

12/11/2019

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.196 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. LUIZ FUX**  
**AGTE.(S)** : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**AGDO.(A/S)** : **FERNANDO ANTONIO FREIRE DE ANDRADE**  
**ADV.(A/S)** : **ALEXANDRE AROEIRA SALLES E OUTRO(A/S)**  
**LIT.PAS.(A/S)** : **UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**AM. CURIAE.** : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS**  
**ADV.(A/S)** : **OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR**  
**ADV.(A/S)** : **ROBERTO CHARLES DE MENEZES DIAS**

**EMENTA: AGRADO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. O advogado é passível de responsabilização “*pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa*”, consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional.

2. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliativa desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público.

3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente

**MS 35196 AGR / DF**

técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador.

4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, *d*, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos “previsíveis porém de consequências incalculáveis”.

5. Os preços, posto variáveis, podem ensejar a revisão contratual *in concreto*, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice, razão pela qual não se configura a responsabilização do parecerista tão somente por não ter feito referência expressa à cláusula contratual.

6. A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso.

7. *In casu*, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, lastreando-se em mera interpretação distinta dos fatos, deixou de comprovar o erro inescusável pelo agravado para sustentar a irregularidade do aditivo, que somente restaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão, na extensão devida, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária.

8. O agravado no caso *sub examine* efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos, logo após explicitar que se tratava de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou econômica e de trazer referências doutrinárias específicas de atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia.

**MS 35196 AGR / DF**

9. Agravo interno a que **NEGO PROVIMENTO** por manifesta improcedência.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Luís Roberto Barroso.

Brasília, 12 de novembro de 2019.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

*Documento assinado digitalmente*

12/11/2019

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.196 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. LUIZ FUX**  
**AGTE.(S)** : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**AGDO.(A/S)** : **FERNANDO ANTONIO FREIRE DE ANDRADE**  
**ADV.(A/S)** : **ALEXANDRE AROEIRA SALLES E OUTRO(A/S)**  
**LIT.PAS.(A/S)** : **UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**AM. CURIAE.** : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS**  
: **ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**  
**ADV.(A/S)** : **OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR**  
**ADV.(A/S)** : **ROBERTO CHARLES DE MENEZES DIAS**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Trata-se agravo interno interposto em face de decisão monocrática de minha lavra em que dei provimento ao mandado, conforme razões assim ementadas:

*“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. SEGURANÇA CONCEDIDA.”*

Originariamente, cuida-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

**MS 35196 AGR / DF**

irregularidades ocorridas na firmação do 5º Termo Aditivo ao Contrato 0.06.98.00014/00, celebrado entre a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (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, em virtude da emissão de parecer favorável ao referido aditamento, ao ressarcimento ao erário, solidariamente a outros responsáveis, 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 retrospecto ao referido termo, narra o Impetrante 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%”*. A Codevasf, então, 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, que à época exercia o cargo de Chefe da Assessoria Jurídica da companhia, emitiu parecer favorável à assinatura do 5º Termo Aditivo (eDoc. 2, fls. 41/44), entendendo, com base nos arts. 58, I, e 65, II d da Lei 8.666/90, pela existência de permissão legal para a Codevasf realizar o reequilíbrio econômico-financeiro do referido contrato, conclusão esta adotada pela Diretoria Executiva da Codevasf.

Ato contínuo, 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 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

**MS 35196 AGR / DF**

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 interpôs pedido de reconsideração, que foi desprovido. Ao fim, no dia 5/7/2017, o TCU emite o ato apontado como coator, em que rejeita os embargos de declaração opostos 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 de sua manifestação. Nessa linha, argumenta que, à luz do artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, seu parecer seria obrigatório e 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 atuasse 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*

**MS 35196 AGR / DF**

*elaborado com dolo ou com erro grosseiro”.*

As informações foram prestadas pela autoridade coatora.

No dia 26/10/2017, concedi a medida liminar no sentido de *“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”*. Contra essa decisão, foram interpostos agravos pelo Tribunal de Contas da União e pela Advocacia Geral da União.

O Ministério Público Federal, em parecer, opina pela concessão da ordem, nos seguintes termos, *in verbis*:

*“Nada obstante a possível falta de primor quanto ao contrato originalmente pactuado e à indicação de outras causas de revisão contratual consoante apontado pelo TCU, forçoso reconhecer que, da forma quanto exposto, o parecer não sugere erro grosseiro nem uma omissão dolosa, haja vista a fundamentação legal e doutrinária para balizar o realinhamento financeiro e econômico do contrato, guardando aparente verossimilhança na informação prestada.*

*Tampouco se denota desarrazoada ou imprecisa essa análise conjugada entre os dispositivos legais expressamente citados pelo parecerista e a conclusão de que seria a solução adequada do desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes (excertos do parecer). A doutrina também remete à interpretação associada, como se extrai das lições também de Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre o artigo 58, § 2º, da Lei 8.666/93.*

(...)

*A incursão acerca das teses/premissas jurídicas lançadas no parecer emitido pelo impetrante ultrapassa sobremaneira a seara de análise dos poderes constituídos. A escolha por uma compreensão, ainda que não admitida pelo TCU, mas com amparo em interpretação coerente do entendimento doutrinário, circunscreve-se ao âmbito próprio da hermenêutica jurídica e*

**MS 35196 AGR / DF**

*não sugere, repita-se, erro grosseiro ou omissão dolosa.*

(...)

*Reforça-se que a análise dos conteúdos das manifestações dos advogados deve ser compatibilizada com o exercício da função pública. Ainda que o TCU indique a existência de motivação diversa para negar a revisão contratual deferida pela Diretoria Executiva, certo é que essa seara de revisão judicial em relação às manifestações jurídicas constitui o múnus próprio da advocacia e apresenta feições marcadamente subjetivas, encontrando obstáculo no próprio texto constitucional (CF, artigo 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei)."*

Admiti no feito o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na qualidade de *amicus curiae*.

Na sequência, proferi decisão monocrática para conceder a ordem, porquanto não ter havido comprovação suficiente de dolo ou erro grave inescusável que dê fundamento para a condenação do parecerista jurídico pela legalidade do aditamento do referido contrato administrativo.

Irresignado, o Tribunal de Contas da União interpôs agravo regimental. Salienta que "*as variações dos preços de mercado, bem como a variação cambial, isoladamente, não se enquadram entre as hipóteses legais (artigo 65, inciso II, alínea "d"), que autorizam o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato*", restando, assim, configurado o erro grave do impetrante na subsunção jurídica dos fatos, que estariam abrangidos pelas cláusulas de reajuste contratual.

Pugna pelo conhecimento e provimento do presente agravo, para denegar a ordem.

É o relatório.

12/11/2019

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.196 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): O presente agravo interno não merece ser provido.

Em que pesem os argumentos expendidos, resta evidenciado das razões recursais que o agravante não trouxe argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, porquanto não logrou demonstrar o elemento subjetivo caracterizador da responsabilidade do parecerista, qual seja, o dolo ou erro grave.

O agravante aduz que os fundamentos contidos no primeiro capítulo da decisão impugnada, que examinou a questão da responsabilidade do advogado parecerista, não foram utilizados para anular o ato tido por coator, razão pela qual sua irrisignação se restringiria ao segundo capítulo do *decisum*, quanto à inexistência de dolo ou culpa grave no parecer jurídico emitido pelo impetrante.

Ocorre que o enquadramento do fato como erro grave ou grosseiro corresponde justamente à extensão da responsabilidade do parecerista, vez que uma interpretação ampliativa desses conceitos pode, no limite, tornar o advogado solidariamente responsável pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público, a exemplo da condenação que motivou a impetração do presente mandado de segurança.

O Min. Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento do MS 24.631, relembrou a classificação da doutrina francesa quanto à repercussão jurídico-administrativa dos pareceres dos advogados, concluindo que “*o que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório*” (MS 24631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 9/8/2007, DJe 1º/2/2008).

**MS 35196 AGR / DF**

Atribuir a responsabilidade solidária 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 em 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 acarreta 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, em que se tratar de cognições distintas. Dentre as atribuições da função, o advogado público emite pareceres jurídicos ao administrador. Trata-se de uma forma de controle interno de legalidade dos atos administrativos, em que assessora o administrador e se posiciona sobre a legalidade de determinado ato da Administração Pública.

Devido ao caráter eminentemente técnico-jurídico da função, a assessoria jurídica da Administração dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. A assimetria informacional impõe que a responsabilidade do parecerista seja proporcional ao seu real poder de decisão na formação do ato administrativo.

Sobre o tema, considere-se a falta de capacidade técnica do advogado para se imiscuir em determinados assuntos, tendo em vista que *“o advogado não sabe e não tem como saber – a não ser que lhe digam, valendo aí, ipsis litteris, a informação repassada – questões de fato”* (MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. *Revista da AGU*, vol. 9, n. 24, 2010. p. 17-19). Por essa razão, o erro capaz de imputar responsabilidade ao parecerista é o erro

**MS 35196 AGR / DF**

claro, baseado naquilo que se poderia exigir do profissional de formação jurídica aprovado em concurso público.

O artigo 133 da Constituição, ao estabelecer a garantia constitucional, ressalva que o advogado poderá ser responsabilizado nas hipóteses previstas em lei. Os limites à inviolabilidade funcional foram densificados pela Lei 8.906/94, ao prever, no artigo 32, que o advogado possui responsabilidade “*pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa*”.

A relevância dos graus de culpa ganhou destaque com a Lei 13.655/18, que introduziu o artigo 28 na Lei de Introdução às Normas do Direito. Ao restringir a responsabilização pessoal do agente público aos casos “de dolo ou erro grosseiro”, a LINDB visa a conferir segurança jurídica para o agente público na tomada de decisão, evitando a presença de um temor excessivo em ser pessoalmente responsabilizado no exercício da função pública (DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O Direito ao erro do administrador público no Brasil*. GZ Editora: Rio de Janeiro, 2019. p. 95).

Com o veto aos parâmetros estabelecidos no §1º do artigo 28 na LINDB, a delimitação do conceito de erro grosseiro mantém-se candente, de modo que a densidade normativa da expressão mantém-se a cargo da doutrina e da jurisprudência judicial e administrativa. No entanto, o posicionamento do Tribunal de Contas da União tampouco tem se mostrado homogêneo, oscilando entre a classificação tripartite de erro leve, sem qualificação e grosseiro, sendo este associado à culpa grave (Tomada de Contas Especial da FUNASA, Ac. nº 2.391/18) e a atuação lastreada em “especial zelo” ou na figura do “administrador médio” (Tomada de Contas Especial da Petrobras, Ac. Nº 2.677/18).

Ainda que a abstração dos termos legais empregados justifique a falta de uniformidade na aplicação do instituto, não se pode admitir que a

**MS 35196 AGR / DF**

interpretação do conceito de erro grosseiro para fins de responsabilização do parecerista seja mais severa que aquele capaz de justificar a imputação do administrador público, a quem cabe a decisão final.

Assentada a responsabilidade dos advogados públicos face ao Tribunal de Contas da União quando do exercício de suas prerrogativas, haverá a responsabilização caso presentes dolo, culpa grave ou o erro evidente e inescusável.

*In casu*, o Tribunal de Contas da União entende que haveria erro grave na caracterização jurídica como reequilíbrio econômico-financeiro de situação de fato que não atendia às premissas legais. A responsabilização do Impetrante pelo TCU está respaldada na concepção que faz da imprevisibilidade, vez que entende que “*as variações dos preços de mercado, bem como a variação cambial, não se enquadram entre as hipóteses que autorizam o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato*”. Isso não significa que seja essa a única interpretação possível.

Diante da heterogeneidade de ideias quanto aos permissivos de revisão contratual com base na teoria da imprevisão, a diligência exigível do parecerista gira em torno da configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado.

A preservação da equação econômica possui estatura constitucional, por estar expressamente prevista na expressão “*mantidas as condições efetivas da proposta*” (artigo 37, XXI). O dispositivo, que remete à lei específica, trata de toda a contratação pública. É uma inovação da Constituição Federal de 1988, que, assim, estende o reequilíbrio econômico financeiro a todos os contratos administrativos (WALD, Arnold. ‘O Direito da Regulação, os Contratos de Longo Prazo e o Equilíbrio Econômico-Financeiro’. *Direito Público*. nº 8, 2005. p.120).

**MS 35196 AGR / DF**

A manutenção da equação inicial durante a vigência do pactuado decorre também dos postulados constitucionais da garantia da justa remuneração do capital do contratado e da proibição do confisco da propriedade.

Nada obstante, os termos contratuais obrigam as partes nos limites do avençado. Por essa razão, a superveniência de fatos extraordinários, não previstos ou imprevisíveis, faculta à parte onerada rescindir o contrato, caso não seja restituído o equilíbrio econômico financeiro original. É como determina a teoria da imprevisão, que, com esteio na cláusula *rebus sic stantibus*, informa tanto os contratos privados quanto os públicos.

Ninguém é obrigado a sacrificar sua própria subsistência em nome do adimplemento contratual, de modo que, se a álea ordinária implicar inviabilidade do negócio jurídico para uma das partes, com comprometimento da viabilidade da empresa, o desfazimento será legítimo, com os ressarcimentos de praxe. No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles assentou que “*não se há de pedir o impossível ou a ruína econômica da empresa para dar cumprimento a um ajuste que fatos imprevisíveis e inevitáveis tornaram inexecutível*” (MEIRELLES. *Licitação e contrato administrativo*. Revista dos Tribunais, 1991, p. 253).

A aplicação da teoria da imprevisão autoriza a revisão do contrato quando houver uma causa justificadora da inexecução que onere excessivamente o contratante. O estado de imprevisão se configura quando o risco econômico é anormal, intolerável, acima do que normalmente assumidos pelo contratante.

Nos termos do artigo 65, II, *d*, da Lei 8.666/1993, é devida a revisão contratual “*na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe,*

**MS 35196 AGR / DF**

*configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*". Destaque-se, dentre todos os permissivos legais, a previsão específica de reequilíbrio econômico financeiro por fatos "previsíveis porém de consequências incalculáveis".

O conteúdo semântico da imprevisibilidade é controverso. Alguns autores consideram que toda contingência é previsível, ainda que provavelmente a custo muito elevado (TIROLE, Jean. *Bounded rationality and incomplete contracts*. University of Toulouse, Mimeo, 2007, p. 2). Outros entendem que a imprevisibilidade se traduz na absoluta incerteza, pois quando a distribuição do resultado num grupo de casos é conhecida, ainda que através de estatísticas ou estimativas, trata-se de mero risco (KNIGHT, Frank. *Risks, Uncertainty and Profits*. Cosimo, New York, 2005, p. 233). Há, ainda, com base na teoria da imprevisão, quem defenda que é devida revisão contratual "diante de eventos que alterem profundamente a conjuntura econômica ou façam escassear materiais ou mão-de-obra" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 251-252).

A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado. A análise do *conteúdo* das manifestações dos advogados deve ser relativizada. Ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso, o advogado é livre para se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos. Nos termos do parecer do *parquet*, "essa seara de revisão judicial em relação às manifestações jurídicas constitui o *múnus próprio da advocacia*". A subjetividade das manifestações razoáveis e contempladas nas normas vigentes é assegurada por força constitucional.

O voto do Tribunal de Contas deixou de comprovar o erro inescusável pelo Impetrante. Lastreou-se tão-somente em interpretação distinta dos fatos para sustentar a irregularidade do aditivo contratual,

**MS 35196 AGR / DF**

nos seguintes termos:

*“(...) observo que a mera variação de preços, para mais ou para menos, não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, a saber: fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.*

*9. Entendo ser previsível a ocorrência de pequenas variações entre os preços contratuais reajustados e os preços de mercado, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a variação de preços do mercado.*

*10. Além disso, considero que a sistemática adotada pela Codevasf para a formalização do 5º Termo Aditivo não encontra amparo no art. 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei 8.666/1993.” (eDoc. 2, fl.184)*

É que, de fato, nem toda a causa superveniente de onerosidade dos encargos justifica o reequilíbrio da equação contratual. A álea extraordinária do contrato, capaz de ensejar a revisão contratual, é composta por causas extracontratuais, restando às demais a álea ordinária ou empresarial. O custo desses eventos que compõem o risco empresarial compete ordinariamente ao contratado, ainda que reduza significativamente sua margem de lucros (TÁCITO, Caio. Contrato administrativo-Alteração quantitativa e qualitativa-Limites de valor. *Revista de Direito Administrativo*, v. 198, 1997. p. 367).

Dessa forma, o erro inescusável do parecerista somente estaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato excepcional na álea empresarial.

Da análise, na via estreita do mandado de segurança, do conteúdo

**MS 35196 AGR / DF**

do parecer, verifica-se a impossibilidade de se configurar o elemento subjetivo caracterizador da responsabilidade do parecerista. Não se comprovou que o parecerista agiu como dolo ou culpa grave, estando adstrito aos requisitos razoavelmente exigíveis.

A utilização de condicionantes de cautela podem contribuir para descaracterizar a culpa grave em determinadas situações limítrofes. É o caso do dever de informar acerca dos riscos jurídicos especificamente decorrentes do ato, a delimitação do espaço de opinião jurídica e da área de decisão administrativa e a remissão a parecer técnico sobre a proposta. É o que se verifica do seguinte trecho do referido documento:

*“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.*

*Renomados doutrinadores, como Carlos Ari Sundfeld, in RDP 86:81, e Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e*

**MS 35196 AGR / DF**

*Contratos Administrativos, 4ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 1996, p. 401) ao vers(em) sobre o direito do contratado ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, afirmam que o desajuste pode vir de ato da Administração Pública contratante, de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia.*

*Outros autores prelecionam, como Jessé Torres Pereira Júnior e Toshio Mukai, sendo um devem, uma obrigação da Administração Pública contratante, para o contratado não pode ser senão um direito.*

*De Toshio Mukai, extraímos a afirmação:*

*(...)*

*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." (eDoc. 2, fls. 41-43)*

Percebe-se, como já aludido na decisão agravada, que (i) houve transcrição dos artigos 58, I e §2º e 65, II, *d*, da Lei 8.666/1993; (ii) o Impetrante fez referências à doutrina especializada, como Marcelo Caetano, Jessé Torres, Marçal Justen Filho, Carlos Ari Sundfeld e Toshio Mukai, aplicando-a ao caso; e (iii) atendeu à razoabilidade mínima exigível, diante dos fatos colacionados no parecer. A referência ao parecer técnico, que avaliou quantitativamente o custo da revisão em percentual, não se presta a transferir a responsabilidade do parecerista, mas a configurar a onerosidade excepcional que o fato imputado acarreta ao equilíbrio econômico do contrato.

Some-se que o parecerista efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos.

O argumento da desnecessidade de classificar-se a situação verificada no caso concreto em cada uma das hipóteses especificamente listadas pela Lei 8666/1993 não pode ser analisado isoladamente. O impetrante, no parágrafo anterior, explicita que se trata de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou

**MS 35196 AGR / DF**

econômica, o que demonstra o enquadramento na teoria da imprevisão. É o que se depreende de trecho do parecer, *in verbis*:

*“Não obstante o tratamento deva ser desse modo, ocorre ao longo da vigência contratual e execução do contrato surgirem fatos, acontecimentos de natureza econômica, como o aumento de insumos ou de configuração social, u ainda de ordem legal, com a criação/alteração de um tributo; ou outros fatores, para não nos alongarmos, de ordem natural, que rompem com a igualdade encargo-remuneração.*

*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.”(eDoc. 2, fls. 41-43)*

Outrossim, o Impetrante fez referências à doutrina especializada, como Marcelo Caetano, Jessé Torres, Marçal Justen Filho, Carlos Ari Sundfeld e Toshio Mukai, aplicando-a ao caso para concluir pela necessidade do restabelecimento da equação econômico-financeira entre as partes da relação contratual. **Não se trata de mero recurso retórico, mas de subsunção do caso à norma, dado que se refere especificamente a atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia.**

Nesse sentido, sobressai clara a existência de direito e líquido e certo do impetrante no presente caso, e, conseqüentemente, a manifesta improcedência do presente recurso.

Ademais, a parte agravante alega não ter o impetrante se manifestado *“a respeito da suficiência das cláusulas de reajuste para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio”*.

**MS 35196 AGR / DF**

De fato, devem ser considerados os termos contratuais, para afastamento da álea ordinária, que dispensaria a celebração de aditivo. A relevância de se verificar como se definiu *ab initio* a quem compete arcar com as áleas ordinária e extraordinária se deve ao fato de que, nos contratos administrativos, o excesso toma por base as premissas editalícias.

No entanto, não se configura a responsabilização do parecerista apenas por não ter feito referência expressa à cláusula contratual. O elemento subjetivo caracterizador da imputação estaria verificado caso houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão contratual, *na extensão devida*, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária, o que não se verificou.

Ora, nada impede que as variações de preços ensejem a revisão contratual *em concreto*, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice de alteração de preços. Atendida a razoabilidade mínima exigível do advogado público, foi o que se apontou no parecer em questão, ao destacar o direito constitucional do contratante ao reequilíbrio.

Por fim, ressalte-se que não houve a intimação para apresentação de contrarrazões ao presente recurso, em obediência ao princípio da celeridade processual e por não se verificar prejuízo à parte ora agravada, uma vez que voto pela manutenção da decisão recorrida (artigo 6º c/c artigo 9º do CPC/2015).

*Ex positis*, **NEGO PROVIMENTO** ao presente agravo.

É como voto.

**12/11/2019**

**PRIMEIRA TURMA**

**AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.196 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, quando não comprovado o dolo, o erro grave inescusável ou culpa em sentido amplo, responsabilizar o parecerista seria como aceitar o crime ou responsabilidade de hermenêutica. Ou seja, retira-se totalmente a possibilidade de análise do parecerista, daquele que está auxiliando a administração. Até porque, nesse caso, não se vincula o administrador. E a decisão do Tribunal da Contas chegou a uma conclusão diversa do parecerista, mas não apontou, como Vossa Excelência disse, nenhum desvio de finalidade, nenhum ato ilícito.

Acompanho integralmente.

12/11/2019

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.196 DISTRITO FEDERAL

**VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, utilizei a decisão monocrática ora agravada, da lavra de Vossa Excelência, para embasar decisão recente que proferi no MS 31815. Não comprovado erro inescusável nem dolo ou culpa, no sentido amplo, do parecerista, não há, *data venia*, como responsabilizá-lo.

Acompanho Vossa Excelência.

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.196**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

AGTE.(S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S) : FERNANDO ANTONIO FREIRE DE ANDRADE

ADV.(A/S) : ALEXANDRE AROEIRA SALLES (28108/DF, 71947/MG,  
169204/RJ, 404651/SP) E OUTRO(A/S)

LIT.PAS.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL -  
CFOAB

ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR (16275/DF)

ADV.(A/S) : ROBERTO CHARLES DE MENEZES DIAS (0007823/MA)

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Primeira Turma, 12.11.2019.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Alexandre de Moraes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Alcides Martins.

João Paulo Oliveira Barros  
Secretário da Turma