

parceria, contrato administrativo precedido de licitação, apresentando-se a competência privativa da AGE, que não se estende aos aspectos de definição das políticas na área de ciência, tecnologia e inovação ou da definição da alocação dos recursos. De outro lado, em havendo dúvida jurídica, para além do controle obrigatório, previsto no art. 38 da Lei nº 8.666/93, esta somente pode ser solucionada pela AGE.

III.1. Discricionariedade administrativa. Discricionariedade técnica.

Além do que já tivemos a oportunidade de consignar anteriormente, sobre caber à própria Advocacia Pública dizer, no contexto da discricionariedade administrativa, se a opção escolhida pelo legislador é juridicamente válida, é preciso analisar a questão sob o prisma das competências que são próprias do(a) gestor(a). De fato, não se pode deixar de fazer o exame concatenado das competências reservadas à Advocacia Pública com a ideia de discricionariedade administrativa, que, no Estado de Direito Democrático, continua a se apresentar como um dever-poder jurídico, dependendo do grau que o legislador deixa em aberto ao gestor – e sem adentrar, aqui, ao tema complexo das cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados – mas sempre limitado por princípios constitucionais, explícitos e implícitos, que regem a atuação administrativa. Isto é, espaço para a decisão que melhor atenda ao interesse público e respeitada a juridicidade desse comportamento administrativo.

O estudo da discricionariedade administrativa envolve aprofundamentos diante da complexidade teórica do tema, mas para o fim da presente manifestação, cumpre frisar a definição básica, no sentido de discricionariedade como uma faculdade conferida por lei à Administração para “apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” [22].

Concepção mais pormenorizada acerca do instituto sob enfoque é obtida na obra do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

discricionariedade é a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. [23]

A seara da discricionariedade administrativa é reservada, pois, ao gestor, não podendo nela se imiscuir o Advogado Público. Entrementes, há muitos atos e processos que exigem prévia manifestação do órgão jurídico, a exemplo do previsto no art. 26 da LINDB e no art. 38 da Lei nº 8.666/93.

No âmbito das licitações públicas, como ressaltado pelos citados professores Maria Sylvia e Fabrício Motta, há vários atores nas atividades administrativas ligadas, como o agente que requisitou a compra, membros da comissão de licitação, assessoria jurídica, autoridade superior, ordenador de despesa, cada qual no exercício de sua competência legal. Estes renomados autores, no que diz respeito à análise jurídica, argumentam que há diferentes possibilidades e graus. E esclarecem:

Inicialmente, a análise jurídica das minutas de editais, contratos, acordos, convênios é obrigatória, consistindo em etapa necessária de qualquer procedimento licitatório.

A minuta, como se sabe, é um esboço inicial que não produz, de per si, efeitos jurídicos. A lei não impõe a análise obrigatória, por exemplo, do contrato administrativo (firmado, apto a produzir os seus efeitos jurídicos para as partes), mas somente de sua minuta, que constitui anexo do edital (art. 40, §2º, III). Em se tratando de contratação direta, a minuta do futuro contrato também deve ser aprovada.

Em sua livre análise, certamente pode a assessoria jurídica determinar correções que condicionarão o juízo de aprovação.

(...)

A análise jurídica [no caso], além de obrigatória é vinculante: as minutas devem ser analisadas e aprovadas (...) Tais manifestações, quando acolhidas pela autoridade competente para decidir, constituem a própria motivação ou fundamentação do ato. A aprovação, no caso, integra o próprio procedimento e equivale a um ato de controle de legalidade e não de mérito; trata-se de hipótese em que o parecer é obrigatório e vinculante.” [24]

São muito oportunas, ainda, as considerações seguintes dos mesmos autores:

A regra contida no artigo 38, parágrafo único, não foi muito feliz, ao atribuir competência ao órgão jurídico para “aprovar” as minutas de editais e contratos, dando a impressão de que a aprovação, no caso, teria a natureza jurídica de ato administrativo produtor de efeitos jurídicos, vinculante para a Administração, e não mera opinião jurídica. Existe a possibilidade de que o gestor não submetta os atos referidos à aprovação ou discorde do ato exarado pela assessoria jurídica. Não se poderia imaginar que o gestor estivesse obrigado a concordar com análise jurídica que considera, por exemplo, absolutamente ilegal. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União trata da questão:

O parecer jurídico e técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração e, portanto, não afasta, por si só, a sua responsabilidade por atos considerados irregulares pelo TCU. (Acórdão 206/2007 - Plenário).

Na verdade e na prática, deve ser reconhecida a existência de um espaço decisório para a atuação do gestor que possui competência para firmar obrigações comprometendo o Estado. Contudo, sua discordância relativa ao juízo negativo — reprovação — por parte da assessoria jurídica tem o condão de lhe atribuir responsabilidade exclusiva com relação aos eventuais problemas apontados pela assessoria. Por outro lado, a não submissão das minutas para análise e aprovação caracteriza descumprimento de dever legal, imposto por lei, e como tal é sujeito a sancionamento por parte dos órgãos de controle interno e externo. [25]

Chama-se a atenção, portanto, para a abrangência e os limites da análise jurídica, para a multiplicidade de competências de agentes que integram o procedimento, cuja reflexão se inicia executando a análise jurídica a decisão pela necessidade pública a ser satisfeita, o momento em que se vai desencadear a ação com tal finalidade pública, a forma de concretizar essa satisfação; enfim, tem-se situação de competência discricionária do gestor, fora do alcance do parecer jurídico. Assim, novamente exemplificando:

inexiste competência para análise jurídica da escolha da autoridade entre comprar material de expediente ou combustível, diante de orçamento limitado. Da mesma forma, é passível de análise técnica — mas não jurídica — a escolha de determinada quantidade de impressoras com cartuchos de tinta em detrimento de impressoras a laser. A necessidade de análise técnica e a desnecessidade de análise jurídica ficam ainda mais evidentes quando se trata de objetos cuja descrição demanda conhecimentos especializados, que transbordam do senso comum. Não seria passível de análise jurídica a descrição de uma turbina de avião ou de um complexo aparelho de ressonância magnética, por exemplo. O Manual de boas práticas consultivas da AGU resume a questão ao estabelecer: “O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade”.

É possível tentar estabelecer um elenco exemplificativo de questões que estão, em princípio, fora do raio de alcance da análise jurídica:

- oportunidade e conveniência da contratação;
- descrição do objeto, à exceção da indicação injustificada de marca contida nos projetos básico e executivo
- indicativos de quantidade, estimativas de consumo
- planilhas de preço, incluindo sua composição
- critérios para aceitabilidade de preços
- questões que demandem conhecimentos técnicos específicos (incluindo os serviços técnicos profissionais especializados)
- execução do contrato e sua fiscalização
- comprovação dos fatos invocados como suporte para alterações contratuais. [26]

A conclusão, a partir dessa linha de pensamento, é, portanto, pela necessidade de checar a presença dos elementos exigidos por lei, mas não o seu conteúdo [27], o que nos parece suficiente para indicar os limites de competência da Advocacia-Geral do Estado para situações similares e, em sentido oposto, os dos órgãos e entidades, no exercício de suas atribuições, quando os atos ou processos dependam de análise jurídica ou quando esta se mostre essencial para garantir a segurança jurídica da decisão administrativa, que é sempre do gestor.

Deveras, em se tratando de decisão que esteja na esfera de discricionariedade administrativa do(a) gestor(a), de escolha conforme a conveniência e a oportunidade, que decorre da hipótese, do comando ou da finalidade da norma, não compete ao órgão de consultoria e assessoramento jurídico imiscuir-se em nenhum desses aspectos ou caracteres. O(a) gestor(a) tem legitimidade de promover a apreciação subjetiva, desde que este(a) cumpra seu dever de eleger a opção idônea, assim entendida aquela que é própria lei traz de modo expresso ou a que o órgão de assessoramento jurídico e consultoria do Estado houver identificado como tal, ao atingimento da finalidade legal, à vista da situação fática concreta.

A discricionariedade administrativa vai se expressar em um único elemento que é o conteúdo do ato, porque é na ocasião em que se pratica o ato, elegendo o ato tal ou o ato qual, uma vez decidido o instante de praticá-lo (quando há discricionariedade também quanto a isto), é na providência adotada que realmente se traduz a discricionariedade (...). Quando a lei lhe faculta agir ou não, se se omitir em praticar o ato, a discricionariedade vai se traduzir nesta omissão. [28]

Vale mencionar, em reforço à orientação doutrinária que reconhece a legitimidade da escolha feita no contexto da discricionariedade administrativa, a Recomendação Conjunta nº 2, de 19 de junho de 2020, recém editada pela Presidência do Conselho Nacional do Ministério Público [29].

Referida norma recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas e estabelece, entre outros fundamentos, o respeito aos limites das atribuições de cada órgão daquela instituição, bem como a atenção à missão primordial dos órgãos correccionais, de atuar pelo aperfeiçoamento e fortalecimento institucional.

Mencionada Recomendação reconhece que a decisão administrativa, em geral, e a execução de políticas públicas, em particular, são atribuições exclusivas do gestor e que, por isso mesmo, não incumbe ao Parquet eleger qual, dentre as possíveis opções, deveriam ser indicadas. Os artigos 1º e 2º dessa Recomendação ainda fazem séria advertência aos membros do Ministério Público sobre a importância de se preservar a autonomia administrativa do gestor, a fim de se evitar invasão indevida das atribuições alheias e a multiplicação dos conflitos daí resultantes. Confira-se:

Art. 2º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material.

Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições dispares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.

Fazendo coro a essa autonomia do(a) gestor(a), que tem a discricionariedade como instrumento para a tomada de decisões, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA aprovou, durante o seminário docente realizado em junho de 2019, intitulado “Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo”, vários enunciados sobre como a decisão administrativa deve ser orientada e interpretada, à luz dos novos paradigmas traçadas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Veja:

Três: A abertura a distintas “possíveis alternativas”, prevista no parágrafo único do art. 20, é imposta a todos os destinatários da LINDB. Os controles administrativo e judicial devem considerar o cenário vivenciado pela Administração ao tempo da decisão ou opinião, reservando-se a possibilidade de indicação pelo controlador, sem juízo de invalidação ou reprovação, de alternativas administrativas mais adequadas para o futuro.

Quatro: As “consequências práticas” às quais se refere o art.20 da LINDB devem considerar, entre outros fatores, interferências recíprocas em políticas públicas já existentes.

Cinco: A avaliação das consequências práticas, jurídicas e administrativas é indispensável às decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, embora não possa ser utilizada como único fundamento da decisão ou opinião.

Treze: A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor.

Dezoto: A LINDB é norma jurídica que impacta todas as regras de direito público, especialmente aquelas que tratam da responsabilização dos agentes públicos que decidem ou emitem opiniões técnicas.

Vinte: O art.28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o § 6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da responsabilização regressiva do agente público. [30]

No que toca à discricionariedade técnica, Maria Sylvia ensina, a partir do direito italiano, que se trata de uma discricionariedade imprópria, ou seja, neste caso, ao invés de se apresentar discricionariedade administrativa no sentido de apreciação do interesse público a ser perseguido mediante critérios estritamente administrativos, como a oportunidade para abertura de um concurso público ou uma licitação, deverá admitir uma decisão mediante avaliação à base de dados ou critérios eminentemente técnicos, como, por exemplo, um ato administrativo que decide pelo fechamento de um estabelecimento com fundamento em insalubridade. [31]

A discricionariedade técnica indica situações em que, apesar de o ato a ser praticado depender de uma averiguação técnica prévia, a lei faculta à Administração a possibilidade de valorar o fato nela previsto no que concerne à sua importância ou gravidade, de modo a se verificar ou não o cabimento e a necessidade de uma só conduta. Quando a hipótese envolver discricionariedade técnica, cabe, portanto, ao gestor, e não ao Advogado Público, observar os dados, elementos, estudos apresentados pelo setor técnico competente, os quais, inclusive, orientarão a valoração jurídica, quanto às normas incidentes na espécie.

Em processo de licenciamento ambiental, por exemplo, cabe ao órgão estadual seccional do Sistema Nacional de Meio Ambiente orientar, analisar e decidir; bem como manifestar-se tecnicamente sobre, por exemplo, a implantação de determinada atividade potencialmente poluidora, cuja atribuição, na tarefa de aplicar a lei, dependerá de uma ponderação entre os impactos negativos, de um lado, e o exercício da atividade econômica, de outro (art. 225 e 170 da CR.88).

Esse processo é acompanhado por corpo técnico que apresenta sua análise baseada em dados concretos, à vista de normas técnicas previamente estabelecidas, da legislação e estudos, como o Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA), processo muito complexo e que demanda, na forma dos regulamentos estaduais, valoração técnica, em relação à qual não cabe o órgão jurídico se pronunciar. No entanto, se houver dúvidas de enquadramento da situação na legislação de regência ou sobre determinada exigência legal, como de uma compensação ambiental, ou de dever imposto por lei de reposição florestal, o órgão competente para esse exame de natureza jurídica é exclusivamente a AGE.

Vale dizer: da mesma forma que não cabe à AGE, no desempenho de suas atribuições institucionais, questionar dados de natureza técnica, como quanto a ser, ou não, significativo um impacto ambiental, de modo a impor, ou não, o dever de compensar, ou a existência de alternativa técnica ou locacional para implantação de um empreendimento, e intentar decidir a esse respeito, não competindo ao técnico do órgão ambiental a análise sobre a incidência desta ou daquela regra de direito, em havendo dúvida de natureza jurídica.

IV – Ratificação e revisão de Parecer Jurídico. Precedentes administrativos. Segurança jurídica. Competência privativa da AGE.

Como afirmado, a carreira da Advocacia Pública tem status constitucional, cuja essencialidade e exclusividade no desempenho dessa função típica de Estado, de representação judicial e extrajudicial e de consultoria e assessoramento jurídico das unidades federadas, vem sendo soberanamente reconhecida e consolidada pelo STF.

Em sendo atribuição privativa da AGE realizar o controle interno de juridicidade dos atos administrativos, bem como representar o Estado, judicial e extrajudicialmente, sem maiores dúvidas, compete, também, à AGE, e somente a ela, rever orientações jurídicas suas, estabelecidas por meio de pareceres, notas jurídicas ou por outras formas oficiais de manifestação.

Numa perspectiva dialógica, a revisitação de orientações jurídicas pela AGE, no exercício de seu múnus constitucional, contribui, ou deve contribuir, com a formação coerente dos precedentes jurídico-administrativos, inclusive por intermédio da atuação judicial, na atividade contenciosa da advocacia pública, de construção de provimentos a serem prolatados em decisões judiciais com efeitos expansivos – como se tem denominado, na doutrina e jurisprudência, de objetivação das decisões judiciais para além das características próprias de ações de controle de constitucionalidade de leis – como são o caso de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDRs, reprocesso geral em Recurso Extraordinário, Incidentes de Assunção de Competência – IACS e recursos representativos de controvérsia – repetitivos.

O controle interno de juridicidade dos deveres-poderes administrativos exige coerência e integridade, no idário de construção e reconstrução sempre em cadeia, de modo a assegurar conformidade de atos posteriores com anteriores, concretizando-se os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência administrativa, inclusive como determinado na legislação estadual, de edição de pareceres referenciais e súmulas administrativas, e no art. 30 da LINDB.

Além disso, ele permite concretizar os desígnios do novo Código de Processo Civil, de cuja interpretação, em sua unidade, emerge o intento de compartilhamento e cooperação, pautado nos direitos fundamentais, e no qual todos os sujeitos processuais assumem responsabilidades e possibilidade de interlocução ativa. [32]

Logo, o objetivo de se assegurar coerência e estabilidade na formação de precedentes administrativos tem como instrumento e suporte as regras do processo civil, aplicáveis subsidiariamente aos processos administrativos. De acordo com o art. 10 da Lei Geral do Processo Administrativo do Estado, nº 14.184/2002, todo assunto submetido ao conhecimento da Administração tem natureza de processo administrativo.

A respeito, Tereza Wambier confere interpretação ao art. 15 do CPC, como já tivemos a oportunidade de mencionar, que o robustece em sua adoção para o processo administrativo:

“O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão “subsidiária”, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata.” [33]

Ademais, importante ter em mente que a atuação estatal em rede, colaborativa, transversal, para o atingimento das finalidades públicas, não prescinde da atenção aos precedentes jurídicos, publicados sob a forma de pareceres do Advogado-Geral do Estado, com o estabelecimento de novas interpretações, com a revisão de orientações postas ou a distinção para situações concretas.

Dado o valor da adoção dos precedentes administrativos, que ganhou corpo com a entrada em vigor do CPC de 2015, estudiosos do assunto vêm aprofundando a investigação para fundamentar uma teoria de precedentes administrativos no exercício da função administrativa; para demonstrar o proveito de se instituir uma teoria própria para eles, ao nível de direito comparado e ao lado da teoria dos precedentes judiciais que se coaduna com a vinculatividade atribuída à resposta às consultas, conforme o preceito do art. 30 da LINDB [34]

Mas esse atributo, como vimos, deve ser compreendido no contexto da liberdade que detém o gestor público, de não seguir a recomendação do órgão jurídico sem que isso esvazie o monopólio conferido, pela própria Constituição, à Advocacia Pública para emitir a última orientação jurídica sobre qualquer tema que toque à Administração Pública à qual está vinculada.

IV.1. Precedentes jurídicos e irretroatividade. Necessidade de realização de distinção específica para o presente caso.

Sob a perspectiva dos precedentes jurídicos da Advocacia-Geral do Estado (pareceres normativos, referenciais, pareceres, notas jurídicas) não se pode deixar de abordar, ainda na esfera da segurança jurídica, a irretroatividade de novas interpretações jurídicas, em cumprimento ao disposto no art. 5º, XXXVI, da CR/88 e arts. 6º e 22 da LINDB – diretriz estabelecida no art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei Federal nº 9.784/99, cuja

“ideia subjacente é a de que atribuir nova interpretação administrativa a um enunciado normativo significa produzir uma nova norma jurídica e a regra, quanto às novas normas, é a sua irretroatividade.”

(...)

[Contudo,]

É preciso deixar claro que a preservação dos atos ou de comportamentos omissivos adotados, com base na irretroatividade da nova interpretação, não significa que a Administração Pública está livre da obrigação de invalidar os atos praticados com vícios insanáveis, assegurando a retroatividade destrutiva e construtiva do ato que decreta a nulidade, observada a ampla defesa e contraditório prévios. A regra geral permanece: excluída a hipótese de decadência (artigo 54 da Lei Federal nº 9.784 e dispositivos da legislação estadual ou municipal como o artigo 65 da Lei Mineira nº 14.184/2002), diante de um vício grave e insanável, é dever do Poder Público suprimir retroativamente o ato contaminado, destruindo os efeitos dele decorrentes e construindo a realidade que deveria ocorrer se não presente o ato ilícito. Tal conclusão prevalece quando o gestor público identifica o vício insanável e, principalmente, quando tal vício é indicado em parecer jurídico sobre a matéria, com garantia, sempre, de ampla defesa e de contraditório. [35]

Nessa linha de pensamento, é indispensável fazer-se distinção para a manifestação jurídica aqui esgrimida, porque, para além da vinculatividade do parecer jurídico - e se recomendará que este seja publicado na forma de parecer normativo -, as competências privativas da Advocacia Geral do Estado decorrem diretamente do texto constitucional - art. 132 da CR/88 e 128 da CEMG, das LCs nº 83/2005 e nº 75/2004 e respectivos regulamentos.

O alcance das atribuições institucionais das Procuradorias dos Estados vêm sendo estabelecido, sempre na mesma direção de entendimento pelo STF e as manifestações da AGE também, como não poderia deixar de ser, vêm ratificando sua competência privativa para controle de juridicidade, decorrente, diretamente, da Constituição, sendo oportuno mencionar recente parecer jurídico-normativo, de nº 18.350, de julho de 2020, da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, conforme parte da ementa a seguir:

PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA UNIFORMIDADE DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO ÓRGÃO CENTRAL DO SISTEMA DE ADVOCACIA DE ESTADO DE ASSEGURAR UNIDADE JURÍDICA AO ESTADO. CARÁTER VINCULANTE DA INTERPRETAÇÃO DE NORMA JURÍDICA FIXADA NAS CONCLUSÕES DOS PARECERES E MANIFESTAÇÕES OFICIAIS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO.

1. Da adequada aplicação dos princípios da segurança jurídica e da uniformidade da jurisprudência administrativa, bem como da competência constitucional do órgão central de coordenação do Sistema de Advocacia de Estado de assegurar unidade jurídica ao Estado, e promover a unificação da jurisprudência administrativa do Estado, conforme o disposto no art. 115, inciso III, da Constituição do Estado, bem como no art. 2º, inciso IX, da Lei Complementar nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002, e no art. 1º, inciso I, da Lei nº 13.116, de 30 de dezembro de 2008, decorre o caráter vinculante da interpretação das normas jurídicas fixadas nas conclusões dos Pareceres e demais manifestações oficiais da Procuradoria-Geral do Estado, os quais encerram a jurisprudência administrativa do Estado, a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual Direta e Indireta.

2. O caráter vinculante da interpretação das normas jurídicas fixadas nas conclusões dos Pareceres e demais manifestações oficiais da Procuradoria-Geral do Estado, em respeito ao primado da segurança jurídica, impõe a sua estrita observância pelos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual Direta e Indireta no caso de efetiva prática de ato com fundamento na norma objeto de interpretação e orientação jurídicas, respeitadas as suas competências legais e constitucionais, bem como possibilitado pedido formal de revisão ao Procurador-Geral do Estado mediante manifestação fundamentada acolhida pela autoridade máxima do órgão consultivo ou do órgão de controle interno.

Portanto, toda a fundamentação expendida no corpo do presente parecer, que subsidiará a resposta à consulta que o motivou e, de consequente, as próprias conclusões e assertivas que serão fixadas, têm caráter interpretativo, não se tratando, na oportunidade, de fixar nova orientação ou de alterar orientação jurídica já estabelecida, até porque não há divergência jurídico-constitucional acerca da natureza das competências da procuradoria/advocacia de Estado.

Por esta razão, entende-se que, independentemente de orientação jurídica sobre as competências privativas do órgão de representação judicial e extrajudicial e de consultoria e assessoramento jurídico, que, no âmbito estadual, é a AGE, eventuais atos e processos praticados e decididos com usurpação das suas competências sujeitam-se, em tese, à invalidação.

V - Parecer vinculativo. Interpretação da legislação estadual conforme o art. 30 da LINDB.

A Lei Complementar Estadual nº 75/2004 preceitua, em seu art. 7º, o seguinte:

Art. 7º – O parecer do Advogado-Geral do Estado, aprovado pelo Governador do Estado:

I – quando publicado, obriga toda a Administração;

II – quando não publicado, obriga as autoridades que dele devam tomar conhecimento.

§ 1º – Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral do Estado aqueles que, emitidos pelas Assessorias Jurídicas, sejam por ele aprovados e submetidos ao Governador do Estado.

§ 2º – Os pareceres aprovados pelo Advogado-Geral do Estado inserem-se em coletânea denominada “Pareceres do Advogado-Geral do Estado”, a ser editada pelo órgão oficial de imprensa do Estado.

As recomendações expedidas pelo Advogado-Geral do Estado têm natureza vinculante [36] e são de observância obrigatória, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei Delegada nº 103/2003, ratificada no art. 4º, VIII, da Lei Complementar nº 81/2004:

Art. 1º – Sujeitam-se à orientação normativa e à supervisão técnica do Procurador-Geral do Estado os órgãos, assessorias e unidades jurídicas das autarquias estaduais e fundações instituídas e mantidas pelo Estado, bem como a Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.

Parágrafo único – A supervisão técnica a que se refere este artigo compreende a prévia manifestação do Procurador-Geral do Estado sobre os nomes indicados para a chefia dos órgãos, assessorias e unidades jurídicas referidos no “caput”.

Art. 2º – Cabe ao Procurador-Geral do Estado, quando necessário, expedir recomendações dirigidas aos órgãos, assessorias e unidades jurídicas das autarquias e fundações mencionadas no artigo 1º, e à Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual, no sentido de que sejam alteradas as teses jurídicas sustentadas nas ações da responsabilidade daquelas entidades, visando a adequá-las à jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça do Estado, nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único – Têm natureza vinculante e são de observância obrigatória as recomendações expedidas pelo Procurador-Geral do Estado com base no “caput” deste artigo.

(...)

Art. 4º – São atribuições do Procurador do Estado da carreira da Advocacia Pública do Estado:

(...)

VIII – subsidiar a orientação normativa e a supervisão técnica exercidas pelo Advogado-Geral do Estado nas assessorias jurídicas dos órgãos da Administração direta do Poder Executivo e nas procuradorias das autarquias estaduais e das fundações instituídas e mantidas pelo Estado, sem prejuízo do disposto nas Leis Delegadas nº 103, de 29 de janeiro de 2003, e nº 110, de 31 de janeiro de 2003;

As regras contidas no artigo 38, parágrafo único, não foi muito feliz, ao atribuir competência ao órgão jurídico para “aprovar” as minutas de editais e contratos, dando a impressão de que a aprovação, no caso, teria a natureza jurídica de ato administrativo produtor de efeitos jurídicos, vinculante para a Administração, e não mera opinião jurídica. Existe a possibilidade de que o gestor não submetta os atos referidos à aprovação ou discorde do ato exarado pela assessoria jurídica. Não se poderia imaginar que o gestor estivesse obrigado a concordar com análise jurídica que considera, por exemplo, absolutamente ilegal. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União trata da questão:

O parecer jurídico e técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração e, portanto, não afasta, por si só, a sua responsabilidade por atos considerados irregulares pelo TCU. (Acórdão 206/2007 - Plenário).

Na verdade e na prática, deve ser reconhecida a existência de um espaço decisório para a atuação do gestor que possui competência para firmar obrigações comprometendo o Estado. Contudo, sua discordância relativa ao juízo negativo — reprovação — por parte da assessoria jurídica tem o condão de lhe atribuir responsabilidade exclusiva com relação aos eventuais problemas apontados pela assessoria. Por outro lado, a não submissão das minutas para análise e aprovação caracteriza descumprimento de dever legal, imposto por lei, e como tal é sujeito a sancionamento por parte dos órgãos de controle interno e externo. [25]

Chama-se a atenção, portanto, para a abrangência e os limites da análise jurídica, para a multiplicidade de competências de agentes que integram o procedimento, cuja reflexão se inicia executando a análise jurídica a decisão pela necessidade pública a ser satisfeita, o momento em que se vai desencadear a ação com tal finalidade pública, a forma de concretizar essa satisfação; enfim, tem-se situação de competência discricionária do gestor, fora do alcance do parecer jurídico. Assim, novamente exemplificando:

inexiste competência para análise jurídica da escolha da autoridade entre comprar material de expediente ou combustível, diante de orçamento limitado. Da mesma forma, é passível de análise técnica — mas não jurídica — a escolha de determinada quantidade de impressoras com cartuchos de tinta em detrimento de impressoras a laser. A necessidade de análise técnica e a desnecessidade de análise jurídica ficam ainda mais evidentes quando se trata de objetos cuja descrição demanda conhecimentos especializados, que transbordam do senso comum. Não seria passível de análise jurídica a descrição de uma turbina de avião ou de um complexo aparelho de ressonância magnética, por exemplo. O Manual de boas práticas consultivas da AGU resume a questão ao estabelecer: “O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade”.

É possível tentar estabelecer um elenco exemplificativo de questões que estão, em princípio, fora do raio de alcance da análise jurídica:

- oportunidade e conveniência da contratação;
- descrição do objeto, à exceção da indicação injustificada de marca contida nos projetos básico e executivo
- conteúdo dos projetos básico e executivo
- indicativos de quantidade, estimativas de consumo
- planilhas de preço, incluindo sua composição
- critérios para aceitabilidade de preços
- questões que demandem conhecimentos técnicos específicos (incluindo os serviços técnicos profissionais especializados)
- execução do contrato e sua fiscalização
- comprovação dos fatos invocados como suporte para alterações contratuais. [26]

A conclusão, a partir dessa linha de pensamento, é, portanto, pela necessidade de checar a presença dos elementos exigidos por lei, mas não o seu conteúdo [27], o que nos parece suficiente para indicar os limites de competência da Advocacia-Geral do Estado para situações similares e, em sentido oposto, os dos órgãos e entidades, no exercício de suas atribuições, quando os atos ou processos dependam de análise jurídica ou quando esta se mostre essencial para garantir a segurança jurídica da decisão administrativa, que é sempre do gestor.

Conforme demonstrado, a representação judicial e extrajudicial do Estado se insere no âmbito das competências da AGE, cujas atividades são inerentes à advocacia, conforme Lei nº 8.906/1994. A atuação da advocacia pública para o fim de desjudicialização, que já era crescente no mundo inteiro, passou a ser uma diretriz estabelecida de modo expresso no art. 26 da LINDB:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

No Estado de Minas, essa diretriz já estava contemplada na Lei nº 23.172, de 2018, que fomenta a prevenção da judicialização de conflitos entre particulares e o Estado de Minas Gerais pela utilização de meios consensuais de sua resolução.

A seu turno, a Lei Complementar Estadual nº 151, de 17 de dezembro de 2019, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado - AGE e dá outras providências, prevê mecanismos internos para maior eficiência e celeridade na execução de suas atividades consultivas e contenciosas, inclusive com a promoção de atos de conciliação visando à mediação de conflitos, judicializados ou não, de interesse da administração pública estadual (art. 1º-A, inciso XXVIII) [38].

O CPC de 2015 também conferiu fundamento de validade à adoção de instrumentos consensuais, com maior destaque aos arts. 3º, 4º, 6º, 8º e 174, claramente incentivando a solução consensual dos conflitos, em tempo razoável, de maneira cooperativa e visando o bem comum, inclusive e mais especialmente no âmbito da Administração Pública.

A promulgação da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, passou a prever, de modo expresso, a possibilidade jurídica de conflitos entre particulares e a administração pública serem resolvidos de forma consensual (art. 32, inciso II).

Todo esse sistema assegura um importante passo para a consagração definitiva da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro, na mesma linha da moderna tendência mundial

