

Algumas reflexões sobre o conceito de “erro grosseiro” (art. 28 da LINDB) a partir da jurisprudência do STF sobre a responsabilidade do advogado público

Guilherme Henrique Lima Reinig

Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor e mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

Resumo: A Lei nº 13.655/2018 incluiu no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB) a previsão do artigo 28, segundo a qual “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas no caso de dolo ou erro grosseiro”. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.421/DF. Dentre os objetos da ADI estava o pedido de declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo identificar possíveis pontos de apoio na jurisprudência do STF para a compreensão do real alcance da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.655/2018, notadamente em vista de uma aparente aproximação do regime geral de responsabilidade pessoal dos administradores do regime específico jurisprudencialmente construído para a hipótese de parecer técnico-jurídico. Para tanto, o artigo analisa os acórdãos do STF acerca do tema, visando compreender qual o sentido prático da evolução jurisprudencial. Consta-se que, assim como o fez o legislador relativamente ao administrador público ao aprovar a Lei nº 13.655/2018, o STF, com apoio na garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, optou por assegurar a este, no exercício de sua atividade consultiva, considerável liberdade de manifestação da sua opinião técnica, mesmo quando contrária ao entendimento dos órgãos de controle.

Palavras-chave: Erro grosseiro. Advogado público. STF.

Sumário: 1 Introdução – 2 Contextualização legislativa e doutrinária – 3 A jurisprudência do STF sobre consultoria técnico-jurídica – 4 A constitucionalidade do artigo 28 da LINDB – 5 Síntese analítica da atual jurisprudência do STF – 6 Considerações finais – Referências

1 Introdução

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a previsão do artigo 28, segundo a qual “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas no caso de dolo ou erro grosseiro”. Até então, salvo quanto ao advogado público parecerista, o direito

brasileiro não previa qualquer espécie de distinção quanto ao grau ou à qualidade da culpa do agente público para o fim de sua responsabilização pessoal.

Nesse contexto, recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.421/DF (Brasil, 2024a). Dentre os objetos da ADI estava o pedido de declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Na oportunidade, o STF fez expressa referência à sua construção jurisprudencial acerca da responsabilidade pessoal do advogado público, decidindo, ao final, pela constitucionalidade do artigo 28 da LINDB.

Portanto, tendo em vista as crescentes discussões relativas ao alcance e ao sentido da previsão do referido dispositivo legal, impende contextualizá-lo no desenvolvimento jurisprudencial da Corte Suprema acerca da responsabilidade do advogado público. Com efeito, houve uma aparente aproximação do regime geral de responsabilidade pessoal dos administradores do regime específico jurisprudencialmente construído para a hipótese de parecer técnico-jurídico. Assim, à luz dos acórdãos do STF acerca da responsabilidade pessoal do advogado público na hipótese de parecer técnico-jurídico, o presente artigo tem por objetivo identificar possíveis pontos de apoio na jurisprudência do STF para a compreensão do real alcance da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.655/2018.

Para tal fim, o artigo divide-se em seis seções, além da introdução.

No primeiro deles, faz-se uma rápida contextualização da já mencionada alteração legislativa (item 2, *infra*). Em seguida, são analisados os acórdãos do STF acerca da responsabilidade pessoal do advogado público em caso de parecer técnico-jurídico (item 3, *infra*). O objetivo dessa seção é compreender qual o sentido prático da evolução jurisprudencial do tema no STF, a fim de se verificar se ela serve, em alguma medida, para a compreensão do artigo 28 da LINDB. Na sequência, é analisado acórdão do STF que decidiu sobre a constitucionalidade desse dispositivo (item 4, *infra*), apresentando-se, ao final, algumas possíveis conclusões sobre essa evolução jurisprudencial (itens 5 e 6, *infra*).

2 Contextualização legislativa e doutrinária

O artigo 28 da LINDB dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas no caso de dolo ou erro grosseiro”.

A análise do enunciado legislativo deve ser segmentada.

Inicialmente cumpre (a) identificar quais indivíduos ou pessoas se aplica o critério da lei (“o agente público”). Em seguida deve-se definir (b) o âmbito material do ato do qual pode exsurgir tal responsabilização (“suas decisões ou opiniões técnicas”), e (c) os critérios de imputação da responsabilidade (“no caso de dolo ou erro grosseiro”).

Portanto, primeiramente, impende compreender o sentido da expressão *agente público*. Ela deve ser interpretada no mesmo sentido em que empregada nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que, num ou noutro caso, cuida-se de indivíduos que lidam com a coisa pública, correndo, portanto, o risco de alguma espécie de responsabilização.

Destarte, o critério do artigo 28 da LINDB, além de abranger os servidores públicos estatutários em geral, os empregados públicos, os agentes políticos e comissionados, alcança qualquer pessoa que exerça função pública, ainda que temporariamente, também se aplicando a quem gerencia recursos públicos mediante delegação ou em razão de algum tipo de subvenção (Binenbojm; Cyrino, 2018, p. 207).

A responsabilização pessoal referida no artigo 28 da LINDB pode resultar de *atos decisórios* ou de *opiniões técnicas*. Nesse sentido, destaca a doutrina que a abrangência da norma alcança tanto a ação concreta que causa transformações na esfera jurídica quanto às contribuições do técnico que indica um rumo a seguir (Binenbojm; Cyrino, 2018, p. 207).

Essa segunda hipótese já era objeto de divergências e de uma construção jurisprudencial específica antes da Lei nº 13.655/2018, conforme será exposto no item 3, infra. Em termos genéricos, o STF se opôs às tentativas de responsabilização solidária do consultor ou assessor jurídico com o administrador que toma determinada decisão com base em seu parecer, passando a exigir, para tal fim, a comprovação de erro grave ou inescusável do advogado.

Feita essa breve observação, cumpre destacar que o artigo 28 se refere ao dolo e ao erro grosseiro. As controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais concentram-se no sentido e no alcance da expressão “erro grosseiro”. A título exemplificativo, há, no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), considerável quantidade de acórdãos versando sobre a definição da expressão.

De modo geral, a citada Corte de Contas considera como erro grosseiro aquele “que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave” (Brasil, 2018). Alguns acórdãos também fazem referência ao entendimento segundo o qual, se seguida a diretriz de equiparação do erro grosseiro à culpa grave, deve-se fazê-lo “mantendo o referencial do homem médio” (Brasil, 2022). Nesse sentido, incorreria em erro grosseiro “o gestor que falha gravemente nas circunstâncias em que não falharia aquele que emprega um nível de diligência normal no desempenho de suas funções, considerando os obstáculos e dificuldades reais que se apresentavam à época da prática do ato impugnado” (Brasil, 2024b).

Esse aspecto não passou despercebido pela doutrina, a qual destaca a divergência de entendimento sobre o tema entre os ministros da Corte (Niebuhr, 2023), havendo, também, quem indique haver, até mesmo, um “conteúdo bastante próximo da responsabilidade objetiva” (Ferraz, 2018).

A questão conceitual não é objeto deste artigo. De qualquer forma, as dificuldades de definição defrontadas pela jurisprudência, notadamente a do TCU, consistem em forte indício de que não seja essa exatamente a perspectiva adequada para a solução do problema. Nesse sentido, considerando já haver uma evolução jurisprudencial anterior que se aproxima da previsão do artigo 28 da LINDB, um possível caminho a ser trilhado consiste em analisar essa construção já consolidada, para, a partir daí, identificarem-se alguns pontos de apoio para a aplicação citado dispositivo.

3 A jurisprudência do STF sobre consultoria técnico-jurídica

Como já mencionado, na jurisprudência do STF formou-se específico entendimento acerca da responsabilidade do advogado público ou de advogado de empresa estatal quanto à sua opinião técnica em parecer jurídico.

No julgamento do Mandado de Segurança (MS) nº 24.073-3, ocorrido em 2002, o ministro Gilmar Mendes observou que se estava diante de “um desses casos emblemáticos que, infelizmente, tornam-se cada vez mais comuns” (Brasil, 2003b).

Mais de duas décadas depois, não resta dúvida quanto ao acerto do vaticínio do ministro. A Corte Suprema voltou a analisar o tema outras vezes, inclusive em julgados relativamente recentes, e a tônica da orientação jurisprudencial sedimentada no STF não se alterou desde 2002. Reconhecendo a natureza constitucional da questão, o STF volta-se contra eventuais excessos dos órgãos de controle tendentes a “impor inspeção contra advogado no pleno exercício da sua função”, conforme formulação encontrada no voto do ministro Maurício Corrêa no citado acórdão.

Esse é o contexto do qual germinou o entendimento segundo o qual o parecerista responderia, à época, em termos diversos do administrador público. No primeiro caso, exige-se a demonstração de que tenha incorrido em *erro grave, inescusável* ou falta de semelhante gravidade.

No acórdão que julgou o mencionado MS nº 24.073-3, há referência a um único julgado do STF. Trata-se do Inquérito nº 1.674-8, julgado em 2001 (Brasil, 2003a).

Entretanto, a decisão de 2001 não versou acerca do tema específico aqui analisado. O aresto envolvia queixa-crime movida por um juiz federal contra alguns advogados públicos. O magistrado alegou que, em uma representação administrativa, os advogados públicos teriam extrapolado os limites da regularidade jurídica, malferindo a sua honra. O julgado do Inquérito nº 1.674-8 concluiu, todavia, que:

O artigo 7º, §2º, da L. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) superou a jurisprudência formada sob o art. 142, C. Penal, que excluía do âmbito da imunidade profissional do advogado a injúria ou a difamação do juiz da causa.

2. Sob a lei nova, a imunidade do advogado se estende à eventual ofensa irrogada ao juiz, desde que pertinente à causa que defende (Brasil, 2003a).

Não obstante a ausência de uma relação de identidade temática entre os acórdãos, a referência, no julgado do MS nº 24.073-3, ao entendimento do Inquérito nº 1.674-8 indica a existência de um elemento comum entre as hipóteses: o tema do livre exercício da advocacia e, mais ainda, uma preocupação do STF em assegurar tal liberdade, o que pode ser verificado da análise de cada um dos acórdãos do STF sobre o tema.

3.1 O julgamento do MS nº 24.073-3

O julgamento do MS nº 24.073 (Brasil, 2003b), já referido, teve por objeto decisão do TCU que determinou a inclusão de advogados, como responsáveis solidários, pela ocorrência envolvendo a contratação de uma empresa de consultoria internacional. A responsabilidade dos consultores jurídicos decorreria da emissão de parecer, homologado pelo administrador público, sugerindo a contratação direta, sem licitação, da referida empresa.

Em síntese, os impetrantes alegaram não serem administradores públicos, não estando, portanto, sujeitos ao controle pelo TCU, vez que se limitaram a elaborar parecer técnico-jurídico, de natureza opinativa, portanto. Por sua vez, a Corte de Contas entendeu que não estava a questionar a interpretação dada a dispositivo de lei, mas sim analisando

a conduta dos pareceristas em não averiguar com o devido rigor nas situações concretas, inclusive com base na doutrina e jurisprudência pertinentes, a observância de requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei de Licitações e Contratos para a configuração, por exemplo, da inexigibilidade de licitação (Brasil, 2003b).

Quanto à sujeição do advogado ao controle do Tribunal, a Corte de Contas, embora tenha reconhecido que o autor de parecer jurídico não desempenha função de diretoria ou de execução administrativa, ressaltou a possibilidade da sindicância quando o opinativo “se presta à fundamentação do ato do administrador que ordenou a despesa”.

O STF apresentou a questão nos seguintes termos:

(...) poderia o TCU responsabilizar, solidariamente com o administrador, o advogado que, chamado a opinar, emitiu parecer técnico-jurídico sobre a questão a ser decidida, no caso, pela contratação direta pela estatal, de determinada empresa de consultoria internacional[?] (Brasil, 2003b).

Para decidir o caso, a Corte Suprema partiu de algumas premissas.

Primeiramente, qualificou o parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da Administração Pública como não sendo um ato administrativo, em razão de seu caráter *meramente opinativo*. Consequentemente, para o STF,

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 (Brasil, 2003b, grifos nossos).

Em segundo lugar, o acórdão da Suprema Corte considerou o fundamento constitucional da atividade do advogado, destacando a previsão segundo a qual ele “é indispensável à Administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. É nesse contexto constitucional que o STF refere as disposições da Lei nº 8.906/1994, notadamente os artigos 2º, §3º, e 7º, incisos I a XX. O aludido §3º determina que, “no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”. Por sua vez, os incisos I a XX do artigo 7º proclama as prerrogativas e direitos assegurados ao advogado público.

A Corte também cita o artigo 32 da do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), segundo o qual “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Entretanto, conclui não ser suficiente, para a sua responsabilização, a demonstração de simples culpa, exigindo-se *erro grave*. A referência à culpa grave parece decorrer da previsão do artigo 34, inciso IX, da citada lei, segundo o qual: “Art. 34. Constitui infração disciplinar: I - (...) IX - prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio (...)”.

A menção é encontrada no último parágrafo do voto do relator:

De resto, caberia à Ordem dos Advogados do Brasil apenas as infrações cometidas por advogado, decorrente de culpa grave, que hajam causado prejuízo a seu constituinte (Lei 8.906/95, art. 34, IX). O mesmo deve ser dito quanto a prática de erro que evidencie inépcia profissional (Lei 8.906/94, art. 34, XXIV) (Brasil, 2003b).

Sem embargo desse fundamento específico, da leitura do acórdão do STF e do acentuado realce ao fundamento constitucional da atividade do advogado e da inviolabilidade dele por seus atos e manifestações, infere-se que a Corte Suprema objetiva prevenir a responsabilização do advogado em razão de simples divergências doutrinária ou discordância (pelo órgão de controle) da interpretação adotada no parecer:

Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, 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 que cometeu erro grave, inescusável (Brasil, 2003b).

No caso concreto, o STF afastou a responsabilidade do advogado considerando se tratar de “discordância de interpretação”. No entanto, verifica-se no acórdão que o parecerista teria confiado em “determinada informação técnica dotada de verossimilhança” prestada por órgão competente, “não [endo] os advogados o dever, os meios ou sequer a legitimidade de deflagarem investigação para aferir o acerto, a conveniência e a oportunidade de tal decisão”. Assim, não obstante a alusão ao tema da interpretação do direito, o julgado também cuidou da investigação fática, isentando, em princípio, o advogado de uma investigação específica e exauriente das circunstâncias concretas.

3.2 O julgamento do MS nº 24.584-1

Em 2007 o STF voltou a enfrentar o tema no julgamento do MS nº 24.584-1 (Brasil, 2008a).

Procuradores federais impetraram mandado de segurança em razão de ato do TCU no sentido de responsabilizá-los, notadamente em razão de ofício por eles recebidos convocando-os para audiência relativa à averiguação de supostas irregularidades na juridicidade de convênio celebrado entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração (CETead). O TCU pretendia que os procuradores, sob pena de multa, apresentassem justificativas para os atos de aprovação do ajuste.

Por maioria, o STF decidiu que, prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/1993 que a manifestação de assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, é descabida a recusa à convocação do TCU para a prestação de esclarecimentos.

O parágrafo único do referido dispositivo, cujo objeto é atualmente tratado no artigo 53 da Lei nº 14.133/2021 dispunha que:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

I - (...)

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.

O voto do relator do processo, ministro Marco Aurélio, assinalou que “o profissional da advocacia não é responsável pelo ato administrativo praticado, ainda que se leve em conta parecer por ele emitido”, referindo o entendimento do acórdão que julgou o MS nº 24.073-3. Todavia, distinguiu as hipóteses. Enquanto o caso analisado no julgado citado dizia respeito a ato meramente opinativo, a questão então analisada no MS nº 24.584-1 relacionava-se a atos de aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivo. Portanto, para o relator:

A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste [do setor competente], não a emissão de um parecer, mas a oposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade (Brasil, 2008a).

O voto do relator também destacou não haver o TCU decidido sobre a procedência ou não dos defeitos apontados, cuidando-se de simples providência para a oitiva dos envolvidos. Nesse contexto, concluiu o relator do MS que, “na via estreita da ação mandamental, não há campo para o afastamento, sob pena de grassar a insegurança, da responsabilidade dos impetrantes mencionados”. Assinalando um “momento de mudança cultural” e “de alerta àqueles que lidam com a coisa pública”, observou o relator que “a imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade”. Importante ressaltar, todavia, que a denegação da ordem se limitou ao contexto de sua impetração, qual seja, o de simples apuração para o esclarecimento da ocorrência ou não de desvio de conduta pelos procuradores federais.

Importante tema dos debates nos demais votos foi a natureza vinculativa da aprovação das minutas pela assessoria jurídica. Em sua declaração de voto, o ministro Joaquim Barbosa afirmou que “essa vinculação gera um compartilhamento do poder administrativo entre o administrador e o procurador ou chefe da assessoria jurídica, cujo parecer definitivo condiciona a prática do ato administrativo”. Em sentido semelhante manifestou-se o ministro Ricardo Levandowski, para quem, “da redação do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, se pode tirar a conclusão de que os assessores jurídicos dos órgãos e entidades da Administração Pública são, em tese, solidariamente responsáveis pelas manifestações que emitem aprovando os atos licitatórios”. Por sua vez, em seu voto divergente, o ministro Gilmar Mendes, além de ressaltar não se tratar de uma simples convocação para explicações, pois apontada, no ato de convocação, uma pena de revelia no

caso de não comparecimento, entendeu não ser o parecer um ato administrativo, mas de natureza meramente consultiva, no que foi acompanhado pelo ministro Eros Grau, para quem “a regra da lei das licitações é análoga à norma que há na contratação privada, apenas garante a participação do advogado como uma espécie de fiscal da forma”.

Prevaleceu, todavia, o voto do relator, concluindo-se, conforme a manifestação do ministro Cezar Peluso, que só seria possível abortar-se a investigação se se tratasse de arbitrariedade do TCU “contra a liberdade de opinião jurídica, ou carente de apoio em qualquer elemento prévio de convicção”. De acordo com o citado voto do ministro Cezar Peluso:

(...) recaindo o processo sobre arguição de conjunto grosseiro de desatenções e omissões documentadas, capazes de substanciar, pelo menos, comportamento gravemente culposos dos procuradores opinantes, não se lhes atenta contra a relativa inviolabilidade profissional (Brasil, 2008a).

3.3 O julgamento do MS nº 24.631-6

No mesmo ano, o STF voltou a enfrentar o tema no julgamento do MS nº 24.631-6 (Brasil, 2008b), em caso envolvendo parecer de um procurador autárquico justificando o pagamento de acordo extrajudicial com quebra da ordem cronológica de pagamento de precatórios, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal.

Novamente, debateu-se se o advogado deveria ser solidariamente responsável com o gestor que homologa o seu parecer.

A Corte Suprema reiterou as diretrizes de seus acórdãos anteriores, indicando a natureza meramente opinativa dos pareceres lançados em processo administrativo. Todavia, o novo julgado torna ainda mais clara uma diferenciação já vislumbrada nos arestos anteriores, desenvolvendo as seguintes premissas: (i) nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade do parecerista; (ii) nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, de sorte que o parecerista pode vir a ser responsabilizado conjuntamente com o administrador.

A distinção, assim exposta, teve como escopo “atender (...) às ponderáveis preocupações externadas pelo TCU quanto a um possível círculo vicioso de irresponsabilidade e impunidade”. Tal ciclo decorreria de, em não sendo possível a responsabilização do parecerista, não o ser também a do administrador, por ter respaldado a sua decisão em exame técnico do qual não dispõe de conhecimentos específicos.

No entanto, é duvidoso que tal distinção solucione o problema referido em sua integralidade, pois, mesmo na hipótese de parecer meramente opinativo, seria em tese viável o afastamento da culpa do administrador na homologação do parecer. A título ilustrativo, no Acórdão nº 10.196/2023 (Brasil, 2023a) relativo à contratação de consultores para a execução de serviços rotineiros de apoio administrativo, o TCU decidiu que “não cabe o afastamento nem a atenuação da responsabilidade do dirigente que decide com base em pareceres técnicos que contenham erros grosseiros, de fácil detecção pela autoridade superior”. No caso concreto, a Corte de Contas assinalou que “era evidente e de fácil percepção que referidas contratações não poderiam ser concretizadas por não se enquadrarem nas hipóteses autorizadoras da contratação de consultoria”. Embora não o afirme expressamente, o julgado do TCU indica que a existência de parecer técnico com conclusão equivocada pode afastar a responsabilização do gestor, desde que o erro do parecer não se qualifique como “de fácil percepção”.

Feita essa digressão, da leitura do acórdão do STF em comento (Brasil, 2008b) não se identifica tenha sido a referida distinção entre parecer opinativo e vinculante essencial para a solução concreta do caso enfrentado pela Corte. Como pano de fundo da decisão, deve ser destacada a qualificação *in concreto* do pagamento de precatório como ato complexo.

Nesse cenário, o TCU havia concluído que o parecer jurídico seria elemento essencial à formação do ato, aspecto em relação ao qual o STF contrapôs a preocupação com “uma concepção de causalidade perversa”, no sentido de que se possibilitaria “a responsabilização de todos aqueles que ‘potencialmente’ tenham dado ensejo à irregularidade verificada em auditoria”. E, nesse aspecto, a Corte Constitucional acentua a circunstância de “a fiscalização do TCU aponta[r] justamente irregularidade na celebração de acordo extrajudicial, questão esta não submetida à apreciação do Procurador, ora impetrante”. Com isso, o STF quer indicar que a irregularidade não estava na autorização à celebração do acordo, mas sim do descumprimento da ordem de preferência constitucional para pagamento de precatórios, ato do qual o advogado público não teria participado. Destarte, não é clara a relevância da distinção entre parecer opinativo e vinculativo para a hipótese.

De qualquer modo, em termos abstratos, a Corte consignou não ter havido na decisão do TCU “qualquer demonstração de culpa ou de seus indícios; o que houve foi uma presunção de responsabilidade”. Em termos práticos, essa parece ser a única inferência positiva da contribuição do acórdão comentado à jurisprudência do STF: a simples emissão do parecer técnico-jurídico, mesmo que a sua homologação venha a implicar a responsabilização do administrador, não gera, por si, a responsabilização do advogado, devendo a sua culpa ser concretamente demonstrada pelo órgão de controle.

Por fim, o acórdão acrescenta ser o *regime diferenciado* dos advogados públicos uma decorrência não apenas das normas da Lei nº 8.906/1994: “pois... que a Advocacia Pública, a rigor, se submete a regime diferenciado, que mescla características do regime jurídico dessa profissão liberal com as do regime jurídico dos servidores a que se submetem também os advogados públicos” (Brasil, 2008b).

Essa nota não foi, todavia, explicada ou desenvolvida no acórdão comentado.

3.4 O julgamento do Ag.Reg. no MS nº 35.196

No julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança (Ag.Reg. no MS) nº 35.196 (Brasil, 2020), ocorrido em 2019, a Corte Constitucional analisou decisão do TCU que responsabilizou advogado público que emitira parecer favorável a aditamento de contrato envolvendo a execução de obras de irrigação em Juazeiro-BA.

Em síntese, o advogado havia opinado favoravelmente à assinatura de termo aditivo visando ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, apoiando a sua conclusão no disposto nos artigos 58, inciso I, e 65, inciso II, “d”, da Lei nº 8.666/1993. Em tomada de contas especial, o TCU concluiu, todavia, pela ausência de respaldo legal para o aditamento.

Em termos mais concretos, a Corte decidiu que o parecerista não deveria ter avalizado a tese segundo a qual a variação dos preços de mercado e a variação cambial se enquadram entre as hipóteses autorizativas do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Segundo o TCU,

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.

Todavia, o STF concluiu que não houve prova do elemento subjetivo caracterizador da responsabilidade do parecerista, qual seja, o dolo ou o erro grave. Para a Corte Suprema, a qualificação jurídica do TCU não era “a única interpretação possível”. Nesse sentido, para afastar o erro grosseiro do parecerista, o STF destacou que:

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 (Brasil, 2020).

Não interessa para o escopo deste artigo adentrar na correta qualificação dos fatos então analisados. Em verdade, impende destacar a preocupação, novamente demonstrada pela Corte Suprema, quanto ao risco de se estabelecer uma regra geral a responsabilização solidária do advogado com o administrador público. Segundo o STF:

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 (Brasil, 2020).

Como não se tratava de objeto do acórdão, o STF não decidiu se, afastada a responsabilidade do parecerista no caso concreto, a sorte do administrador que homologou o parecer deveria ser a mesma. Abstratamente, todavia, indicou que, em havendo critérios distintos de responsabilização, o administrador poderia, em tese, ser responsabilizado, mesmo se não o fosse o parecerista. Em termos práticos, a Corte quer evitar que a atribuição de responsabilidade solidária ao parecerista venha a acarretar reveses ao funcionamento da Administração Pública. Como explicação, afirma que, além de, tendencialmente, o parecerista ser menos propenso a teses inovadoras, ainda que razoáveis e adequadas, haveria o risco de a imposição de responsabilidade solidária impor aos advogados públicos uma efetiva assunção da função de administrador. Quanto a esse aspecto, o STF salienta a ausência de capacidade técnica do advogado para se imiscuir em determinados assuntos, que fogem do escopo de análise meramente jurídica.

É interessante destacar a correlação feita pelo acórdão em comento entre a responsabilidade do parecerista e a do administrador público, nos termos do artigo 28 da LINDB. Para a Corte, embora esse dispositivo delimite a responsabilização do agente público às hipóteses de dolo ou erro grosseiro, “não se pode admitir que a 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”.

Independentemente do acerto ou não dessa observação, fato é que, na esteira da evolução jurisprudencial acerca da responsabilidade pessoal do advogado por opinião técnico-jurídica, a Lei nº 13.665/2018 instituiu um regime geral de

responsabilidade pessoal que, ao menos terminologicamente, se aproxima daquele constituído pela jurisprudência do STF para os advogados. Nesse contexto, compreender o real alcance dessa construção jurisprudencial consiste em um passo importante para a elucidação do sentido prático da alteração legislativa da LINDB.

No acórdão que julgou o Ag.Reg. no MS nº 35.196 há uma afirmação que expressa mais adequadamente o alcance da solução jurisprudencial aqui analisada. Para a Corte, “o erro capaz de imputar responsabilidade ao parecerista é o erro claro, baseado naquilo que se poderia exigir do profissional de formação jurídica aprovado em concurso público”. Essa é a verdadeira baliza para a aferição do critério subjetivo de imputação da responsabilidade desses profissionais, não a qualificação abstrata, muitas vezes arbitrária e incompreensível, da sua culpa como *inescusável* ou *grave*. A questão concreta enfrentada pelo STF na análise do caso concorre nesse sentido para a compreensão da sua jurisprudência. O aresto da Corte Constitucional pontua ser o conteúdo semântico da imprevisibilidade “controverso”, apontado que “a diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado”. O STF afirma expressamente que “a análise do conteúdo das manifestações dos advogados deve ser relativizada”. Com isso, quer afastar o risco de ele ser pessoalmente responsabilizado simplesmente em razão de prevalecer no âmbito do órgão de controle um entendimento diverso.

É nesse contexto que se deve compreender a constatação do STF no sentido de que “o voto do Tribunal de Contas deixou de comprovar o erro inescusável pelo Impetrante”. Para a Corte Constitucional, no caso concreto, o TCU “lastreou-se tão-somente em interpretação distinta dos fatos para sustentar a irregularidade do aditivo contratual”. Para o STF, todavia, “o erro inescusável do parecerista somente estaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato excepcional na álea empresarial”.

Desse último julgado, fica claro que a construção jurisprudencial não leva em consideração apenas a possibilidade de interpretações variadas quanto ao direito, mas sim também a qualificação concreta de determinadas situações fáticas frente a determinados institutos ou conceitos jurídicos. Ambos os aspectos integram a já referida inviolabilidade da atividade do advogado, garantida constitucionalmente.

3.5 O julgamento do Seg. Ag.Reg. nos Emb.Decl. no RE com Ag. nº 1.235.427

Em 2023, o STF enfrentou novamente o tema no Segundo Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo Segundo (Seg. Ag.Reg. nos Emb.Decl. no RE com Ag.) nº 1.235.427 (Brasil, 2023b), dessa vez, entretanto, sem maiores desenvolvimentos argumentativos por parte do órgão colegiado.

Com efeito, cuidava-se de um agravo regimental interposto pelo Ministério Público de São Paulo (MPSP) contra decisão proferida em embargos de declaração no agravo regimental. A decisão agravada, favorável ao advogado público, fora no sentido de que o parecer elaborado por ele “não tinha o condão de vincular a realização do ato administrativo pelo gestor público, consubstanciado na formalização de contrato emergencial de prestação de serviço público de transporte urbano”.

A decisão do colegiado mantendo o entendimento da decisão recorrida apenas reproduz o conteúdo da decisão agravada, para manter o seu entendimento. Dessa sorte, não houve qualquer elemento novo para a compreensão da jurisprudência do STF acerca do tema, salvo no que diz respeito à reafirmação da diretriz segundo o qual não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

4 A constitucionalidade do artigo 28 da LINDB

Antes de se analisar eventuais relações da referida construção jurisprudencial com a aplicação do artigo 28 da LINDB, deve-se fazer rápida referência ao acórdão que, em março de 2024, julgou a ADI nº 6.421 (Brasil, 2024a).

Tratava-se de duas ações diretas de inconstitucionalidades tendo por objeto a MP nº 966/2020, o artigo 28 da LINDB, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018 e os artigos 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019.

A MP de 2020 dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão pertinentes a atos relacionados à pandemia da Covid-19. Em apertada síntese, o seu artigo 1º, *caput*, determinou que:

Art. 1º. Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da Covid-19.

(...).

A tese central das ações diretas de inconstitucionalidade consistia em a Constituição Federal exigir tão somente culpa ou dolo para a configuração da responsabilidade subjetiva do agente público (CF, art. 37, §§4º, 5º e 6º). Destarte, seria inconstitucional a previsão, em dispositivo infraconstitucional, limitando tal responsabilidade à hipótese de erro grosseiro. Nessa linha, argumentou-se, outrossim, que tal espécie de previsão, além de contrariar o princípio republicado

(CF, art. 1º), acarreta prejuízos à sociedade, pois tal espécie de ‘blindagem’ do agente público refletira na qualidade de suas decisões.

O STF decidiu pela perda do objeto da ADI relativamente à MP nº 966/2020 em razão do encerramento de sua vigência em 10 de setembro de 2020, restringindo a sua análise aos artigos 28 da LINDB e 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019.

Nesse contexto, o STF afastou a principal tese levantada contra a constitucionalidade das referidas disposições, notadamente a sua suposta contrariedade à previsão do artigo 37, §6º, da Constituição Federal:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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

Segundo o STF, o artigo 37, §6º, da Constituição Federal “carece de especificação quanto ao seu alcance, já que não há no texto constitucional definição do sentido de culpa”. A partir desse pressuposto, conclui a Corte que a Constituição não impõe a responsabilização pessoal do agente público “em caso de qualquer espécie de culpa”, reconhecendo a competência do legislador ordinário para dimensionar a culpa juridicamente relevante para tal escopo.

Todavia, ressaltou a necessidade de o legislador “respeitar o princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente”. Para o STF: “Caso o legislador restrinja demasiadamente sua responsabilização em casos efetivamente graves, estaremos diante de uma afronta ao art. 37, §6º, da CF e ao princípio republicano” (Brasil, 2024a).

A Corte serviu-se de sua própria jurisprudência como referência, referindo-se aos seus acórdãos acerca da responsabilização de pareceristas. Como referido, no STF consolidara-se o entendimento segundo o qual o parecerista somente deve ser responsabilizado nos casos de erro grave, grosseiro ou inescusável (cf. item 3, supra). A Corte mencionou, outrossim, previsões legais restritivas da responsabilização civil, notadamente: (i) as dos artigos 143, inciso I, 181, 184 e 187, todas do Código de Processo Civil, cuidando, respectivamente, da responsabilidade civil dos juízes, dos membros do Ministério Público, dos membros da Advocacia Pública e dos membros da Defensoria Pública; (ii) a do artigo 28, §2º, da Lei nº 13.327/2016, segundo a qual os ocupantes de cargos de advogado da União,

procurador da Fazenda Nacional, procurador federal e procurador do Banco Central “não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude”; (iii) o artigo 40 da Lei nº 13.140/2015, que afasta a responsabilização pessoal civil, administrativa e penal dos servidores e empregados públicos que participem do processo de composição extrajudicial de conflitos, salvo quando, “mediante dolo ou fraude, recebem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem”.

A existência das referidas normas legais limitativas da responsabilidade civil consistiu em circunstância relevante para a conclusão do STF no sentido da constitucionalidade do artigo 28 da LINDB. Para a Corte Constitucional, o problema não se coloca em termos abstratos, pois “eventuais situações de incompatibilidade com a Constituição serão verificadas na qualificação do que seja erro grosseiro”.

Essa diretriz é fundamental para a compreensão do sentido e do alcance da expressão legal “erro grosseiro”, como será melhor exposto abaixo.

Feita essa digressão, impende destacar haver o STF, no referido acórdão, reconhecido e sufragado as razões que levaram à inclusão do artigo 28 na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, referindo-se à noção de *erro tolerável*. Para a Corte,

a responsabilização do agente público por erros toleráveis pode resultar em importantes prejuízo à boa gestão pública. A adoção da categoria erro grosseiro me parece uma legítima opção legislativa, que respeita os limites de livre conformação estabelecidos pelo constituinte. Devem estar abrangidas na ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves. Ademais, a tolerância ao erro não pode significar complacência. Admite-se a falha, mas a desídia, o descuido e más gestões em geral merecem enfrentamento (Brasil, 2024a).

O STF também destaca a inter-relação do critério do erro grosseiro com a previsão do artigo 22, §1º, da LINDB, segundo o qual “em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. E, nesse contexto, conclui que o artigo 28 da LINDB, assim como os artigos 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019 realizaram uma *adequada especificação* do alcance da responsabilização pessoal dos agentes públicos, notadamente quanto ao escopo de se evitar a *inibição de intimidações na atuação pública* ou, dito em outras palavras, de se garantir, aos agentes públicos, o pleno exercício de suas funções públicas, no sentido de não os submeter a um risco excessivo de responsabilização pessoal.

Assim, afastada a tese de inconstitucionalidade do artigo 28 da LINDB, bem como dos artigos 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019, o STF fixou a seguinte tese:

1. Compete ao legislador ordinário dimensionar o conceito de culpa previsto no art. 37, §6º, da CF, respeitado o princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente.
2. Estão abrangidas pela ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves.

Do acórdão que julgou a ADI nº 6.421 conclui-se que, em princípio, o STF não afasta a possibilidade de controle constitucional da aplicação do critério do erro grosseiro. Embora declarada a constitucionalidade da expressão “erro grosseiro”, contida no artigo 38 da LINDB, nada impede que, futuramente, o STF venha a analisar a constitucionalidade de sua aplicação concreta em determinadas situações, precisamente no que diz respeito ao conteúdo e ao alcance do previsto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Assim, embora, em princípio, a matéria aparente ser exclusivamente de natureza infraconstitucional, dos termos do acórdão analisado é possível inferir uma reserva, pelo próprio STF, da possibilidade de um controle constitucional da aplicação casuística do artigo 28 da LINDB.

5 Síntese analítica da atual jurisprudência do STF

O Lei nº 13.655/2018, ao incluir na LINDB a previsão do artigo 28, segundo o qual “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas no caso de dolo ou erro grosseiro” teve por objetivo instituir a denominada cláusula geral de erro administrativo (Binenbojm; Cyrino, 2018), ou, em outros termos, reconhecer um espaço de tolerância jurídica ao cometimento de erros (Dionísio, 2021).

Diversas são os fundamentos apontados pela doutrina para uma previsão legislativa de ausência de responsabilização do administrador público na hipótese de um erro considerado *tolerável*. Dentre elas, aponta-se um controle excessivo sobre o administrador público decorrente de um modelo normativo caracterizado pela vagueza dos textos normativos pela multiplicidade e pela sobreposição de órgãos de controle. Tais fatores concorreriam para um considerável risco de controle baseado na particular interpretação do agente fiscalizador. Além disso, se apontam os efeitos negativos de um temor decorrente da intolerância ao cometimento de erros, o que desincentivaria inovações administrativas e afastaria dos quadros públicos administradores bem qualificados (Dionísio, 2021), referindo-se parte da doutrina até mesmo a um “direito administrativo do medo” (Santos, 2023).

Nesse contexto, a alteração legislativa teria o objetivo de *flexibilizar* o rigor dos órgãos de controle quanto aos critérios de responsabilização do administrador público.

No julgamento da ADI nº 6.421 (Brasil, 2024a), o STF convalida essa diretriz, referindo-se expressamente à ideia de *erro tolerável*. Para a Corte, a responsabilização do agente público por erros toleráveis pode resultar em importantes prejuízos à gestão pública, sendo, assim, legítima a opção legislativa pela categoria do *erro grosseiro*, que, segundo o STF, abrange as noções de imprudência, negligência e imperícias, “quando efetivamente graves”.

A construção jurisprudencial acerca da responsabilidade dos consultores, assessores e advogados públicos apresenta semelhanças com as razões que levaram à inclusão da expressão “erro grosseiro” na LINDB. Em termos genéricos, o STF buscou restringir a atuação fiscalizatória dos órgãos de controle, sempre que vislumbrada alguma margem tolerável de interpretação jurídica. Em termos mais precisos, para a Corte Constitucional a simples divergência de interpretação entre aquela adotada pelo órgão de controle e a do parecerista não seria suficiente para a qualificação da opinião técnica um erro passível de punição. Assim como o fez o legislador relativamente ao administrador público, ao aprovar a Lei nº 13.655/2018, o STF, com apoio na garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, optou por assegurar a este, no exercício de sua atividade consultiva, considerável liberdade de manifestação da sua opinião técnica, mesmo quando contrária ao entendimento dos órgãos de controle.

Essa liberdade diz respeito tanto à interpretação do direito quanto à qualificação fática dos fatos objeto do parecer jurídico. Todavia, o STF reconhece haver um limite que, se extrapolado, justifica a responsabilização do advogado perante os órgãos de controle, notadamente o Tribunal de Contas. A forma de expressar tal limite foi a opção terminológica pelo critério, abstrato e indeterminado, da culpa grave ou do erro grosseiro ou inescusável. Como consignado no acórdão que julgou o Ag.Reg. no MS nº 35.196, tal erro seria “o erro claro, baseado naquilo que se poderia exigir do profissional de formação jurídica aprovado em concurso público” (Brasil, 2020). Em sede doutrinária se refere ao *standard* do *erro evidente e inescusável* (Mendonça, 2009, p. 173).

Ambas as formulações (erro claro ou erro evidente e inescusável) expressam o real sentido e alcance das expressões genéricas e indeterminadas contidas nos acórdãos do STF, expressões que, aparentemente, tiveram inspiração na previsão do artigo 24, inciso, IX, da Lei nº 8.906/1994, segundo a qual constitui infração disciplinar do advogado “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio”. Erro claro ou erro evidente e inescusável não é aquele que se qualifica como simples interpretação divergente em relação à maioria da doutrina ou da jurisprudência (Mendonça, 2009, p. 173). O que se exige dos órgãos de controle, para o fim de responsabilização do parecerista, é a identificação, concreta, de opinativo que não encontra qualquer apoio na legislação, na doutrina ou na jurisprudência. São erros que não decorrem de uma variação de apreciação e valoração

naturalmente existente entre os profissionais do direito, como, a título ilustrativo, enquadrar-se uma hipótese de dispensa de licitação em artigo inteiramente inaplicável (Mendonça, 2009, p. 173).

O acórdão do STF envolvendo o caso sobre o reequilíbrio econômico do contrato é ilustrativo. A discordância do órgão de controle quanto à qualificação de determinado fato como *imprevisível* não é, por si, razão suficiente para a responsabilização pessoal do consultor jurídico. Por outro lado, não se poderia aceitar o extremo de se permitir, em uma interpretação demasiadamente flexível da garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que ele pudesse, sem uma devida explicação e contextualização, adotar interpretação e solução frontalmente contrária à jurisprudência do TCU e das cortes jurisdicionais, notadamente dos tribunais superiores. Pode até o fazer, sem o risco de ser pessoalmente responsabilizado, desde que tome a devida cautela de contextualizar o administrador público que homologará ou não o seu parecer. Ou seja, em se tratando de uma proposta de solução técnico-jurídica que contraria, em princípio, entendimento já consolidado ou majoritário na jurisprudência, deverá o advogado registrar essa ressalva, possibilitando ao administrador, se assim este entender, optar por solicitar a apreciação de outro consultor ou, até mesmo, decidir contrariamente ao parecer.

Em outras palavras, o livre exercício da advocacia, notadamente a pública, não abrange ocultar de quem decidirá informações que poderiam suscitar, neste, eventual dúvida quanto ao acerto da interpretação adotada no parecer. O parecerista não deve, jamais, ser responsabilizado por sua opinião, salvo naquelas hipóteses em que tal opinião não encontra qualquer respaldo no direito positivo. Todavia, pode e deve ser responsabilizado por uma indevida descontextualização do administrador público, impedindo que, desprovido de informações técnicas minimamente contextualizadas, efetivamente decida, eventualmente optando por uma nova consulta jurídica.

6 Considerações finais

Anda bem a jurisprudência do STF ao deixar claro que o advogado, enquanto parecerista, não deve responder como se administrador fora. Todavia, há hipóteses em que ele deve responder na qualidade de parecerista, não por sua opinião, em si, mas pela forma como a justificou. Uma opinião divergente da majoritária, eventualmente até mesmo isolada e única no complexo mundo do direito, não justifica, por si, a responsabilização do parecerista, caso o administrador a homologue, desde que tal opinião tenha atendido a requisitos mínimos de construção argumentativa, referindo-se não necessariamente a todos os entendimentos divergentes do adotado, mas, minimamente, àquele que eventualmente seja adotado pela jurisprudência majoritária ou dominante, de sorte a que o administrador

tenha a possibilidade de, se assim quiser, cogitar da dúvida quanto à correção da solução proposta.

Evidentemente, mesmo naquelas situações em que o consultor jurídico não faça as devidas ressalvas, deverá ele ser escusado se comprovado que não teria condições de reunir, a tempo, todas as principais informações técnicas necessárias para a formulação de seu parecer. Isso pode decorrer de uma eventual urgência na apreciação da hipótese, imposta pelo administrador público, ou até mesmo por ausência de condições mínimas de trabalho etc. Por isso, é razoável se exija que o erro do parecerista seja inevitável.

No que diz respeito à responsabilidade do administrador, primeiramente deve-se destacar não haver, nesse caso, uma garantia de inviolabilidade da sua atividade, no sentido de se evitar uma responsabilização baseada exclusivamente na divergência de opinião técnica entre o investigado e o órgão de controle. Em princípio, o problema não se coloca nesses termos.

Entretanto, isso não significa que não haja semelhanças entre a solução jurisprudencial do STF para os advogados públicos e aquela seguida pelo legislador quando da aprovação da Lei nº 13.655/2018. Ao final e ao cabo, o ponto central é o mesmo. Para o administrador público, o erro grosseiro configura-se quando ele falha em uma situação em que não falharia aquele que emprega um nível de diligência normal no desempenho de suas funções, considerando-se os obstáculos e as dificuldades reais apresentadas à época da prática do ato impugnado. Nesse sentido, os órgãos de controle devem se atentar às circunstâncias concretas, individualizando, ao máximo, a análise da conduta do administrador, para o fim de a comparar com o que um administrador médio faria na mesma situação, no mesmo contexto. A qualificação do erro como culpa simples ou grave não parece contribuir para uma diferenciação conceitual produtiva do ponto de vista prático. Um juízo dessa espécie, de enquadramento em uma ou outra espécie de culpa, menos ou mais grave, provavelmente acabará por ser arbitrário e insuscetível controle ou contestação.

Por isso, dificilmente serão frutíferas as tentativas, doutrinárias ou jurisprudenciais, de definição do que seja um erro grosseiro. A formulação do STF, para os advogados, conquanto simples, é mais adequada e serve também para os administradores: “o erro capaz de imputar responsabilidade ao parecerista é o erro claro, baseado naquilo que se poderia exigir do profissional de formação jurídica aprovado em concurso público” (Brasil, 2020). O erro capaz de imputar a responsabilidade a um administrador público é também o erro claro, baseado naquilo que se poderia exigir de um administrador médio deparado com as mesmas condições e circunstâncias do administrador concreto.

Nesse contexto, a jurisprudência do STF acerca da responsabilidade pessoal dos pareceristas serve de importante apoio para se exigir dos órgãos de controle, também quanto aos administradores, que não se contentem, para um juízo

de responsabilização, em uma simples divergência de opinião quanto ao que se decidiu e ao que o órgão de controle teria decidido. O artigo 28 da LINDB impõe um considerável ônus argumentativo para a responsabilização pessoal do administrador público.

Some reflections on the concept of “gross error” (Article 28 of the LINDB) based on the jurisprudence of the STF regarding the liability of public attorneys

Abstract: Law No. 13,655/2018 has included in Decree-Law No. 4,657/1942 (LINDB) the provision of Article 28, according to which “the public agent will be personally liable for their decisions or technical opinions in the case of intent or gross error”. Recently, the Supreme Federal Court – “STF” ruled on ADI No. 6,421/DF. Among the objects of the ADI it was the request for a declaration of unconstitutionality of the aforementioned provision. In this context, the present article aims to identify possible points of support in the STF’s jurisprudence for understanding the real scope of the legislative change promoted by Law No. 13,655/2018, notably in view of an apparent approximation of the general regime of personal liability of administrators to the specific regime jurisprudentially constructed for the hypothesis of technical-legal opinions. In order to do so, the article analyzes STF’s rulings on the subject, aiming to understand the practical meaning of the jurisprudential evolution. It is found that, just as the legislator did in relation to the public administrator when approving Law No. 13,655/2018, the STF, based on the constitutional guarantee of the lawyer’s inviolability, has opted to ensure the latter, in the exercise of their advisory activity, considerable freedom to express their technical opinion, even when contrary to the understanding of the control bodies.

Keywords: Gross error. Public attorney. Supreme Federal Court – “STF”.

Referências

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 1º a 8 de março de 2024. *Dje*: Brasília, DF, 2024a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Inquérito 1.674-8. Relator: Min. Ilmar Galvão, 6 de setembro de 2001. *Dje*: Brasília, DF, 2003a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança 24.073-3. Relator: Min. Carlos Veloso, 06 de novembro de 2002. *Dje*: Brasília, DF, 2003b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança 24.584-1. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de agosto de 2007. *Dje*: Brasília, DF, 2008a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança 24.631-6. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 8 de agosto de 2007. *Dje*: Brasília, DF, 2008b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Mandado de Segurança 35.196 AgR. Relator: Min. Luiz Fux, 12 de novembro de 2019. *Dje*: Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão 2.012/2022. Processo 015.460/2020-7. Relator: Min. Marcos Memquerque, 31 de agosto de 2022. *Dje*: Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão 2.391/2018. Processo 007.416.2013-0. Relator: Min. Benjamin Zymler, 17 de outubro de 2018. *Dje*: Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.517/2024. Processo 027.268/2019-5. Relator: Min. Antonio Anastasia, 16 de abril de 2024. 2. Câmara. *Dje*: Brasília, DF, 2024b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 10.192/2023. Processo 019.779/2022-4. Relator: Min. Antonio Anastasia, 31 de outubro de 2023. 2. Câmara. *Dje*: Brasília, DF, 2023a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Segundo Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo 1.235.427. Relator: Min. Cristiano Zanin, 9 de outubro de 2023. *Dje*: Brasília, DF, 2023b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 2 set. 2024.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

FERRAZ, Luciano. Alteração na LINDB e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. *Conjur*, São Paulo, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu>. Acesso em: 5 abr. 2024.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro *standards*. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, v. 64, p. 166-182, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Erro grosseiro na visão do TCU: a divergência entre Anastasia e Benjamin. *Conjur*, São Paulo, 5 abr. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-10/joel-niebuhr-tcu-divergencia-erro-grosseiro/>. Acesso em: 5 abr. 2024.

SANTOS, Rodrigo Valga dos. *Direito Administrativo do medo*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REINIG, Guilherme Henrique Lima. Algumas reflexões sobre o conceito de “erro grosseiro” (art. 28 da LINDB) a partir da jurisprudência do STF sobre a responsabilidade do advogado público. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – RTCE/SC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 49-70, maio/out. 2024. DOI: 10.52028/tce-sc.v02.i03.ART03.SP
