômenos jurídicos e sociais que são diuturnamente criados, impõe-se aos intérpretes os desafios de orientar o Administrador Público sobre a legalidade das suas decisões, sobre a legalidade dos atos administrativos que expedem. A “extensão, a heterogeneidade e a complexidade da função administrativa [...] exige intersecções com diversos campos do conhecimento,”⁷⁷ de modo que diante “da enormidade de temas e disciplinas, dificilmente uma pessoa conseguirá navegar, com segurança, por todos” os ramos do Direito.⁷⁸

Após, analisamos o objeto, no caso os pareceres jurídicos, suas classificações pela doutrina e jurisprudência, bem como o alcance de todo e qualquer parecer, quando emitido para o esclarecimento de uma dúvida jurídica, seguiremos expondo pensamentos doutrinários acerca do tema, o entendimento firmado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os argumentos e fundamentos apontados pela Advocacia-Geral da União, no âmbito do Tribunal de Contas da União, quando promove a defesa dos seus membros quando são responsabilizados pela emissão do parecer jurídico.

O tema exigirá, ainda, a exposição do entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União, no sentido de que o parecerista jurídico deve responder solidariamente com o Administrador Público, em virtude da emissão parecer que considera eivado de erro grosseiro e, em seguida, tratar entendimento firmado, até o momento, no Supremo Tribunal Federal nos casos em que foi provocado.

⁷⁷ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Responsabilidade do Estado: responsabilidade e parecer jurídico no exercício da função administrativa: Responsabilidade e parecer jurídico no exercício da função administrativa. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 139-162, set. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.20.07.PDF. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁷⁸ MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** - Anotada: decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 2.

Para finalizar o capítulo trataremos sobre o erro grosseiro definido na doutrina e as implicações da definição introduzida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, promovidas pela Lei nº 13.655/2018 e a sua definição normativa trazida pelo Decreto nº 9.830/2019.

2.1. Responsabilidade do parecerista jurídico

O tema sobre os limites da responsabilidade do parecerista jurídico há muito vem sendo tratado em inúmeros artigos, capítulos de livros de doutrina e decisões. Os limites dessa responsabilidade, entretanto, não se mostram claros quando, posteriormente, o ato administrativo, editado com apoio no parecer jurídico, seja declarado ilegal pelos órgãos de controle.

Nessas ocasiões, em especial o Tribunal de Contas da União tem posição firmada, no sentido de que o parecerista responde solidariamente com os gestores pelas irregularidades ou prejuízos ao erário, quando evidenciada a ocorrência e erro grosseiro, independentemente do fato de o parecer ser classificado como obrigatório ou facultativo:

8.19. No que toca à responsabilização do parecerista jurídico, a jurisprudência do TCU é no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório - caso em que há expressa exigência legal - ou mesmo opinativo (Acórdão 3745/2017 – TCU – 2ª Câmara – Ministro Relator Aroldo Cedraz).⁷⁹

Dentre as publicações sobre o tema, encontramos pensamentos que procuram refutar o entendimento consolidado na jurisprudência do TCU, invocando desde a inviolabilidade das manifestações do advogado, passando pela natureza jurídica do parecer como ato administrativo meramente opinativo, ausência de competência daquele órgão para sancionar o advogado, até a ausência de lei prevendo solidariedade.

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto apontou que

o poder sancionatório desses órgãos de fiscalização de contas do País, previsto no art. 71, VIII, da Constituição, é exclusivamente dirigido aos gestores administrativos referidos no supracitado art. 70, parágrafo único, pois são esses que exercem competência decisória (administrativa) na

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 337/2019 - Plenário. Ministro Relator: Augusto Nardes. **Ata Nº 5/2019-Plenário.** Brasília, 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2305839%22>. Acesso em 20 nov. 2019.

prática de atos eivados de ilegalidade de despesa ou com irregularidade contábil.⁸⁰

Ademais, aos advogados lhes é conferida a prerrogativa da inviolabilidade pelas suas manifestações:

A inviolabilidade é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro modo, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente, no art. 135 da Constituição Federal, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas de vitaliciedade e de inamovibilidade que privilegiam os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária, mas, ao contrário, sempre com motivação transparente, para que não encubra e mascare atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.⁸¹

Para o professor, os pareceres emitidos para o assessoramento do Administrador Público, não se confundem com os atos administrativos, aos quais se dirigem os dispositivos constitucionais que estabeleceram a competência do Tribunal de Contas, de modo que a aplicação de sanções ao parecerista jurídico por aquele órgão culminaria numa usurpação das funções sancionatórias dos órgãos próprios.⁸²

No mesmo sentido, considerando que em matéria de aplicação de sanções, as competências devem obedecer aos estritos limites impostos pelo ordenamento jurídico, o professor Ronny Charles afirma que a Constituição não conferiu competência ao Tribunal de Contas da União, de forma que na hipótese de se constatar, por parte do parecerista jurídico, caberia a comunicação aos órgãos competentes para a apuração:

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A responsabilidade do advogado de Estado**. Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁸¹ Idem

⁸² “Todavia, essa usurpação de funções sancionatórias sobre Advogados de Estado, a que se arrogam as Cortes de Contas, por si só inconstitucional, por se dar em violação da autonomia funcional de que gozam os órgãos exercentes das funções essenciais à justiça, ainda mais se agrava quando vem aplicada sob o fundamento de pretendida “solidariedade”, porque: 1º - tanto no juízo corporativo interno do ato advocatício *tout court*, como atividade privativa dos órgãos colegiados, conformados por seus pares advogados; 2º - quanto no juízo corporativo interno do ato advocatício de Estado, privativa dos órgãos colegiados, conformados por seus pares advogados de Estado; 3º - quanto, por fim, no juízo jurisdicional externo do ato advocatício, não importando se for ato privado ou público, como competência dos órgãos do Judiciário – se tem que quaisquer sanções, como a de imposição pecuniária, que decorram de imputação de falta profissional de advogado, depende inafastavelmente da prova de culpa ou de dolo, sempre formada em processo próprio, perante órgãos competentes, em que seja franqueada ampla defesa.”

Eventual irregularidade, apurada pelo TCU, no exercício da atividade advocatícia pelo parecerista, como prática de erro grosseiro ou mesmo indícios de conluio com outros agentes para prática de atos de corrupção, deve ser informada às autoridades competentes para apuração de práticas funcionais irregulares, que são os órgãos de corregedoria, ou mesmo de prática de atos de improbidade, como o Ministério Público e o próprio órgão da Advocacia Pública interessada.⁸³

Não é defendido que a inviolabilidade conferida, legal e constitucionalmente, ao advogado parecerista jurídico, tenha imunidade absoluta. Nenhuma prerrogativa ou direito é absoluto. O que se defende é a necessária observância das regras de competência para a apuração da falta e eventual exercício do poder disciplinar pelos órgãos competentes.

Nessas hipóteses específicas, o TCU não teria a competência para sancionar o parecerista, uma vez que, como salientado, ela estaria restrita ao julgamento de contas e sancionar os responsáveis, Administradores Públicos, pela existência de ilegalidade nas despesas que ordenou ou irregularidade contas que prestou.⁸⁴

Para além da própria ausência de competência do TCU para aplicar sanção ao parecerista jurídico, responsabilizando-o solidariamente com o Administrador Público, decorre o fato de não haver no ordenamento jurídico brasileiro a necessária previsão legal para o reconhecimento dessa solidariedade.

Nesse sentido, aliás, Juliano Heinen, esclarece que

De mais a mais, uma das premissas mais basilares do nosso ordenamento jurídico — talvez uma das mais incipientes da ciência do direito — é a de que a solidariedade e a responsabilidade não se presumem, derivam da lei ou do negócio jurídico (art. 265 do Código Civil).⁸⁵

A inexistência de lei, para dar fundamento e sustentar a eventual competência do Tribunal de Contas da União para aplicar sanções ao parecerista jurídico em solidariedade com o Administrador Público, já era observada pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que pontuou inclusive, a título de argumentação, que a solidariedade somente poderia ser feita por reserva constitucional:

⁸³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A responsabilidade solidária do advogado parecerista na licitação e a posição do STF**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10689/a-responsabilidade-solidaria-do-advogado-parecerista-na-licitacao-e-a-posicao-do-stf>. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12 n. 1605, nov. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/revista/edicoes/2007>. Acesso em: 09 set. 2019.

⁸⁴ Idem

⁸⁵ HEINEN, Juliano. Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte ano 3, n. 11, p. 187, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/89/330>. Acesso em: 09 set. 2019.

Ainda que existisse, *ad argumentandum*, essa solidariedade – que, desde logo, não se presume, pois só há de resultar de lei expressa – ainda assim o controle constitucional dessa solidariedade assim inferida de ato de consultoria de Estado é, por reserva constitucional, uma atribuição administrativa exclusiva dos referidos órgãos corporativos competentes de controle por pares e, por óbvio, atribuição jurisdicional, exclusiva do juiz natural do advogado de Estado, uma vez que quaisquer interferências entre órgãos dos três Poderes e, por compreensão, entre todos os demais órgãos constitucionalmente autônomos entre si, tal como se expôs exordialmente, só podem ser instituídos por expressa previsão constitucional – competência esta que, no caso, não se deferiu nem aos órgãos da Administração Pública, nem, tampouco, aos órgãos de contas.⁸⁶

Certamente o tema competência do Tribunal de Contas da União para sancionar o parecerista jurídico em solidariedade com o Administrador Público merece estudo técnico mais aprofundado. Embora tenha relação o presente trabalho, nossa intenção era, tão somente, trazer os argumentos lançados pela doutrina, sob este enfoque.

Ressalta-se que após o julgamento do Supremo Tribunal Federal, proferido nos Mandados de Segurança nº 24.584 e 24.631, a tese da incompetência daquele órgão, para sancionar o advogado parecerista, parece ter perdido força.

2.1.1. Responsabilização do parecerista jurídico e hipótese analisada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil

A responsabilidade do advogado parecerista jurídico foi tema de debates no âmbito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que, ao final do processo, resultou em proposta de súmula vinculante, Processo nº 49.0000.2012.003933-6/COP.

Na ocasião, o cerne da discussão tinha como base a possibilidade ou não de, no âmbito da Administração Pública, responsabilizar o parecerista jurídico pela emissão de parecer jurídico favorável à desnecessidade de procedimento licitatório, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 25, da Lei nº 8.666/1993, para os casos de contratação direta de advogado pela entidade pública assessorada.

O órgão foi demandado em virtude da existência de ações ajuizadas pelo Ministério Público, que tinham por objeto a imputação do crime previsto no artigo 89,

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A responsabilidade do advogado de Estado**. Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

da Lei 8.666/1993, e ações civis públicas, apontando a ocorrência de improbidade administrativa, em face dos pareceristas jurídicos.

Apoiado em julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o Conselheiro Relator, Jardson Saraiva Cruz, concluiu pela necessidade de uniformizar o entendimento, no sentido de que os pareceristas jurídicos não deveriam ser responsabilizados pela emissão de parecer que avalizava a contratação direta de advogados, sem a necessidade de realização de procedimento licitatório.

O primeiro argumento lançado pelo Conselho consistia no fato de que “a impossibilidade de competição sempre se faz presente em casos de prestação de serviços de advocacia”, motivo pelo qual o artigo 25, da Lei de Licitações, restaria atendido.

O segundo argumento consiste no fato de que o estabelecimento de procedimento licitatório para a seleção do advogado a ser contratado pela Administração Pública revelaria um “procedimento mercantil em que se busca o menor preço, suscitando a competição, o que leva a categoria à extrema desvalorização da atividade”⁸⁷, o que é vedado pelo Código de Ética e Disciplina da OAB.

O Conselheiro Federal Revisor, Roberto Lauria, citando a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 24.073, junto ao STF, perfilhou do entendimento de que o parecer jurídico emitido pelo advogado é peça opinativa e concluiu pela necessidade de elaboração da proposta de súmula vinculante ao Supremo Tribunal Federal, por considerar que as ações penais e civis públicas promovidas pelo Ministério Público violavam a liberdade profissional do advogado:

Deste modo, emissão de parecer jurídico está acolhido pela inviolabilidade do artigo 133 da Constituição da República. **Quem emite parecer está exercendo advocacia e não cometendo crime** e é direito do advogado fazê-lo com liberdade, tal qual determina o artigo 7º, inciso I da Lei 8.906/94, ademais, em se tratando de manifestação do pensamento técnico profissional, não há que se falar em criminalização do pensamento.⁸⁸

Ao final do processo, o entendimento firmado foi consubstanciado na formulação das seguintes propostas de súmulas vinculantes ao Supremo Tribunal Federal:

SUMULA N. 04/2012/COP

⁸⁷ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Processo nº 49.0000.2012.003933-6/COP**. Fls. 38.

⁸⁸ Idem. Fls. 51.

“ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (*in totum*) do referido diploma legal.”

SUMÜLA N. 05/2012/COP

“ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º § 3º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB).”

Nota-se, nesse contexto, que no âmbito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a análise sobre a responsabilidade do parecerista jurídico ficou restringida à especificidade de se conferir respaldo jurídico ao advogado nos casos de emissão de parecer jurídico, que conclui pela possibilidade de dispensar o processo licitatório para a contratação direta de advogado pela Administração Pública.

O debate não foi ampliado para estabelecer limites de responsabilização do parecerista, considerando as inúmeras matérias sobre as quais emite pareceres e que, eventualmente, venham a ser inquinados de erro grosseiro, pelos órgãos de controle. A discussão ficou restrita aos pareceres que opinam por inexigibilidade ou dispensa de licitação.

2.1.2. Responsabilidade do parecerista jurídico no exercício da função consultiva perante Advocacia-Geral da União

A emissão de pareceres jurídicos, que orientam a tomada de decisão pelos gestores, no âmbito da Administração Pública Federal, é decorrência das atividades funcionais privativas do advogado integrante das carreiras que compõem a Advocacia-Geral da União.⁸⁹

Assim como toda e qualquer estrutura hierárquica dentro da Administração Pública, a qual possibilita que se exerça o poder disciplinar sobre os agentes públicos que deixam de exercer as suas atribuições com o zelo necessário ao serviço público

⁸⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Parecer sobre a exclusividade das atribuições da carreira de Advogado da União. **Debates em Direito Público**: BDJur, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1-35, out. 2008. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63533/parecer_exclusividade_atribuicoes_di_pietro.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

ou em contrariedade ao que lhe é determinado, a Advocacia-Geral da União também mantém seus meios próprios de correição, legalmente previstos no artigo 5º, da Lei Complementar nº 73/1993.⁹⁰

O órgão correicional, com frequência, é acionado para a avaliação, não só da qualidade, mas também da regularidade dos pareceres jurídicos emitidos pelos seus membros, sendo, no âmbito disciplinar, cobrado do parecerista a devida observância aos pareceres vinculantes, nos termos da Lei Complementar nº 73/1993, como se pode verificar no julgamento abaixo:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. JULGAMENTO. ASSESSORAMENTO CONSULTIVO. AFRONTA DIRETA A PARECER VINCULANTE. DESCUMPRIMENTO DELIBERADO. VIOLAÇÃO DOS DEVERES FUNCIONAIS. AGRAVANTE. PENA DE SUSPENSÃO.

1. Emissão de manifestação jurídica em que se orienta a autoridade administrativa a manter entendimento contrário a parecer vinculante, em razão de haver posição jurisprudencial contrária;
2. A existência de decisões judiciais em sentido contrário não dispensa a autoridade administrativa de dar fiel cumprimento ao parecer vinculante. É possível ao parecerista fazer ressalvas quanto ao mérito, porém não lhe é dado orientar a autoridade no sentido de negar-lhe aplicação;
3. A inobservância culposa de parecer vinculante não configura necessariamente infração disciplinar. Contudo, é inadmissível a afronta expressa, direta e deliberada a parecer vinculante, porquanto implica no esvaziamento de sua autoridade e gera, com isso, danos institucionais, com o comprometimento de sua força normativa;
4. Embora não se tenha vislumbrado má-fé, sem que tenha logrado qualquer proveito, o fato de deliberadamente violar dever inerente ao cargo pode ser tida como agravante, pois cumpria alertar a autoridade julgadora que estava incorrendo em ilegalidade ao afrontar a determinação normativa, ainda que dela discordasse e não reforçar seu descumprimento;
5. A função de Procurador-Chefe engloba todas as atribuições típicas da carreira de Procurador Federal na Entidade, razão pela qual a competência para apuração disciplinar relativa a atos praticados no exercício de tal função compete exclusivamente ao Procurador-Geral Federal;
6. Violação dos deveres funcionais inculpidos nos incisos II e III, do art. 116, da Lei nº 8.112/90, e aplicação da penalidade de 2 (dois) dias de suspensão. (00407.013698/2018-98 - Seção Colegiada do NAJ de 05/12/2019)

⁹⁰ Art. 5º - A Corregedoria-Geral da Advocacia da União tem como atribuições:

- I - fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia-Geral da União;
- II - promover correição nos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União, visando à verificação da regularidade e eficácia dos serviços, e à proposição de medidas, bem como à sugestão de providências necessárias ao seu aprimoramento;
- III - apreciar as representações relativas à atuação dos Membros da Advocacia-Geral da União;
- IV - coordenar o estágio confirmatório dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União;
- V - emitir parecer sobre o desempenho dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União submetidos ao estágio confirmatório, opinando, fundamentadamente, por sua confirmação no cargo ou exoneração;
- VI - instaurar, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processos administrativos contra os Membros da Advocacia-Geral da União.

No caso acima, o órgão correicional apurou que o fato de haver jurisprudência, em sentido contrário, não autoriza o parecerista jurídico a emitir parecer que, no caso concreto, contrariava a tese em abstrato contida em parecer vinculante. O parecerista foi sancionado pelo órgão de correição integrado pelos seus pares, não existindo dúvidas sobre a competência do órgão para aplicar a penalidade.

Em vista dessa competência legal, conferida à Advocacia-Geral da União para exercer o poder disciplinar e correicional sobre seus membros, o entendimento dessa Instituição é no sentido de que falece de competência ao Tribunal de Contas da União aplicar sanções ao parecerista jurídico membro pertencente aos seus quadros, nas hipóteses em que eventualmente se apura conduta culposa ou erro grosseiro. Esse entendimento pode ser constatado nos casos em que o TCU responsabiliza o parecerista jurídico, membro da AGU, apontando erro grosseiro.

A AGU tem apresentado manifestação sustentando a ausência de competência daquele órgão de controle para aplicação de penalidades aos advogados públicos federais, quando constatada atuação culposa, afirmando que a competência do TCU para aplicar sanções seria restrita às hipóteses de dolo ou fraude comprovados.⁹¹

O entendimento é fundamentado na previsão legal constante do artigo 38, §2º, da Lei nº 13.327/2016, que confere prerrogativa aos membros da AGU de, no exercício de suas funções, serem responsabilizados somente pelos seus órgãos correicionais ou disciplinares, ressaltando que próprio dispositivo fez ressalva às hipóteses de dolo ou fraude⁹², de modo que não seria possível ampliar a competência para os casos de culpa, de erro grosseiro. Esse entendimento guarda consonância com a inviolabilidade do exercício da advocacia.

A Advocacia-Geral da União invoca, ainda, o artigo 75 da Medida Provisória 2.229/2001⁹³, que também determina que a apuração de falta disciplinar seja feita por

⁹¹ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO Nº 615/2020–Plenário. Ministra Relatora: Ana Arraes. **Ata Nº 08/2020-Plenário**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2397113%22>. Acesso em 10 abr. 2020.

⁹² Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:

[...]

§ 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.

⁹³ Art. 75. Os membros da Advocacia-Geral da União, como os integrantes da Carreira de Procurador Federal e de órgãos jurídicos vinculados à Instituição em geral, respondem, na apuração de falta funcional praticada no exercício de suas atribuições específicas, institucionais e legais, exclusivamente

ela própria, em consonância com o artigo 5º, incisos I e III, da Lei Complementar nº 73/1993.

Contudo, o entendimento manifestado pela Instituição tem sido afastado pelos Ministros:

9. A questão central da tese recursal reside em argumentação já trazida anteriormente aos autos e devidamente analisada, qual seja, a impossibilidade, na visão da AGU, de responsabilização de advogados públicos por parte do TCU além das hipóteses de dolo ou fraude, o que já foi devidamente refutado.

10. Com efeito, o voto que sustenta o Acórdão 3.241/2013-TCU-Plenário (primeira deliberação neste processo), assim registrou:

As graves lacunas verificadas no parecer do consultor jurídico conduzem-me à convicção de ocorrência de erro grosseiro e de ausência de diligência mínima no cumprimento do mister legal. Considerando que o parecer jurídico em que se alega respaldar o ato impugnado não foi devidamente fundamentado, não defende tese aceitável, tampouco está alicerçado em doutrina e jurisprudência, não cabe afastar a responsabilidade e a culpabilidade do emissor, tampouco do gestor que o acolheu como motivo para celebração do Convênio 658.571. Nessa linha, trilham os Acórdãos do Plenário deste Tribunal: 62/2000, 19/2002, 75/2002 e 82/2007 e 940/2010.⁹⁴

O entendimento manifestado pela AGU junto ao Tribunal de Contas da União, tem se mostrado alinhado com o mesmo pensamento que vem sendo defendido pela doutrina, isso é, nos casos em que se apura a ocorrência de erro grosseiro ou culpa do parecerista jurídico, a competência para a aplicação de sanções é do órgão correicional da Advocacia-Geral da União.

perante a Advocacia-Geral da União, e sob as normas, inclusive disciplinares, da Lei Orgânica da Instituição e dos atos legislativos que, no particular, a complementem.

§ 1º A apuração das faltas funcionais objeto do **caput**, no que concerne aos membros da Instituição, incumbe à Corregedoria-Geral da Advocacia da União, observada, a cada caso, a atribuição privativamente deferida ao Advogado-Geral da União pelo inciso XV do art. 4o da Lei Complementar no 73, de 1993.

§ 2º A apuração de falta funcional imputada a Procurador Federal, ou a integrante de órgão jurídico vinculado à Instituição em geral, incumbe ao Procurador-Geral, ou Chefe do Departamento Jurídico respectivo, o qual, logo que ultimados os trabalhos, deve submetê-los ao conhecimento do Advogado-Geral da União.

§ 3º O Advogado-Geral da União disporá, em ato próprio e nos termos do § 3o do art. 45 da Lei Complementar no 73, de 1993, sobre a aplicação deste artigo.

⁹⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO Nº 615/2020–Plenário. Ministra Relatora: Ana Arraes. **Ata Nº 08/2020-Plenário**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2397113%22>. Acesso em 10 abr. 2020.

2.1.3. Responsabilização do parecerista jurídico pelo Tribunal de Contas da União

No âmbito do Tribunal de Contas da União, ainda que devesse ser excepcionais os casos em que há imputação de responsabilidade solidária ao parecerista jurídico pelo apontamento de erro grosseiro, a casuística tem mostrado ser corriqueira a ocorrência.

O posicionamento doutrinário, assim como o da Advocacia-Geral da União, aponta ausência de competência do Tribunal de Contas para a apuração de responsabilidade e, conseqüentemente, a aplicação de sanção, nos casos de erro grosseiro, bem como ausência de lei que reconheça a possibilidade, não convence aquele órgão de controle.

Como salientado pelo Ministro do Tribunal de Contas, Benjamin Zymler,

A responsabilidade dos pareceristas jurídicos é tema recorrente nos processos de controle externo. Embora não exerçam função administrativa estrito senso, os advogados podem ser considerados responsáveis por este TCU, pois o art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, c/c art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, autoriza a aplicação de multa por atos praticados com grave infração de norma legal.⁹⁵

Embora a problemática enfrentada pudesse parecer ter sido solucionada com a decisão tomada, de forma unânime, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.073, que havia concluído pela impossibilidade de sancionar o advogado, “dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva,”⁹⁶ o Tribunal de Contas da União, no exercício da sua atividade de controle continua imputando responsabilidade solidária do parecerista com o Administrador Público, quando conclui existir a ocorrência de erro grosseiro.

Não por outro motivo, o tema voltou ao plenário do Supremo Tribunal Federal, pelos Mandados de Segurança nº 24.584/DF e 24.631/DF, tendo sido objeto de amplo debate, que, por maioria, venceu a tese sobre a possibilidade de responsabilizar o parecerista jurídico em solidariedade com o Administrador Público, por erro grosseiro, nos casos em que o parecer obrigatório emitido tiver natureza vinculante.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1851/2015 – Plenário, Ministro Relator: Benjamin Zymler **Ata Nº 30/2015-Plenário**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1477109%22>. Acesso em: 07 nov. 2019.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.073-3. Ministro Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF, 06 de novembro de 2002. **Diário da Justiça**. Brasília, 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95952/false>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Com base no que restou decidido pelo STF, o Tribunal de Contas da União tem reconhecido a responsabilidade e tem aplicado penalidades ao parecerista jurídico com os seguintes fundamentos:

17. No que tange aos argumentos apresentados pelo assessor jurídico no item 12.1, alíneas **a** a **d**, depreendo que estes foram adequadamente refutados pela Serur nos itens 12.2 a 12.10, conforme apresentado abaixo em apertada síntese:

a) no caso concreto, houve prejuízo aos objetivos perseguidos pela Administração, pois apenas três empresas compareceram à licitação e duas foram desclassificadas, uma delas por não ter apresentado a garantia, apesar de ter comprovado o capital mínimo exigido (Peça 9, p. 36). A exigência indevida, portanto, teve efeitos práticos, que redundaram na habilitação de uma única empresa, a da KMD;

b) é irrelevante para apreciação da conduta do parecerista jurídico outro desfecho do processo licitatório que não a contratação em si de determinada empresa;

c) esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao Erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há expressa exigência legal - ou mesmo opinativo. O voto condutor do Acórdão 190/2001-TCU-Plenário expõe com precisão a posição deste Tribunal sobre o tema;

d) a responsabilização solidária do parecerista por **dolo ou culpa** decorre da própria Lei 8.906/1994, art. 32, do art. 186 do Código Civil, que conduz à mesma conclusão, complementado pelo art. 927 do mesmo normativo. Assim, existindo parecer que por dolo ou culpa induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que firam princípios da administração pública, poderá ensejar a responsabilização pelas irregularidades e prejuízos aos quais tenha dado causa;

e) O Supremo Tribunal Federal (STF), tratando sobre a responsabilização de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico, admitiu a responsabilidade solidária do parecerista em conjunto com o gestor, conforme voto condutor proferido em julgamento do Plenário (MS 24.631/DF, de 9/8/2007, Relator Ministro Joaquim Barbosa);

f) o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/1993 prescreve que 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” (parecer obrigatório). O Ministro Marco Aurélio, ao discorrer sobre a responsabilidade do consultor jurídico, no Voto condutor do MS 24.584/DF, de 9/8/2007, concluiu que “ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado” e que “dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que praticarem.”⁹⁷

O acórdão 190/2001-TCU-Plenário, citado no fragmento do voto acima, da relatoria do Ministro Walton Alencar, apreciou e rechaçou os argumentos apresentados pelos advogados que haviam sido responsabilizados juntamente⁹⁸ com

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO 3745/2017 – Segunda Câmara. Ministro Relator: Aroldo Cedraz. **Ata Nº 15/2017-Segunda Câmara**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1649831%22>. Acesso em 20 nov. 2019.

⁹⁸ Juntamente, porque no Acórdão não houve menção à responsabilidade solidária.

o Administrador Público. Dentre os argumentos, nesse caso específico, invocaram a inviolabilidade da manifestação do advogado, bem como interpretação que fizeram da legislação e as peças processuais, sobre as quais emitiram o parecer.

Sem adentrar ao mérito da correção dos argumentos apresentados pelos pareceristas ou da própria decisão que os sancionou, nos interessa observar no Acórdão precursor, ainda citado atualmente, os fundamentos sobre os quais se apoiou o Ministro para atribuir responsabilidade solidária aos pareceristas envolvidos no caso.

Primeiramente, entendeu o relator do Acórdão que num contexto de vários contratos realizados pela Administração Pública, decorrentes de um único processo licitatório, alguns deles se deram sem que houvesse previsão editalícia permissiva. Outros ocorreram em ofensa aos dispositivos da Lei de Licitações, que determinam a modalidade obrigatória de licitação, a depender do objeto e o valor estimado para a contratação.

No caso, a Administração havia realizado três licitações na modalidade convite, sendo que, somadas apenas duas delas, a modalidade obrigatória deveria ser a concorrência. Nesse contexto, entendeu-se haver burla à Lei de Licitações.

Segundo, a contratação para a supervisão de obras, sem licitação, contrariava a Súmula 185, do Tribunal.

Terceiro, não procedia a justificativa apresentada pelos pareceristas, no sentido de que as suas manifestações seriam invioláveis, ante a prerrogativa conferida à Advocacia. A possibilidade de serem sancionados pela emissão dos pareceres decorria diretamente do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil:

Pretendem, os procuradores do DNER, com tais alegações, tangenciar sua responsabilidade administrativa por pareceres emitidos, por mais distorcidas as conclusões apresentadas e por mais danosos seus efeitos sobre o Erário. Como bem demonstra a unidade técnica, esse argumento é insustentável. O próprio Estatuto da Advocacia, citado pelos procuradores, regula, em seu art. 34, as infrações disciplinares que podem ser cometidas pelos advogados, entre as quais estão 'IV - advogar contra literal disposição de lei (...);' e "XIV - deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado" [...].⁹⁹

Na ocasião, o Ministro Relator considerou que as irregularidades encontradas na inspeção eram eminentemente jurídicas e que os pareceristas “tiveram participação decisiva no processo que levou à contratação irregular,

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 190/2001 – Plenário, Ministro Relator: Walton Alencar. **Ata Nº 32/2001-Plenário**. Brasília, 2001. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-83092%22>. Acesso em: 07 nov. 2019.

sem licitação” ao emitirem pareceres “flagrantemente contrários à literal disposição de lei”. Nesse contexto, afirmou que não poderia considerar os pareceres como atos “meramente opinativos, mas integrantes e justificantes do ato final.”¹⁰⁰

2.1.4. Responsabilidade do parecerista jurídico na visão do Supremo Tribunal Federal

Com o julgamento realizado nos autos do Mandado de Segurança nº 24.073¹⁰¹, parecia ter sido pacificado o entendimento sobre os limites da responsabilidade do parecerista jurídico, pelo parecer emitido previamente à edição de ato administrativo posteriormente reputado ilegal pelo Tribunal de Contas da União.

Naquela oportunidade, o parecerista jurídico havia sido responsabilizado pela emissão de parecer jurídico, que avalizava a contratação, por dispensa de licitação, de empresa de consultoria internacional.

Em inspeção, os auditores do TCU entenderam que os motivos elencados para a contratação por dispensa de licitação, a singularidade do prestador de serviço, destoava da realidade, de modo que seria perfeitamente possível a realização do procedimento licitatório.

O Tribunal de Contas da União, firmando o entendimento no Acórdão nº 1915/2003-Plenário concluiu que cabia aos pareceristas jurídicos se posicionarem contrariamente à contratação direta por dispensa de licitação. Entendeu-se que não houve o rigor desejado na averiguação do aspecto referente ao requisito legal da singularidade do prestador de serviço. Por esse motivo, foram incluídos como responsáveis solidários com os gestores públicos.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 10, parágrafo único, art. 71, li, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2, § 3º, art. 7, 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. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., J3a ed., 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.

Nesse contexto, os pareceristas jurídicos impetraram o citado Mandado de Segurança e, em votação unânime, o STF concedeu a ordem para afastar a argumentação trazida pelo órgão de controle e, conseqüentemente, a multa imposta aos pareceristas.

Nesse julgamento se mostra relevante ressaltar que alguns entendimentos foram ali delimitados.

Primeiramente, entenderam os Ministros que “O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo.”¹⁰²

Segundo, “o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão ‘informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.’”¹⁰³

Terceiro, “para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou cometeu erro grave, inescusável.”¹⁰⁴

Quarto, a interpretação divergente da realizada pelo Órgão de Controle não se mostra suficiente para justificar a responsabilidade do parecerista jurídico, ante a inviolabilidade do advogado, consagrada constitucionalmente.

Quinto, ainda que de forma bastante singela, tratou da diferenciação dos pareceres, concluindo que “o autor de parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má fé.”¹⁰⁵

Sexto, o Tribunal de Contas da União não teria competência para impor sanção ao advogado, uma vez que

caberia à Ordem dos Advogados do Brasil apenar as infrações cometidas por advogado, decorrentes de culpa grave, que hajam causado prejuízo a seu constituinte (Lei 8.906/94, art. 34, IX). O mesmo deve ser dito quanto a prática de erro que evidencie inépcia profissional (Lei 8.906/94, art. 34, XXIV).¹⁰⁶

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.073-3. Ministro Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF, 06 de novembro de 2002. **Diário da Justiça**. Brasília, 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95952/false>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

Embora fixados parâmetros objetivos de responsabilidade do parecerista jurídico, eles não foram suficientes para afastar as incertezas no exercício das atividades consultivas ou de controle exercidas pelo TCU. As decisões que impõem sanções aos pareceristas jurídicos são prolatadas com frequência.

Não por outro motivo, a discussão sobre o tema foi novamente levada ao plenário do Supremo Tribunal Federal, pelo Mandado de Segurança nº 24.584¹⁰⁷, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello.

Na oportunidade, os impetrantes, invocando o entendimento lançado no Acórdão que havia concedido a segurança no Mandado de Segurança nº 24.073, fundamentaram seu pedido na ausência de competência do TCU “para fiscalizar pareceres jurídicos emitidos pelos procuradores públicos, que não seriam solidariamente responsáveis com os administradores quanto aos atos por estes praticados.”¹⁰⁸

Em informações prestadas ao STF, o TCU justificou que a situação posta era diversa daquela retratada no Mandado de Segurança 24.073, pois se tratava de aprovação de minuta de convênio e aditivos, em observância ao parágrafo único do artigo 38, da Lei nº 8.666/1993. Por se tratar de parecer técnico adotado pelo administrador, haveria responsabilidade do parecerista.

Fazemos a ressalva de que, na oportunidade da impetração, os pareceristas não figuravam como corresponsáveis na auditoria realizada pela Corte de Contas, mas havia determinação de serem ouvidos, ou seja, determinação para prestarem esclarecimentos.

Ao considerar que se tratava de hipótese em que a investigação realizada pelo TCU se dava em virtude de pareceres emitidos por força de determinação legal (artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8666/1993), o Ministro Relator firmou o entendimento de que o parecer não é “simples peça informativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ementa: “ADVOGADO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE – ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/1993 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.”

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.584-1. Ministro Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de agosto de 2007. **Diário da Justiça**. Brasília, 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur3277/false>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁹ Idem.

Não considerar o parecer como mero “ato opinativo” foi motivação para decidir diversamente do mandado de segurança anterior.

Nesse ponto específico, apoiado na doutrina de René Chapus, o Ministro Joaquim Barbosa fundamentou o seu voto no sentido de que a responsabilização do parecerista jurídico deve ser pautada considerando as seguintes situações:

A primeira situação é aquela em que a consulta é **facultativa**. **Nesse caso**, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;

A segunda hipótese diz respeito àqueles casos em que a consulta é **obrigatória**, e a autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário. Caso pretenda praticar o ato como conteúdo ou forma diversos do que foi submetido à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer.

[...]

Por fim, quando a lei estabelece a obrigação de “decidir à luz de parecer **vinculante ou conforme** (*décider sur avis conforme*), o administrador não poderá decidir **senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir**.¹¹⁰

Nesse caso específico, como dito, não havia ocorrido propriamente a imputação de responsabilidade aos pareceristas jurídicos, mas a determinação audiência em sede de inspeção realizada pelo Tribunal de Contas da União.

Por entender que todos que lidam com a coisa pública têm o dever esclarecimentos, a ordem foi denegada e o dever de prestar informações permaneceu.

Na mesma data ocorreu, também, o julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa. Nesse, o parecerista jurídico estava sendo responsabilizado pela emissão de parecer que, no entendimento do TCU, “teria possibilitado o pagamento em acordo extrajudicial em violação ao art. 100 da Constituição Federal, e esse fato seria ‘indício robusto’ a justificar a necessidade de audiência do impetrante.”¹¹¹

Na oportunidade, o Ministro Relator faz menção ao seu voto-vista, proferido no Mandado de Segurança nº 24.584 e, novamente, lastreado na doutrina de René Chapus, afirma que a responsabilização do parecerista jurídico deve ser pautada considerando a natureza da consulta, se facultativa, se obrigatória ou se o parecer emitido tem natureza vinculante. A ementa do julgamento evidencia a tese firmada:

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.631-6. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 09 de agosto de 2007. **Diário da Justiça**. Brasília, 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90567/false>. Acesso em: 10 nov. 2019.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal qual submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é 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. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

Mandado de segurança deferido.

Nota-se que após esses dois julgamentos, a tese primeiramente firmada, no Mandado de Segurança nº 24.073, evoluiu no sentido de reconhecer a possibilidade de responsabilização solidária do parecerista jurídico com o administrador público, nas hipóteses de consulta obrigatória ou pareceres vinculantes e, conseqüentemente, legitimou a competência do Tribunal de Contas da União para a aplicação de sanção ao advogado parecerista jurídico.

Assim, o entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico pelo Tribunal de Contas da União, tem por base a necessidade de identificar se a consulta é facultativa ou obrigatória.

Sendo a consulta facultativa, o parecer jurídico é meramente peça opinativa e, caso o ato administrativo editado com base nesse parecer seja reputado ilegal pelo TCU, esse órgão não tem competência para sancionar o advogado, ainda que tenha incorrido em erro grosseiro, devendo sua responsabilidade ser apurada perante as “instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias.”¹¹²

¹¹² Idem.

Sendo a consulta obrigatória, de modo que o parecer vincula o administrador público ou no caso de parecer vinculante, o Tribunal de Contas da União terá competência para sancionar o parecerista jurídico solidariamente com o administrador público, uma vez que haverá “efetiva partilha do poder decisório.”¹¹³

Por fim, também se entendeu que haverá a possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico, ainda que se trate de consulta facultativa, no qual o parecer é peça meramente informativa, na hipótese em que esse é emitido com dolo ou má fé.¹¹⁴

Embora possamos extrair essas conclusões sobre os julgamentos acima mencionados e sem propriamente adentrarmos ao mérito da correção ou não da tese vencedora, como vimos, essa não é a diretriz observada pelo TCU nas auditorias em que aponta erro grosseiro do parecerista jurídico.

Aliás, nem mesmo o próprio STF está convencido dos limites fixados.

Primeiro, porque o Tribunal de Contas da União continua apontando pareceristas jurídicos como responsáveis solidários nos processos de auditoria, sob o argumento da ocorrência de erro grosseiro, independentemente da espécie de parecer, se facultativo, obrigatório ou vinculante.

Segundo, porque no Mandado de Segurança distribuído sob o nº 35.815, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, embora tenha concedido medida cautelar para suspender a eficácia de acórdão do TCU que impôs multa ao parecerista jurídico, observou:

A questão relativa à responsabilização do parecerista por danos causados ao erário ainda não restou solvida definitivamente por esta Corte, merecendo apreciação mais aprofundada. Sendo assim, entendo que a pendência de exame, pelo Supremo Tribunal Federal, da questão objeto deste mandado de segurança empresta plausibilidade às alegações da impetrante.¹¹⁵

Adotando esse mesmo entendimento, a Ministra Cármen Lúcia também deferiu medidas cautelares, nos Mandados de Segurança distribuídos sob nº 36.025 e nº

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ “Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto. (Mandado de Segurança 24.073-3).

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35.815. Ministro Relator: Edson Fachin. Decisão Monocrática. Brasília, DF, 16 de agosto de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico nº 169**. Brasília, 17 agosto 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315040133&ext=.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

36.385, sob sua relatoria, para suspender a eficácia de acórdãos do TCU que sancionavam o parecerista jurídico.

Enfim, muito embora tenhamos trazido os entendimentos produzidos pela doutrina, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pela Advocacia-Geral da União, pelo Tribunal de Contas da União e também pelo Supremo Tribunal Federal, as decisões liminares acima informadas demonstram que o tema ainda carece de aprofundamento e encontra campo para análise e considerações, principalmente no que toca à delimitação do que poderá ser o erro grosseiro para fins de imputar a responsabilidade ao parecerista jurídico.

2.2. O erro grosseiro

O erro grosseiro é um termo sempre presente nos debates jurídicos sobre a validade do negócio jurídico, sobre a aplicabilidade do Princípio da Fungibilidade Recursal, sobre a aplicação de pena ao agente público.

O tema não é novo, mas a partir da sua positivação na LINDB, pela alteração promovida pela Lei nº 13.655/2018, como hipótese para a responsabilização pessoal do agente público, ganham fôlego as discussões para estabelecer requisitos objetivos para a sua configuração.

Nesse sentido, mostra-se relevante o estudo do instituto.

2.2.1. O erro grosseiro no âmbito do direito

Nas relações de direito privado, o Código Civil estabelece no seu artigo 171, inciso II, que o negócio jurídico pode ser anulado por vício resultante de erro. O erro, por sua vez, consiste em uma “decisão tomada em função da falsa percepção da realidade.”¹¹⁶

Contudo, nem todo erro trará consigo a possibilidade de anular o negócio jurídico. “Se o erro é acidental (o sujeito teria praticado o negócio, mesmo se tivesse apercebido dele antes) ou indesculpável (o sujeito não se apercebeu de erro perceptível com diligência normal), o negócio jurídico é válido.”¹¹⁷

¹¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 1. Item 11.1.1.

¹¹⁷ Idem.

Ao tratar de vícios do negócio jurídico, o professor Carlos Roberto Gonçalves ensina que o “Erro *Escusável* é o erro justificável, desculpável, exatamente o contrário de erro grosseiro ou inescusável, de erro decorrente do não emprego da diligência ordinária.”¹¹⁸ Em outras palavras, o erro escusável pode ser perdoado, não sendo possível atribuir responsabilidade a quem nele incide. Já o erro grosseiro não pode ser perdoado, de modo que aquele que nele incide, deverá arcar com as consequências que do seu erro decorrem.

Comentando o artigo 138, do Código Civil, o citado professor afirma:

Ao considerar anulável o erro ‘*que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal em face das circunstâncias do negócio*’, o novo diploma explicitou a necessidade de que o erro seja escusável, adotando um padrão abstrato, o do homem médio (*homo medius*), para a aferição da escusabilidade.¹¹⁹

O padrão do homem médio é amplamente utilizado como base, não só para a anulação dos atos jurídicos eivados de erro, junto ao Superior Tribunal de Justiça¹²⁰, mas também para fins de estabelecer competência de órgão do Poder Judiciário, em decisões de conflito de competência, nos casos de falsificação de moeda.¹²¹

No Direito Penal, embora não se utilize o termo erro grosseiro, encontramos o erro classificado como inescusável, evitável ou vencível. O erro inescusável será caracterizado quando “se verificar que uma pessoa de mediana prudência e discernimento, na situação em que o sujeito se encontrava, não o teria cometido. Isto é, teria percebido o equívoco e, portanto, não praticaria o fato.”¹²²

Ressalta-se que o termo “erro grosseiro” foi mencionado em todos os julgamentos feitos pelo Supremo Tribunal Federal em que se discutiu, e ainda se discute, a responsabilidade do parecerista jurídico. Porém, o alcance, quando ele se configura ou quais seriam os limites da responsabilidade do responsável pela emissão de um parecer técnico-jurídico continua indefinido.

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil**. 16. ed. Saraiva. 2018. Item 2.2.2.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 134518. Ministro Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 19 de agosto de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2010. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500646675&dt_publicacao=09/09/2010. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 73 do STJ: “A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual.” Terceira Seção. Brasília, DF, 15 de abril de 1993. **Diário da Justiça**. Brasília, 1993. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹²² ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1

Isso ocorre porque a responsabilidade do parecerista nesses julgamentos foi avaliada, levando em consideração os efeitos decorrentes da classificação do parecer, se obrigatório, se vinculante ou facultativo. Sob esse enfoque, o erro grosseiro ganha relevância pela qualidade atribuída ao parecer e não pela sua essência.

Nos julgamentos realizados no STF, o termo “erro grosseiro” é constantemente mencionado quando se avalia a aplicação do Princípio da Fungibilidade recursal, contrapondo-se à existência de “dúvida fundada” ou “fundada dúvida”¹²³:

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO COM FUNDAMENTO EM MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. RECEBIMENTO COMO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE ANTE A EXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. A aplicabilidade do princípio da fungibilidade limita-se aos casos de dúvida fundada quanto ao recurso cabível. Impossível homenageá-lo quando se deduz espécie recursal impropria e impertinente em substituição aquela expressamente indicada. Agravo regimental improvido.¹²⁴

Nessas ocasiões, a dúvida fundada é afastada quando há previsão legal expressa e clareza da lei sobre o recurso cabível. Assim, não havendo dúvida fundada, faz-se presente o erro grosseiro.

Mas nessas hipóteses é a essência do próprio erro, que determina a possibilidade ou não de aplicação do Princípio da Fungibilidade, não dependendo da qualidade de outro ato.

Entretanto, enquanto o erro grosseiro, inescusável ou indesculpável é causa para a anulação de um negócio jurídico ou para afastar a aplicação do princípio da fungibilidade, no caso do Administrador Público, uma vez configurado, implicará responsabilização pessoal pelos danos que eventualmente resultarem para a Administração.

Por esse prisma, se em matéria negócio jurídico no âmbito do direito privado o erro grosseiro é uma causa de anulabilidade, no âmbito do direito público, em matéria de responsabilidade do agente público, será uma causa constitutiva para a sua responsabilização.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Vocabulário Jurídico (Tesouro)**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=FUNDADA%20D%C3%9AVIDA>. Acesso em: 01 maio 2020.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 134518. Ministro Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 11 de maio de 1993. **Diário da Justiça**. Brasília, 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur116260/false>. Acesso em: 10 abr. 2020.

Uma vez configurado o erro grosseiro, a depender das consequências que eventualmente decorram, poderá resultar na anulação do ato administrativo, surgindo, inevitavelmente, o dever responsabilizá-lo pessoalmente pelos danos causados à Administração Pública.

2.2.2. O erro grosseiro previsto no artigo 28, da LINDB: os embates ocorridos previamente à sanção presidencial

O projeto de lei, que resultou na aprovação da Lei nº 13.655/2018, foi precedida de embates entre apoiadores e defensores do veto integral pelo Presidente da República.

Tanto a manifestação dos juristas apoiadores do projeto, quanto o Parecer emitido pela Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, propugnando pelo veto integral, defenderam e criticaram, respectivamente, quase a totalidade dos artigos que seriam inseridos na LINDB.

Nos dedicaremos a analisar a discussão que se formou em torno do artigo 28, da LINDB, que trata da responsabilização do agente público somente quando ele age com dolo ou erro grosseiro.

Em uma análise preliminar sobre os dispositivos do projeto de lei, a Consultoria Jurídica do TCU entendeu que, pela redação contida no artigo 28, “o agente público pode ser negligente, imprudente e imperito que nada lhe acontecerá, pois estará isento de responsabilidade.”¹²⁵

Diante da forte crítica tecida pela consultoria do órgão de controle, juristas apoiadores do projeto de lei emitiram parecer¹²⁶, procurando demonstrar o equívoco na afirmativa. Eles esclareceram que o dispositivo atacado não se prestava a isentar o agente público das suas responsabilidades, uma vez que essa sempre seria exigida

¹²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consultoria Jurídica. **TC-012.028/2018-5**. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DALARI, Adilson de Abreu; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; MEDAUAR, Odete; JUSTEN FILHO, Marçal; CARRAZZA, Roque; BINENBOJM, Gustavo; ALMEIDA, Fernando Menezes de; SCAFF, Fernando Facury; CÂMARA, Jacintho Arruda; MOREIRA, Egon Bockmann; MENDONÇA, José Vicente Santos de; PEREZ, Marcos Augusto; PIOVESAN, Flavia; MODESTO, Paulo; ROSILHO, André Jajácomo; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. 2018. Disponível em: <http://anastasia.com.br/documentos/PL7448/Parecer-Resposta-TCU.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

quando constatado “dolo ou erro grosseiro, o que inclui obviamente situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave.”¹²⁷

A intenção do dispositivo, afirmaram, “é a de pacificar a famosa discussão a respeito da inviabilidade o não de se responsabilizar advogados e procuradores por suas opiniões exaradas os processos administrativos”¹²⁸, uma vez que, sobre esse ponto, a questão seria pacífica no STF¹²⁹, que admitia a responsabilização do parecerista somente nos casos de dolo ou erro grave.

Diante da aprovação e submissão ao Presidente para sanção, “a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT)”¹³⁰ se mobilizaram no sentido de buscar o veto integral ao projeto de lei, tendo o Tribunal de Contas da União, por uma Consultoria Jurídica, emitido Parecer com essa finalidade.

O parecer da Consultoria Jurídica do TCU, mantendo a crítica anterior, de que o texto do artigo 28 isentaria o agente público das suas responsabilidades, acrescentou que o dispositivo estaria na contramão do que determina a Constituição, pois “simplesmente isenta de qualquer reprimenda aqueles que deixarem de cumprir com seus deveres constitucionais e legais de se conduzirem no exercício do cargo no caminho da busca da eficiência da Administração Pública.”¹³¹

A sanção do dispositivo traria um incentivo aos agentes públicos “mal-intencionados” e os “bem-intencionados, mas de perfil acomodado”¹³², agirem com imperícia, imprudência ou negligência.

Além dos incentivos contrários à boa Gestão Pública, como argumentado, apontou-se que o artigo 28 seria inconstitucional, uma vez que o artigo 37, §6º, da Constituição, exige demonstração de dolo ou culpa para permitir o exercício do direito

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Citando o MS 24.073/DF

¹³⁰ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. Novo vocabulário da Lindb ao direito público. In: MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; Praxedes, Marco (coord.). **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 10 (Coleção soluções de direito administrativo: Leis comentadas. Série I: administração pública)

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consultoria Jurídica. **TC-012.028/2018-5**. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹³² Idem.

de regresso do Estado, em face daquele que causa prejuízos, sem qualquer qualificação do termo culpa.

Assim, ao prever que o agente público seria responsável somente nos casos de dolo ou erro grosseiro, o artigo 28 “ofende o comando constitucional do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, pois não requer a Carta Maior que a conduta tenha revelado erro grosseiro, basta a culpa.”

Em resumo, sobre o erro grosseiro, essa foi a discussão prévia à sanção do artigo 28 e o veto aos seus três parágrafos. O parágrafo primeiro trazia as balizas mínimas para a caracterização do erro grosseiro.

Não se pode dizer que a preocupação manifestada pelos órgãos de controle seja desprovida de fundamento ou não encontre exemplos em abundância. Muito se tem apontado para a Administração Pública e os seus gestores como responsáveis pelos infortúnios que dilapidam o patrimônio público, procurando a todo custo um responsável.

É uma preocupação consentânea com o ordenamento jurídico, os princípios constitucionais da Administração e o momento vivenciado pelo país.

Contudo, nem todo e qualquer ato administrativo praticado em dissonância com interpretação firmada pelo Tribunal de Contas da União deve merecer reprovação, com a responsabilização e punição do autor daquele ato.

Por uma razão pragmática, os agentes públicos mal-intencionados assumem os riscos e sempre trabalham de forma a não assumir responsabilidades que eventualmente venham a ser avaliadas pelo órgão de controle. Os bem-intencionados, de perfil acomodado, em regra, acomodam-se em posição que não precisam decidir.

Sendo o agente público mal-intencionado ou bem intencionado de perfil acomodado, caberá ao órgão de controle demonstrar que a atuação caracteriza o erro grosseiro.

Quanto aos argumentos lançados para se posicionar contra o texto do artigo 28, da LINDB, consistente na afirmação de que a Constituição, no artigo 37, § 6º, fez previsão de responsabilidade por dolo ou culpa, do responsável pelo dano e, na medida em que a legislação evolui para o erro grosseiro, estaria desrespeitando a Constituição, não se justifica diante do entendimento ensinado pela doutrina.

A observação que podemos fazer está no fato de que o artigo 37, §6º, da CRFB, diz respeito à responsabilidade extracontratual do Estado, diante dos “danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros.” Nessas hipóteses, continua o

legislador constituinte, é “assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Referido dispositivo trata de responsabilidade por danos a terceiros, em virtude das atividades desenvolvidas pelo Estado.

O professor Diógenes Gasparini conceituou “a responsabilidade civil do Estado como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável.”¹³³

Nesse sentido, nos casos em que o Estado é condenado ao ressarcimento, por obrigação decorrente de ato ilícito, ou à indenização, por obrigação de ato lícito, poderá exercer o direito de regresso em face do agente causador do dano, que responderá por dolo ou culpa.¹³⁴

Contudo, para que o Estado possa se insurgir em face do agente causador do dano, é necessária a presença de dois requisitos: primeiro, que tenha sido condenado a ressarcir ou indenizar terceiro; e segundo, que esse agente tenha agido com dolo ou culpa.¹³⁵

A avaliação da responsabilidade do agente público, que eventualmente tenha o ato administrativo reprovado pelo órgão de controle, sob o prisma do direito de regresso, previsto no § 6º, do artigo 37, da CRFB, não atende ao requisito do próprio dispositivo constitucional, qual seja o dano a terceiro.

No desempenho da atividade administrativa, a eventual falha do agente público faz nascer o direito do Estado buscar o ressarcimento ou indenização, mas, nesse caso, não se estará tratando de direito de regresso.

Toda a argumentação desenvolvida pela assessoria jurídica do Tribunal de Contas faz parecer existir verdadeiro estado de assalto aos cofres públicos, praticado por agentes públicos.

A visão demonstrada pelo órgão de controle, fundamenta a crítica formulada pelos professores Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr que, sem deixar de reconhecer a necessidade de continuidade no aprimoramento das técnicas de controle, afirmam que “os órgãos de controle tomam para si a competência para

¹³³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 975.

¹³⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 975

¹³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. p. 997.

decidir com liberdade. A rigor, deixam de controlar o cumprimento por parte da Administração Pública da legalidade e passam a criar a própria legalidade.”¹³⁶

A crítica parte da observação quanto ao rigor e frequência com que os agentes públicos têm sido punidos perante órgãos de controle:

Os agentes administrativos somente deveriam ser penalizados quando tivessem atuado com má-fé ou quando tivessem agido com culpa grave, que se caracteriza diante de casos gritantes e excepcionais. Não deveriam ser penalizados quando os órgãos de controle apenas discordam sobre o mérito de suas decisões ou quando discordam da interpretação jurídica dada pelos agentes administrativos diante de temas que sejam ou que admitam controvérsia técnica ou jurídica. A interpretação dos órgãos de controle não poderia ser levada à verdade absoluta, de modo que agentes administrativos fossem penalizados pela mera divergência de entendimento.

Tudo isso parece óbvio, bem óbvio. Mas não é isso que acontece na prática. Os agentes administrativos são penalizados, e com penas duríssimas, mesmo quando atuam com boa-fé, mesmo em casos em que sequer se cogita de desonestidade.

São penalizados por pretensos equívocos, que, na verdade, remontam à divergência de interpretação ou por desatenção às formalidades prescritas em lei. Fala-se de crime de hermenêutica.¹³⁷

Contudo, o rigor que vem sendo implementado pelos órgãos de controle não reflete em eficiência da Administração Pública ou até mesmo na eficiência do controle, mas se presta a afastar os bons e honestos administradores, que “estão com medo, com muito medo, cumprem suas funções pisando em ovos, sob o fio da navalha de um aparato de controle sedento por punições.”¹³⁸

2.2.3. Erro grosseiro como requisito para responsabilizar o parecerista jurídico

A iniciativa de alteração, com o estabelecimento de normas de interpretação do Direito Público surge com o objetivo de trazer segurança jurídica no desenvolvimento da atividade administrativa e, com isso, aumentar a eficiência dessa atividade.

Os autores do projeto de lei, os professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques publicaram um capítulo de livro intitulado “Contratações Públicas e seu Controle” e constataram que a evolução na produção de normas traz como

¹³⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Administração Pública do Medo**. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 24 dez. 2019.

¹³⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Administração Pública do Medo**. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 24 dez. 2019.

¹³⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Administração Pública do Medo**. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 24 dez. 2019.

consequência o aumento de controles que acarretam um crescimento de imprevisibilidades e incertezas:

Além disso, assistimos a um processo contraditório: quanto mais se avança na produção de normas disciplinadores da ação da Administração, mais se aprofunda a precarização da segurança jurídica. Quanto mais crescem processos e controles, maiores a imprevisibilidade e a incerteza. Isso tudo pode pôr em risco os ganhos da estabilidade econômica, política e institucional construída nos últimos anos. A incerteza jurídica é a porta da entrada das violações a direitos. Necessário, pois, melhorar o ferramental que permita assegurar segurança e previsibilidade tanto na ação do Poder Público quanto na sua relação com os indivíduos.¹³⁹

O projeto dos professores foi apresentado e iniciado pelo Senador Antonio Anastasia¹⁴⁰, recebendo o número 349/2015 e, posteriormente, o número 7.448/2017, na Câmara dos Deputados.

Aprovado, foi encaminhado ao Presidente da República, que o sancionou sob a Lei nº 13.655/2018, promovendo alterações no Decreto-Lei 4.657/1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, incorporando, ao seu texto original, os artigos 20 a 30, que tratam das normas de interpretação do Direito Público.

A necessidade de se promover as alterações introduzidas na LINDB nasceu da constatação da existência de uma Administração Pública¹⁴¹ do medo no Brasil, decorrente do excesso e da sobreposição dos órgãos de controle e a insegurança jurídica provocada pela instabilidade na forma de interpretação do direito público.

Essa insegurança provoca a paralisia dos agentes públicos responsáveis pela tomada de decisões, bem como daqueles que emitem opiniões por meio de pareceres técnicos, uma vez que o controle realizado tempos depois deixava de considerar as dificuldades enfrentadas pelo gestor público.¹⁴²

Dentre as normas introduzidas na LINDB, o artigo 28 tratou da responsabilidade do agente público, dispondo que somente responderá pessoalmente nos casos de

¹³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PINTO, Henrique Motta; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de; CAMPOS, Rodrigo Pinto de (org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 278

¹⁴⁰ DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (org.). **Segurança jurídica na aplicação do Direito Público**: comentários à lei 13.655/2018. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 24.

¹⁴¹ Segundo os professores Fabrício Motta e Irene Patrícia Nohara, “**Administração Pública “do medo”**”: para a situação em que, diante da proliferação de oportunidades de responsabilização do administrador, o parecerista começa a ficar com receio de manejar com segurança as oportunidades de agir, em virtude da possibilidade de lhe imputar uma responsabilidade e de ser condenado, mesmo quando agiu da melhor forma ante os obstáculos e do contexto de realidade enfrentado.

¹⁴² MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. In: MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; Praxedes, Marco (coord.). Título. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 10 (Coleção soluções de direito administrativo: Leis comentadas. Série I: administração pública)

dolo ou erro grosseiro.¹⁴³ Referido dispositivo foi submetido à sanção presidencial acrescidos de três parágrafos, mas somente o *caput* foi sancionado.

Talvez a primeira observação que pode ser feita, é identificar quem é o agente público destinatário, contido no dispositivo legal. Nesse sentido, os professores Gustavo Binenbojm e André Cyrino assim explicam:

Em primeiro lugar o texto refere-se ao agente público. Assim, de plano, são abrangidos pela dicção legal os *servidores públicos estatutários* em geral, os *empregados públicos*,¹⁰ contratados no regime da CLT, além de *agentes políticos* e *comissionados*. Deve ser, também, incluída no conceito de *agente* do art. 28 qualquer pessoa que exerça função pública (ainda que temporariamente – como particulares em colaboração com o poder público, ou mesmo os contratados na forma do art. 37, IX da Constituição), além daquele que gerencie recursos públicos mediante delegação, ou em razão de algum tipo de subvenção.

Dito de outra forma, o *agente público* da LINDB é o mesmo da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), conforme seus arts. 1º e 2º. A leitura alargada se justifica pela racionalidade da norma do art. 28: proteção do sujeito que lida com a coisa pública e corre os riscos típicos daí advindos, como, *e.g.*, sofrer uma ação de improbidade.¹⁴⁴

Estabelecido qual o alcance do termo agente público, a aplicação do artigo 28, da LINDB, é destinada àqueles agentes que emitem “decisões”, materializadas em atos administrativos, ou “opiniões técnicas” que darão suporte a esses atos administrativos decisórios, das quais são exemplo, no último caso, o parecer jurídico.¹⁴⁵

Para que o agente público possa responder pelas suas decisões ou opiniões técnicas, expedidas no exercício da sua função administrativa, um dos vícios exigidos pela lei, dolo ou erro grosseiro, deverá estar presente.

O dolo “é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro.”¹⁴⁶, podendo ser feitas as distinções:

O dolo civil não se confunde com o *dolo criminal*, que é a intenção de praticar um ato que se sabe contrário à lei. No direito penal, diz-se doloso o crime quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (CP, art. 18, I). *Dolo civil*, em sentido amplo, é todo artifício empregado para enganar alguém. Distingue-se, também, do *dolo processual*, ou decorre de conduta processual reprovável, contrária à boa-fé e que sujeita, tanto autor como o ré

¹⁴³ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

¹⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)**, Rio de Janeiro, p. 207, nov. 2018.

¹⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2019 (Lei da Segurança para Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 132.

¹⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, 2018. Item 3.

que assim procedem, a sanções várias, como ao pagamento de perdas e danos, custas e honorários advocatícios (CPC, arts. 79 a 81).

No âmbito do Direito Administrativo, o professor Diógenes Gasparini afirma que os “conceitos de culpa e dolo eram, e são, os mesmos do Direito Privado. [...] Dolo, de outra parte, é a vontade consciente do agente público voltada para a prática de um ato que sabe ser contrário ao Direito.”¹⁴⁷

Como requisito para configuração de ato de improbidade administrativa, o dolo é a “vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito (dolo direto), e, inclusive à mera aceitação do risco de produzi-lo (dolo indireto ou eventual).”¹⁴⁸

Nos casos de dolo do agente público, ainda que se encontre dificuldades na demonstração da sua ocorrência, uma vez que demandará todo um conjunto probatório, contém uma fórmula que permite a sua identificação: querer ou não se importar com a produção de resultado sabidamente ilícito. Esse elemento volitivo, previsto no artigo 28, da LINDB, não exige um complemento normativo para determinar o seu alcance.

Entretanto, o *caput* do artigo 28, da LINDB, tratou também do erro grosseiro. Contudo, esse elemento indicativo de possibilidade de responsabilização não permite ser delimitado da mesma forma que o dolo, motivo pelo qual, o vetado dispositivo do §1º trazia no seu bojo um parâmetro que afastava a configuração do erro grosseiro nos seguintes termos:

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

As razões invocadas para determinar o veto residiu no fato de que a fórmula definida permitia desconsiderar a responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária, o que resultaria em insegurança jurídica.¹⁴⁹

Por ser conceito aberto, ausente o parâmetro normativo, fatalmente o termo erro grosseiro induz a sua configuração à observância da base pragmática do “homem

¹⁴⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 976

¹⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 518

¹⁴⁹ Razões do veto ao §1º, do artigo 28: “A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica.”

médio”, adotada pelos órgãos de controle, em especial o TCU, como Administrador Médio.

O que acabamos de afirmar pode ser constatado no julgamento materializado no Acórdão nº 2.391/2018-Plenário, que trataremos no tópico seguinte, no qual o termo Administrador Médio foi substituído por “pessoa com diligência abaixo do normal”.

2.2.4. Erro grosseiro definido pelo tribunal de contas da união após a alteração da LINDB

Após a edição da Lei nº 13.655/2018, o Tribunal de Contas da União, por decisão do plenário, proferiu o Acórdão nº 2.391/2018¹⁵⁰, nos autos da tomada de contas especial, cujo relator foi o Ministro Benjamin Zymler. Nesse acórdão foi dada interpretação ao artigo 28, traçando-se os efeitos decorrentes do erro grosseiro.

Na oportunidade, estava sob julgamento supostas irregularidades na execução de contrato que tinha por objeto a prestação de serviços de transporte executivo a servidores e dirigentes de determinada autarquia federal, virtude de “cobrança por quilometragens acima dos limites franqueados”.¹⁵¹

Uma empresa privada havia sido contratada para receber um valor fixo por quilômetro rodado. A cláusula contratual previa que o quilômetro deveria ser contabilizado a partir do embarque do agente público. Nesses casos, a empresa tinha a obrigação de anotar e submeter ao agente público transportado, que devia avaliar a correção e assinar o relatório, certificando a veracidade das informações.

Foi constatada a

realização de pagamentos sem a comprovação da prestação de serviços, tendo em vista a ausência dos boletins diários de tráfego devidamente assinados pelos usuários, indicando os trechos percorridos pelos veículos, conforme previsto na cláusula quarta, item s.3, do ajuste.¹⁵²

Com relação às irregularidades apontadas, a “deficiente supervisão do Contrato 7/2006 permitiu o pagamento de notas fiscais desacompanhadas da documentação

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2391/2018 - Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler. **Ata Nº 40/2018-Plenário**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2287602%22>. Acesso em: 08 nov. 2019.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² Idem.

exigida no ajuste, as quais contemplavam deslocamentos muito acima do razoável e da média histórica da Funasa.”¹⁵³

Avaliando as falhas cometidas e as disposições da LINDB, artigo 22 e o artigo 28, o Ministro Benjamin Zymler definiu o erro grosseiro nos seguintes termos:

82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “*que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*” (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.¹⁵⁴ (grifado no original).

Gradação do Erro	Pessoa que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)
Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
Erro leve	Com diligência extraordinária - acima do normal	Não anulável

No que toca ao erro grosseiro, o Acórdão 2391/2018 estabeleceu parâmetros para a sua classificação, exigindo para configuração de erro grosseiro o ato praticado por “pessoa com diligência abaixo do normal”.

Nota-se, ante os dispositivos do Código Civil mencionados, nos quais se fundamenta o Acórdão, a manutenção do conceito do dever de diligência do “Administrador médio”, pois ao se entender que o agente público foi “diligente abaixo do normal”, entende-se que ele não atuou dentro da “média”.

Mas o que se pode entender por Administrador Médio? A professora Juliana Bonacorsi de Palma, mencionando excertos de acórdãos do TCU, trouxe algumas balizas:

Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Idem.

que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpra determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010).¹⁵⁵

O conceito de Administrador Médio ou pessoa com diligência abaixo do normal, para adotar a nova nomenclatura utilizada pelo TCU, não atende ao requisito introduzido na lei para permitir a responsabilização pessoal do agente público.

Primeiro porque o Administrador Público, por mais diligente que seja, ante a infinidade normativa existente para regular a atividade administrativa aliada à heterogeneidade de matérias com que deve lidar, possa, em algum momento, errar, sem que isso possa significar que o mesmo seja desidioso no desempenho da sua função.

Segundo, o estereótipo do Administrador Médio jamais será atendido quando entendimento do órgão de controle diverso daquele manifestado pelo o gestor público, quando da edição do ato inspecionado.

Nesse contexto, se o conceito já não mais atende para definir a responsabilização do agente público, por conseguinte, não se presta para configurar a ocorrência do erro grosseiro.

Não se pode deixar, entretanto, de reconhecer uma evolução no entendimento do TCU, uma vez que conceituou o que entende por erro grosseiro além equipará-lo ao que considera culpa grave, pois, pela sua Assessoria Jurídica, quando se manifestou a favor do veto ao artigo 28, da LINDB, considerava que a Constituição não havia diferenciado graus de culpa no artigo 37, § 6º, como apontamos em tópico anterior.

Entretanto, embora tenha feito a conceituação do erro grosseiro, equiparando-o à culpa grave, quando promoveu julgamento da responsabilidade de um dos

¹⁵⁵ ALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o 'administrador médio' do TCU?** 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 13 set. 2019.

agentes públicos envolvidos nas irregularidades encontradas, no mesmo caso, desconstruiu esse entendimento.

Ficou expressamente consignado, no voto do Ministro, que

o aludido agente somente participou de um processo de pagamento, de forma que ele pode não ter tido tempo suficiente para tomar conhecimento das falhas na fiscalização do contrato e do descumprimento das condições contratuais pela empresa, a ponto de poder corrigi-la antes do pagamento.¹⁵⁶

Contudo, entendeu-se que as circunstâncias específicas relativas à culpabilidade do agente, ainda que devesse receber tratamento distinto, não lhe retirava a responsabilidade, pois “como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição”¹⁵⁷. Assim, deve-se observar:

148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

149. No presente caso, compreendo que o responsável agiu com culpa na consumação da irregularidade, não havendo nenhuma desproporcionalidade entre o seu grau de negligência, verificado no cometimento do ato inquinado, e o dano que causou ao erário.

Ao menos para o julgamento do caso constante do acórdão analisado, a parametrização do erro grosseiro formulada não gerou os efeitos pretendidos pelo legislador, no tocante à responsabilização do Administrador Público, por eventuais danos decorrentes da sua atuação.

Nos termos do entendimento firmado, o artigo 28, da LINDB somente teria aplicação nos casos de sanções administrativas, de modo que nas indenizações por prejuízos causados, o regramento a ser observado seria aquele previsto no artigo 37, §6º, da Constituição. Nesse ponto, a Constituição não estabelecia graus de culpa.

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2391/2018 - Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler. **Ata Nº 40/2018-Plenário**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2287602%22>. Acesso em: 08 nov. 2019.

¹⁵⁷ Idem.

Em análise específica e crítica ao acórdão aqui comentado, o professor Joel Menezes Niebuhr¹⁵⁸ apontou três argumentos para demonstrar inconsistência na decisão do TCU.

O primeiro argumento afirma que, ainda que a Constituição tenha mencionado tão somente dolo ou culpa, sem qualquer gradação, também não proibiu que o legislador ordinário o fizesse, motivo pelo qual, exemplifica hipóteses previstas no artigo 143, inciso I e artigo 181, ambos do Código de Processo Civil, que permite a responsabilização de magistrados ou membros do Ministério Público somente por dolo ou fraude.

O mesmo raciocínio se aplica ao artigo 73, da Lei Orgânica do TCU, ao conferir aos seus Ministros, “as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça”¹⁵⁹. Isso é, em caso de responsabilização por perdas e danos, respondem somente por dolo ou fraude, não respondendo por culpa e nem mesmo por erro grosseiro.

Segundo, ao afastar a aplicação do artigo 28, da LINDB, ao argumento de não-conformidade com o texto constitucional, “empreendeu verdadeiro controle de constitucionalidade, o que desborda da sua competência constitucional, em desalinho a decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal.”¹⁶⁰

O terceiro argumento se alinha ao que apontamos acima acerca da responsabilidade prevista no artigo 37, §6º, da Constituição, no sentido de que a regra se destina aos danos causados à terceiros e não à própria Administração, mesmo porque, no dispositivo é garantido o direito de regresso. Esse não era o caso do acórdão.

Ainda, no que diz respeito à interpretação realizada pelo Tribunal de Contas da União, no tocante à inaplicabilidade artigo 28, da LINDB, quanto ao termo erro grosseiro, em hipóteses de responsabilização do agente público, ao argumento de o artigo 37, §6º, da Constituição, não fez previsão na gradação da multa. Esse entendimento também não foi acolhido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA.

¹⁵⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU**. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Idem.

Em junho de 2019 foi realizado um seminário docente intitulado “Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo”, no qual foram aprovados “Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB e seus impactos no Direito Administrativo”.

Dentre os enunciados, o de número 20 fixou o entendimento de que “O art.28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o § 6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da responsabilidade regressiva do agente público.”¹⁶¹

2.2.5. Definição normativa de erro grosseiro

Ante o veto ao §1º, do artigo 28, da LINDB, a interpretação ou definição normativa mínima delimitando o termo erro grosseiro, restou prejudicada.

Somente com a edição do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou os dispositivos da introduzidos na LINDB, o artigo 12 e os seus parágrafos trouxeram parâmetros para avaliar a responsabilidade do agente público:

Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por **culpa in vigilando** aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

¹⁶¹ IBDA, Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo. 2019.** Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 01 abr. 2020.

Observa-se que o erro grosseiro foi definido como “aquele manifesto, evidente e inescusável, praticado com culpa grave.” O Decreto não destoou do modo como a doutrina há muito o define.

O erro grosseiro é o erro que não tem justificativa para ter ocorrido. É o erro “que pode ser traduzido como ‘culpa grave.’”¹⁶² A culpa grave, por sua vez, como o próprio dispositivo determina, é aquela que exige, para a caracterização, “elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.”

A grande contribuição do Decreto consiste em trazer uma gama de elementos, que ajudam a delimitar a ocorrência do erro grosseiro, sem afastar a responsabilidade do agente público.

Importa ressaltar que a sua aplicação em muito contribui para o trabalho desenvolvido pelo parecerista jurídico, de forma a melhor delimitar o âmbito das suas responsabilidades, além de, como já mencionado anteriormente, desvincular o erro grosseiro da eventual natureza que o parecer possa ter.

Sobre o dispositivo e com ele as hipóteses normativas trazidas para a configuração do erro grosseiro do parecerista trataremos no Capítulo 3, uma vez que, juntamente com as proposições que faremos, possibilitará estabelecermos requisitos objetivos para que se possa falar na responsabilização do parecerista jurídico por erro grosseiro.

2.2.6. Requisitos para a configuração de erro grosseiro de agentes públicos no enfrentamento da crise decorrente da pandemia Covid-19

Enquanto escrevíamos o presente trabalho, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde – OMS declarou que o surto de Covid-19 constituía uma emergência de saúde pública de importância internacional – ESPII¹⁶³ e, em 11 de março de 2020, a OMS elevou o *status* da contaminação ao grau de uma pandemia.

¹⁶² HEINEN, Juliano. LINDB -Decreto-Lei 4.657/1942. Art. 28. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS Rafael (coord). **Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Comentários à Lei nº 13.655/2018**. Salvador: Editora JusPodivm. 2019. p. 163.

¹⁶³ World Health Organization. **Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)**. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em: 28 jul. 2020.

No Brasil, o Ministro de Estado da Saúde emitiu a Portaria nº 188/GM/MS¹⁶⁴, de 3 de fevereiro de 2020, declarando Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).

Diante do agravamento da situação no país, o Ministro de Estado da Saúde declarou, em todo o território nacional, pela Portaria nº 454/GM/MS¹⁶⁵, de 20 de março de 2020, o estado de transmissão comunitária do novo coronavírus, situação em que as autoridades de saúde já não mais conseguem rastrear a origem das cadeias de infecção, ou quando as cadeias já envolvem mais de cinco gerações de pessoas.

Em decorrência da solicitação do Presidente da República, encaminhada pela Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020, o Congresso Nacional reconheceu, para os fins do artigo 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, a ocorrência do estado de calamidade pública em face do surto de Coronavírus (Covid-19), editando o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020¹⁶⁶, com efeitos até 31 de dezembro de 2020.

Na vigência do estado de calamidade pública, é exigível que as decisões dos agentes públicos, responsáveis pela gestão administrativa do Estado, sejam tomadas com celeridade. Tais decisões consistem em agir ou deixar de agir, para atingir o interesse público, sendo essa finalidade precípua da Administração Pública.

Em virtude das emergências impostas pelo estado de calamidade e com vista ao necessário aparelhamento e uniformização de procedimentos, foram editados uma infinidade de instrumentos legais normativos com esse objetivo.

¹⁶⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília, Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁶⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 454, de 20 de março de 2020**. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Brasília, Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁶⁶ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20N%C2%BA%206%2C%20DE,18%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020. Acesso em: 18 jul. 2020.

Dentre esses instrumentos, exemplificativamente, foi promulgada a Lei nº 13.979/2020¹⁶⁷, que estabeleceu "as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019." Dentre outras medidas, foi permitido, no contexto de saúde pública ameaçada, que os administradores públicos utilizassem mecanismos mais céleres de contratação de serviços e aquisição de bens, afastando, nos casos por ela regulados, a aplicação dos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/1993.¹⁶⁸

Contudo, como expusemos no Capítulo I, o momento de edição dos atos administrativos se dá em observância às necessidades e situações fáticas que estão sendo vivenciadas pela Administração Pública. A consultoria jurídica, do mesmo modo, é realizada previamente à edição desses atos e elaborada com base na instrução processual até então realizada e a motivação produzida pela autoridade administrativa.

Se o momento em que os atos são produzidos, a celeridade se impõe na tomada de decisões, as inspeções dos órgãos de controle se darão em momento posterior, quando os atos administrativos já foram produzidos e a situação fática poderá ser diversa daquela quando da edição do ato, não mais existindo qualquer angústia na escolha do caminho a seguir.

Nesse contexto de exceção, vivenciado em virtude da pandemia mundialmente reconhecida, atento às dificuldades vivenciadas pelos agentes públicos responsáveis pela emissão de opiniões técnicas e tomada de decisões, que diuturnamente têm que lidar com situações prementes de respostas rápidas, o Presidente da República, com fundamento no artigo 62, da Constituição, editou a Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, que "Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da **covid-19**"¹⁶⁹, com o objetivo de possibilitar

que os gestores possam continuar guiados apenas por dois objetivos – salvar vidas e evitar um colapso econômico do País –, é necessário que tenham um

¹⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

¹⁶⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁶⁹ BRASIL. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

altíssimo grau de segurança jurídica. É preciso que suas decisões mais impactantes, tomadas de boa-fé e voltadas para esses objetivos, sejam livres das amarras futuras de processos de responsabilização. É preciso que o gestor saiba que, especialmente nessa situação, não deve temer que suas ações sejam confundidas com as práticas ilegais daqueles que eventualmente se aproveitarem do momento para corromper.¹⁷⁰

A edição do instrumento normativo teve por finalidade, ainda, estabelecer, como parâmetro para os órgãos de controle, o momento de exceção, vivenciado ao

permitir que o julgamento posterior de responsabilizações seja especialmente orientado pelo contexto atual. Não haverá margem de dúvidas, do ponto de vista legal, sobre os limites que ora se estabelecem. Não haverá ação do tempo que permita a supressão das particularidades da crise que se vive. A imposição normativa será um esquadro permanente a guiar os julgadores dos atos que se praticarem no combate aos efeitos econômicos, sociais e de saúde pública decorrentes da pandemia da Covid-19.¹⁷¹

Com o objetivo delineado na exposição de motivos, o texto da Medida Provisória estabeleceu no seu artigo 1º, incisos I e II, que os agentes públicos somente serão responsabilizados, civil e administrativamente, por ação ou omissão dolosa ou eivada erro grosseiro, pelos atos relacionados com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e as de combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia.

Já no artigo segundo, definiu que “Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.”¹⁷² Ressalta-se que essa mesma definição já havia sido adotada no §1º, do artigo 12, do Decreto 9.830/2019, que agora se elevou ao *status* de lei.

A publicação da Medida Provisória nº 966, deu ensejo à distribuição de sete ações diretas de inconstitucionalidade, com pedidos de concessão de medidas cautelares, propostas pelos Partido Rede Sustentabilidade (ADI nº 6421¹⁷³), Partido

¹⁷⁰ BRASIL. **Exposição de motivos**. Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-966-20.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² BRASIL. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso em: 17/07/2020.

Cidadania (ADI nº 6422¹⁷⁴), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) (ADI nº 6424¹⁷⁵), Partido Comunista do Brasil (ADI nº 6425¹⁷⁶), Associação Brasileira de Imprensa (ABI) (ADI nº 6427¹⁷⁷), Partido Democrático Trabalhista (PDT) (ADI nº 6428¹⁷⁸) e Partido Verde - PV (ADI nº 6431¹⁷⁹). A ação proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade, pretende a declaração de inconstitucionalidade, além do texto integral da Medida Provisória nº 966/2020, também do artigo 28, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/2018, e dos artigos 12 e 14, do Decreto 9.830/2019. A ação proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) busca a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 966/2020 e do artigo 28, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/2018.

Os fundamentos invocados, para ver declarada a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 966/2020, do dispositivo da LINDB e do decreto regulamentador, deram-se, basicamente, sobre os seguintes argumentos: 1) Os diplomas normativos restringem o texto constitucional nas ações de regresso, prevista no §6º, do artigo 37, da Constituição, que não diferencia os tipos de culpa leve ou grave; 2) Ao restringirem o texto constitucional, os dispositivos questionados implicam impunidade e irresponsabilidade do agente público, afrontando o princípio republicano previsto no artigo 1º, da Constituição.

Referidas ações foram distribuídas para a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, tendo sido, as medidas cautelares, apreciadas em sessões virtuais realizadas nas datas de 20 e 21 de maio de 2020. A matéria para a apreciação em regime liminar ficou delimitada somente à Medida Provisória, uma vez que o artigo 28, da LINDB, já estava em vigor há 2 anos, descaracterizando o perigo da demora.

Um dos receios apresentados pelos autores das ações de inconstitucionalidade consistia no fato de existir “resistência de algumas autoridades públicas em seguir as

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6422**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912213>. Acesso em: 17/07/2020.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6424**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912218>. Acesso em: 17/07/2020.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6425**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912219>. Acesso em: 17/07/2020.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6427**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912434>. Acesso em: 17/07/2020.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6428**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5913301>. Acesso em: 17/07/2020.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6431**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5915876>. Acesso em: 17/07/2020.

recomendações científicas e sanitárias expedidas por organizações nacionais e internacionais, o que as imunizaria de responsabilidade.”¹⁸⁰

A alegada inconstitucionalidade, no sentido de que a exigência de erro grosseiro afrontaria o texto constitucional, uma vez que o §6º, do artigo 37, da Constituição, que não diferencia os tipos de culpa leve ou grave, foi afastada pelo Ministro relator, ao salientar que, ao menos “em juízo cautelar”¹⁸¹, não há “nada de intrinsecamente errado em restringir-se ao erro grosseiro, como quis o legislador, com todas as vênias dos entendimentos contrários.”¹⁸² Consequentemente, o segundo fundamento invocado para a declaração de inconstitucionalidade, a ofensa ao princípio republicano, também restou afastado.

A complexidade do problema levado ao STF, nas palavras do Ministro relator, recaiu “na qualificação do que seja erro grosseiro”¹⁸³, de maneira que a medida cautelar, concedida por maioria, aplicando a técnica de interpretação conforme a Constituição foi concedida nos seguintes termos:

CONCLUSÃO

38. Por todo o exposto, defiro parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Confiro, ainda, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

39. Firmo as seguintes teses: “1. *Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.* 2. *A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.*”¹⁸⁴

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421**. Voto do Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Ainda Não Publicado. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_Irb.pdf. Acesso em: 08 jul. 2020.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ Idem.

Interessa-nos a análise dos parâmetros de configuração de erro grosseiro, fixados na tese vencedora no STF. Para a Corte Suprema, normas e critérios científicos e técnicos, além dos princípios da precaução e prevenção, são de observância obrigatória para a tomada de decisão do agente público. Logo, a decisão que esteja apoiada em quaisquer desses *standards*, em tese, não poderá receber o apontamento de erro grosseiro.

Notadamente, é de todo interesse do administrador público e necessária à transparência exigida da Administração Pública, que todas as informações relevantes para a tomada de decisão, bem como a emissão da opinião técnica estejam devidamente apontadas no processo administrativo, uma vez que serão, em conjunto com os critérios fixados na Medida Provisória e no decreto regulamentador da LINDB, os parâmetros necessários para a avaliação de erro grosseiro. Isso foi ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes, no seu voto, lançado para acompanhar o relator, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421, quando da apreciação da medida cautelar:

Também bem andou a MP ao buscar fixar parâmetros de aferição do erro grosseiro. Esses parâmetros são indicativos para o próprio Judiciário e órgãos de controle externo, que deverão considerar, nessa avaliação, os fatos, prognoses e assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão. Em especial, deve-se considerar “a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência” (inciso III) e ainda “o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas” (inciso V).¹⁸⁵

Previamente à tomada da decisão, é bastante provável, caso não haja obrigação legal, que o agente público solicite manifestação dos órgãos técnicos, de modo a dar respaldo à sua decisão. Entre as manifestações técnicas que podem ser solicitadas, estará aquela emitida pelo parecerista jurídico, consubstanciada no parecer.

Sobre esse ponto, é relevante notar que a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que a autoridade competente para a decisão deverá exigir que o parecerista jurídico se manifeste expressamente sobre as normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, impôs ao administrador público a igual

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421**. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Ainda Não Publicado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-mendes-mp-966-voto.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

obrigação de expressamente indicá-los, quando da submissão da questão técnica ao parecerista.

Em outras palavras, além das situações fáticas que justificam a tomada de decisão, deverá indicar as normas e critérios científicos e técnicos que lhes dão fundamento, informando em que sentido pretende decidir, de modo que o parecerista possa igualmente se manifestar sobre a legalidade da pretensão administrativa.

A tese fixada pelo STF corrobora um dos requisitos objetivos propostos no presente trabalho para a configuração de erro grosseiro do parecerista jurídico, que é a existência de dúvida jurídica devidamente formulada pelo administrador público.

2.3. Conclusão

O capítulo teve por objetivo trazer um panorama sobre a responsabilidade do parecerista jurídico, partindo de uma análise de como ela é vista no âmbito doutrinário, perante a Ordem dos Advogados do Brasil, Advocacia-Geral da União, Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Contas da União.

Diante da difícil tarefa de definir essa responsabilidade, surgiu a necessidade de inserção de normas de interpretação do direito público no bojo da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB, fruto do árduo trabalho de juristas envolvidos no projeto de lei que resultou na alteração.

A alteração legislativa impulsionou o Tribunal de Contas a definir, para fins de controle dos atos da Administração Pública, o que entende por erro grosseiro, equiparando-o ao conceito de culpa grave¹⁸⁶.

Essa evolução, contudo, se deu antes da edição do Decreto nº 9.830/2019 e, conseqüentemente, sem as balizas normativas por ele trazidas, o que nos motiva para investigar o quanto elas podem contribuir para a avaliação da existência de erro grosseiro do parecerista.

O erro grosseiro, como requisito para a configuração de responsabilidade do agente público, foi recentemente tratado na Medida Provisória nº 966/2020, editada para trazer segurança jurídica aos agentes públicos responsáveis pela tomada de

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2391/2018 - Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler. **Ata Nº 40/2018-Plenário**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2287602%22>. Acesso em: 08 nov. 2019.

decisões de enfrentamento às situações emergência de saúde pública e aos efeitos econômicos decorrentes da pandemia da Covid-19.

Diante da polêmica que o tema suscita em relação à responsabilização de agentes públicos, o Supremo Tribunal Federal foi instado a decidir, em sede cautelar, estabelecendo parâmetros para a configuração de erro grosseiro, que corroboram com a nossa proposta, tratada no capítulo seguinte.

CAPÍTULO III - PROPOSTA DE REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA JURÍDICO POR ERRO GROSSEIRO

Com a reforma administrativa, que paulatinamente vem sendo implementada desde meados da década de 90¹⁸⁷, tem-se procurado adotar um modelo de Administração Pública Gerencial, no qual a atuação administrativa, adstrita ao princípio da legalidade, deve procurar extrair o melhor desempenho, buscando alcançar, o que mais tarde foi elevada ao patamar de princípio constitucional, a eficiência¹⁸⁸.

O Princípio da Eficiência impõe ao agente público empreender esforços para conhecer e aplicar a legislação, informando-se e atentando-se a todas as normativas que regulam sua atividade, atendendo aos objetivos da Administração Pública, como forma de satisfazer o interesse público.

Como forma de avaliar e preservar a eficiência da atividade administrativa, a própria Administração Pública estabelece um “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”¹⁸⁹, consubstanciando no controle da Administração. Diante disso, em algum momento, os atos administrativos, em sentido amplo, poderão ser submetidos às inspeções realizadas pelos órgãos responsáveis pelo exercício desse controle.

O controle da Administração Pública é resultado da consolidação da democracia e institucionalização do Poder Público, com o desenvolvimento da legislação administrativa, regulando o funcionamento e possibilitando o exercício do controle interno e externo do seu desempenho.¹⁹⁰

¹⁸⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial do Estado, teoria política e ensino da administração pública. **Revista Gestão & Políticas Públicas**, São Paulo, n. 2, 2º Semestre 2011. Artigo Especial. Disponível em: https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/bresser_-_reforma_gerencial_do_estado_teorias_politica_e_ensino_da_administracao_publica.pdf. Acesso em: 02 jan. 2020.

¹⁸⁸ CRFB. Artigo 37.

¹⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 975

¹⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PINTO, Henrique Motta; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de; CAMPOS, Rodrigo Pinto de (org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 278

Não se admite que o desconhecimento da lei seja invocado para afastar responsabilidades¹⁹¹, da mesma forma que o agente público não poderá invocar a ignorância, com o objetivo de se ver livre do controle exercido dentro da Administração Pública.

Se por um lado o controle administrativo impõe uma atuação especializada, prudente e consciente do agente público, a atividade de controle da Administração, exercida pelos seus órgãos competentes, não pode resultar um fim em si mesmo.

A ausência de critérios objetivos, que confirmam estabilidade jurídica aos atos administrativos e, conseqüentemente, segurança aos agentes públicos, resulta em conseqüências nocivas à própria Administração Pública, pois se torna cada vez mais difícil encontrar bons gestores, bons pareceristas jurídicos, pessoas honestas e diligentes para ocupar os cargos nos quais a sua atuação sempre envolverá questões juridicamente controvertidas.

Decidir ou opinar, ainda que de forma responsável e atento ao interesse público, sobre o que eventualmente não se encontra pacificado, impõe um fardo muito pesado, pois, nesses casos, se eventualmente os órgãos de controle interpretarem de forma diversa da realizada, o agente público será responsabilizado pela suposta falha ou erro.

Sob enfoque da eficiência da atividade administrativa desempenhada e o controle sobre ela desenvolvido, mostra-se necessário “que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle.”¹⁹²

Nessa dimensão, a sistemática de interpretação das normas de direito público inseridas na LINDB, pela Lei nº 13.655/2018 e regulamentada pelo Decreto nº 9.830/2019, ao contrário da visão pessimista dos órgãos de controle, servindo “de inspiração para a tomada de decisões racionais, devidamente motivadas dentro de um sentimento de respeito à Constituição, mas sempre considerando a autonomia e

¹⁹¹ BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Decreto-lei Nº 4.657/1942**. Brasília, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 29 maio 2020: Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. LINDB.

¹⁹² SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PINTO, Henrique Motta; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de; CAMPOS, Rodrigo Pinto de (org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277

especificidades dos níveis do ordenamento jurídico”¹⁹³ poderá resultar na melhoria da atividade administrativa e, conseqüentemente, melhor atender ao interesse público.

Essas normas de interpretação ao direito público se prestam não só a trazer mais segurança na atuação do gestor público, mas também promover uma melhor definição de responsabilidades.

O presente capítulo é desenvolvido considerando o conteúdo exposto nos capítulos que antecederam, quanto à missão que deve ser cumprida pelo parecerista jurídico, em especial, o advogado público que desempenha suas atividades em órgãos da Administração Consultiva e a extensão que o parecer jurídico pode alcançar. Também são considerados os entendimentos até então expressados pelo Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal, iniciando com as proposições ofertadas pelo professor José Vicente Santos de Mendonça, para fins de responsabilização do parecerista jurídico.

Concluiremos, por fim, sobre como os parâmetros trazidos pela LINDB e o Decreto nº 9.830/2020, que podem contribuir para a delimitação de requisitos objetivos a serem observados pelo Tribunal de Contas da União, para que possa imputar a ocorrência de erro grosseiro do parecerista jurídico.

3.1. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e as implicações na responsabilidade do parecerista jurídico

De um lado temos a lei, as doutrinas consagradas, a jurisprudência atualizada. De outro, temos advogados públicos que, imbuídos de espírito público, dedicam-se a inovar e buscar o melhor caminho ao Administrador Público para a implementação de políticas públicas.

Em nenhum momento nos referimos àqueles que eventualmente ocupem um cargo para lograr proveitos ilícitos ou apenas estabilidade do serviço público, executando o trabalho de forma desidiosa. Também não consideramos, situações em que a atuação do parecerista jurídico se dá *contra legem* ou se insurge contra jurisprudência absolutamente consolidada, sem que tenha havido qualquer inovação legislativa, jurisprudencial ou, eventualmente, fática, que pudesse justificar o parecer questionado.

¹⁹³ DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (org.). **Segurança jurídica na aplicação do Direito Público**: comentários à lei 13.655/2018. Salvador: Juspodivm, 2019. p.168.

Mas, por mais cuidadoso que seja o parecerista jurídico, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos sempre oferecem riscos, uma vez que no “direito, não existe uma verdade incontestável, ou mesmo um órgão ‘dono’ da verdadeira interpretação da lei.”¹⁹⁴

Em virtude dos riscos de apresentar soluções decorrente de interpretações que em alguma medida pudessem trazer benefícios ao interesse público, a atividade desenvolvida pelos pareceristas jurídicos tem se resumido a indicar tão somente aquilo que outrora já fora apreciado e aprovado pelo Tribunal de Contas da União. Isso ocorre não apenas porque possa vir a ser responsabilizado sob o fundamento de erro grosseiro, por divergir ou por dar interpretação que, posteriormente, não será acatada pelo órgão de controle, mas porque a sua missão é conferir segurança jurídica ao Administrador Público, que se vale da consultoria e assessoria jurídicos por ele prestados.

Ainda que ao longo do parecer jurídico faça a devida fundamentação e conclua com uma interpretação divergente da orientação dada pelo TCU, deverá fazer a ressalva dessa divergência, cabendo ao gestor público, porque dele é a competência de decidir por qual caminho seguir.

Certamente, ainda que a interpretação contrária melhor atendesse ao interesse público que se fazia presente na oportunidade, lhe será mais seguro seguir a orientação do órgão de controle, sob pena de vir a ser responsabilizado futuramente. Com isso, há uma estagnação no desenvolvimento da atividade administrativa, inibindo a evolução e inovação no setor público:

A proliferação de condenações e o tratamento indevido dado à matéria, mais do que proporcionar um maior grau de retidão no gasto do dinheiro público, têm impedido a Administração de lançar mão, em toda sua amplitude, dos instrumentos que a lei lhe confere para agir de maneira mais eficiente e, por conseguinte, econômica, na medida em que acaba por fomentar, na esfera dos órgãos de consultoria, “a cultura do medo [...] e a prática reiterada do ‘não’.”¹⁹⁵

O cuidado e a preocupação na orientação a ser dada será ainda maior nos casos em que não há entendimento pacificado, seja na doutrina, seja na jurisprudência do Tribunal de Contas da União ou de quaisquer das instâncias do

¹⁹⁴ CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. A responsabilização do parecerista na jurisprudência do TCE-PR: análise crítica. **Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 8, p. 33-64, set. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-PG-PR_n.08.02.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹⁹⁵ Idem

Poder Judiciário ou nos casos em que as decisões tomadas devem observar legislação nova, ainda não submetidas ao crivo dos órgãos de controle:

O estado de coisas desenhado pelos fatores do projeto de lei que deu ensejo às alterações de direito público da LINDB é em grande medida extraído das “dores” que muitos dos gestores relatam. Assim, o “diagnóstico” de uma Administração Pública do medo no Brasil revelava que muitas autoridades, com receio do excesso e da sobreposição dos órgãos de controle, em razão da instabilidade da interpretação do direito público, tanto pelos órgãos de controle interno como pelos de controle externo, acabam ficando paralisadas diante das possibilidades de responsabilização, mesmo que em condutas que são, por dever de ofício, obrigadas a ter, bem como a realidade se apresenta repleta de obstáculos, dificuldades materiais e humanas, e o controle *a posteriori* nem sempre ponderava tais circunstâncias.¹⁹⁶

É nesse contexto que sendo o termo “erro grosseiro” um conceito absolutamente aberto, podendo ser caracterizado ou não, a depender da interpretação que se possa fazer da situação posta, mostra-se oportuna a tentativa de definir os elementos necessários à sua configuração, em especial no que diz respeito à atividade do Advogado Público, parecerista jurídico.

Os dispositivos introduzidos na LINDB poderão resultar na melhoria da atividade administrativa, ante as possibilidades interpretativas que serão estruturadas e criadas. Os limites “dependerão também da absorção das orientações e sua interpretação pelos órgãos de controle.”¹⁹⁷

3.1.1. Requisitos normativos para a configuração do erro grosseiro

Com a edição do Decreto nº 9.830/2019, o seu artigo 12, juntamente com seus oito parágrafos, preencheu o vácuo regulatório deixado pelo veto aos parágrafos do artigo 28, da Lei nº 13.655/2018, consubstanciando-se em parâmetro de interpretação autêntica¹⁹⁸, realizada pelo Poder Executivo.

O referido Decreto, em atenção ao disposto na lei regulamentada, estabeleceu que o agente público somente pode ser responsabilizado pessoalmente “por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou

¹⁹⁶ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. Novo vocabulário da LINDB ao direito público. *In*: MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; Praxedes, Marco (coord.). **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 10 (Coleção soluções de direito administrativo: Leis comentadas. Série I: administração pública)

¹⁹⁷ *Idem*.

¹⁹⁸ Uma vez que realizada em uma norma geral e vinculante para a Administração Pública.

cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções”¹⁹⁹, trazendo balizas para a sua caracterização nos seus parágrafos.

3.1.1.1. Erro grosseiro: “erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”

Embora com redação diferente, o §1º, do artigo 12, do Decreto nº 9.830/2019, trouxe parâmetros para a caracterização do erro grosseiro, ainda que de modo menos abrangente que o vetado §1º, do artigo 28, quando da sanção da Lei nº 13.655/2018.

O erro que se configura como “grosseiro” é um erro inescusável, indesculpável, que não pode ser perdoado porque era evidente, ou seja, aquele que “se compreende sem dificuldade, que não oferece dúvidas; claro, manifesto, óbvio, patente”, que “não pode ser contestado ou negado; incontestável, indiscutível, indubitável, irrefutável”.²⁰⁰

Mesmo tendo sido definido o que se entende por erro grosseiro, todos os sinônimos ou adjetivos que lhes foram emprestados, mostram-se igualmente conceitos fluidos, podendo receber uma infinidade de interpretações e alcance.

Nesse ponto, mostra-se importante, para avaliar a ocorrência do erro grosseiro, os fatos e os fundamentos que justificaram a ação ou a omissão do agente público. Importa ver a motivação, eis que elevada a grau de princípio do processo administrativo, será uma das fontes de informação que permitirá avaliar se o erro era suficientemente evidente ao agente público, cujos atos serão, em algum momento, avaliados pelos órgãos de controle. Sobre o Princípio da Motivação, nas palavras do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

17. Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

[...]

Assim, os atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em

¹⁹⁹ BRASIL. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Decreto Nº 9.830/2019**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 29 maio 2020. Artigo 12.

²⁰⁰ MICHAELIS. Evidente. In: **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/evidente/>. Acesso em: 11 maio 2020.

juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou forma aqueles que envasaram a providência contestada.²⁰¹

Sob esse aspecto, se para as decisões se exige a motivação, as razões de fato e de direito que justificaram a ação ou omissão do agente público, o parecer jurídico deverá trazer os fundamentos jurídicos utilizados para o desenvolvimento do raciocínio jurídico realizado, uma vez que o parecerista deve “diante do caso concreto e analisando as possíveis interpretações, apontar solução que lhe pareça a melhor, a mais consentânea com o sistema jurídico, a mais adequada para a realização dos fins que ditaram a edição da norma interpretada.”²⁰²

Parece-nos claro, que a exigência legal de configuração de erro grosseiro como requisito para a responsabilização do parecerista, não representa a imunidade a esse agente público. O objetivo é

evitar a possibilidade de punição pelo chamado ‘crime de hermenêutica’, ou seja, que alguém seja sancionado por conta de ofertar uma interpretação razoável do direito, ainda que não seja aquela que o agente controlador considere a melhor ou a mais razoável.²⁰³

3.1.1.2. Ausência de cumprimento do dever de diligência

Dentre os parâmetros trazidos no regulamento, embora até fosse desnecessária a previsão, considerando o ordenamento jurídico a regular as atividades do agente público, o §8º, do artigo 12, trouxe expressamente a previsão de que o erro grosseiro, como requisito para fins de responsabilização, não afasta o dever “de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.”²⁰⁴ Consequentemente, a exigência de configuração de erro grosseiro, não se prestará a acobertar a emissão de decisões ou pareceres ilegais, nos quais se observa uma atuação deficiente.

A disposição se opõe às críticas ofertadas pelos órgãos de controle durante a tramitação, bem como as que buscavam o veto integral ao projeto de lei, no sentido

²⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. p. 108 - 109.

²⁰² DALLARI; Adilson de Abreu; FERRAZ. **Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 140.

²⁰³ DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (org.). **Segurança jurídica na aplicação do Direito Público: comentários à lei 13.655/2018**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 168.

²⁰⁴ BRASIL. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Decreto Nº 9.830/2019**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 29 maio 2020. Artigo 12, §8º.

de que a responsabilização pessoal do agente público por erro grosseiro lhe permitiria “ser negligente, imprudente e imperito que nada lhe acontecerá, pois estará isento de responsabilidade.”²⁰⁵

O agente público, por obrigação legal, tem o dever de ser diligente²⁰⁶. Ele deve expor todos os motivos que justificam a sua atuação e, partindo do pressuposto de que é conhecedor da legislação com a qual lida, para o exercício da sua função pública, elencar todos os fundamentos legais²⁰⁷ que amparam a decisão ou o ato administrativo a ser editado, apontando, de forma objetiva, todas as dúvidas que se façam presentes, em decorrência da interpretação das leis que se aplicam ao caso concreto.

3.1.1.3. Comprovação de situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o erro grosseiro

A caracterização de erro grosseiro do parecerista dependerá da comprovação de que as informações fáticas e técnicas existentes no processo ao tempo da consulta, o que compete ao agente público consulente fornecer. Em outras palavras, se para as decisões os fatos são conhecidos da autoridade administrativa, nas opiniões, nos pareceres, os fatos são informações que deverão constar do processo para que o parecerista jurídico possa desenvolver o raciocínio atinente à técnica jurídica aplicável ao caso concreto.

O parecerista jurídico “não sabe e não tem como saber - a não ser que lhe digam, valendo aí, *ipsis litteris*, a informação repassada - questões de fato.”²⁰⁸ A ele, todas as situações ou circunstâncias fáticas, que serão analisadas à luz da legislação, devem estar presentes nos documentos que instruíam o processo, juntamente com a motivação desenvolvida pelo agente público, que lhes permitiam ter completo conhecimento sobre o que estava emitindo opinião.

Sob esse aspecto, considerando que nos termos do §4º, do artigo 12, do Decreto nº 9.830/2019, “A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consultoria Jurídica. **TC-012.028/2018-5**. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

²⁰⁶ Exemplificativamente, artigo 116, inciso I, da Lei nº 8.112/1990 e artigo 5º, Parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.087/90.

²⁰⁷ Em observância ao Princípio da Legalidade, artigo 37, da CRFB.

²⁰⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. **Revista da Agu**, [s.l.], v. 9, n. 24, p. 139-166, 30 dez. 2014.

agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público”²⁰⁹, para ser possível a responsabilização do agente público, há a necessidade de se configurar o erro grosseiro, quando o erro seria evidente ao parecerista jurídico, de modo que, nele incidindo, comete erro grosseiro?

De forma inicialmente simplificada, poderíamos responder a esse questionamento no sentido de que somente poderá ser atribuído erro grosseiro do parecerista jurídico quanto aos aspectos de natureza eminentemente jurídica, da sua opinião. Não se trata propriamente de o parecerista atentar-se somente às formalidades do processo, mas que a sua responsabilidade se restrinja ao pronunciamento jurídico sobre as informações e circunstâncias demonstradas pelo Administrador Público consultante.

Sempre que possível²¹⁰ ao parecerista, antes da emissão do parecer jurídico, caso perceba a ausência de informações necessárias ao pronunciamento jurídico, nada lhe impede que formule os questionamentos necessários, sobre os quais tenha dúvidas, quanto aos fatos que motivam a atuação, sobre a qual o agente público solicitou orientação.

Aliás, o §2º, do artigo 12, do Decreto nº 9.830/2019, reforça a obrigatoriedade não só do parecerista em solicitar esclarecimentos, mas ao próprio agente público em fornecê-los na sua totalidade, uma vez que “Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.”²¹¹

Na hipótese de o agente público não fornecer todas as situações circunstâncias fáticas presentes no caso concreto, de que tinha ou deveria ter conhecimento, necessárias à apreciação jurídica do parecerista, não poderá posteriormente afastar sua responsabilidade, sob a justificativa de que a sua decisão foi orientada por parecer jurídico.

²⁰⁹ BRASIL. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Decreto Nº 9.830/2019**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 29 maio 2020. Artigo 12, § 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

²¹⁰ Nem sempre a urgência permite essa diligência.

²¹¹ BRASIL. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Decreto Nº 9.830/2019**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 29 maio 2020.

A disposição contida no §6^{o212}, do artigo 12, deixou claro que a responsabilidade não se estenderá de forma automática ao responsável pela decisão, que se apoiou na opinião técnica questionada, à exceção de se comprovar que lhe seria possível verificar a ocorrência de dolo ou erro grosseiro do parecerista.

Assim, mostra-se de absoluto interesse do agente decisor, carrear aos autos do processo todas as informações necessárias, bem como apontar expressamente a dúvida jurídica que pretende ver solucionada, pois servirá, em um primeiro momento, para colher a melhor orientação jurídica e, em um segundo, para evidenciar a qualidade das suas justificativas, informações e especificação da dúvida jurídica, que será importante para afastar a sua responsabilidade.

Contudo, quando não é possível a devolução do processo para o saneamento de eventuais dúvidas que surjam sobre as situações e circunstâncias que norteiam o objeto da consulta, é bastante comum no ambiente consultivo que os pareceristas jurídicos emitam pareceres com conclusões condicionadas. Assim, desde que cumprida as recomendações colocadas no parecer, o Administrador Público poderá agir ou se omitir, a depender da pretensão administrativa.

Isso ocorre porque, havendo requisitos mínimos para o pronunciamento do parecerista, as condicionantes são traduzidas em boas práticas consultivas, evitando trâmites desnecessários do processo, o que eventualmente poderia resultar na perda do objeto da demanda ou interesse público, como se pode observar do Enunciado nº 31, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União:

BPC nº 31
Enunciado

A atividade consultiva deve zelar pela adequada instrução processual, sendo recomendáveis diligências preliminares para esclarecimentos ou complementação da documentação. Tratando-se de questão complexa ou de imprescindível formalização, as solicitações pertinentes se darão com brevidade, mediante Cota que indique, preferencialmente por quesitos, os elementos necessários à análise.

Esgotadas todas as possibilidades de complementação instrutória, fazendo-se iminente o transcurso do prazo ou o risco de perecimento do objeto da demanda ou do interesse público, e havendo viabilidade de manifestação

²¹² BRASIL. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Decreto Nº 9.830/2019**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 29 maio 2020. Artigo 12, § 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

condicional, esta declinará todas as questões condicionantes a serem observadas pelo assessorado.²¹³

Nesse contexto, no nosso entendimento, essas condicionantes podem fazer parte daquelas às quais o professor José Vicente Santos de Mendonça se referiu “condicionantes reais de cautela”. Não há uma fuga do parecerista, há a análise e as recomendações necessárias para que o processo ou a tomada de decisão pelo Administrador Público possa ser feita com legalidade, desde que cumpridas as exigências das “condicionantes reais de cautela”.

3.2. “A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards.”²¹⁴

Em trabalho apresentado no XXXV Congresso Nacional do Procuradores de Estado, ocorrido em outubro de 2009, o professor José Vicente Santos de Mendonça estabeleceu quatro *standards* para a imputar responsabilidade do parecerista público²¹⁵:

(i) agir com dolo; (ii) cometer erro evidente e inescusável, e se (iii) não tomar providências de cautela, sendo certo que (iv) a interpretação do que é conduta dolosa e do que é erro evidente e escusável deve ser suficientemente restritiva para permitir a existência de opiniões jurídicas minoritárias ou contramajoritárias, considerando a heterogeneidade de ideias e valor constitucional comprovadamente útil à produção dos melhores resultados possíveis ao Direito.²¹⁶

Quanto ao primeiro *standard*, é evidente que o parecerista jurídico sempre deverá ser responsabilizado quando agir com dolo. Contudo ele seria o elemento mais difícil de ser provado e não se conseguirá extraí-lo do parecer, mas de um conjunto probatório que deverá ser desenvolvido. Porém, Mendonça afirma que, “difícilmente vai ser incidente de modo puro, ou porque o advogado vai alegar erro escusável, ou porque imaginará que sua liberdade de opinião e de exercício profissional serão suficientes para escondê-lo.”²¹⁷

²¹³ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. 2016. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/770619. Acesso em: 01 dez. 2019.

²¹⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. **Revista da Agu**, [s.l.], v. 9, n. 24, p. 139-166, 30 dez. 2014.

²¹⁵ Essa foi a nomenclatura utilizada pelo autor do artigo

²¹⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PARECERISTA PÚBLICO EM QUATRO STANDARDS. **Revista da Agu**, [s.l.], v. 9, n. 24, p. 139-166, 30 dez. 2014.

²¹⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PARECERISTA PÚBLICO EM QUATRO STANDARDS. **Revista da Agu**, [s.l.], v. 9, n. 24, p. 139-166, 30 dez. 2014.

Quanto ao segundo *standard*, o professor inicia a exposição indagando:

O que é erro evidente e inescusável numa ciência humana e não-exata como o Direito? Tão aberta a múltiplas interpretações? Em que muitos teóricos já chegaram a defender como essencialmente, indefinida? É questão complexa, quase impossível de ser respondida, certo?"²¹⁸

Em seguida responde: "Errado".²¹⁹

Entretanto, quando faz a afirmação, procura deixar claro que o erro inescusável não se refere às hipóteses de divergência doutrinária, jurisprudencial ou de teses superadas, mas de "erros claros. Erros baseados no parâmetro consistente no que se poderia exigir de um profissional médio"²²⁰, citando, como exemplos, as hipóteses de o parecer jurídico basear-se na legislação revogada ou inaplicável ao caso concreto:

Caso alguma dessas opiniões jurídicas tenha induzido o administrador a erro e gerado prejuízo, nada mais natural do que responsabilizar seu prolator à conta do erro inescusável. Todos os elementos da responsabilização estão presentes: ação, nexos causal, resultado danoso, culpa. Não são cabíveis argumentos do tipo 'administrador é quem, de fato, decide o parecer é apenas uma opinião' se, à luz do caso, o parecer foi, concretamente, o que induziu e motivou o ato danoso. Já é tempo de superarmos, de espírito aberto, o que chamaremos de "falácia da importância oportuna da opinião jurídica": quando se trata de destacar o relevo da função consultiva pública no controle interno de juridicidade, todos, corretamente, sublinhamos a importância *intrínseca* do parecer jurídico; mas, quando se trata de adentrar nos meandros da responsabilização do consultor, o parecer passa a não valer muita coisa, é só mais uma opinião, quase um palpite, que, mesmo se levando a cabo, e ainda que grosseiramente equivocado, opera o milagre de transferir automática, irreversível e inteiramente a responsabilidade da prática do ato (que era seu único objeto e do qual tratava por inteiro e em extensão) à autoridade administrativa.²²¹

O erro inescusável, evidentemente, como já vimos, é o erro grosseiro, agora alçado como requisito mínimo para a responsabilização, não só do parecerista jurídico, mas de qualquer agente público.

Segundo esse *standard*, muito embora se tenha falado num "profissional médio", o professor apontou um parâmetro objetivo para verificar quando o parecerista jurídico incorre em erro grosseiro: emitir opinião com base em legislação revogada, equivocada ou inaplicável, mostrando-se mais adequado, do que o utilizado pelo STF, com base na espécie de parecer emitido:

Se concordamos, então, com o STF, não concordamos na íntegra, e o motivo é o seguinte: a *obrigatoriedade da consulta não tem importância na responsabilização do parecerista*. Esse parâmetro, a rigor a grande novidade do assunto nos últimos tempos, trazido por Joaquim Barbosa a partir de René

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ Idem.

²²¹ Idem.

Chapus, é critério formal, estático, quando a análise de uma responsabilização pessoal sempre se deve dar de modo subjetivo. É dizer, o problema não nos parece que resida na obrigatoriedade do parecer, mas sim se esse parecer, não importa se obrigatório ou facultativo, efetiva e concretamente induziu a autoridade a erro – se há, portanto, nexos causal –, e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável.²²²

Essa constatação muito já adianta para reforçarmos o entendimento de que a responsabilidade do parecerista não deve ser atrelada ao tipo de parecer que emite. Não por outro motivo, a controvérsia ainda não está pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, ainda que se tenha fixado aspectos objetivos para a apuração da ocorrência de erro grosseiro, a grande problemática estará quando não for possível essa avaliação objetiva e quando o parecerista não atuou da forma “que se poderia exigir de um profissional médio.”²²³

O terceiro *standard*, denominou de “não-adoção de condicionantes reais de cautela.”²²⁴ O professor explica que uma condicionante da cautela seria uma forma de o parecerista jurídico evitar responsabilização. São expressões lançadas no parecer jurídico que à primeira vista poderia transferir a responsabilidade totalmente ao Administrador Público.

Uma delas, indica que a opinião jurídica estaria posta e, dali por diante, a responsabilidade pela decisão é do Administrador²²⁵. A estratégia é válida, mas não pode ser admitida quando o parecerista jurídico desenvolve argumento implausível, no curso da exposição não apresenta alternativa e, ao final, acresce um “a juízo discricionário do administrador” como tática exculpante.²²⁶ A outra condicionante de cautela é o dever de informar sobre os riscos jurídicos envolvidos na decisão a ser tomada.

O quarto *standard* denominado de “necessidade de preservação da heterogeneidade de ideias”,²²⁷ seria um “filtro interpretativo dos demais *standards*”, ou seja, com a finalidade permitir a evolução do pensamento e manifestação da

²²² Idem.

²²³ Idem.

²²⁴ Idem.

²²⁵ Exemplo: “Este parecer é meramente opinativo, cabendo ao Gestor Público decidir em consonância com o seu juízo de conveniência e oportunidade”.

²²⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PARECERISTA PÚBLICO EM QUATRO STANDARDS. *Revista da Agu*, [s.l.], v. 9, n. 24, p. 139-166, 30 dez. 2014.

²²⁷ Idem.

diversidade de ideias. Esse *standard* impõe que o dolo e o erro inescusável “devem ser interpretados de modo **restritivo**.”²²⁸

Mas com relação a esse último *standard*, não significa permitir-se ao parecerista jurídico sustentar qualquer opinião. Para a análise, o professor sugere os seguintes limites formais:

Como limites formais, temos (i) a **transcrição de dispositivos normativos**, (ii) a **consulta à jurisprudência atualizada**, (iii) o **apelo ao suporte doutrinário usual**, (iv) a **introdução de inovações a partir de um nível aceitável de redundância**, (v) a **rejeição do uso exclusivo ou majoritário de opiniões pessoais**.²²⁹

A transcrição dos dispositivos normativos implica obrigação do parecerista desenvolver o seu raciocínio jurídico, fundamentando a sua opinião em dispositivos legais aplicados ao caso posto sob análise. A opinião deve estar alicerçada na lei aplicável ao caso concreto.

Como um segundo limite, o parecerista deverá fundamentar a sua opinião em jurisprudência atualizada e majoritária, que deem fundamento ao parecer. A utilização de jurisprudência minoritária ou desatualizada poderá implicar “opinião sem fundamentação consistente.”²³⁰

O suporte doutrinário usual deve corresponder à doutrina consagrada e usual. As novidades doutrinárias devem ser utilizadas a partir de um certo nível de redundância. Essa observação é realizada em parâmetros absolutamente pragmáticos, de modo que a “opinião jurídica precisa ser apresentada como o escrito capaz de ser lido tanto por um administrador quanto pro um juiz, mas não como um trabalho acadêmico.”²³¹

Por fim, como um último limite formal, sugere a rejeição do uso exclusivo ou majoritário de opiniões pessoais. Isso significa dizer que muito embora o parecer seja uma opinião, ela é fundamentada em opiniões de autores consagrados e juízes importantes.

Por fim, para a análise do quarto *standard*, além dos requisitos formais, sugere um limite material para a “necessidade de preservação da heterogeneidade de ideias”, que seria “a **razoabilidade** da tese defendida”²³² no parecer, sem deixar de anotar a

²²⁸ Idem.

²²⁹ Idem.

²³⁰ Idem.

²³¹ Idem.

²³² Idem.

grande dificuldade em conceituar qual o alcance que se pode dar a esse limite, “mas que se aproxima do sentido de ‘ser apropriado’ de Günter; de qualquer forma, a maioria dos advogados consegue distinguir uma tese juridicamente defensável de uma ‘força de barra’.”²³³

3.3. Parâmetros para a interpretação restritiva ao *standard* “erro evidente e inescusável”

Todos os quatro *standards* formulados pelo professor José Vicente Santos de Mendonça se completam e se complementam para investigar a possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico. A visão do autor em muito contribui para a análise da responsabilidade do parecerista jurídico. Primeiro porque desloca a avaliação atrelada à espécie de parecer, se facultativo, obrigatório ou vinculante, para a atuação do parecerista e, segundo porque trouxe parâmetros para essa análise.

Contudo, no que diz respeito à ocorrência de “erro evidente e inescusável”, o parâmetro “profissional médio”, nos parece insuficiente para imputar responsabilidade. Para a configuração do erro grosseiro do parecerista jurídico se exigirá que sejam considerados dados objetivos que estavam presentes quando da submissão do processo à sua análise.

Todos aqueles que exercem suas atividades no âmbito da Administração Pública têm o dever legal de comprometimento, diligência e cuidados no exercício de suas atribuições. Eventuais falhas cometidas por um agente público não podem se estender a outros servidores que desempenham atividades diversas ou, no caso, sobre elas opinem.

Como visto, o § 6º, do artigo 12, do Decreto regulamentador da LINDB afastou expressamente a responsabilização automática, sem que seja demonstrada, no caso concreto, a extensão da responsabilidade de cada um dos agentes envolvidos na produção do ato administrativo considerado ilegal ou irregular pelo órgão de controle.

A tarefa do parecerista jurídico é a análise dos documentos que instruem o processo, diante da motivação elencada pelo agente consulente, para a orientação jurídica do caso submetido a parecer. Contudo, a sua manifestação deve se restringir ao aspecto eminentemente jurídico da consulta, uma vez que, o parecer jurídico é a

²³³ Idem.

“opinião técnica a respeito de uma questão de direito controvertida,”²³⁴ ou seja, o parecer não deve adentrar a aspectos técnicos não-jurídicos da demanda consultiva, sob pena de interferir nas competências do Administrador Público.

A manifestação do parecerista sobre aspectos técnicos não jurídicos somente ocorrerá em situações imprescindíveis, mediante justificativa e, ainda assim, de forma não conclusiva. Essa é a orientação do Manual de Boas Práticas Consultivas:

BPC nº 7

Enunciado

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.²³⁵

Para exemplificar o que estamos tentando diferenciar entre matéria técnica e matéria jurídica, sem fazer qualquer juízo de valor do parecer emitido na ocasião, trataremos de caso submetido ao Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento.

Trata-se do Mandado de Segurança nº 36.025/DF, junto ao Supremo Tribunal Federal, em que foi deferida “**a medida liminar para suspender a eficácia do Acórdão n. 1.844/2018-TCU-Plenário, proferido no Processo n. 035.902/2011-6.**”²³⁶

Nesse caso em específico, entendeu-se que houve erro grosseiro do parecerista jurídico por ter aprovado minutas de edital que, no entendimento do Tribunal de Contas da União, direcionou a licitação ao fazer especificações exageradas para o imóvel que a entidade pretendia adquirir.

A Procuradoria-Geral da República, pela manifestação do Subprocurador-Geral da República, opinou no sentido de “**reconhecer que o parecer sugere falhas**

²³⁴ DALLARI; Adilson de Abreu; FERRAZ. **Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 139.

²³⁵ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. 2016. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/770619. Acesso em: 01 dez. 2019.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 36.025. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. Decisão Monocrática. Brasília, DF, 05 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico nº 216**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338819324&ext=.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

grosseiras que deveriam ter sido percebidas pelo assessor jurídico e não o foram. [...] Em face do exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pela denegação da ordem.²³⁷ Assim:

A licitação foi aberta com o propósito de “aquisição do imóvel contemplando espaço físico com formato de auditório/teatro, para realização de sessões plenárias e eventos, na cidade de São Paulo” (f. 93). Todavia, além de terem sido realizadas especificações minuciosas do próprio imóvel de forma a restringir o caráter competitivo do certame, foi expressamente exigida a aquisição de outros bens e serviços, consoante se exemplifica do Edital 005/10 (f. 110/111):

2. CARACTERÍSTICAS DO IMÓVEL A SER ADQUIRIDO 2.1 Localizado num raio de até 02 km da Avenida Paulista, considerada toda sua extensão, e distante de até 01 km de estação de metrô;

[...]

2.11 Mínimo de 02 (dois) elevadores, com capacidade mínima para 10 (dez) pessoas;

2.12 Ambientes climatizados, sendo do tipo central no auditório, do tipo central – CAG, com Chillers, instalado na área da cobertura e dispositivos do tipo FAN COIL instalados nas derivações e/ou andares, com capacidade compatível com os espaços;

2.13 Sistema de segurança monitorada, compreendendo as especificações mínimas a seguir descritas:

2.14 Equipamentos para o circuito Fechado de TV (CFTV):

2.14.a Micro Câmeras dat&night;

2.14.b Caixas de proteção em alumínio anodizado; [...]

Essas características são de fácil percepção e apresentam falhas grosseiras em clara inobservância à Lei 8.666/1993.

Para chegar a essa conclusão, o Subprocurador-Geral da República avalizou o entendimento lançado no Acórdão impugnado no Mandado de Segurança, em especial, as seguintes afirmações:

7. Desde logo, importa destacar que não se questiona a opção do Crea/SP de adquirir imóvel para satisfação das necessidades do Conselho, o que está inserido no campo da discricionariedade dos gestores, como argumentado pelos responsáveis. Nada obstante, o que se discute são as evidências de direcionamento da licitação, ante as seguintes exigências feitas pelo Crea/SP, não justificadas nos documentos examinados pela Secex/SP: definição da localização do imóvel em um raio de até 2 km da Avenida Paulista, considerada toda a sua extensão, e distante até 1 km de estação de metrô; área mínima construída privativa de 3.000 m²; estacionamento rotativo com garantia de aproximadamente 150 vagas na própria edificação ou, no máximo, a 50 metros de distância; mínimo de 20 vagas de garagem de uso privativo; área situada próxima do solo que permita atendimento confortável aos profissionais do Sistema Confea x Crea; área livre para instalação da sessão plenária ou similar para um público de, no mínimo, 400 pessoas; mínimo de 2 elevadores, com capacidade mínima para 10 pessoas; ambientes climatizados, sendo do tipo central no auditório, do tipo central – CAG, com Chillers instalado na área da cobertura e dispositivos do tipo FAN COIL instalados nas derivações e/ou andares, com capacidade compatível com os espaços; dentre outros.

²³⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação nº 1158/2019-CAV.** Juntada aos autos do Mandado de Segurança nº 36.025/DF. <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341473642&ext=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

8. Não há justificativas razoáveis para a escolha de imóvel próximo à Av. Paulista, cujo eixo contém somente cinco estações de metrô, todas localizadas em áreas extremamente adensadas e onde praticamente já não há terrenos disponíveis.

9. Tampouco foram constatados motivos para exigência de metragem mínima muito superior a de um ambiente para realização das plenárias, característica que fundamentou a compra. Também não é possível prever com antecedência que o imóvel escolhido teria vagas de uso privativo ou vagas de uso rotativo, como fixado no edital, já que isso depende da estrutura de cada imóvel.²³⁸

Sem dúvida, constam várias especificações para o imóvel pretendido. Contudo, essas especificações, exageradas ou não, não transbordam com a facilidade visualizada pelos órgãos de controle que acima opinaram. As especificações competem, exclusivamente, ao Administrador Público. Se são exageradas, o responsável técnico que realizou as especificações é o responsável por um eventual direcionamento, pois para a elaboração do edital ou termo de referência, deveria ter realizado pesquisas necessárias para evitá-lo. O parecerista deve partir da presunção de legitimidade dos atos praticados.

O TCU afirma que não “questiona a opção do Crea/SP de adquirir imóvel para satisfação das necessidades do Conselho, o que está inserido no campo da discricionariedade dos gestores, como argumentado pelos responsáveis”²³⁹. Contudo, parece desconsiderar-se o fato de se tratar da aquisição de um imóvel em uma das cidades mais populosas do mundo.

A exigência do edital significa que a Administração pretendia um imóvel que estivesse em um raio de “2 km da Avenida Paulista, considerada toda a sua extensão”. Isso significa dizer, 2 km de qualquer ponto e em qualquer direção; um imóvel “distante de até 1 km de estação de metrô”, evidencia que essa estação poderia, no extremo, estar a uma distância de até 3 km da Av. Paulista. Há uma infinidade de imóveis no perímetro delimitado pelo edital e certamente não se está falando que o “eixo contém somente cinco estações de metrô”.

Para a avaliação da ocorrência do erro grosseiro do parecerista, é necessário investigar se o erro decorre de análise a que estava obrigado, por sua qualificação, atribuição e competência, a fazê-lo e, somado a isso, não seja mera divergência de

²³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1656/2015 – Plenário. Ministro Relator: Marcos Bemquerer. **Ata Nº 27/2015-Plenário**. Brasília, 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1656%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=717ec590-b1b2-11ea-a553-cb20141248d7. Acesso em: 12 nov. 2019.

²³⁹ Idem.

interpretação sobre o que é apontado como erro, sob pena de tudo ser aspecto jurídico da consulta.

As proposições que seguem, se prestam a reforçar o *standard* “necessidade de preservação da heterogeneidade de ideias”²⁴⁰, para permitir a evolução do pensamento e a manifestação da diversidade de ideias, de modo a trazer elementos restritivos à interpretação do que pode ser considerado erro grosseiro do parecerista.

3.3.1. Manifestação de natureza eminentemente jurídica fundada em erro grosseiro

Para delimitarmos os parâmetros de análise para a caracterização de erro grosseiro constante do parecer jurídico, precisamos nos socorrer de tudo o que expusemos nos capítulos anteriores.

Já foi dito que advogados pareceristas se dedicam a inovar e buscar o melhor caminho que confira segurança jurídica ao Administrador Público, para a implementação de políticas públicas.

Contudo, não basta somente esse espírito de colaboração para a busca de soluções. É necessário que a solução apresentada encontre respaldo na legislação aplicável ao caso concreto. Afinal o parecerista é o técnico jurídico.

Nesse contexto, relembramos o caso decidido pelo Mandado de Segurança nº 24.073, pelo Supremo Tribunal Federal, nos atendo tão somente ao que foi apontado como erro dos pareceristas naquela oportunidade.

O Tribunal de Contas da União responsabilizou os pareceristas jurídicos, solidariamente com os gestores públicos, por terem dado parecer favorável à contratação de empresa de consultoria internacional por inexigibilidade de licitação, por entender que o requisito singularidade do prestador de serviço, não havia sido preenchido, de modo que houve falha na averiguação do requisito legal.

Ainda que um dos argumentos invocados para o afastamento da responsabilidade dos pareceristas tenha sido o fato de o parecer ser facultativo, acreditamos que esse aspecto é irrelevante.²⁴¹

Isso ocorre porque a obrigação do parecerista jurídico, pela sua qualificação, atribuição e competência é de verificar se os requisitos legais que autorizavam a decisão tomada haviam sido preenchidos. Naquele caso, isso não significa que o

²⁴⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PARECERISTA PÚBLICO EM QUATRO STANDARDS. *Revista da Agu*, [s.l.], v. 9, n. 24, p. 139-166, 30 dez. 2014.

²⁴¹ Idem.

parecerista devesse investigar se existiam outras empresas que realizavam o mesmo serviço, para concluir se era o caso de opinar contrariamente à contratação direta.

Sua obrigação se restringia a verificar se estava justificada, pelo Administrador Público, ser a empresa indicada prestadora de um serviço singular. Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado bem explicou:

No caso de forma inquestionável, o TCU errou ao condenar os advogados da Petrobrás. O TCU errou porque não é atribuição do órgão jurídico identificar se existe um ou se são vários os fornecedores no mercado em condições de serem contratados. É função do órgão jurídico verificar a legalidade das medidas adotadas pela entidade, no sentido de apontar incorreções no cumprimento dos procedimentos impostos pela Lei nº 8.666/1993. O Tribunal errou porque responsabilizou os advogados por falha verificada em área estranha às suas atribuições.²⁴²

O processo administrativo se constitui “por uma série concatenada de atos administrativos, respeitando uma ordem posta por lei, com uma finalidade específica, ensejando a prática de um ato final.”²⁴³

Os atos administrativos que compõem o processo administrativo gozam do atributo da presunção de legitimidade, que “é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário.”²⁴⁴ Logo, as informações e circunstâncias declaradas pelo agente público, que, diga-se, gozam de fé pública, também possuem essa presunção.

Assim, considerando que as atividades de consultoria não se confundem com a atividade de auditoria²⁴⁵, não cabia ao parecerista jurídico investigar a veracidade daquilo que foi afirmado pelo Administrador Público,²⁴⁶ salvo se contrário às informações constantes do próprio processo ou fato público notório. “A assimetria informacional impõe que a responsabilidade do parecerista seja proporcional ao seu real poder de decisão na formação do ato administrativo.”²⁴⁷

²⁴² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 192.

²⁴³ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. Salvador: JusPODIVUM, 2018. Pág. 1.141.

²⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. p. 997.

²⁴⁵ Capítulo I, item 1.2, desta dissertação

²⁴⁶ Exemplificando: a) Administrador Público declara a singularidade do serviço prestado por determinada empresa. Está preenchido o requisito a ser analisado pelo parecerista jurídico. b) Administrador Público declara a singularidade do serviço prestado por determinada empresa por entender que é o de melhor qualidade. Sob o ponto de vista jurídico, o requisito não foi preenchido. Cabe ao parecerista jurídico apontar.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35.196. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 12 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342284608&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

Nesse ponto, diante dessa assimetria de informações, deve ser considerado o parecerista jurídico. Ao analisar o processo e formar a sua opinião, presume-se a legitimidade dos atos praticados pelo agente público, o que justifica a sua responsabilidade ser restrita à matéria jurídica.

Assim, concordamos com professor José Vicente Santos de Mendonça ao entender que há erro grosseiro do parecerista quando emite parecer fundado em lei revogada ou lei inaplicável ao caso concreto. Trata-se de matéria eminentemente jurídica, o que atrai a responsabilidade do parecerista que não se atenta a esse fato. Essa hipótese oferece maior facilidade para a configuração do erro grosseiro.

Contudo, existem situações em que a legislação aplicada analisada pelo parecerista é vigente, bem como aplicável ao caso concreto, mas a interpretação que fez para a emissão do parecer diverge daquela realizada pelo órgão de controle.

Somente a divergência de interpretação não deve ser considerada autorizadora para o apontamento de erro grosseiro, pois não atende o *standard* “necessidade de preservação da heterogeneidade de ideias.”²⁴⁸

As leis, como já dito, admitem interpretações diversas e o advogado é inviolável pelas suas manifestações no exercício da profissão. Em julgamento realizado pelo STF, o Ministro Luiz Fux, em voto condutor, bem sintetizou a impropriedade de responsabilizar o parecerista jurídico em virtude de divergência de interpretativa:

Atribuir responsabilidade integral ao parecerista pode acarretar dois reveses ao funcionamento da Administração Pública. Em primeiro lugar, o parecerista estaria menos propenso a trazer teses inovadoras, ainda que razoáveis, das quais poderia advir soluções mais adequadas ao interesse público *in concreto*. Em vez de viabilizar políticas públicas, o advogado público se tornaria um mero burocrata, atando-se a procedimentos mais longos, difíceis e custosos. Esse engessamento não corresponde a um retorno em moralidade pública, mas em ineficiência.

Em segundo lugar, a responsabilização plena dos advogados públicos por suas opiniões jurídicas ocasionaria a assunção, por estes, da função de administradores.²⁴⁹

Uma vez estando diante divergência de interpretação da lei, a investigação do eventual erro grosseiro do parecerista deverá ser avaliada nos elementos constantes do próprio parecer. Se está “devidamente fundamentado, se defende tese aceitável,

²⁴⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PARECERISTA PÚBLICO EM QUATRO STANDARDS. *Revista da Agu*, [s.l.], v. 9, n. 24, p. 139-166, 30 dez. 2014.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35.196. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 12 de novembro de 2019. *Diário da Justiça*. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342284608&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

se está alicerçado em lição de doutrina ou jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer.”²⁵⁰

Quando elabora o parecer jurídico, o parecerista deve demonstrar, pelos fundamentos, o raciocínio jurídico desenvolvido, evidenciando as razões pelas quais opinou em um ou em outro sentido. A análise dessas razões permite alcançar se o erro incidu sobre matéria jurídica e se o parecer desprovido de fundamentação, é um parecer essencialmente falho.

3.3.2. Existência de consulta jurídica formulada e fundamentada

Sob ponto de vista da possibilidade de configuração de erro grosseiro do parecerista somente nos casos em que esse pairar sobre matéria eminentemente jurídica, é importante termos um ponto de partida objetivo para identificar essa hipótese.

O processo administrativo se desenvolve com a participação de vários agentes públicos, cada um no exercício de uma determinada atividade administrativa e, cada processo administrativo, se prestará a uma determinada finalidade. Logo, as consultas dirigidas aos pareceristas jurídicos serão pontuais sobre determinado assunto, em algumas situações e, em outras, a consulta se dá em cumprimento de determinação legal, como no caso de aprovação de minutas de edital, contratos, acordos, convênios ou ajustes.²⁵¹

Nos casos em que a consulta é pontual, caberá ao Administrador Público expor a sua dúvida jurídica de forma clara, com o relato dos fatos, com a sua fundamentação, manifestação conclusiva com a legislação que entende aplicável ao caso e a formulação quesitos objetivos que pretende ver respondidos. Tudo deve ser devidamente instruído com os documentos necessários para a elucidação da questão jurídica suscitada.²⁵²

²⁵⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Competência do órgão Jurídico: responsabilidade solidária em caso de superfaturamento. quando ocorre. *In*: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 117-118.

²⁵¹ Artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

²⁵² Exemplo: PORTARIA Nº 526, DE 26 DE AGOSTO DE 2013. Estabelece diretrizes gerais para o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos prestadas às autarquias e fundações públicas federais: Art. 10. Os autos administrativos deverão ser instruídos com prévia manifestação do órgão consulente e demais órgãos competentes para se pronunciar sobre o objeto da consulta, além de outros documentos necessários à elucidação da questão jurídica suscitada. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/984974>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Há uma infinidade de leis, resoluções, orientações normativas existentes, de modo que não é incomum que a matéria consultada seja uma novidade para o parecerista jurídico. Nesse contexto, mostra-se necessária a formulação da dúvida jurídica, de modo a ser possível avaliar a responsabilidade pela orientação contida no parecer.

Anteriormente, a consulta devidamente formulada era uma segurança ao parecerista jurídico para fins de elaborar um parecer devidamente fundamentado. Hoje, após a edição do Decreto nº 9.8630/2019, com a previsão constante do §6º, do artigo 12, a dúvida jurídica se mostra um instrumento importante para a aferição de responsabilidade do próprio Administrador Público, uma vez que, não o fazendo, não conseguirá demonstrar que o erro grosseiro cometido pelo parecerista jurídico lhe era impossível de ser aferido.

A formulação da dúvida jurídica deve, ou deveria, ser adotada para todo e qualquer encaminhamento ao parecerista jurídico, sejam os facultativos, assim como os obrigatórios.

Talvez a pergunta que se possa fazer seria: É necessário expor dúvida jurídica nos casos de consulta obrigatória, como no caso do parágrafo único²⁵³, do artigo 38, da Lei nº 8.666/1993?

A dúvida jurídica, como o próprio nome diz, é para os casos em que o Administrador Público tem dúvida.

Exemplificativamente, em matéria de licitações e contratos, a Advocacia-Geral da União²⁵⁴ tem um conjunto de minutas padrão que, por determinação normativa²⁵⁵, deve ser utilizado pelos órgãos e entidades que compõe a Administração Pública Federal. Logo, aos agentes públicos que lidam com essa matéria, que elaboram o edital, o contrato e demais documentos, devem fazê-lo com base nessas minutas, informando todas as alterações que promoveram.

²⁵³ 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.

²⁵⁴ http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270265

²⁵⁵ BRASIL. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Instrução Normativa nº 5/2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em: 08 maio 2020.

Assim, sempre que o agente público promove alterações nas minutas padrão, deverá registrá-la. Caso haja dúvida jurídica sobre as alterações promovidas, deverá consultar especificamente o parecerista acerca desse ponto.

Inexistindo dúvida sobre as alterações que promoveu, na hipótese de futuramente vir a ser apontada a ocorrência de erro grosseiro, não há, sob nosso ponto de vista, como imputar essa responsabilidade ao parecerista jurídico.

É fato comum no ambiente da Administração Pública, um processo licitatório de obras iniciar com mais de dez volumes. O edital de licitação e os seus anexos ultrapassam facilmente 200 páginas. Somente o edital terá mais de vinte tópicos com dezenas de subitens, cada um dispondo, além das condições expressamente previstas na Lei de Licitações e Contratos, também as que são elaboradas especificamente para a licitação do caso concreto, além de regras de natureza técnica a respeito da obra.

Imaginar que o parecerista jurídico leia e analise todas aquelas disposições que não receberam um questionamento sequer, elaboradas por um corpo técnico e experiente, seja responsabilizado pela emissão de um parecer que as aprova como se órgão de controle fosse, é inviável.

Primeiro porque o parecerista jurídico não terá ao seu lado um corpo técnico especializado para avaliar todas as regras alteradas no edital que eventualmente impliquem consequências jurídicas.

Segundo, o tempo de que dispõe o parecerista para emissão do parecer, adotado comumente o prazo de 15 dias, do artigo 42, da Lei do Processo Administrativo, não permitem essa análise.

Diante de constatações, que exemplificativamente citamos, para que se possa imputar responsabilidade ao parecerista jurídico, sob o fundamento de erro grosseiro, pela aprovação de minutas de edital, contratos, acordos, convênios, ajustes é necessário que se demonstre efetivamente a ocorrência desse erro, de modo que o caminho a ser percorrido exige: a) que o parecerista tenha sido informado das alterações promovidas e b) que tenha havido a formulação de dúvida jurídica por parte do Administrador Público, sobre as alterações promovidas.

A manifestação motivada e fundamentada da autoridade administrativa e a necessária formulação de dúvida jurídica, no nosso entendimento, recentemente foi confirmada em decorrência dos desdobramentos jurídicos decorrentes do estado de pandemia mundialmente reconhecido, conforme tratado no Capítulo II, item 2.2.6.

Diante das dificuldades enfrentadas pelos agentes públicos responsáveis pela emissão de opiniões técnicas e tomada de decisões, no contexto de emergência de saúde pública, foi editada a Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, com a finalidade de conferir segurança jurídica ao administrador público de boa-fé²⁵⁶, elevando ao *status* de lei a definição de erro grosseiro, para fins de responsabilização civil e administrativa do agente público. A definição legal é a mesma que já havia sido adotada no §1º, do artigo 12, do Decreto 9.830/2019.

Publicada a Medida Provisória, ao argumento de violação ao texto constitucional previsto no artigo 37, §6º, e ao princípio republicano, foram distribuídas sete ações diretas de inconstitucionalidade.

Ante o pedido de cautelar para suspender os efeitos da medida provisória, o plenário do Supremo Tribunal Federal se reuniu e, pelo voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso, concedeu medida cautelar, não para suspendê-la, mas para firmar a seguinte tese para fins de configuração de erro grosseiro do agente público:

39. Firmo as seguintes teses: “1. *Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.* 2. *A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.”²⁵⁷*

Para o que estamos tratando, o item 2 da tese formulada pelo STF bem representa a necessidade, para fins de responsabilização do parecerista jurídico por erro grosseiro, da necessária exposição da dúvida jurídica pela autoridade consulente.

Em outras palavras, a tese firmada no item 2 impõe ao administrador público responsável pela tomada da decisão, a obrigação de indicar ao parecerista a legislação e os critérios científicos e técnicos que entende que são aplicáveis ao caso, a sua pretensão administrativa e, por fim, a decisão que compreende como possível

²⁵⁶ BRASIL. **Exposição de motivos**. Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-966-20.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421**. Voto do Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Ainda Não Publicado. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_lrb.pdf. Acesso em: 08 jul. 2020.

em relação aos fundamentos apresentados, para que seja possível analisar se a legislação e os critérios científicos e técnicos estão sendo observados.

Quando inexistir dúvida ou qualquer apontamento feito pela autoridade consulente, a manifestação jurídica do parecerista jurídico se dará em observância à presunção de legitimidade dos atos administrativos, sem a possibilidade de efetivar a análise necessária à pretensão administrativa. Logo, não será hipótese de caracterização de erro grosseiro.

Para fundamentar o nosso entendimento, nos utilizaremos do exemplo real informado no início do item 3.3.

Está pendente de julgamento o Mandado de Segurança nº 36.025/DF, junto ao Supremo Tribunal Federal, em que foi deferida medida liminar para suspender a eficácia do Acórdão n. 1.844/2018-TCU-Plenário, que responsabilizou o parecerista jurídico pelo reconhecimento de erro grosseiro na aprovação de minutas de edital que direcionou a licitação, ao fazer especificações exageradas para o imóvel que a entidade da Administração pretendia adquirir.²⁵⁸

Uma das falhas apontadas consistia na exigência da pretensão administrativa de aquisição de um imóvel que estivesse em um raio de “2 km da Avenida Paulista, considerada toda a sua extensão”. Como acima já apontamos, 2 km partindo-se de qualquer ponto e em qualquer direção, somada à outra exigência de um imóvel “distante de até 1 km de estação de metrô” significa dizer que essa estação poderia estar a uma distância de até 3 km do ponto mais próximo da Av. Paulista.

Além do Tribunal de Contas da União, também a Procuradoria-Geral da República, pela manifestação do Subprocurador-Geral da República, após a concessão da medida liminar, entendeu “que **o parecer sugere falhas grosseiras** que deveriam ter sido percebidas pelo assessor jurídico e não o foram”²⁵⁹, opinando pela denegação da ordem.

O TCU afirma, quando do julgamento do processo, que não “questiona a opção do Crea/SP de adquirir imóvel para satisfação das necessidades do Conselho, o que

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 36.025. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. Decisão Monocrática. Brasília, DF, 05 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico nº 216**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338819324&ext=.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019

²⁵⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação nº 1158/2019-CAV**. Juntada aos autos do Mandado de Segurança nº 36.025/DF. <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341473642&ext=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

está inserido no campo da discricionariedade dos gestores, como argumentado pelos responsáveis”²⁶⁰ Se não cabe ao TCU, caberia ao parecerista questioná-la?

Exageradas ou não, considerando a infinidade de imóveis no perímetro delimitado, esse não é um fato aferível com a facilidade visualizada pelos órgãos de controle. As especificações competem, exclusivamente, ao Administrador Público devidamente assessorado pelas suas unidades técnicas.

Em virtude das especificações realizadas pela unidade técnica, se houvesse dúvida sobre a possibilidade de direcionamento da licitação ou violação do princípio da competitividade, competiria, ao agente decisor, fazer a consulta ao parecerista jurídico nesse sentido.

Diante da legislação aplicável, do levantamento do número de prédios que atendiam ao seu interesse e da situação fática encontrada, o Administrador Público deveria ter manifestado o seu entendimento e formulado os quesitos que necessitavam ser respondidos pelo órgão consultivo, ou seja, a dúvida jurídica sobre possibilidade de seguir pelo caminho escolhido. Somente assim, poder-se-ia falar em responsabilidade do parecerista (partimos do pressuposto que não existia, uma vez que não tivemos acesso integral ao processo e em nenhum momento esse fato é mencionado).

Nada tendo sido questionado, presume-se a legalidade dos atos praticados pela Administração e, conseqüentemente, a impossibilidade de imputar erro grosseiro ao parecerista jurídico.

²⁶⁰ Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A independência funcional do parecerista jurídico advém, primeiramente, da autonomia que lhe é conferida pelo exercício da advocacia pública. Não lhe cabe agradar o Administrador Público da ocasião, mas sim, ao analisar a legislação e os fatos que lhe são submetidos à consulta, buscar a interpretação que melhor atenda ao interesse público, pautado no princípio da legalidade.

A presunção de legalidade, legitimidade e veracidade dos atos administrativos impõe ao parecerista jurídico pensar em conformidade com esses princípios e, portanto, não deve analisar o processo como se os servidores que nele atuaram desconhecessem as espécies normativas que orientavam a edição do ato ou a decisão tomada.

Assim, sempre que o Administrador Público se vê diante de situação fática que impõe a análise do ordenamento jurídico, ante a existência de entendimento que se mostre colidente com a letra fria da lei, cumpre-lhe expor todos os fatos e leis que sabe aplicáveis ao caso concreto e formular a dúvida jurídica que deles decorre.

A consulta jurídica, devidamente formulada, permite ao parecerista debruçar-se sobre o tema e formalizar a orientação correta. Quando a consulta (dúvida jurídica) não é devidamente delimitada, impõe ao parecerista elaborar pareceres e trazer colacionada toda a legislação, doutrina e jurisprudência relacionada ao caso, sem nada de concreto analisar.

O parecerista jurídico, advogado público, deve ter asseguradas as prerrogativas inerentes à advocacia, sob pena de não ter muito a contribuir em favor da administração pública, uma vez que, no desenvolvimento das suas atividades estará mais preocupado em se proteger do que propriamente encontrar a melhor solução ao interesse público.

A divergência de entendimento na interpretação da lei não pode ser apontada como fundamento para a caracterização de erro grosseiro, dada a sua dinamicidade corrente. O que hoje é entendido de uma forma, amanhã, com o amadurecimento das ideias, da produção de resultados práticos, poderá ser entendido de forma diametralmente oposta, sem que se mude uma vírgula da lei.

O modo de análise dos processos administrativos, realizado pelo parecerista jurídico, não é o mesmo que o realizado pelas auditorias dos órgãos de controle. A

auditoria e a consultoria, embora tenham uma finalidade em comum, o controle de legalidade dos atos administrativos, são atividades diversas no seu fundamento.

A auditoria, além de realizada posteriormente à edição dos atos administrativos e a conseqüente produção dos seus efeitos, procura verificar a conformidade com a legislação, interpretada sob a sua ótica. Uma visão corretiva.

Já a consultoria, além de realizada previamente à produção dos efeitos que irão gerar o ato administrativo, procura verificar como o ato poderá ser praticado em conformidade com a lei. Uma visão construtiva.

Assim, a interpretação das leis que regem a matéria objeto de parecer jurídico não deve ser suficiente para apontar erro grosseiro, salvo se em flagrante ilegalidade e desprovida dos fundamentos que justifiquem o raciocínio desenvolvido. É necessário, ainda, que todo o contexto processual que cercou a emissão do parecer seja considerado, inclusive os fundamentos utilizados para a orientação nele dada.

O do Supremo Tribunal Federal entende que a responsabilização do parecerista jurídico, pelo Tribunal de Contas da União, tem por base a necessidade de identificar se a consulta é facultativa ou obrigatória. Quando facultativa, o parecer jurídico é meramente peça opinativa e somente nos casos de dolo ou má fé poderia resultar em responsabilidade do advogado.

Caso o ato administrativo editado com base nesse parecer facultativo seja reputado ilegal pelo TCU, esse órgão não tem competência para sancionar o parecerista jurídico, ainda que tenha incorrido em erro grosseiro, devendo a sua responsabilidade ser apurada perante as instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias.

Nos casos de parecer vinculante ou consulta obrigatória, entende que o parecer vincula o administrador público e o Tribunal de Contas da União tem competência para sancionar o parecerista jurídico solidariamente com o administrador público, pois o poder decisório é partilhado.

Mostra-se importante a devida observância de *standards* como o dolo, o erro evidente e inescusável, a não adoção das condicionantes reais de cautela e interpretação restritiva do que é conduta dolosa ou erro evidente e inescusável, a fim de permitir a existência de opiniões jurídicas minoritárias ou contramajoritárias, para a apuração da responsabilidade do parecerista jurídico.

Nesse ponto, nosso trabalho buscou formular elementos objetivos, o que chamamos de parâmetros, para caracterização do erro grosseiro de forma a amparar

o *standard* da necessária interpretação restritiva do que seria o erro evidente e inescusável.

Com base nesse desenvolvimento de ideias, considerando a responsabilidade que cada agente público tem no desempenho das suas atividades, sugerimos que para ser possível a caracterização de erro grosseiro do parecerista, deverá existir: a) Erro grosseiro sob matéria eminentemente jurídica, afastando-se o erro decorrente de interpretação quanto aos aspectos técnicos, de competência de outros agentes públicos; b) dúvida jurídica devidamente delimitada pelo Administrador Público, com a enunciação da legislação que entende envolvida para a solução da questão, a sua pretensão administrativa e, por fim, a decisão que compreende como possível de ser tomada no caso.

Entendemos que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6421, para a configuração de erro grosseiro, vem ao encontro desses requisitos.

Certamente, o estudo desenvolvido não encerra um aprofundamento que o tema ainda mereça, de forma a elencar outros elementos que possam contribuir para a manutenção do exercício da Advocacia Pública como órgão essencial à Justiça, que tem por missão viabilizar e conferir legalidade na realização de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

- ALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o 'administrador médio' do TCU?** 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 13 set. 2019.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Editora Verbatim. 2017.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)**, Rio de Janeiro. nov. 2018.
- BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. 2016. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/770619. Acesso em: 01 dez. 2019.
- BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Orientação Normativa nº 55**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1278275>. Acesso em: 08 mar. 2020
- BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Processo nº 49.0000.2012.003933-6/COP**.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 maio 2020.
- BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. . Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20N%C2%BA%206%2C%20DE,18%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020. Acesso em: 18 jul. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.112/1990, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Lei Nº 8112.1990**. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8112cons.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.666/1993, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da

Administração Pública e dá outras providências. Lei Nº 8.666. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. **Lei Complementar Nº 73/1993**. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Instrução Normativa nº 5/2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Lei 8.906/1994**. Brasília, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Decreto-lei Nº 4.657/1942**. Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. **Exposição de motivos**. Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-966-20.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça Brasil. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/diagnostico-advocacia.pdf/>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo

Coronavírus (2019-nCoV). **Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020**. Brasília, Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). **Portaria nº 454, de 20 de março de 2020**. Brasília, Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>. Acesso em: 20 jul. 2020

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação nº 1158/2019-CAV**. Juntada aos autos do Mandado de Segurança nº 36.025/DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341473642&ext=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Procuradoria-Geral Federal. Estabelece diretrizes gerais para o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos prestadas às autarquias e fundações públicas federais. **Portaria Nº 526**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/984974>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Decreto Nº 9.830/2019**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 134518. Ministro Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 19 de agosto de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500646675&dt_publicacao=09/09/2010. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 73 do STJ: "A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual." Terceira Seção. Brasília, DF, 15 de abril de 1993. **Diário da Justiça**. Brasília, 1993. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso em: 17/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6422**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912213>. Acesso em: 17/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6424**. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912218>. Acesso em: 17/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6425**. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912219>. Acesso em: 17/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6427**. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912434>. Acesso em: 17/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6428**. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5913301>. Acesso em: 17/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6431**. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5915876>. Acesso em: 17/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 134518. Ministro Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 11 de maio de 1993. **Diário da Justiça**. Brasília, 1993. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur116260/false>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.073-3. Ministro Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF, 06 de novembro de 2002. **Diário da Justiça**. Brasília, 2003. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95952/false>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.073-3. Ministro Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF, 06 de novembro de 2002. **Diário da Justiça**. Brasília, 2003. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95952/false>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.584-1. Ministro Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de agosto de 2007. **Diário da Justiça**. Brasília, 2008. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur3277/false>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.631-6. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 09 de agosto de 2007. **Diário da Justiça**. Brasília, 2008. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90567/false>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35.196. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 12 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342284608&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35.196. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 12 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342284608&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35.815. Ministro Relator: Edson Fachin. Decisão Monocrática. Brasília, DF, 16 de agosto de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico nº 169**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315040133&ext=.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 36.025. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. Decisão Monocrática. Brasília, DF, 05 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico nº 216**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338819324&ext=.pdf>. Acesso em 10 novembro 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421**. Voto do Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Ainda Não Publicado. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_Irb.pdf. Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421**. Voto: Ministro Gilmar Mendes. Ainda Não Publicado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-mendes-mp-966-voto.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Vocabulário Jurídico (Tesouro)**. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=FUNDA%20D%C3%9AVIDA> – Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1656/2015 – Plenário_ Ministro Relator: Marcos Bemquerer. **Ata Nº 27/2015-Plenário**. Brasília, 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1656%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=717ec590-b1b2-11ea-a553-cb20141248d7. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1851/2015 – Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler **Ata Nº 30/2015-Plenário**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1477109%22>. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 190/2001 – Plenário. Ministro Relator: Walton Alencar. **Ata Nº 32/2001-Plenário**. Brasília, 2001. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-83092%22>. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 337/2019 - Plenário. Ministro Relator: Augusto Nardes. **Ata Nº 5/2019-Plenário**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2305839%22>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO 3745/2017 – Segunda Câmara. Ministro Relator: Aroldo Cedraz. **Ata Nº 15/2017-Segunda Câmara**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1649831%22>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2391/2018 - Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler. **Ata Nº 40/2018-Plenário**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2287602%22>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2391/2018 - Plenário. Ministro Relator: Benjamin Zymler. **Ata Nº 40/2018-Plenário**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2287602%22>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO Nº 615/2020–Plenário. Ministra Relatora: Ana Arraes. **Ata Nº 08/2020-Plenário**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2397113%22>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO Nº 615/2020–Plenário. Ministra Relatora: Ana Arraes. **Ata Nº 08/2020-Plenário**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2397113%22>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consultoria Jurídica. **TC-012.028/2018-5**. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas. Disponível em: <https://cdn.oantonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Glossário de Termos do Controle Externo nº Ano 36, nº 31. **Btcu Especial**: Boletim do Tribunal de Contas da União. Brasília, 2017. Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A260233890016055352E7B0A29&inline=1>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial do Estado, teoria política e ensino da administração pública. **Revista Gestão & Políticas Públicas**, São Paulo, n. 2, 2º Semestre 2011. Artigo Especial. Disponível em: https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/bresser_-_reforma_gerencial_do_estado_teorica_politica_e_ensino_da_administracao_publica.pdf. Acesso em: 02 jan. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. Salvador: JusPODIVUM, 2018.

CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. A responsabilização do parecerista na jurisprudência do TCE-PR: análise crítica. **Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 8, p. 33-64, set. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-PG-PR_n.08.02.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. A responsabilização do parecerista na jurisprudência do TCE-PR: análise crítica. **Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 8, p. 33-64, set. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-PG-PR_n.08.02.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 1

DALLARI, A. A.; SUNDFELD, C. A.; NASCIMENTO, C. V. D.; VELLOSO, C. M. D. S.; FERREIRA, D.; GROTTI, D. A. M.; MOTTA, F. M.; ECA, F. L. D. G. L. D.; MARTINS, I. G. D. S.; DELGADO, J. A.; OLIVEIRA, J. R. P.; FREITAS, J.; CAMMAROSANO, M.; NOVIS, M.; MATTOS, M. R. G. D.; FILHO, R. F. B.; VALIM, R. R. A.; MARTINS, R. M.; LEWIS, S. A. L. B.; FERRAZ, S.; JUNIOR, V. F. D. **O. TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO 1**. Ato Administrativo I. Perfeição, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e particular. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Salvador: PGE-BA, n. 28, p. 153-167, jul./dez.2001

DALLARI; Adilson de Abreu; FERRAZ. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo. Editora Atlas. 2007.

DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (org.). **Segurança jurídica na aplicação do Direito Público**: comentários à lei 13.655/2018. Salvador: Juspodivm, 2019.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2013.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Responsabilidade do Estado: responsabilidade e parecer jurídico no exercício da função administrativa: Responsabilidade e parecer jurídico no exercício da função administrativa. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 139 - 162, set. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.20.07.PDF. Acesso em: 15 dez. 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HEINEN, Juliano. Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte ano 3, n. 11, p. 187, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/89/330>. Acesso em: 09 set. 2019.

HEINEN, Juliano. Segurança jurídica na aplicação do Direito Público – Comentários à Lei nº 13.655/2018. *In*: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS Rafael (coord). **Título da obra**. Salvador: Editora JusPodivm. 2019. p. 161-176

IBDA, Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo**. 2019. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 01 abr. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2019 (Lei da Segurança para Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MATOS, Rodrigo Gerent. **Independência Funcional do Advogado Público Federal na Constituição da República Federativa do Brasil em Uma Advocacia de Estado Atenta aos Direitos do Cidadão**. Orientador: Prof. Doutor Erick Wilson Pereira. 2016.f. 271. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade

Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), 2016. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/22001/1/Independ%c3%aanciaFuncionalAdvogado_Mattos_2016.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969. p. 101. v. 2

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2010. v. 1

MENDES; Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. A Advocacia Pública na Defesa das Políticas Públicas, da Gestão Responsável e da Segurança Jurídica. **Publicações da Escola da AGU**., Brasília, v. 10, n. 04, p. 177 - 188, out./dez. 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PARECERISTA PÚBLICO EM QUATRO STANDARDS. **Revista da Agu**, [s.l.], v. 9, n. 24, p. 139-166, 30 dez. 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PARECERISTA PÚBLICO EM QUATRO STANDARDS. **Revista da Agu**, [s.l.], v. 9, n. 24, p. 139-166, 30 dez. 2014.

MICHAELIS. Evidente. *In*: **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/evidente/>. Acesso em: 11 maio 2020.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** - Anotada: decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 2

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A responsabilidade do advogado de Estado**. Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Responsabilidade e Independência do Parecer Jurídico e de seu Subscritor. **Fórum Administrativo – Dir. Público – FA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 28, p.2369-2375, jun. 2003.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. Novo vocabulário da LINDB ao direito público. *In*: MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; Praxedes, Marco (coord.). **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 10 (Coleção soluções de direito administrativo: Leis comentadas. Série I: administração pública)

NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Erro Grosseiro** – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>. Acesso em: 28 ago. 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Administração Pública do Medo**. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 24 dez. 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções Disciplinares**. O Alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Competência do órgão Jurídico: responsabilidade solidária em caso de superfaturamento. quando ocorre. *In*: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquirira Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Parecer sobre a exclusividade das atribuições da carreira de Advogado da União. **Debates em Direito Público**: BDJur, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1-35, out. 2008. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63533/parecer_exclusividade_atribuicoes_di_pietro.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 518

SILVA, José Afonso. A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 281-289, Out./Dez. 2002

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DALARI, Adilson de Abreu; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; MEDAUAR, Odete; JUSTEN FILHO, Marçal; CARRAZZA, Roque; BINENBOJM, Gustavo; ALMEIDA, Fernando Menezes de; SCAFF, Fernando Facury; CÂMARA, Jacintho Arruda; MOREIRA, Egon Bockmann; MENDONÇA, José Vicente Santos de; PEREZ, Marcos Augusto; PIOVESAN, Flavia; MODESTO, Paulo; ROSILHO, André Jajácomo; JORDÃO,

Eduardo Ferreira. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. 2018. Disponível em: <http://anastasia.com.br/documentos/PL7448/Parecer-Resposta-TCU.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PINTO, Henrique Motta; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de; CAMPOS, Rodrigo Pinto de (org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade solidária do advogado parecerista na licitação e a posição do STF. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10689/a-responsabilidade-solidaria-do-advogado-parecerista-na-licitacao-e-a-posicao-do-stf>. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12 n. 1605, nov. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/revista/edicoes/2007>). Acesso em: 09 set. 2019.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A Advocacia Pública Consultiva Federal e a Sustentabilidade Jurídico Constitucional das Políticas Públicas: Dimensões, Obstáculos e Oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília-DF, Ano VIII, n. 19, p. 9 - 40, Jan./Mar. 2009.

World Health Organization. **Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)**. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em: 28 jul. 2020.

XAVIER, Gabriela Costa. Responsabilização do advogado público pela emissão de parecer jurídico. R. Proc.-geral Mun. Belo Horizonte. **RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, p. 40 - 64 jul./dez. 2014.