

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.196 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
IMPTE.(S) : **FERNANDO ANTONIO FREIRE DE ANDRADE**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE AROEIRA SALLES E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E PERICULUM IN MORA CONFIGURADOS. LIMINAR DEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Fernando Antônio Freire de Andrade contra ato do Tribunal de Contas da União, consubstanciado no Acórdão 3.024/2013, confirmado em sede recursal pelos Acórdãos 1.085/2015, 2.910/2016 e 1.446/2017. Na oportunidade, o Plenário do TCU, ao apreciar denúncia acerca de irregularidades ocorridas na firmação do 5º Termo Aditivo ao Contrato 0.06.98.00014/00, celebrado entre a Codevasf e o consórcio JP/ENCO/TAHAL para a execução de obras de irrigação em Juazeiro/BA (TC 019.710/2004-2), decidiu pela condenação do impetrante, solidariamente a outros responsáveis, ao ressarcimento ao erário, no valor de R\$ 1.399.126,57 (um milhão, trezentos e noventa e nove mil, cento e vinte e seis reais e cinquenta e sete centavos), e ao pagamento de multa proporcional, no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), em virtude da emissão de parecer favorável ao referido aditamento.

Narra o impetrante que, à época dos fatos analisados pela Corte de

MS 35196 MC / DF

Contas, exercia o cargo de Chefe da Assessoria Jurídica da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf). No exercício das funções a ele atribuídas, emitiu parecer entendendo pela legalidade da assinatura do 5º Termo Aditivo (eDoc. 2, fls. 41/44).

Em retrospecto ao referido termo, defende que “a empresa contratada, sob o fundamento de que o índice de reajustamento contratual não estava cobrindo as alterações dos preços de mercado, requereu junto à CODEVASF a adequação dos preços contratuais em 12,72%”. Não obstante a isso, a Codevasf instaurou processo administrativo, que concluiu pela necessidade de aumentar o valor global do contrato em 4,71%.

Em seguida, a proposta foi remetida à Assessoria Jurídica da empresa pública. O impetrante, por sua vez, emitiu parecer favorável à assinatura do termo, entendendo pela existência de permissão legal, com base nos arts. 58, I, e 65, II “d” da Lei 8.666/90, para a Codevasf realizar o reequilíbrio econômico-financeiro do referido contrato, conclusão esta adotada pela Diretoria Executiva da Codevasf.

Ato contínuo, sustenta que o Tribunal de Contas da União instaurou processo de Tomada de Contas Especial sob o n. 019.710/2004-2 para a apuração de irregularidades praticadas por gestores da Codevasf, nos exercícios de 2000 e 2002, notadamente o ditado 5º Termo Aditivo. Como conclusão da TCE, por meio do Acórdão 3.024/2013, o Plenário do TCU julgou o impetrante responsável por dano ao erário, e o condenou ao pagamento, solidariamente a outros responsáveis, do montante referente ao valor do referido termo, juntamente ao pagamento de multa administrativa. O Acórdão restou ementado, *in litteris*:

*TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. REEQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO SEM RESPALDO LEGAL.
PAGAMENTO INDEVIDO. CONTAS IRREGULARES.
IMPUTAÇÃO DE DÉBITO EM CARÁTER SOLIDÁRIO.
MULTA.*

Posteriormente, o impetrante interpõe pedido de reconsideração, que foi desprovido. Ao fim, no dia 05.07.2017, o TCU emite o ato

MS 35196 MC / DF

apontado como coator, em que rejeita os embargos de declaração aviados pelo impetrante, em decisão assim ementada, *in verbis*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NEGATIVA DE PROVIMENTO A RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL COM DÉBITO E MULTA. NÃO CONHECIMENTO DE EMBARGOS INTEMPESTIVOS. CONHECIMENTO DOS DEMAIS. INEXISTÊNCIA DAS FALHAS APONTADAS. REJEIÇÃO. CIÊNCIA AOS EMBARGANTES.

Em amparo de sua pretensão, o impetrante alega que o parecer por ele lavrado não possuía conteúdo decisório apto a gerar consequências para a Administração, máxime pela ausência de efeito vinculante da referida manifestação. Nessa linha, argumenta que, à luz do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, seu parecer seria obrigatório, não vinculante.

Argumenta que, como advogado e consultor jurídico da Codevasf, possuiria a prerrogativa da inviolabilidade dos seus atos e manifestações no exercício regular da profissão, salvo se atuar culposa ou dolosamente. Aponta, assim, que a condenação imposta pelo TCU “*foi motivada pela discordância do entendimento conferido pelo parecerista à possibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro, sem que a Corte de Contas tenha sequer cogitado da existência de indícios de que o parecer tenha sido elaborado com dolo ou com erro grosseiro.*”

Requer a concessão de liminar para que sejam suspensos os efeitos da condenação resultante do Acórdão 1.446/2017, até o julgamento do presente *writ*.

As informações foram prestadas pela autoridade coatora.

É o relatório. **DECIDO.**

Ab initio, defiro o pedido de ingresso da União no feito, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei 12.016/2009.

MS 35196 MC / DF

A concessão de medida cautelar na via mandamental exige a comprovação inequívoca da urgência do provimento jurisdicional (*periculum in mora*) para preservar o direito do impetrante, bem como da verossimilhança do direito alegado (*fumus boni iuris*), por força do disposto no art. 7º, III, da Lei 12.016/2009. É como predica abalizada doutrina de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, *in verbis*:

“(...) visa garantir a eficácia do possível direito do impetrante, justificando-se pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento, não afirma direitos nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado” (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, Malheiros Editores: São Paulo, 35ª edição, 2013, p. 93/94).

É inafastável que a concessão de medida liminar em mandado de segurança pressupõe a coexistência da **(i)** plausibilidade do direito invocado pelo impetrante e **(ii)** do receio de dano de irreparável pela demora na concessão definitiva da ordem.

De plano, é cediço que a questão ora suscitada invoca o entendimento predominante neste Supremo Tribunal Federal, de que o parecer meramente consultivo não gera responsabilização do seu autor, conforme os seguintes precedentes:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da

MS 35196 MC / DF

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., 13ª 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.”

(MS 24073, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 31.10.2003)

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

I. 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 como 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

MS 35196 MC / DF

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.”

(MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 01.02.2008)

Como se observa, o exercício da advocacia pública compreende, dentre outras atribuições, a emissão de pareceres jurídicos de forma a orientar a Administração Pública quanto à legalidade dos seus atos. Com efeito, a Lei de Licitações prevê, em seu art. 38, parágrafo único, a obrigatoriedade de prévio exame e aprovação pela assessoria jurídica da Administração das *“minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes”*.

A esse respeito, o administrador detém discricionariedade para prosseguir ou não nas referidas fases da licitação, caso o parecer seja pela legalidade das operações. Sob outra ótica, a obrigatoriedade de exame técnico prevista no referido título legal vincula a Administração quando a conclusão da assessoria for pela ilegalidade das minutas.

Consoante este entendimento, colaciona-se excerto do voto proferido pela Min. Cármen Lúcia, nos autos do MS 29.137/DF:

“É certo que, em matéria de licitações e contratos administrativos, a manifestação dos órgãos de assessoria jurídica não se limita à mera opinião, mas à aprovação ou rejeição da proposta. Contudo, embora seja obrigatória a submissão do contrato e, eventualmente, de seu termo aditivo, ao exame de legalidade pelo órgão de assessoria jurídica, sua manifestação favorável não ganha contorno de vinculatividade capaz de subordinar a atuação do gestor

MS 35196 MC / DF

público, compelindo-o a praticar o ato. Por outro lado, se o parecer técnico-jurídico for desfavorável, seu teor vincula o gestor público, impedindo-o de celebrar o ajuste ou tornando-o exclusivamente responsável pelos danos que dele possam advir.

Ao contrário do que pretende fazer crer o Impetrante, a natureza vinculante de pareceres jurídicos em matéria de licitações somente se revela quando o órgão técnico aponta a existência de vício formal ou material que impeça ou desaconselhe a prática do ato, situação diversa da descrita nesta ação, pois, segundo exame do Tribunal de Contas da União, o gestor público podia, ou mesmo devia, dissentir e recusar-se a realizar o aditivo contratual.

Embora a aprovação do ato pela assessoria jurídica não vincule o Administrador a ponto de substituí-lo em seu juízo de valor, isso não significa que o parecerista é absolutamente isento de responsabilidade sobre suas manifestações. Se a prática do ato administrativo está lastreada em manifestação favorável da unidade técnica, há convergência de entendimentos e, em certa medida, compartilhamento de poder decisório entre o Administrador e o parecerista, pelo que se tornam mutuamente responsáveis pelos danos que possam causar ao erário.

*Dúvidas não remanescem sobre a inexistência de imunidade absoluta do advogado público com relação às manifestações jurídicas emitidas em processos administrativos, razão pela qual **podem ser chamados a prestar esclarecimentos ao órgão de controle externo e, eventualmente, ser responsabilizados por seus atos em caso de culpa, omissão ou erro grosseiro.***

(MS 29137, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28.02.2013 – grifo nosso)

In casu, o Tribunal de Contas da União agiu de maneira distinta desse entendimento, considerando vinculantes quaisquer pareceres proferidos por força do artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. Para esclarecer o ponto, colaciono trecho do Acórdão 3.024/2013:

“21. Em relação à emissão do parecer jurídico que possibilitou a

MS 35196 MC / DF

realização do 5º Termo Aditivo, observo que o Sr. Fernando Antônio Freire de Andrade, ex-Chefe da Assessoria Jurídica da Codevasf, não consignou a impossibilidade da realização do alegado reequilíbrio econômico-financeiro por falta de amparo legal e concluiu que 'estando os cálculos de planilha revistos e realinhados e por estar ao abrigo do dispositivo legal analisado, tem-se a solução adequada'.

22. O art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993, dispõe que o reequilíbrio econômico-financeiro deve ocorrer em situações imprevisíveis, de força maior, de caso fortuito ou de fato do príncipe, o que considero demonstrar a excepcionalidade das situações que têm o condão de ensejar tal direito e a ausência de hipótese para enquadramento do caso concreto como reequilíbrio econômico-financeiro.

23. Os pareceres jurídicos emitidos pelos procuradores de órgãos públicos podem ser vinculantes ou opinativos.

24. O parágrafo único do art. 38 estabelece hipóteses de emissão de pareceres jurídicos vinculantes, já que dispõe que as minutas dos editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

25. Os aditivos contratuais são ajustes ao contrato, motivo pelo qual tal disposição também se aplica aos termos aditivos, ou seja, o 5º Termo Aditivo somente poderia ser firmado com a aprovação da assessoria jurídica, o que demonstra a vinculação entre a decisão tomada pelos gestores e o parecer jurídico emitido, bem como a parcela de responsabilidade do parecerista.

26. Cumpre mencionar que este Tribunal tem jurisprudência no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, conforme Acórdãos 190/2001, 19/2002, 1.161/2010 e 40/2013, todos do Plenário." (eDoc. 2, fl. 184)

Some-se, ainda, que, para a configuração da responsabilidade do parecerista que se posiciona favorável ao prosseguimento das operações supratranscritas, entendo que deve estar comprovado que este agiu de maneira culposa ou cometeu erro grosseiro, sob pena de se atingir a

MS 35196 MC / DF

inviolabilidade dos atos e manifestações do advogado no exercício da profissão, protegida pelo art. 133 da Constituição da República. No mesmo sentido, preleciona a doutrina especializada, *verbis*:

*(3) A partir das decisões do STF e de outras considerações, doutrinárias e práticas, construímos quatro standards destinados a orientar a responsabilização do parecerista público. São eles o dolo, o erro evidente e inescusável, a não-adoção de condicionantes reais de cautela e a necessidade de preservação da heterogeneidade de idéias no Direito. O dolo é a circunstância de o parecerista atuar de má fé, buscando não a melhor interpretação jurídica, mas a prevalência de algum interesse não-republicano. O erro evidente e inescusável, parametrizado pela atuação de um profissional médio, sendo causa da ação pública e gerando prejuízo, responsabilizará, também, o procurador. A não-adoção de condicionantes reais de cautela, como o uso de expressões indicativas do fim da opinião jurídica e o alerta para os riscos jurídicos das posições em análise, refletem de modo negativo na responsabilização do autor de uma opinião legal. Por fim, a interpretação de todos os standards anteriores deve ser feita de modo restritivo, tendo em vista a necessidade, jurídica e prática, da preservação da heterogeneidade de idéias no dia-a-dia do Direito.” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. *Boletim de Direito Administrativo*, 2010).*

*“(...) os advogados podem ser responsabilizados em razão de manifestações jurídicas produzidas em processos administrativos que causem dano ao erário em razão de fraude, de conluíus, ou quando for adotada tese jurídica absurda ou já rejeitada pela jurisprudência. Não é legítimo, todavia, responsabilizá-los, judicial ou administrativamente, em razão do conteúdo de suas manifestações, se defenderem tese razoável e bem fundamentada.” (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 966)*

No caso, sem prejuízo de novo exame por ocasião do julgamento de

MS 35196 MC / DF

mérito, considero que não restou suficientemente comprovado o erro grosseiro ou dolo na conduta do impetrante. É o que se verifica do seguinte trecho do parecer exarado pelo impetrante:

“A princípio, o expediente foi submetido à apreciação do setor técnico responsável pelos custos e planilhas e firmado parecer, fls. 06/07, e instruído por planilha revisada dos preços iniciais, divergente em parte dos itens colacionados pela Contratada – fls. 03/05, peça integrante do pleito. Na forma dos cálculos alinhados pelo setor técnico, o realinhamento do orçamento assenta no percentual de 4,7053% e conclui o parecer opinando pelo acolhimento da pretensão postulada. Para tanto, faz juntar planilha de realinhamento (fls. 08/12) e quadro de insumos (fls. 13/17).

(...)

À Administração não cabe, de modo algum, ignorar a situação, incongruente com a própria natureza do contrato e princípios de justiça. É irrelevante saber se o desajuste foi causado pela Administração Pública contratante em decorrência da alteração de projeto, adoção de índice de reajustamento inadequado às suas finalidades, aumento de insumos (fato de terceiro) ou por estarem os preços no momento em que se instaura o desequilíbrio financeiro em descompasso, frente ao tempo transcorrido, com os ofertados na proposta.

Em qualquer dessas situações cabe à Administração Pública contratante recompor a equação econômico-financeira.

(...)

Por todo o exposto, estando os cálculos de planilha revistos e realinhados e por estar ao abrigo do dispositivo legal analisado, tem-se a solução adequada.”

É bem verdade que a equiparação de possíveis causas de revisão contratual milita em desfavor da diligência exigida do parecerista. É que, na contratação pública, *“a teoria da imprevisão autoriza a revisão do contrato quando houver uma causa justificadora da inexecução que onere excessivamente*

MS 35196 MC / DF

o contratante. O estado de imprevisão se configura quando o risco econômico é anormal, intolerável, acima do que normalmente assumidos pelo contratante” (FUX, Luiz; MAGALHÃES, Andréa. Imprevisão, Incompletude e Risco: Uma Contribuição da Teoria Econômica aos Contratos Administrativos. Direito Administrativo na Atualidade. São Paulo: Malheiros, 2017).

No entanto, além da remissão ao parecer técnico que realinhou os preços, *in casu*, o parecer exarado pelo Impetrante buscou fundamentos jurídicos nos artigos 58, I e §2º e 65, II, d, da Lei 8.666/1993, e em referências da doutrina especializada, como Jessé Torres, Marçal Justen Filho, Carlos Ari Sundfeld e Toshio Mukai.

Nesse contexto, sobressai evidente o *fumus boni iuris*, uma vez que o exame preliminar do caso *sub examine* conclui pela ausência de culpa ou erro grosseiro do impetrante no proferimento de parecer jurídico, o que afasta a sua responsabilização pela autoridade coatora. Já o *periculum in mora* decorre do fato de que a decisão definitiva do TCU possibilita a execução imediata da condenação do impetrante, por constituir “*título executivo bastante para cobrança judicial da dívida decorrente de débito ou multa*”, nos termos do art. 23, inciso III, *b*, da Lei nº. 8.443/92. Consectariamente, resta demonstrado que estão presentes os requisitos autorizadores da concessão de medida liminar pleiteada.

Ex positis, **DEFIRO** o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da condenação resultante do Acórdão 1.446/2017, em desfavor do impetrante, nos autos da Tomada de Contas Especial 019.710/2004-2, até o julgamento de mérito do presente *mandamus*.

Por fazer jus à tramitação prioritária a que alude o artigo 71 da Lei 10.741/2003, anote-se essa circunstância em local visível nos autos do processo com as providências de praxe. Em seguida, ouça-se o representante do Ministério Público Federal (art. 12 da Lei 12.016/2009).

Publique-se. Int..

Brasília, 26 de outubro de 2017.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

Documento assinado digitalmente