

Parecer sobre a exclusividade das atribuições da carreira de Advogado da União

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Interessado: Associação Nacional dos Advogados da União

Assunto: Advocacia da União. Previsão constitucional entre as funções essenciais à justiça. Exercício de atividades privativas, vedadas a quem não seja membro efetivo da instituição. Impossibilidade de subordinação hierárquica das Consultorias Jurídicas aos Ministérios para fins institucionais.

Sumário: **1** Da consulta - **2** Parecer - **2.1** A Advocacia-Geral da União como função essencial à Justiça - **2.2** A AGU na função de consultoria jurídica - **2.3** Da posição da Advocacia-Geral da União na organização administrativa - **2.4** Do Advogado-Geral da União - **2.5** Dos membros da AGU - **3** Resposta aos quesitos

1 Da consulta

A Associação Nacional dos Advogados da União formula os seguintes quesitos envolvendo questões pertinentes à posição da Advocacia-Geral da União (AGU) no âmbito do Poder Executivo, a independência da instituição, os direitos dos integrantes da carreira de Advogado da União, a exclusividade de suas atribuições e outras questões pertinentes:

Quesito nº 1

Tendo em vista que a AGU se insere no âmbito do Poder Executivo e, ao mesmo tempo, está prevista, na Constituição Federal, como uma das funções essenciais à Justiça, questiona-se:

- a) Considerando o sistema de repartição de Poderes, a AGU está inserida especificamente em algum dos Poderes da República?
- b) Qual a razão de constar dentre as funções essenciais à Justiça?
- c) Para cumprir o seu papel constitucional, a AGU e o Advogado-Geral da União podem estar hierarquicamente subordinados a algum dos Poderes da República ou submetidos às decisões políticas de governo?

- d) Há necessidade de uma autonomia e/ou de uma eqüidistância político-administrativa e financeira entre a AGU e os três Poderes para que possa desempenhar o mister constitucional que lhe foi outorgado, ainda que inserida (geograficamente) no âmbito de apenas um dos Poderes?
- e) Consideradas as respostas anteriores, bem como levando em conta os artigos 52, inciso II, e 131, §1º, da Constituição da República, poder-se-ia equiparar o Advogado-Geral da União a Ministro de Estado? Pode, portanto, ser exonerado “ad nutum” pelo Chefe de Poder que o nomeou?

Quesito nº 2

A ausência de vedação legal ou lei pode permitir que membros ou chefes de qualquer dos Poderes da União outorguem o exercício das funções (exclusivas) cometidas à AGU a particulares contratados ou a pessoa investida em cargos em comissão, ainda que da AGU, ou seja, fora aqueles previstos nos §§1º e 2º do artigo 131 da Constituição Federal?

Quesito nº 3

A Advocacia-Geral da União representa uma Procuratura Constitucional. Nos moldes preconizados na Constituição Federal, trata-se de uma Advocacia de Estado ou de uma Advocacia de Governo?

Quesito nº 4

A Constituição Federal, no artigo 37, II, disciplinou que a regra, na Administração Pública, é a do concurso público. Todavia, excepcionou os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. No que tange à AGU, a Constituição Federal trouxe disciplina própria, distinta da prevista no artigo 37, II, rezando, no §2º do artigo 131, que “*o ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos*”. O §1º do artigo 131 determina que o cargo de Advogado-Geral da União é de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de 35 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Sendo assim, indaga-se:

Diante do tratamento constitucional conferido à AGU, poder-se-ia afirmar que somente o Advogado-Geral da União pode ser pessoa estranha às carreiras da AGU? E quanto aos demais cargos em comissão,

previstos na Lei Complementar nº 73/93? Podem ser ocupados apenas por membros efetivos da instituição ou admitir-se-ia que fossem ocupados por pessoas estranhas à instituição?

Quesito nº 5

A atividade exercida pela AGU, dentre elas a de controle de legalidade prévio dos atos do Poder Executivo, representação judicial e extrajudicial da União e de representação internacional da República Federativa do Brasil, pode ser atribuída a ocupantes de cargos em comissão preenchidos por pessoas estranhas à AGU?

Quesito nº 6

No âmbito das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, em razão da subordinação administrativa preconizada pelo artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93, os cargos em comissão pertencem à Pasta Governamental e não à AGU. Estes cargos são de Assistente (DAS 102.2), Coordenador (DAS 101.3), Coordenador-Geral (DAS 101.4) e Consultor Jurídico (DAS.101.5). De todos esses cargos em comissão, que são dos Ministérios, somente o cargo de Consultor Jurídico tem previsão na Lei Complementar nº 73/93, como integrante da AGU (art. 2º, §5º). Assim sendo, pergunta-se:

- a) É constitucional a previsão da Lei Complementar nº 73/93 de ocupação do cargo de Consultor Jurídico, que é o chefe da Consultoria Jurídica, por quem não seja Advogado da União?
- b) A Lei Complementar nº 73/93, ao dispor que à Consultoria-Geral da União incumbe aprovar os editais de licitação e contratos administrativos, possibilita que terceiros, não integrantes das carreiras da AGU, pratiquem tais atos?
- c) É constitucional a nomeação de pessoas estranhas à carreira de Advogado da União para ocupar os demais cargos citados (Assistente, Coordenador, Coordenador-Geral), quando a própria Lei Complementar nº 73/93 não os prevê como sendo membros da AGU?

Quesito nº 7

Tendo o artigo 20 da Lei Complementar nº 73/93 previsto as carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional (considerando-se que os cargos de assistente jurídico foram transformados em cargos de Advogado da União pelo artigo 11 da Lei nº 10.549/2002) como membros da Advocacia-Geral da União, indaga-se:

- a) As funções constitucionais da AGU somente podem ser exercidas pelos integrantes dessas carreiras?
- b) O exercício das funções da AGU por quem não é membro efetivo da instituição configura usurpação de função pública? O exercício dessas funções constitucionais por outras carreiras da Administração Pública Federal configura usurpação de função pública e/ou desvio de função?

Quesito nº 8

- a) Os pareceres e notas elaborados por pessoas estranhas aos quadros de membros efetivos da AGU no âmbito das Consultorias Jurídicas não implicam usurpação da competência prevista no artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93?
- b) Tais manifestações são inexistentes, nulas ou anuláveis?

Quesito nº 9

Tendo em vista que a Constituição Federal não subordinou os órgãos da AGU a qualquer outro órgão da República, indaga-se:

É constitucional o artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93, que subordina administrativamente as Consultorias Jurídicas aos respectivos Ministérios, sendo que as Consultorias Jurídicas, por força do artigo 131 da Constituição Federal e artigo 2º, inciso II, “b”, da Lei Complementar nº 73/93, são órgãos da AGU?

Quesito nº 10

Se o artigo 45 da Lei Complementar nº 73/93 atribui competência à AGU para editar o regimento interno de todos os órgãos da AGU, inclusive Consultorias Jurídicas, é legal a previsão de estrutura administrativa e funcional de Consultorias Jurídicas junto a Ministérios por regimento interno dos respectivos Ministérios, haja vista a subordinação administrativa preconizada no artigo 11 da Lei Complementar nº 11/93?

2 Parecer

2.1 A Advocacia-Geral da União como função essencial à Justiça

A Advocacia-Geral da União (AGU) foi instituída pela Constituição Federal de 1988, no capítulo das Funções Essenciais à Justiça, nos seguintes termos:

Artigo 131 - A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente,

cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

Na Constituição anterior não foi prevista instituição com essa denominação e características. As atribuições que o artigo 131 hoje outorga à AGU eram exercidas pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da Fazenda Nacional e Consultoria-Geral da República.

Já tivemos oportunidade de escrever sobre a inserção da advocacia pública e privada no capítulo das *funções essenciais à Justiça*, em artigo sobre a autonomia das Procuradorias estaduais, publicado em encarte especial do jornal APESP EM NOTÍCIA, publicado pela Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, em janeiro de 2002.

Realçamos, então, que, embora a Constituição adote, no artigo 2º, o princípio da separação de Poderes, ela prevê, no Título IV, denominado de “Organização dos Poderes”, quatro e não três capítulos; os três primeiros pertinentes a cada um dos Poderes do Estado e, o quarto, imediatamente seguinte ao que cuida do Poder Judiciário, referente às “Funções Essenciais à Justiça”, nele inserindo o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias Estaduais, a Defensoria Pública e a Advocacia. Isto não significa que exista um quarto poder, mas permite inferir que as funções ali referidas são do mesmo nível de importância que as desempenhadas pelos três Poderes do Estado. São *atividades típicas do Estado*, merecendo, por isso mesmo, tratamento constitucional diferenciado.

Essa qualificação da advocacia, seja pública ou privada, como *função essencial à Justiça* é inteiramente justificável na medida em que os conflitos de interesses têm que ser levados ao Judiciário, necessariamente, por meio de advogado, a ele cabendo a tarefa de lutar pela correta aplicação do Direito.

Seja agindo como profissional liberal, seja agindo como empregado da empresa privada, seja como advogado público, ele atua como intermediário entre a parte e o juiz. Precisamente por ser o advogado

o intermediário obrigatório entre as partes e o juiz, por ser quem fundamenta os pedidos e instrui o processo, é que sua função é considerada como serviço público, pelo Estatuto da OAB, e indispensável à administração da Justiça, pela própria Constituição.

Com efeito, o Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 4.7.94) preceitua, no artigo 2º, §1º, que “*no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social*”. Se o advogado que atua como profissional liberal, sem vínculo de emprego, presta serviço público, o advogado público presta serviço público duplamente: como advogado sujeito ao Estatuto da OAB, ele presta serviço público, entendido no sentido constitucional de função essencial à justiça; como advogado público, que presta serviço ao Estado, com vínculo empregatício, ele tem um *munus* a mais, pois, além de exercer a advocacia que já é, por si, função essencial à Justiça, ele desempenha a sua atribuição constitucional — a **representação judicial da União ou dos Estados, conforme o caso, bem como a consultoria jurídica e o assessoramento do Poder Executivo**; essas atribuições também são incluídas entre as funções essenciais à justiça, mas aí no sentido próprio e técnico da expressão *serviço público*, entendido como atividade que o Estado assume como sua, para atender a necessidades públicas sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Esse duplo aspecto e a dupla vinculação do Advogado da União a dois Estatutos (o da OAB e o da Advocacia-Geral da União) podem gerar determinados conflitos de interesses, que exigem maiores garantias de independência para a instituição e para os seus membros.

Com efeito, vista a advocacia como serviço público, no sentido assinalado de atividade intermediária entre juiz e parte, na busca do valor “Justiça”, não diferem em nada o papel do advogado público e do advogado privado. Ambos exercem função essencial à Justiça.

O advogado público, porém, ao agir como intermediário entre a parte e o juiz, não defende o interesse privado, mas o interesse público que ao Estado cabe proteger. E aqui surge uma primeira dificuldade que freqüentemente o advogado público enfrenta: **o interesse público nem sempre coincide com o interesse da autoridade pública**.

Não se pode dizer que o interesse público (entendido como interesse da coletividade) seja sempre coincidente com o interesse do aparelhamento administrativo do Estado; embora o vocábulo “público” seja

equivoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão “interesse público”, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí o **princípio da indisponibilidade do interesse público**.

Se a Administração não é titular dos interesses que administra, ela não pode deles dispor. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 62), “*sendo interesses qualificados como próprios da coletividade — internos ao setor público — não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-lo — o que é também um dever — na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis*”.

Daí a distinção entre interesses públicos **primários** e **secundários**, feita por Renato Alessi: “*Estes interesses públicos, coletivos, cuja satisfação está a cargo da Administração, não são simplesmente o interesse da Administração entendida como ‘aparato organizativo’, mas o que se chamou de interesse coletivo primário, formado pelo conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento (se é que se pode conceber um interesse do aparelhamento unitariamente considerado) seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que podem ser realizados somente em caso de coincidência com o interesse coletivo primário e dentro dos limites de dita coincidência. A peculiaridade da posição da Administração Pública reside precisamente nisto, em que sua função consiste na realização do interesse coletivo público, primário.*”

Em conseqüência, havendo conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado.

Por isso mesmo, é possível afirmar, sem medo de errar, que a Advocacia da União, no exercício de suas atribuições constitucionais, não atua em defesa do aparelhamento estatal ou dos órgãos governamentais, mas em defesa do Estado, pois este é que titulariza o interesse público primário.

Ocorre que a Administração Pública é organizada hierarquicamente em uma relação de coordenação e **subordinação** entre os vários órgãos; o chefe do Executivo detém um poder de orientação geral em

relação aos subordinados; a Advocacia-Geral da União está integrada nessa hierarquia apenas sob o ponto de vista da organização administrativa da União. Os integrantes da Advocacia-Geral da União, no exercício de suas atribuições constitucionais, subordinam-se hierarquicamente ao Advogado-Geral da União que, por sua vez, ocupa cargo de livre nomeação, conforme artigo 131, §1º, da Constituição.

Diante disso, fácil é compreender o quanto a inserção da Advocacia-Geral da União dentro da organização hierárquica da Administração Pública pode comprometer a autonomia da instituição e a independência de seus membros no exercício de sua função de defesa do **interesse público primário**.

Não é por outra razão que o artigo 131 da Constituição, ao atribuir à AGU a representação judicial e extrajudicial da União, bem como a consultoria jurídica do Poder Executivo, exigiu, no §2º, a organização em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos. Vale dizer que o próprio legislador constituinte considerou essencial a independência dos integrantes da AGU no exercício de suas funções, razão pela qual impôs normas precisas de ingresso, com a conseqüente garantia da estabilidade. Por isso mesmo, contraria frontalmente o espírito daquele dispositivo constitucional a previsão, em lei, de cargos em comissão a serem preenchidos por pessoas estranhas às carreiras da Advocacia da União. Essa previsão significa burla ao artigo 131 da Constituição.

A independência do advogado é tão relevante que, em alguns países, como França, Bélgica e alguns cantões suíços, não se admite a possibilidade de o advogado ser assalariado (cf. Ruy de Azevedo Sodré, apud Francisco Xavier da Silva Guimarães, *Questões profissionais da advocacia*). Segundo esse autor, “*independência e subordinação são idéias antagônicas que a legislação daqueles países não tolera; por isso que o advogado subordinado a vínculo empregatício não pode postular em juízo*”.

No Brasil, onde se adota posição mais liberal, hão de se harmonizar os dois estatutos a que se subordinam os órgãos da Advocacia da União, de tal modo que, ao mesmo tempo em que se inserem na organização administrativa da União para fins administrativos, possam exercer a advocacia pública com a independência necessária e indispensável para atuar na defesa do interesse público tutelado pela União, e não na defesa das autoridades públicas a que se subordinam.

A posição da Advocacia da União e das Procuradorias estaduais na organização do Estado é idêntica àquela ocupada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. Nem poderia ser diferente, já que todas foram incluídas no mesmo título que trata da Organização dos Poderes, no capítulo referente às *funções essenciais à Justiça*. Todos exercem *atividade típica de Estado*, razão pela qual mereceram tratamento diferenciado na Constituição.

Aliás, a advocacia pública desempenha algumas funções muito semelhantes às do Ministério Público, na medida em que dispõe de legitimidade para representar a União na propositura de ações civis públicas na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (cf. artigo 5º da Lei nº 7.347, de 24.7.85, fundamentado no artigo 129, parágrafo único, da Constituição); também tem legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa, conforme artigo 17 da Lei nº 8.429, de 2.6.92.

Além disso, é indiscutível o papel de **controle da Administração Pública** desempenhado pela AGU no exercício da atribuição constitucional de **consultoria jurídica do Poder Executivo**.

2.2 A AGU na função de consultoria jurídica

Além da Consultoria-Geral da União, que colabora com o Advogado-Geral da União no assessoramento jurídico ao Presidente da República e que se inclui entre os órgãos de direção superior da AGU (cf. artigos 2º, inciso I, “c”, e 10 da Lei Complementar nº 73/93), incluem-se como órgãos de execução da AGU a *Consultoria da União, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças Armadas* (cf. artigo 2º, inciso II, “b”, da mesma lei complementar).

O artigo 11 define as atribuições das Consultorias Jurídicas, dentre elas a prevista no inciso V, de “*assistir a autoridade assessorada no **controle interno da legalidade administrativa** dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação*”.

Com efeito, a AGU participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Isto porque, no exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública. Esta não age por iniciativa própria. Ela não tem função de

auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder a consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é prévio), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle é posterior).

A regra é que as autoridades administrativas, mesmo quando revelem inconformismo com a submissão à lei e ao Direito — que muitas vezes constituem entraves aos seus objetivos — consultem a advocacia pública, ainda que a lei não exija sempre essa consulta. Mesmo quando quer praticar um ato ilícito, a autoridade quer fazê-lo com base em parecer jurídico; para esse fim, ela pede e pressiona o órgão jurídico para obter um parecer que lhe convenha. Ela quer, na realidade, dar aparência de legalidade a um ato ilegal e, para esse fim, quer refugiar-se atrás de um parecer jurídico, até para ressaltar a sua responsabilidade. O advogado público que cede a esse tipo de pressão amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato.

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser **imparcial**, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa.

Por isso mesmo, a atividade de consultoria tem de estar fora da hierarquia administrativa para fins funcionais, ou seja, para desempenhar com independência as suas atribuições constitucionais. Tratando-se de competência absolutamente exclusiva, a atividade de consultoria afasta qualquer possibilidade de controle por órgãos superiores, ficando o órgão praticamente fora da hierarquia da Administração Pública, no que diz respeito à sua função. Ainda que os órgãos consultivos funcionem junto a Ministérios — já que integram o Poder Executivo —, eles estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Não se submetem as decisões políticas de governo que sejam emanadas ao arripio do direito. Quem emite um parecer tem absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função que o órgão exerce. Ou ele é independente ou não precisa existir.

Note-se que, pelo artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93, ficou expresso que as Consultorias Jurídicas são “*órgãos **administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas***”.

Vale dizer que a própria lei deixa claro que a subordinação é para fins administrativos, o que afasta a subordinação para fins funcionais. Nada impede, no entanto, que também a estrutura administrativa das Consultorias Jurídicas fique integrada na Advocacia-Geral da União, se assim se entender conveniente para melhor garantir a independência de tais órgãos no exercício de suas funções. Nesse caso, teria que ser alterado o artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93.

O ideal seria que se atribuísse à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias Estaduais a mesma autonomia administrativa, financeira e orçamentária de que já desfruta o Ministério Público, também em decorrência de sua função de controle. Note-se que o artigo 127, §2º, da Constituição assegurou autonomia funcional e administrativa ao Ministério Público, podendo, inclusive, propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, e estabelecer a política remuneratória e os planos de carreira. A mesma autonomia não foi dada à AGU. Por isso, ela está integrada no Poder Executivo, o que não significa que, no exercício de suas atribuições, especialmente as consultivas, esteja sujeita à hierarquia funcional, conforme supra exposto.

No livro *Direito Administrativo* (São Paulo, 20. ed. 2007, p. 84), repetindo o que já constava das edições anteriores, dissemos o seguinte a respeito da **relação hierárquica**:

Há de se observar que a **relação hierárquica** é acessória da organização administrativa. Pode haver distribuição de competências dentro da organização administrativa, excluindo-se a relação hierárquica com relação a determinadas atividades. É o que acontece, por exemplo, nos órgãos consultivos que, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, por exemplo, fogem à relação hierárquica no que diz respeito ao exercício de suas funções. Trata-se de determinadas atividades que, por sua própria natureza, são incompatíveis com uma determinação de comportamento por parte do superior hierárquico. Outras vezes, acontece o mesmo porque a própria lei atribui uma competência, com exclusividade, a determinados órgãos administrativos, em especial os colegiados, excluindo, também, a interferência de órgãos superiores.

No caso da AGU, especialmente quando em função de consultoria, o órgão escapa à subordinação hierárquica em relação aos Ministérios e outros órgãos administrativos em que estejam integrados, quer porque exercem *competência exclusiva* (que decorre da própria Constituição), quer porque a independência é inerente à função consultiva; não se poderia admitir que, para emitir parecer, interpretar as leis e a Constituição, controlar a legalidade de atos administrativos, examinar editais de licitações e contratos, estivesse o órgão sujeito a ordens emanadas de autoridades superiores. Por isso, repita-se, a subordinação é exclusivamente para fins administrativos.

2.3 Da posição da Advocacia-Geral da União na organização administrativa

Em consonância com o artigo 131 da Constituição, que previu lei complementar para disciplinar a organização e o funcionamento da AGU, foi promulgada a Lei Complementar nº 73, de 10.2.93. Ela instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

Essa lei definiu, no artigo 2º, a **composição** da AGU, que compreende:

I - órgãos de direção superior:

- a) o Advogado-Geral da União;
- b) a Procuradoria-Geral da União e da Fazenda Nacional;
- c) a Consultoria-Geral da União;
- d) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e
- e) a Corregedoria-Geral da Advocacia da União;

II - órgãos de execução:

- a) as Procuradorias Regionais da União e as da Fazenda Nacional e as Procuradorias da União e as da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal e as Procuradorias Seccionais destas;
- b) a Consultoria da União, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças Armadas;

III - órgão de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União: o Gabinete do Advogado-Geral da União.

Embora o inciso I coloque no mesmo nível os seis órgãos de direção superior, na realidade existe uma hierarquia entre o Advogado-Geral

da União e os demais órgãos mencionados no referido inciso, tendo em vista que, nos termos do §1º do mesmo dispositivo, “*Subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União, além do seu gabinete, a Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União, a Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, a Secretaria de Controle Interno e, técnica e juridicamente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*”.

O Advogado-Geral da União, por sua vez, vincula-se, para fins de supervisão, diretamente ao Chefe do Executivo, consoante estabelece o artigo 3º, §1º, da Lei Complementar nº 73/93, assim redigido: “*O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República*”. Enquanto a vinculação dos órgãos em geral da União se dá em relação aos Ministérios, o Advogado-Geral da União vincula-se diretamente ao Presidente da República.

Vale dizer que a AGU não está vinculada a qualquer Ministério, podendo-se afirmar que, na estrutura administrativa da União, o Advogado-Geral da União coloca-se no mesmo nível que os Ministros de Estado. A conclusão se reforça pela norma do artigo 52, II, da Constituição Federal, que define a competência do Senado Federal para processar e julgar os agentes políticos por crimes de responsabilidade, colocando em pé de igualdade os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

Pelo artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93, as Consultorias Jurídicas são órgãos *administrativamente* subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas.

Por outro lado, o artigo 45 da mesma lei determina que “*o Regimento Interno da Advocacia-Geral é editado pelo Advogado-Geral da União, observada a presente Lei Complementar*”. O §1º do mesmo dispositivo estabelece que o Regimento Interno deve dispor sobre a competência, a estrutura e o funcionamento de todos os órgãos da AGU, inclusive das Consultorias Jurídicas.

Diante disso, fica a pergunta: como conciliar a regra do artigo 11, que subordina as Consultorias Jurídicas aos Ministros de Estado e outras

autoridades expressamente mencionadas, com a regra do artigo 45, que outorga à AGU a competência para definir a competência, a estrutura e o funcionamento das Consultorias, por meio de Regimento Interno?

Na realidade, a subordinação das Consultorias Jurídicas aos Ministérios, como já realçamos, se dá apenas para fins estritamente administrativos; por isso, nada impede que, no que diz respeito aos servidores que exercem *atividade-meio*, puramente administrativa, a organização seja exercida pelo Ministério. O próprio artigo 11 diz que a subordinação se dá apenas *administrativamente*.

No que diz respeito à atividade-fim, privativa das carreiras da AGU, a competência para a organização cabe ao Advogado-Geral da União, por meio de Regimento Interno. Inclusive quanto aos *procedimentos administrativos* concernentes aos trabalhos jurídicos, a competência para a sua disciplina incumbe ao Advogado-Geral da União, por força do §3º do artigo 45.

2.4 Do Advogado-Geral da União

Em consonância com o artigo 131 da Constituição, que previu lei complementar para disciplinar a organização e o funcionamento da AGU, foi promulgada a Lei Complementar nº 73, de 10.2.93. Ela instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

Foi visto que essa lei definiu, no artigo 2º, a **composição** da AGU, que compreende **órgãos de direção superior** (inciso I) e **órgãos de execução**. Dentre os órgãos de direção superior estão previstos o Advogado-Geral da União, a Procuradoria-Geral da União e da Fazenda Nacional, a Consultoria-Geral da União, o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União e a Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

Embora o inciso I coloque no mesmo nível os seis órgãos de direção superior, na realidade existe uma hierarquia entre o Advogado-Geral da União e os demais órgãos mencionados no referido inciso, tendo em vista que, nos termos do §1º do mesmo dispositivo, “*Subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União, além do seu gabinete, a Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União, a Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, a Secretaria de Controle Interno e, técnica e juridicamente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*”.

O Advogado-Geral da União, por sua vez, vincula-se diretamente para fins de supervisão, ao Chefe do Executivo, consoante estabelece

o artigo 3º, §1º, da Lei Complementar nº 73/93, assim redigido: “*O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República*”. Nota-se que o dispositivo não fala em subordinação mas em supervisão, entendendo-se a palavra no sentido em que é utilizada nos artigos 19 a 26 do Decreto-lei nº 200, de 25.2.1967, ou seja, no sentido de controle.

Vale dizer que a AGU não está vinculada a qualquer Ministério, podendo-se afirmar que, na estrutura administrativa da União, o Advogado-Geral da União coloca-se no mesmo nível que os Ministros de Estado. A conclusão se reforça pela norma do artigo 52, II, da Constituição Federal, que define a competência do Senado Federal para processar e julgar os agentes políticos por crimes de responsabilidade, colocando em pé de igualdade os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

Nos termos do artigo 131, §1º, da Constituição, o Advogado-Geral da União ocupa cargo de livre nomeação pelo Presidente da República. A norma é repetida no artigo 3º da Lei Complementar nº 73/93. Embora os dispositivos não o digam, o cargo, sendo de livre nomeação, também é de livre exoneração. Isto porque, não sendo exigido concurso público para o seu provimento, ele tem a natureza de cargo em comissão, que a própria Constituição define como cargo de livre provimento e exoneração (art. 37, II).

2.5 Dos membros da AGU

O artigo 2º, §5º, da Lei Complementar nº 73/93 determina que “*são membros da Advocacia-Geral da União: o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos*”.

Dentre esses membros, alguns ocupam cargos de confiança (cargos especiais e em comissão) e outros ocupam cargos efetivos. Estes últimos,

conforme art. 20 da Lei Complementar nº 73/93, compõem as carreiras de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico (hoje extinto) e ingressam nas categorias iniciais, mediante nomeação, após aprovados em concurso público de provas e títulos (art. 21 da referida lei complementar, em consonância com o artigo 131, §2º, da Constituição).

É curioso que a Lei Complementar nº 73/93 prevê dois tipos de cargos de confiança: os *cargos especiais* e os *cargos em comissão*, embora não os defina. A classificação me parece totalmente irrelevante, tendo em vista que, para fins constitucionais, existem os cargos de *provimento efetivo, em comissão* ou *vitalício* (este último previsto para determinadas categorias de agentes públicos, a saber, os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas).

Os cargos efetivos são providos por concurso público; e os cargos em comissão são de livre nomeação (artigo 37, II, da Constituição). Não há espaço para *cargos especiais* no que diz respeito à forma de provimento.

Dos cargos em comissão apenas são privativos de membros efetivos da Advocacia-Geral da União os de Corregedor-Geral, Corregedores-Auxiliares, Procuradores Regionais e Procuradores-Chefes. Os demais são de livre nomeação, mediante indicação das autoridades indicadas no artigo 49 da Lei Complementar nº 73/93. Os *cargos especiais* de Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Consultor-Geral da União e de Corregedor-Geral da Advocacia da União são privativos de bacharel em direito, de elevado saber jurídico e reconhecida idoneidade, com dez anos de prática forense e mais de 35 anos (art. 55); o mesmo se diga com relação aos cargos de Secretário-Geral de Contencioso e de Secretário-Geral de Consultoria (art. 57).

Os cargos em comissão de Consultor Jurídico são privativos de bacharel em direito de provada capacidade e experiência e reconhecida idoneidade, que tenham 5 anos de prática forense (art. 49, II, combinado com art. 58).

Também têm a natureza de cargos em comissão, lotados nas Consultorias Jurídicas dos Ministérios, os de Assistente, Coordenador, Coordenador-Geral, Assessor do Consultor, Consultor Jurídico (classificados como DAS), sendo providos por pessoas estranhas à carreira de Advogado da União.

Quer-me parecer que os ocupantes de todos esses cargos em comissão, com ressalva para o de Advogado-Geral da União, que tem previsão constitucional, não podem exercer funções privativas dos membros efetivos da instituição, a menos que sejam escolhidos entre os mesmos. Essa é uma conclusão que decorre do artigo 131 da Constituição. Como visto, esse dispositivo incluiu a AGU entre as funções essenciais à Justiça, portanto como atividade típica de Estado; previu como chefe da instituição o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República; definiu as competências privativas da AGU, abrangendo a *representação judicial e extrajudicial da União*, bem como as atividades de *consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo*; e exigiu que o ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição se faça mediante concurso público de provas e títulos.

Ora, se o legislador constituinte entendeu necessário criar uma instituição com a finalidade de exercer a advocacia pública no âmbito da União e exigiu a sua organização em carreira, cujo ingresso se faz por concurso público, destoa inteiramente desse objetivo a legislação infraconstitucional que crie cargos em comissão dentro da AGU para provê-los sem concurso público e com atribuições privativas dos integrantes da carreira. O intuito evidente é o de burlar a norma constitucional.

A possibilidade de nomeação de pessoas não integrantes da AGU, para cargos em comissão, para o exercício de atribuições privativas da instituição, fere o princípio da razoabilidade das leis, na medida em que se utiliza de meio inadequado para atingir os fins almejados com o dispositivo constitucional.

Merece ser lembrada decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 881-1-Espírito Santo, ao deferir medida liminar para suspender a eficácia de dispositivos da Lei Complementar estadual nº 11, de 14.5.91, que criam cargos de Assessor Jurídico, de provimento em comissão, a serem preenchidos por profissionais com formação na área jurídica.

Invocando o artigo 132 da Constituição Federal, que atribuiu aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal as funções de representação judicial e de consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, o Ministro Celso de Mello, relator do acórdão, realçou alguns aspectos que merecem ser transcritos, por sua inteira aplicabilidade à AGU:

A outorga dessas funções jurídicas à Procuradoria-Geral do Estado — mais precisamente aos Procuradores do Estado — decorre de um modelo estabelecido pela própria Constituição Federal que, ao institucionalizar a Advocacia de Estado, delineou o seu perfil e discriminou as atividades inerentes aos órgãos e agentes que a compõem.

O conteúdo normativo do artigo 132 da Constituição da república revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele contém-se norma que, revestida de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, não permite conferir a terceiros — senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal, selecionados por concurso público de provas e títulos — o exercício de consultoria jurídica do Poder Executivo.

.....

No contexto normativo que emerge do art. 132 da Constituição, e numa análise preliminar do tema, parece não haver lugar para nomeações em comissão de servidores públicos que venham a ser designados, no âmbito do Poder Executivo, para o exercício de funções de assistência, de assessoramento ou de consultoria na área jurídica.

.....

Essa prerrogativa institucional, que é de ordem pública, encontra assento na própria Constituição Federal. Não pode, por isso mesmo, comportar exceções e nem sofrer derrogações que o texto constitucional sequer autorizou ou previu.

Tais argumentos aplicam-se, incontestavelmente, às funções atribuídas à AGU. Elas são privativas de integrantes das carreiras que compõem essa instituição e não podem ser exercidas por terceiros, sob pena de burla aos artigos 37, II, e 131 da Constituição.

Note-se que o artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias permitiu que, enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à AGU, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuassem a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

Por sua vez, o §5º do mesmo dispositivo transitório estabeleceu que “cabe à atual Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, diretamente ou por delegação, que pode ser ao Ministério Público Estadual, representar judicialmente a União nas causas de natureza fiscal, na área da respectiva competência, até a promulgação das Leis Complementares previstas neste artigo”.

Tais dispositivos, de natureza transitória, demonstram a intenção de que, uma vez promulgada a lei complementar relativa à AGU, as respectivas atribuições passassem a ser exercidas exclusivamente pelos membros dessa instituição, nomeados por concurso público, na forma do artigo 131 da Constituição.

A criação de cargos em comissão dentro da AGU, a serem providos por bacharéis em direito não integrantes das carreiras dessa instituição, significa burla à exigência de concurso público. É inteiramente descabida e contrária ao espírito do dispositivo constitucional admitir que funções essenciais à justiça, privativas de integrantes da AGU nomeados por concurso público, possam ser exercidas por ocupantes de cargos em comissão de livre escolha da Administração.

Ainda com maior razão, não podem as atividades da AGU ser delegadas a particulares que nem mesmo estão investidos em cargo, emprego ou função. Seria a chamada terceirização, seja sob a forma de fornecimento de mão-de-obra, seja sob a forma de empreitada. Aliás, já existe orientação no âmbito do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas da União e da própria esfera administrativa, quanto à impossibilidade de terceirização de atividade-fim da Administração Pública, sob a modalidade de fornecimento de mão-de-obra.

O Tribunal Superior do Trabalho, pelo Enunciado 331, alterado pela Resolução 96, de 11.9.2000, definiu alguns pontos: “I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3-1-74). II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 206083), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que

este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666)”.

Na esfera administrativa, foi baixado o Decreto nº 2.271, de 7.7.97, que, seguindo orientação antes adotada pelo Tribunal de Contas da União, determinou, no artigo 1º, quais as atividades que devem ser executadas, de preferência, por execução indireta, abrangendo as de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. No §2º, determina que “*não poderão ser objeto de execução indireta atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal*”. Essas duas últimas exceções, a toda evidência, não se aplicam aos cargos da AGU, já que são privativos de membros da instituição, nomeados por concurso público.

O que é possível, em situações absolutamente excepcionais e devidamente motivadas, é a contratação de profissional notoriamente especializado, mediante contrato de empreitada, para elaboração de parecer bem como para patrocínio ou defesa de causa judicial ou administrativa, na forma do artigo 13 da Lei nº 8.666, de 21.6.93. Nesse caso, a contratação só pode ser feita para objeto específico, quando se trate de trabalho que, por suas peculiaridades, complexidade, importância para o interesse público, exija profissional notoriamente especializado.

Não é possível, sob pena de inconstitucionalidade, outorgar a terceiros atividades exclusivas da AGU para serem desempenhadas em caráter contínuo, em substituição aos membros da instituição.

No que diz respeito à indagação referente ao enquadramento, como *usurpação de função*, do exercício de funções constitucionais por outras carreiras da Administração Pública Federal, não me parece que essa modalidade de ilícito, definida no artigo 328 do Código Penal, ocorra. Por esse dispositivo, a usurpação de função é assim definida: “*usurpar o exercício de função pública*”. Ocorre quando a pessoa que pratica o ato não foi por qualquer modo investida no cargo, emprego ou função; ela se apossa, por conta própria, do exercício de atribuições próprias de agente público, sem ter essa qualidade. Pode-se falar em usurpação de função, mas não no sentido técnico da expressão.

No caso de ocupantes de cargos em comissão criados por lei e inseridos no âmbito da Advocacia-Geral da União, não se pode dizer que os servidores nomeados estejam usurpando função, no sentido técnico da expressão. No caso, a lei que cria tais cargos, permitindo o provimento por pessoas estranhas às carreiras da Advocacia da União, é que é inconstitucional; ou, pelo menos, deve receber “interpretação conforme” para definir que tais servidores só podem exercer atividades administrativas e não as exclusivas dos membros efetivos da instituição.

O *desvio de função* pode ocorrer se, eventualmente, ocupantes de cargos não enquadrados nas carreiras da AGU exercerem funções próprias dessa instituição. Trata-se de ilícito administrativo que enseja a responsabilidade de quem o pratica e também da autoridade que o permite, e que também pode enquadrar-se como ato de improbidade administrativa, por infringência ao princípio da legalidade, conforme artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

Os atos praticados por quem não esteja investido em cargos das carreiras da AGU são ilegais, por vício de competência. Em princípio, tratar-se-ia de nulidade absoluta, não sujeita à convalidação. Porém, há uma circunstância que impede ou dificulta os efeitos normais da declaração de nulidade: razões de interesse público recomendam que, nesse caso, se mantenham os efeitos dos atos, embora praticados por quem não tenha competência legal, tendo em vista que de sua anulação resultaria prejuízo maior para o interesse público. É a mesma solução que se adota com relação ao *exercício de fato*.

Só que, uma vez comprovado o desvio de função, os atos posteriormente praticados deixam de ter validade, porque, a partir de então, está caracterizada a má-fé do servidor e da autoridade que autorizou ou permitiu o exercício da função por quem não preenchia os requisitos constitucionais.

Portanto, é preciso distinguir duas situações diversas: a) a do servidor que ocupa cargo em comissão criado por lei e exerce indevidamente funções exclusivas da AGU; nesse caso, impõe-se a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para invalidação ou para “interpretação conforme”, para excluir o exercício de funções privativas das carreiras integrantes da AGU; b) a do servidor que integra outras carreiras da Administração Pública e exerce funções exclusivas das carreiras

da AGU; nesse caso, caracteriza-se *desvio de função* e, portanto, ilegalidade a ser coibida pela via administrativa ou judicial, com a conseqüente responsabilização nas esferas civil e administrativa, além do possível enquadramento na lei de improbidade administrativa.

3 Resposta aos quesitos

Diante do exposto, a resposta aos quesitos pode ser formulada nos seguintes termos:

Quesito nº 1

Tendo em vista que a AGU se insere no âmbito do Poder Executivo e, ao mesmo tempo, está prevista na Constituição Federal como uma das funções essenciais à Justiça, responde-se:

- a) Considerado o sistema de repartição de poderes, a Advocacia-Geral da União está inserida no Poder Executivo, para fins exclusivamente administrativos e não para exercício de suas funções institucionais.
- b) A Advocacia-Geral da União exerce função essencial à Justiça porque desempenha atividade típica de Estado, na medida em que presta serviço público em dois sentidos: como advogado sujeito ao Estatuto da OAB, nos termos do seu artigo 2º, §1º, e como advogado público, que atua na defesa do interesse público e depende, por isso, de garantias de independência no exercício de suas funções constitucionais, dentre elas a estabilidade.
- c) No exercício de suas funções institucionais — que são de natureza jurídica e não política — a Advocacia-Geral da União e o Advogado-Geral da União não podem estar hierarquicamente subordinados a qualquer dos Poderes da República, nem submetidos às decisões políticas do governo; a vinculação (e não subordinação) se dá em relação ao Chefe do Poder Executivo apenas para fins de supervisão, estritamente administrativos.
- d) Para que possa desempenhar o mister constitucional que lhe foi outorgado, a Advocacia-Geral da União, ainda que inserida administrativamente no âmbito do Poder Executivo, necessita de garantias de independência; o ideal seria que a Constituição lhe outorgasse a mesma autonomia administrativa e financeira garantida ao Ministério Público, já que ambas são instituições previstas na Constituição entre as funções essenciais à Justiça.

- e) Considerando-se o disposto nos artigos 52, inciso II, e 131, §1º, da Constituição, o Advogado-Geral da União ocupa, dentro do Poder Executivo, posição do mesmo nível que os Ministros de Estado. Sendo nomeados para cargo de confiança, de livre nomeação, podem também ser livremente exonerados.

Quesito nº 2

Mesmo na ausência de vedação legal expressa, não é dado a qualquer dos três Poderes outorgar o exercício das funções exclusivas da Advocacia-Geral da União a particulares contratados ou a pessoa investida em cargos em comissão, a menos que estes sejam privativos de integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União.

Quesito nº 3

Advocacia-Geral da União atua como Advocacia de Estado e não como Advocacia de Governo.

Quesito nº 4

Diante do tratamento constitucional conferido à Advocacia-Geral da União, pode-se afirmar que somente o Advogado-Geral da União pode ser pessoa estranha às carreiras da AGU. Os demais cargos em comissão, previstos na Lei Complementar nº 73/93 só podem ser ocupados por membros efetivos da instituição, se exercerem atribuições que dela sejam exclusivas.

Quesito nº 5

A atividade exercida pela Advocacia-Geral da União, dentre elas a de controle de legalidade prévio dos atos do Poder Executivo, representação judicial e extra-judicial da União e de representação internacional da República Federativa do Brasil, não é compatível com a nomeação de pessoas estranhas aos seus quadros de membros efetivos para os cargos em comissão.

Quesito nº 6

- a) É inconstitucional o artigo 58 da Lei Complementar nº 73/93, ao prever que os cargos de Consultor Jurídico são privativos de Bacharel em Direito de provada capacidade e experiência e reconhecida idoneidade, que tenham 5 (cinco) anos de prática forense.
- b) A Lei Complementar nº 73/93, ao dispor que à Consultoria-Geral da União incumbe aprovar os editais de licitação e contratos

administrativos (art. 11, inciso VI, “a”), não possibilita que terceiros, não integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União, pratiquem tais atos, que se inserem na atividade de consultoria jurídica do Poder Executivo, privativa dos membros efetivos da instituição.

- c) É inconstitucional a lei que permita a nomeação de pessoas estranhas à carreira de Advogado da União para ocupar os cargos em comissão de Assistente, Coordenador, Coordenador-Geral e outros criados nos Ministérios, para exercerem atividades privativas dos membros efetivos da Advocacia-Geral da União.

Quesito nº 7

Considerando que o artigo 20 da Lei Complementar nº 73/93 previu, como membros efetivos da Advocacia-Geral da União, as carreiras de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico (esta última extinta pela Lei nº 10.549/2002), responde-se:

- a) as funções constitucionais da Advocacia-Geral da União somente podem ser exercidas por integrantes dessas carreiras, cada qual no seu âmbito de atuação específica, a saber, Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, respectivamente.
- b) o exercício das funções da Advocacia-Geral da União por quem não é membro efetivo da instituição não se enquadra como usurpação de função, no sentido previsto no artigo 328 do Código Penal, mas configura usurpação de atribuição conferida com exclusividade à Advocacia-Geral da União pelo artigo 131 da Constituição. O exercício dessas atribuições por membros de outras carreiras da Administração Pública caracteriza desvio de função.

Quesito nº 8

- a) Os pareceres e notas elaborados por pessoas estranhas aos quadros de membros efetivos da Advocacia-Geral da União, no âmbito das Consultorias Jurídicas, implicam usurpação da competência prevista no artigo 131 da Constituição e no artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93.
- b) Os pareceres e notas elaborados por pessoas estranhas aos quadros de membros efetivos da Advocacia-Geral da União, no

âmbito das Consultorias Jurídicas, são ilegais, por vício de competência; as decisões baseadas nesses pareceres padecem do vício de nulidade, podendo ser mantidas, com base na teoria do exercício de fato, sem prejuízo da responsabilidade pela prática de ato ilegal.

Quesito nº 9

O artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93 somente é constitucional se for entendido no sentido de que a subordinação da Advocacia-Geral da União aos Ministérios se dá apenas para fins de inserção na estrutura administrativa da União e não para fins funcionais, ou seja, para fins de desempenho das atribuições constitucionais, que não admitem subordinação hierárquica.

Quesito nº 10

Os artigos 45 e 11 da Lei Complementar nº 73 devem ser interpretados de forma harmoniosa, no sentido de que cabe aos Ministérios disciplinar a atividade-meio exercida pelos órgãos administrativos que dão apoio às Consultorias Jurídicas, e ao Advogado-Geral da União, a atividade-fim, por meio de Regimento Interno.

São Paulo, maio de 2007.