

Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional

Patrícia de Almeida Barbosa Guimarães

**A Advocacia Pública da União e a Independência
Funcional dos seus membros: Possibilidades e
Limites**

**Brasília-DF
2011**

Patrícia de Almeida Barbosa Guimarães

**A Advocacia Pública da União e a Independência
Funcional dos seus membros: Possibilidades e
Limites**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP.

Orientadora: Prof. Carolina Scherer Bicca.

Brasília- DF

2011

Patrícia de Almeida Barbosa Guimarães

A Advocacia Pública da União e a Independência Funcional dos seus membros: Possibilidades e Limites

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção _____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

À Deus, por estar sempre comigo.

À Luana, minha pequena, com todo o amor.

À minha família, pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS:

Agradeço ao Raphael Greco Bandeira, por seu incentivo constante e pelo amadurecimento dos conceitos que me levaram à execução e conclusão desta monografia.

À professora Carolina Scherer Bicca, pelos preciosos ensinamentos e paciência na orientação.

À Advocacia-Geral da União, ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e aos seus membros, pela inspiração.

"Escolha o trabalho de que gostas e não terás de trabalhar um único dia em tua vida." (Confúcio).

RESUMO:

GUIMARÃES, PATRÍCIA BARBOSA GUIMARÃES. 2011. A Advocacia Pública da União e a Independência Funcional dos seus membros: Possibilidades e Limites. – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

Regime funcional dos Advogados Públicos da União. Ausência de previsão constitucional expressa. Aplicabilidade do regime da independência funcional. Fundamento intrínseco às funções essenciais à justiça e ao *munus* advocatício, e indireto pela via da “dupla vinculação” no art. 133 da Constituição Federal. Independência funcional relativa e variável conforme a função constitucional desenvolvida, passível de limitação por meio de súmulas, pareceres e orientações normativas. Inviolabilidade do advogado público da União por seus atos e manifestações no exercício “regular” da profissão, cuja responsabilidade é de meio, salvo ocorrência de dolo ou culpa.

Palavras chave: Advogados Públicos da União. Regime da Independência Funcional Relativo. Responsabilidade de Meio.

ABSTRACT: Functional regime of the Lawyers Union. The absence of specific constitutional provision. Applicability of the regime of functional independence. Intrinsic to the functions that are essential to justice and advocacy, and indirectly through the "double bind" in art. 133 of the Federal Constitution. Functional independence relative and varying according to the constitutional function that has been developed, subject to limitation established by summaries, opinions and normative guidance. Inviolability of the Union's public advocate for his/her actions and statements made in the "regular" practice of his/her profession whose responsibility is to the middle, except when fraud or negligence has occurred.

Key words: Lawyers Union. System of relative functional independence. Responsibility is to the middle.

LISTA DE ABREVIATURAS:

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU: Advocacia-Geral da União

CF: Constituição Federal

D.O.U.: Diário Oficial da União

LC: Lei Complementar

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

PGFN: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TCU: Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA.....	11
2.1. A Advocacia Pública nas Esferas Federativas.....	14
2.2. A Advocacia Pública no âmbito da União: Breve Histórico Institucional	16
2.2.1. A Advocacia-Geral da União	21
2.2.1.1. O Advogado-Geral da União.....	24
2.3. Advocacia-Geral da União: advocacia de Estado ou advocacia de governo?	26
3. O REGIME FUNCIONAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS DA UNIÃO	29
3.1. Independência Funcional <i>versus</i> Regime Hierárquico	30
3.2. Possibilidades da Independência Funcional do Advogado Público da União: o fundamento	32
3.2.1. Hierarquia Administrativa <i>versus</i> Delineamento da Atuação Funcional: a dinâmica da atividade hermenêutica.	39
3.2.2. A Atuação do Advogado-Geral da União nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade	43
3.3. Os Contornos da Independência Funcional do Advogado Público da União: uma análise teórica à luz das funções típicas desempenhadas	48
3.3.1. As funções constitucionais e o grau de independência funcional.....	50
3.3.1.1. A representação judicial.....	50
3.3.1.2. A atividade consultiva	52
3.3.1.3. O assessoramento jurídico	54
3.3.1.4. A representação extrajudicial.....	54
3.3.1.5. Conclusão: A medida da independência funcional varia de acordo com a função constitucional desenvolvida.....	55
4. OS LIMITES À INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO ADVOGADO PÚBLICO DA UNIÃO	57
4.1. Meios Legítimos de Limitação à Independência Funcional do Advogado Público da União.....	58
4.2. A Inviolabilidade do Advogado Público da União por seus atos e manifestações no exercício da profissão e a Responsabilidade dela decorrente	62
5. CONCLUSÃO.....	71
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

1. INTRODUÇÃO

O legislador constituinte de 1988 criou a Advocacia-Geral da União, instituição integrante das Funções Essenciais à Justiça, com competência, diretamente ou por órgão vinculado, para representar a União judicial e extrajudicialmente, assim como para exercer as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo.

Trata-se de inegável avanço na mudança da titularidade na representação da União, antes de competência do Ministério Público, numa situação muitas vezes paradoxal, uma vez que o *parquet* poderia, num mesmo processo, funcionar como advogado da União e contra ela.

Este progresso, contudo, não foi suficiente diante da ampla oportunidade que teve o legislador de melhor caracterizar suas atividades, bem como para dotá-las de garantias necessárias ao exercício de suas funções. Assim, não previu a Constituição Federal de forma expressa a autonomia administrativa e financeira à Instituição, bem como a independência funcional aos seus membros. Igualmente silenciou a lei orgânica da Advocacia-Geral da União.

Com base nestas premissas, questiona-se: é o advogado público da União um agente público que exerce unipessoalmente uma parcela do Poder do Estado que lhe é conferida em seu ministério ou um agente administrativo que pratica atos de gestão hierárquica? Ou seja, com base na legislação posta, tem o advogado público da União assegurado um regime de independência funcional, estando submisso apenas à sua consciência e deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas leis regedoras da Instituição; ou obedece a determinações do Órgão, não podendo manifestar-se contrariamente ao estabelecido por seus superiores?

Buscando solucionar o referido problema, vejamos como será desenvolvido este estudo.

No primeiro Capítulo, procura-se estabelecer a importância orgânico-funcional da Instituição para a Administração Pública e para a sociedade como um todo, partindo do conceito de função essencial à justiça, percorrendo a sua origem histórica e

delimitando as suas atribuições funcionais; para, por fim, concluir se se trata de uma Instituição posta à serviço do Estado ou do Governo.

No segundo Capítulo, busca-se delimitar qual o regime funcional aplicável aos advogados públicos da União, ou seja, se estes são “independentes funcionalmente”, podendo desenvolver a questão jurídica suscitada livremente, desde que pautado em juízo técnico-jurídico fundamentado; ou sujeitos à um “regime de hierarquia”, estando subordinados em suas manifestações de vontade às diretrizes superiores quer do Poder Executivo, quer do Advogado-Geral da União ou das coordenações em nível institucional.

Nesta esteira, analisar-se-á a atuação do Advogado-Geral da União, “chefe” da Advocacia-Geral da União, nas ações diretas de inconstitucionalidade e o consequente engessamento da sua atividade funcional à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isto porque, previu o §3º do art. 103 da Constituição Federal que quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará previamente o Advogado-Geral da União para que proceda a “defesa” do ato impugnado. Ainda neste capítulo, e tomando como premissa o regime funcional aplicável aos membros da Advocacia-Geral da União, propomos um estudo de seus contornos tendo em vista o exercício do advogado público na esfera contenciosa ou consultiva, o que demandará, sucintamente, uma análise dos atos próprios tipificados para o exercício de suas funções constitucionais.

Por fim, no terceiro Capítulo, buscaremos definir os limites legais ao exercício funcional dos advogados públicos da União e as consequências, no campo da responsabilidade, decorrentes do exercício “irregular” da profissão. Nesta esteira, faz-se necessário uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

2. AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

A fim de compreender a concepção institucional de qualquer atividade de interesse público, é preciso estabelecer a sua importância orgânico-funcional para a Administração Pública e para a sociedade como um todo. Na atual abordagem, que procura investigar os fundamentos da Advocacia Pública, torna-se imperioso partir do conceito de “função essencial à justiça”, razão pela qual passaremos a expô-lo.

Muito embora pudesse sequer estar previsto na Carta Magna, o direito positivo constitucional consagrou este fundamento no Título IV da Constituição Federal, denominado “Da Organização dos Poderes”, ocasião em que foram inseridos topograficamente os Poderes Legislativo (Capítulo I), Executivo (Capítulo II) e Judiciário (Capítulo III), além de, pioneiramente, as Funções Essenciais à Justiça (Capítulo IV).

É oportuno acentuar que se encontram definidas como Funções Essenciais à Justiça, regulamentadas nos arts. 127 a 135 da Constituição Federal, tanto o Ministério Público (Seção I) como a Advocacia Pública (Seção II), responsáveis pela defesa do interesse público da sociedade e das entidades públicas; assim como entendeu conveniente o legislador constituinte acrescer a Advocacia em geral, asseverando a importância da veiculação dos interesses dos particulares por meio da representação advocatícia, prestigiando a Ordem dos Advogados do Brasil, e a Defensoria Pública (Seção III), para a tutela dos hipossuficientes, uma vez que estes não possuem condição de custear causídicos na proteção de seus interesses.

Como se pode notar, essa estruturação das Funções Essenciais à Justiça representa uma importante e louvável organização do constitucionalismo brasileiro. De um lado, uma vez que vieram tratadas em Capítulo próprio do texto constitucional, manifestam a democratização do exercício do poder estatal e, de outro, acentuam categoricamente que todas as formas de exercício da advocacia cumprem uma função basilar para o Estado Democrático de Direito¹.

¹ O conceito de Estado Democrático de Direito enuncia o primado da lei e a participação política por meio do princípio democrático. O Estado de Direito apresenta restrições ao poder estatal: “Em outras palavras:

Diante da organização do texto constitucional, a doutrina conferiu densidade ao conceito, como o fez Diogo de Figueiredo Moreira Neto² em suas lições, ao dividir os ministérios advocatícios *lato sensu* em dois ramos: de um lado, a advocacia privada e, de outro, a advocacia pública. Essa última, por sua vez, é subdividida da seguinte maneira:

- a) a advocacia pública da sociedade em sentido estrito: representada pelo Ministério Público, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;
- b) a advocacia pública das entidades públicas: representada pelos diversos ramos da Advocacia de Estado, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos; e
- c) a advocacia pública dos hipossuficientes: representada pela Defensoria Pública, cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados.

A qualificação destas instituições como “Funções Essenciais à Justiça”, segundo Mário Bernardo Sesta³, significa que participam da essência da atividade de realização da justiça. Sem seu concurso, justiça não poderia acontecer enquanto pressuposto e decorrência que são da escolha constitucional de um perfil moderno, que é o nosso de Estado Democrático de Direito.

Enquanto os três poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a correção no sentido da normalidade do corpo social, de outro, as funções

seria necessário substituir a instável autoridade do príncipe pela estável autoridade da lei, uma vez que só seria possível o desfrute da liberdade, quando não apenas os indivíduos e as entidades privadas, como o próprio Estado, pudessem ser igualmente compelidos a obedecer à ordem jurídica instituída: desabrochava, então, o Direito Público e, com ele, nascia o segundo modelo de organização política histórica do liberalismo: o Estado de direito.” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 17-18.). Por sua vez, o princípio democrático significa a ampla participação política do povo, em diálogo: “Este princípio se refere à forma de governo adotada por um Estado, seja republicano ou monárquico, que reconheça a origem do poder no povo, entendido como a parcela dos membros da sociedade aptos a manifestar a vontade política geral, e, em razão disso, estabeleça a igualdade de todos perante a lei, inclusive para proceder à escolha dos seus representantes, aqueles que deverão aplicar o poder do Estado de acordo com essa vontade popular, recolhida nos sufrágios **e em outras formas de manifestação política**, segundo as formas admitidas pela ordem jurídica.” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 79.)

² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Disponível em: <<http://www.pge.rj.gov.br/revista63>>. Acesso em: 01 dez. 2010.

³ SESTA, Mário Bernardo. *Isonomia Remuneratória das Carreiras Jurídicas*. Revista Jurídica APERGS-Advocacia de Estado, Porto Alegre, ano 1, nº. 1, 2001. p. 72. *Apud*: PEIXOTO, José Roberto da Cunha. *A estatutura constitucional da Advocacia de Estado da União*. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 10, nº. 107, p. 38-68, jan. 2010.

essenciais à justiça e à sociedade, cuidam da fiscalização e da provocação de maneira a promover ativamente a justiça⁴.

Novamente segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵, constata-se um novo esquema de distribuição de poderes, que além de manter nos Poderes Orgânicos tripartidos o seu mais importante centro de decisão sobre a juridicidade, ao mesmo tempo descentraliza-se, enquanto funções essenciais à justiça, a fim de conferir acesso à justiça para a sociedade em geral: nos indivíduos, nas empresas, nas associações e nas instituições privadas, com atuações de fiscalização e de provocação dotadas de efetividade social. Sobretudo, e em última análise, consagra à população a fração politicamente ativa no contexto social, encontrando a decisão final sobre a legitimidade e a moralidade pelo exercício da participação democrática.

É de relevo destacar e colocar em termos claros que, situadas ao lado dos Poderes de Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), as Funções Essenciais à Justiça não foram denominadas pela Assembléia Nacional Constituinte como um quarto poder.

Há vozes que consideram, na clássica teoria sobre a separação dos poderes, a existência de uma quarta função estatal, que corresponderia a uma função política; e, nessa visão, apresenta-se a distinção doutrinária entre atividades de administração e atividades de governo, isto é, entre a função de política e a função de governo⁶.

No entanto, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷, ao invés de se reconhecer a existência autônoma de uma quarta função jurídica do Estado, é preferível que se compreenda essa atividade como um conteúdo qualificado de "altas escolhas do governo, que poderá existir em maior ou menor grau, qualificando qualquer das três funções". Ademais disso, a teoria contrária encontraria problemas orgânicos na

⁴ *Id. Ibid.*

⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Apud* CARPES, Marcus Ronald. *Advocacia da União e Estado de Justiça*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *A Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 199-229.

⁶ PEIXOTO, José Roberto da Cunha. *A Estrutura Constitucional da Advocacia de Estado da União*. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 10, nº. 107, p. 38-68, jan. 2010. p. 43.

⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº. 45, 1992. pg. 3. *Apud*: PEIXOTO, José Roberto da Cunha. *A Estrutura Constitucional da Advocacia de Estado da União*. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 10, nº 107, p. 38-68, jan. 2010. p. 43.

atribuição da função política a um determinado órgão, uma vez que o poder político é exercido indistintamente, de forma independente e harmônica⁸.

Outrossim, a inserção das Funções Essenciais à Justiça em um dos três poderes causaria desequilíbrio entre os mesmos, desvirtuando suas funções, tendo em vista que estando subordinado a um dos poderes estatais tradicionais não evidenciaria a necessária autonomia para censurar certas práticas do ente ora subordinado.⁹

Desta forma, optou o Poder Constituinte por democratizar o poder estatal entre as funções legislativa, executiva, judiciária e em face das funções essenciais à Justiça, cujo desempenho é assegurado pela delegação direta de parcela do poder estatal pela Constituição Federal, tudo com o escopo de proporcionar a inclusão social e a participação popular nas decisões que dizem respeito à sociedade brasileira¹⁰.

Estabelecidas estas linhas gerais de sistematização funcional da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito, torna-se possível analisar mais detidamente o texto constitucional, sobretudo no que pertine ao esquema federativo.

2.1. A Advocacia Pública nas Esferas Federativas

Como visto, a Advocacia Pública¹¹ foi definida pela Constituição Federal como uma das Funções Essenciais à Justiça na Seção II do Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, no qual foram alocados os arts. 131, que dispõe acerca da advocacia no âmbito da União, e 132, no âmbito dos Estados e Distrito Federal, *verbis*:

⁸ PEIXOTO, José Roberto da Cunha. *A Estrutura Constitucional da Advocacia de Estado da União*. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 10, nº 107, p. 38-68, jan. 2010. p. 43.

⁹ GRANZOTO, Cláudio. *Advogado de Estado- Defesa do Interesse Público- Independência Funcional Mitigada*. Revista Virtual da AGU, Ano VII, nº. 64, de maio de 2007.

¹⁰ PEIXOTO, José Roberto da Cunha. *A Estutura Constitucional da Advocacia de Estado da União*. Fórum Administrativo- Direito Público -FA. Ano 1, nº 1, mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001. pg. 45.

¹¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que a expressão “Advocacia Pública” é equívoca, uma vez que gera confusão entre os demais ministérios advocatícios *lato sensu*. Destarte, propõe que a terminologia “Advocacia de Estado” seria mais apropriada para definir o papel desempenhado especificamente pela Advocacia-Geral da União e pelas Procuradorias Estaduais e Distrital, sem causar confusão com as demais procuraturas públicas, integrantes do rol das funções essenciais à justiça. (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Disponível em: <<http://www.pge.rj.gov.br/revista63>>. Acesso em: 01 dez. 2010).

Seção II

DA

ADVOCACIA

PÚBLICA

Art. 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.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias¹².

Consoante se observa da leitura dos dispositivos supratranscritos, o legislador constituinte não primou por uma simetria federativa no trato organizativo da Advocacia Pública. Isto gerou, indevidamente, um tratamento disforme como analisa criticamente Rommel Macedo¹³:

a) contrariamente ao art. 131 que não menciona as carreiras da Advocacia-Geral da União, o art. 132, caput, trata das carreiras de Procurador do Estado e de Procurador do Distrito Federal;

b) a Advocacia-Geral da União possui, além da competência de consultoria jurídica, a de assessoramento, não sendo esta última competência expressamente prevista em relação aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal;

c) a Advocacia-Geral da União exerce -nos termos do art. 131, caput- a consultoria e o assessoramento jurídicos tão somente do Poder Executivo, ao passo que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercem "a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas" (o que abrange, numa interpretação gramatical do art. 132, caput, todos os Poderes do Estado- e não apenas o Executivo);

d) o §1º do art. 131 estipula que o Advogado-Geral da União é de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e

¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2011.

¹³ MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p 40-41.

cinco anos, de notável saber jurídico e de reputação ilibada, ao passo que o art. 132 não faz qualquer referência aos chefes das Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais dos Estados; e
e) o §2º do art. 131 não impõe a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) nos concursos públicos para ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União, contrariamente ao caput do art. 132, que estipula ser obrigatória a participação da OAB em todas as fases do concurso público para as carreiras de Procurador do Estado e do Distrito Federal¹⁴.

Observe-se, ainda, a ausência de previsão expressa da Advocacia Pública no âmbito dos Municípios¹⁵. Em face desta omissão, em tese, franqueia-se um tratamento diferenciado à instituição e à carreira de procurador de município na esfera da municipalidade. Todavia, entendemos que todas as advocacias públicas, sejam de âmbito federal, estadual, municipal ou distrital, inserem-se no princípio republicano de Estado Democrático de Direito e constituem-se, igualmente, em “funções essenciais à justiça”, justificando-se, *de lege ferenda*, sua equiparação no corpo de nossa Carta Política.

Prosseguindo na análise, tendo sido analisada a instituição em seu aspecto de direito constitucional, é preciso aprofundar a abordagem da sua construção ao longo da história.

2.2. A Advocacia Pública no âmbito da União: Breve Histórico Institucional

As raízes mais profundas da Advocacia-Geral da União, formalmente criada em 1988, atravessam a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil ao início da República.

À semelhança do modelo de Advocacia de Estado português, no primeiro século de vida republicana brasileira, a defesa judicial da União esteve a cargo do Ministério

¹⁴ Deve-se, contudo, observar que o art. 21, §4º, da Lei Complementar nº. 73, de 10 de fevereiro de 1993, dispõe que "A Ordem dos Advogados do Brasil é representada na banca examinadora dos concursos de ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União".

¹⁵ Ressaltamos, todavia, que por ser omissa a Constituição a respeito, prevalece a regra estabelecida no art. 12, inciso II, do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), que dispõe que o Município será representado judicialmente por seu Prefeito ou Procurador.

Público Federal, delegável ao Ministério Público Estadual, para atuação na justiça respectiva de cada Estado. Somente a partir de 1894 conferiu-se ao Ministério Público as funções de Consultor do Presidente, das Secretarias de Estado e dos Ministérios¹⁶.

Com a criação do cargo de Consultor Geral da República em 1903, houve a separação entre as funções de defesa judicial da União, que continuaram a cargo do Ministério Público, daquelas relacionadas à consultoria, que passaram a ser afetas à Advocacia Consultiva da União, cuja instância máxima era a Consultoria-Geral da República¹⁷.

Em seguida, paulatinamente, com a criação das Consultorias Jurídicas no âmbito dos Ministérios, a atividade de consultoria jurídica da União foi setorizada, permitindo que a Consultoria-Geral da República atendesse direta e exclusivamente ao Presidente da República¹⁸. Do mesmo modo, a então Procuradoria da Fazenda Pública, que deu origem à Procuradoria da Fazenda da República, foi incluída nesta categoria, inicialmente como órgão consultivo exclusivo do Ministério da Fazenda e depois, cumulativamente, como responsável pela inscrição da dívida ativa da União¹⁹.

De modo a oferecer quadros auxiliares a essa unidade central e às consultorias jurídicas dos Ministérios, em 1957 foi criado o cargo de Assistente do Consultor-Geral da República, posteriormente transformado em Assistente Jurídico em 1964, culminando com a estruturação da Advocacia Consultiva da União, sacramentada pelo Decreto nº 93.237/1886²⁰.

Observa-se que, enquanto o braço consultivo da União organizava-se atrelado estruturalmente ao Poder Executivo, passava a ocorrer uma crise na representação judicial da União. Vale dizer, existia uma incômoda ambigüidade ao Ministério Público que exercia, simultaneamente, as funções de *custos legis* e de defensor do Estado.

O *parquet*, que deveria ser mais livre quando da sua atividade precípua de

¹⁶ GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos Limites da História: a Construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009. p.10-12.

¹⁷ *Id. ibid.* p. 11.

¹⁸ *Id. ibid.* p. 11-12 e 105.

¹⁹ A Procuradoria da Fazenda da República era responsável pela inscrição em dívida ativa dos créditos da União, mas não tinha competência para cobrá-los em juízo, sendo a execução de competência do Ministério Público.

²⁰ *Id. ibid.* p.13.

custos legis na defesa dos interesses da sociedade, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, poderia paradoxalmente, num mesmo processo, atuar como advogado da União e contra ela²¹. Muitas vezes quando a União falava em juízo, não se sabia se o Procurador da República estava advogado ou funcionando como Ministério Público, principalmente no mandado de segurança, onde ele é o fiscal da lei e, na verdade, funcionava muitas vezes como o advogado da autoridade²².

Ressalte-se que na Administração Indireta não havia essa situação ambígua, uma vez que tanto a representação consultiva, a de representação extrajudicial, como aquela de representação judicial, estavam concentradas nas Procuradorias Gerais e nos Departamentos Jurídicos dessas unidades autônomas ou autárquicas²³.

A emblemática cisão entre a representação do contencioso e do consultivo da União, enquanto administração direta, apenas teve fim com a criação da Advocacia-Geral da União, cujo marco legal foi a promulgação da vigente Constituição Federal no ano de 1988.

Acerca da criação da novel Instituição pelo Constituinte, dispôs o deputado Roberto Brant, em discussão à apresentação de emenda substitutiva nº 2040, de autoria do Deputado Eraldo Tinoco:

A Advocacia-Geral da União não é um órgão novo, é uma instituição que se consagra constitucionalmente e que será o resultado da reunião das diversas consultorias e das diversas procuradorias que se encontram hoje espalhadas nos diversos ministérios, nas diversas autarquias, enfim, em todo o universo da administração direta e indireta da União.

Portanto, não se está criando uma estrutura nova, está se institucionalizando constitucionalmente a representação da União²⁴.

Referida constatação está em parte adequada no que se refere à seara consultiva da União, uma vez que esta já estava parcialmente estruturada, passando

²¹ SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.26-27.

²² ROSAS, Roberto. *A Advocacia-Geral da União. A Constituição Brasileira de 1988: interpretações*. Ives Gandra da Silva Martins (Coord). Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1988. *Apud*: GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos Limites da História: a Construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009. p. 58.

²³ GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos Limites da História: a Construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009. p.15.

²⁴ *Id. ibid.* p.43.

com a Constituição Federal a açambarcar as Consultorias Jurídicas dos Ministérios e a vincular à novel Instituição as procuradorias das autarquias (salvo a do Banco Central do Brasil) e fundações públicas.

Assim, por razões históricas e estruturais, as Consultorias Jurídicas, hoje órgãos de execução da Advocacia-Geral da União, que estavam inseridas nos Ministérios e ainda assim permanecem, mantiveram-se legalmente “subordinadas administrativamente” aos Ministros de Estado²⁵. Da mesma forma, manteve-se a “subordinação administrativa” da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional- PGFN ao Ministério da Fazenda.²⁶

Por outro lado, contudo, a afirmação é deficiente, vez que ao sepultar a representação judicial da União pelo Ministério Público, houve a necessidade de criação efetiva de uma estrutura institucional para este mister.

Tanto é verdade que a Constituição Federal, em seu art. 131, condicionou a efetiva criação da Advocacia-Geral da União à edição de uma lei complementar que dispusesse sobre sua organização e funcionamento. Trouxe, portanto, “norma constitucional de eficácia indireta diferida” na tipologia de Zagrebelsky²⁷, que só foi implementada com a edição da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que “instituiu a lei orgânica da Advocacia-Geral da União”. Na classificação do Professor Luís Roberto Barroso, constitui-se em “norma constitucional de organização”²⁸, já para José Afonso da Silva seria uma “norma de princípio institutivo”²⁹.

²⁵ As Consultorias Jurídicas dos Ministérios, segundo o art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993, são administrativamente subordinadas a cada Pasta e tecnicamente à Advocacia-Geral da União. Entendemos, contudo, que não há subordinação administrativa de direito, consoante se demonstrará no capítulo seguinte.

²⁶ A PGFN, segundo o art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 1993, é subordinada administrativamente ao Ministério da Fazenda e tecnicamente à Advocacia-Geral da União.

²⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002. p.81. Segundo este autor, as normas constitucionais possuem eficácia direta ou indireta, estas últimas “são aquelas que necessitam ser atuadas ou concretizadas por meio de uma ulterior atividade normativa”.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p.94. Nesta tipologia, o autor apresenta ainda as normas definidoras de direitos e as normas programáticas.

²⁹ (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 150-151). Para José Afonso da Silva, existem ainda as normas programáticas que instituem programas de governo a serem implementados pelo legislador infraconstitucional, nos seguintes termos:

Neste íterim, contudo, previu o §5º do art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias- ADCT, que caberia à então Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, diretamente ou por delegação³⁰, representar desde logo judicialmente a União nas causas de natureza fiscal³¹, além da atividade consultiva que já prestava ao Ministério da Fazenda. Nas demais áreas de competência, a defesa da União Federal foi regulamentada pelo art. 29 do ADCT, do seguinte modo:

Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, 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 continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições³².

Mesmo com a edição da Lei Complementar nº 73, em 1993, a defesa da União, no âmbito judicial, não passou de imediato para a Advocacia-Geral da União³³, uma vez que o próprio art. 67 da Lei Complementar nº 73 interrompeu por trinta dias os prazos em favor da União. Este prazo inicial prorrogado por mais quatro ocasiões com a edição de sucessivas Medidas Provisórias até 16 de agosto de 1993³⁴, quando a Advocacia-Geral da União passou a existir de fato na esfera contenciosa, estando até

“(…). A exemplificação apresentada, embora um pouco extensa, permite-nos, agora, delinear as características básicas das normas de principio programático:

I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia.

II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.

III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos, como termos oportunidade de mostrar.”

³⁰ Delegação ao Ministério Público Estadual.

³¹ Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi criada a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que tem como origem a Procuradoria da Fazenda da República, com competência para a inscrição em dívida ativa dos créditos da União, além de cobrá-los em juízo; pondo fim, portanto, na ambiguidade ao se atribuir à PGFN a inscrição, e ao MP a execução da dívida ativa.

³² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 25 maio 2011.

³³ Salvo a representação judicial das causas de natureza fiscal por força do mencionado §5º, do art. 29 do ADCT.

³⁴ Vide Medidas Provisórias nº 341/93, 316/93, 321/93 e 326/93.

então apenas os órgãos de consultoria funcionando³⁵.

Destarte, com a Lei Complementar nº 73, de 1993, a Advocacia-Geral da União foi estruturada em duas vertentes: a consultiva e a contenciosa. Ambas representaram autêntica novidade. A primeira democratizou as políticas públicas; já a contenciosa pôs fim à incumbência constitucional compartilhada com o Ministério Público³⁶.

Tendo sido expostos tanto os fundamentos como o histórico institucional da Advocacia Pública no âmbito da União, passa-se ao estudo da Advocacia-Geral da União.

2.2.1. A Advocacia-Geral da União

Criada pela Constituição Federal de 1988, a Carta mais democrática de nossa história republicana, a consolidação institucional da Advocacia-Geral da União representou um grande marco para a representação da União. A esta distinção entre a esfera consultiva, na conferência de “qualidade” às políticas públicas, e a idoneidade da representação da União Federal, na atuação contenciosa destacada do Ministério Público, previu o art. 131 da Constituição Federal, que:

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.
(Grifos).

Desse modo, foi no nível constitucional que o legislador conferiu à Advocacia-Geral da União a missão de representação da União³⁷ judicial e extrajudicialmente, em

³⁵ SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.34

³⁶ GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos Limites da História: a Construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009. p.64.

³⁷ A União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa de direito público interno, autônoma em relação às unidades federadas à qual cabe exercer as prerrogativas

todas as funções político-constitucionais dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), seja na administração direta e na indireta (autarquias e fundações públicas, bem como agências reguladoras ou executivas), “além dos próprios entes públicos que compõem as funções essenciais à justiça”³⁸. Além disso, em prestígio ao Estado Democrático de Direito e às políticas públicas, conferiu competência para a consultoria e o assessoramento jurídico, estes exclusivamente do Poder Executivo³⁹.

Assim, podemos concluir, com base na norma constitucional positiva, que o contencioso - judicial e extrajudicial - de competência da Advocacia-Geral da União, é prestado em sua plenitude à União (Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo), e o consultivo, em atenção exclusiva ao Poder Executivo da União⁴⁰.

Nesse sentido, de um lado, contenciosamente, a Advocacia-Geral da União detém competência para defender os atos administrativos praticados pelos gestores do Congresso Nacional e do Poder Judiciário.

De outro lado, consultivamente, em relação aos atos de implementação de políticas públicas, entendemos que existe uma competência constitucional implícita para a atividade consultiva e de assessoramento para além da função executiva (para além do texto constitucional positivo). Não simplesmente porque o princípio da separação de poderes já se encontra superado na tradicional doutrina de Montesquieu, sendo mais adequado em falar-se em separação de funções⁴¹. Mais que isso. Como o interesse público no Estado Democrático de Direito pertence a toda

da soberania do Estado brasileiro. Ressalte-se que, internacionalmente, a União representa a República Federativa do Brasil.

³⁸ SILVA, José Afonso da. *A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. v. 230, out/dez. 2002. p. 467. *Apud*: PEIXOTO, José Roberto da Cunha. *A Estrutura Constitucional da Advocacia de Estado da União*. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 10, nº 107, p. 38-68, jan. 2010.

³⁹ O Supremo Tribunal Federal já defendeu ser livre a criação de procuradorias ou assessorias próprias nos Poderes Legislativo e Judiciário, em virtude de sustentar que as Procuradorias dos Estados integravam o Poder Executivo (ADI nº 881 MC/ES). Contudo, em expressiva mudança na orientação ao julgar a ADI nº 1.557-5/DF, o STF julgou inconstitucionais dispositivos que restringiam a atuação da Procuradoria-Geral do Distrito Federal ao âmbito do Poder Executivo. (MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 32-33.)

⁴⁰ GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos Limites da História: a Construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009. p. 85.

⁴¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 773. “Pode-se dizer que só por antonomásia é que se poderia denominá-la de separação de poderes. ‘É certo que a dimensão político-social da doutrina de Montesquieu foi durante muito tempo obnubilada, tendo dado origem ao ‘mito da separação de poderes’.”

sociedade num ordenamento jurídico uno, harmônico e indivisível⁴², ele é o mesmo em todas as expressões de poder. Desse modo, não se vê razões para dispensar a qualificação das decisões de políticas públicas pela Advocacia-Geral da União em quaisquer das manifestações dos poderes constituídos (Poder Legislativo e Poder Judiciário). Neste diapasão, entendemos que a Constituição disse menos do que pretendia, por um corolário do Estado Democrático de Direito.

Em qualquer dos casos, é oportuno asseverar que o objeto da defesa jurídica exercitada pela Advocacia-Geral da União é coincidente com a característica que a qualifica e distingue da advocacia comum, vale dizer: a defesa do interesse público⁴³.

Prosseguindo na análise científica do texto constitucional positivo, nota-se que o legislador constituinte ainda não havia se apercebido da necessidade de conceder autonomia institucional à Advocacia-Geral da União, que abrange a sua autonomia administrativa e financeira⁴⁴. Tal imperativo funcional pode ser entendido, respectivamente, como a "faculdade de gestão dos negócios da entidade ou do órgão, segundo as normas legais que o regem, editadas pela entidade estatal competente"⁴⁵, e a "capacidade de elaboração da proposta orçamentária, e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação"⁴⁶. Destarte, eventual "dependência orgânica em relação ao Poder Executivo"⁴⁷, por não conferir autonomia institucional, é uma forma de comprometer o papel constitucional conferido à Advocacia-Geral da União enquanto instituição essencial à justiça.

Outrossim, não trouxe a Carta Constitucional expressamente a independência funcional aos seus membros, o que será analisado detalhadamente mais adiante.

Destarte, ao longo deste trabalho, trataremos da Advocacia-Geral da União e a atuação funcional de seus membros⁴⁸, com base na Constituição Federal e Lei

⁴² BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone. 1995.

⁴³ PEIXOTO, José Roberto da Cunha. A Estatura Constitucional da Advocacia de Estado da União. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 10, nº 107, p. 38-68, jan. 2010.

⁴⁴ Entendemos, contudo, que a AGU detém autonomia administrativa, na forma defendida no Capítulo seguinte.

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Parecer publicado na revista Justitia*. Apud: MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 60.

⁴⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 61

⁴⁷ MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr. 2008. p.161.

⁴⁸ Dentre as carreiras integrantes da advocacia pública na esfera federal, quais sejam, as carreiras de Advogado da União, assim como de Assistentes Jurídicos não transformados, de Procurador da

Complementar nº 73, de 1993. Realce-se, todavia, que os princípios institucionais da Advocacia Pública da União são aplicáveis a todas as instituições que a compõem na esfera federal.

Nesse momento, é necessário passar a análise da direção da Advocacia-Geral da União por parte do Advogado-Geral da União.

2.2.1.1. O Advogado-Geral da União

O Advogado-Geral da União, nos termos do art. 131, §1º da Constituição Federal, é o chefe⁴⁹ da Advocacia-Geral da União, tendo suas competências disciplinadas pelo art. 103, §3º, da Constituição, e art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Previu a Constituição que a sua nomeação é de livre competência do Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Pode o Advogado-Geral da União, que possui *status* de Ministro de Estado, portanto, ser demitido *ad nutum* pelo Presidente da República. É uma vinculação direta e frágil entre o chefe da Advocacia-Geral da União, órgão integrante das funções essenciais à justiça, e o chefe do Poder Executivo Federal.

Acresça-se ao fato de que o §1º do art. 3º da Lei Complementar nº 73, de 1993, dispõe que o Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, sendo “submetido” à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República.

Tomadas estas premissas, há quem sustente que o Advogado-Geral da União é advogado do Presidente da República e que, portanto, a Advocacia-Geral da União

Fazenda Nacional, de Procurador Federal, e de Procurador do Banco Central, apenas os três primeiros são membros da Advocacia-Geral da União, nos termos do §5º, do art. 2º, da Lei Complementar nº. 73, de 10 de fevereiro de 1993.

⁴⁹ Utilizamos a terminologia “chefe” da AGU por ser a empregada pela Constituição Federal. Todavia, não perfilhamos do entendimento que entende que há chefias no âmbito da Instituição, na forma disposta no Capítulo seguinte.

"integra o Poder Executivo"⁵⁰, numa confusão entre a Advocacia de Estado e a Advocacia de Governo. Referidos doutrinadores reputam justificável a livre escolha do Advogado-Geral da União pelo Presidente da República, na medida em que aquele deve "participar dos assuntos sigilosos reservados ao Poder Executivo"⁵¹ e, destarte, "em atenção à necessária relação de confiança que deve haver entre o advogado e o cliente"⁵².

Acontece, contudo, que o único "cliente" da Advocacia Pública como um todo é o Estado Democrático de Direito, com matizes ora de interesse público primário ora de interesse público secundário de governo. Ademais, uma crítica que se coloca para aperfeiçoamento institucional é no sentido de que a Advocacia-Geral da União representa judicial e extrajudicialmente a União em todos os seus Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Desse modo, não se justifica compreensível que a escolha do chefe da sua Instituição seja de competência exclusiva do chefe de um dos poderes representados, o Poder Executivo. Certamente isso não foi constatado pelo legislador constituinte.

O ideal, democraticamente, portanto, seria que o legislador constituinte tivesse previsto que a nomeação do Advogado-Geral da União se desse entre os membros da carreira, além ser determinado um prazo determinado para o seu mandato, como forma de evitar ingerências e abusos políticos. Neste sentido, se manifestou Leonardo Raupp Borcorny⁵³:

Necessário que seja dado estabilidade ao cargo para que, na defesa intransigente dos interesses jurídicos da União, não corra o risco de perder o cargo caso conflite com eventual política do Presidente da República que acarrete prejuízo ao ente central.

Deve-se esclarecer que o Advogado-Geral da União promove o assessoramento

⁵⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Organização dos Poderes*. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1049.

⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 215. *Apud*: MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 49.

⁵² PEIXOTO, José Roberto da Cunha. *A Estatuta Constitucional da Advocacia de Estado da União*. Fórum Administrativo- Direito Público -FA. Ano 1, nº 1, mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001. pg. 49.

⁵³ BOCORNY, Leonardo Raupp. *A Função do Advogado-Geral da União no Controle Concentrado de Constitucionalidade: interpretando o art. 103, §3º, da Constituição Federal*. 2007 f. Monografia (Pós Graduação em Direito Público)- Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

jurídico da Presidência da República, esta entendida como Administração Pública, que se rege pelo princípio da impessoalidade (Art. 37, *caput* da CF/88). Não seria concebível que um Presidente da República, em processo de *impeachment* seja defendido pela Advocacia-Geral da União, de maneira que jamais se poderia conceber como um advogado pessoal do Presidente da República.

Além disso, como os membros da Advocacia-Geral da União são investidos mediante concurso público, portanto estáveis, a escolha dentre seus membros é um imperativo do Estado Democrático de Direito, em prejuízo a uma escolha legítima. Mais que isso, sua escolha deveria ocorrer por eleição entre os membros, o que poderia ser restringido pelo Presidente da República por meio de uma lista de elegíveis, conferindo-se mais força de legitimidade às instituições democráticas. Não é demais lembrar, como dito, que a Advocacia-Geral da União representa não apenas o Poder Executivo, mas também o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, sendo este processo eletivo que se sugere um imperativo constitucional de harmonia e equilíbrio entre os poderes tal qual previsto no Artigo 2º da Constituição Federal.

2.3. Advocacia-Geral da União: advocacia de Estado ou advocacia de governo?

Muita polêmica surge na definição da Advocacia-Geral da União, se possui uma natureza de Advocacia de Estado, de maneira impessoal e plena para a independência absoluta de seus membros em sua atuação jurídica, ou se é uma Advocacia de Governo, tendo a necessidade de sempre defender como corretas as decisões dos gestores públicos.

Creio que a questão, na verdade, encontra-se mal formulada. A Advocacia-Geral da União possui as duas feições em caráter relativo. De um lado, deve tanto defender o gestor que tenha agido “probamente”, como exercer a competência de ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa na hipótese de lesão ao interesse público. Por exemplo, possui competência para defender os gestores perante o Tribunal de Contas

da União consoante o disposto no Decreto nº 7.153, de 9 de abril de 2010. Por outro lado, sua independência orgânica, com a articulação dos mais diversos interesses, sobretudo em matéria de políticas públicas em geral, não o autoriza a agir contrariamente ao interesse da sociedade como um Advogado de Estado “intocável”.

Extreme de dúvidas que o Advogado Público defende o Estado Democrático de Direito na sua mais ampla acepção. Não é, portanto, advogado de partido político ou de um político pessoalmente determinado. Estes são transitórios conforme as eleições ocorram. Esta concepção ideológica de Advocacia de Estado certamente é interessante, porque o advogado público tem compromisso unicamente com o Estado Democrático de Direito, portanto, com a ordem jurídica e, mediamente, com o povo.

Por outro lado, a Advocacia de Governo, aceita como única visão da Advocacia-Geral da União, chegaria ao impropério de caracterizar-se como ilícita, contra o erário e em favor do político corrupto.

Nesse sentido, é inadequado que o advogado público seja chamado para, diante de uma decisão pronta e acabada tomada pelo governante, necessariamente atestar a constitucionalidade e legalidade da pretensão, em manifesta afronta ao princípio da supremacia do interesse público primário⁵⁴. José Antonio Dias Toffoli⁵⁵, ex- Advogado-geral da União, assim já se manifestou:

Talvez por causa da prestação exclusiva de consultoria ao Executivo, determinada pela Constituição para assegurar a legalidade dos atos da administração, criou-se a equivocada imagem de que a AGU é órgão de governo. O compromisso da Instituição com o gestor existe na medida em que as políticas públicas propostas têm o respaldo democrático da população, mas também porque as ações devem ser legais e constitucionais.

Há, inclusive, alguns que defendem (não, por certo, em artigos científicos fundamentados, já que se trata de argumento irremediavelmente acoimado do vício da superficialidade, mas sim dos bastidores dos órgãos decisórios) ser missão da Advocacia Pública tão somente a defesa do interesse público secundário (apenas do

⁵⁴ CASTRO, Aldemário Araujo. *Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo*. Clubjus, Brasília-DF: 06 abr. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/coluna=591>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

⁵⁵ TOFFOLI, José Antônio Dias. *A Excelência da Advocacia Pública na Defesa do Estado e do Cidadão*. Valor Econômico. *Apud*: GONÇALVES, Alexander Aparecido. *A Advocacia Pública e suas funções institucionais*. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, Ano 10, p.43-46, fev. 2010. p. 44.

Estado), ao passo que ao Ministério Público caberia, com exclusividade, a defesa do interesse primário (da sociedade)⁵⁶.

Trata-se de despicienda controvérsia.

O certo é que, em havendo discrepância entre a posição política do governo e o primado da lei ou o patrimônio da sociedade, a Advocacia de Estado deve sempre se posicionar em favor das últimas⁵⁷. Ou seja, em priorizando o Governo o interesse público secundário em detrimento do primário, caso conflitante, o advogado público deve sempre defender o interesse público primário.

O Advogado Público, portanto, deve pautar-se orientado nos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, atuando livre de ingerências políticas em seu juízo pessoal e próprio fundamentado acerca da questão jurídica reclamada. Para tanto se faz necessário que se dê o suporte legal para atuar à margem de uma relação hierárquica e de subordinação, tanto dentro quanto fora da Instituição.

⁵⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. *Autonomia Institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte, 2009. p. 87-127.

⁵⁷ SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 38-39.

3. O REGIME FUNCIONAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS DA UNIÃO

Apesar do acerto da Assembléia Constituinte de incluir a advocacia pública da União no texto da Constituição de 1988, evoluindo no Estado Democrático de Direito, após quase cem anos na titularidade do Ministério Público da representação judicial e extrajudicial da União no período de nossa história republicana; este avanço não foi suficiente para a oportunidade de melhor caracterizar suas atividades, bem como para dotá-la de garantias ao exercício de suas funções.

O legislador constituinte, além de não prever a autonomia administrativa e financeira da Advocacia-Geral da União, não apresentou, expressamente, a independência funcional aos seus membros.

Afinal, acerca da Advocacia Pública no âmbito da União, limitou-se a Constituição a reza em seu art. 131, *caput*, que “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”; bem como em seu art. 103, §3º, que compete ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado em sede de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A Lei Complementar nº 73, de 1993, que “institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União”, atualmente em processo de reforma, equivocadamente não previu a independência funcional aos advogados públicos, ou elaborou um regime orgânico que prescindisse da Lei nº 8.112/90. Inadvertidamente, contudo, impôs limites, que não podem ser tidos como absolutos, ao prever que aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica do Advogado-Geral da União (art. 28, inciso II, da Lei Complementar nº 73, de 1993).

Situado este contexto, neste capítulo pretende-se investigar o seguinte:

- a) são os membros da Advocacia-Geral da União independentes funcionalmente ou sujeitos à um regime de hierarquia?
- b) tem o Advogado-Geral da União, chefe da Instituição, assegurado a sua independência funcional frente a disposição do art. 103, §3º, da Constituição Federal, que preconiza que a ele lhe cabe “a defesa” do ato ou texto impugnado em sede de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal?

Desse modo, em um primeiro momento, analisaremos em que consistem os regimes funcionais vigentes. Após, passaremos, então, a situá-los de forma teórica no âmbito da advocacia pública da União.

3.1. Independência Funcional *versus* Regime Hierárquico

Inicialmente, deve-se fazer um esclarecimento. Muito se confunde em sede doutrinária acerca dos conceitos de independência funcional e autonomia institucional. Enquanto “a independência funcional é assegurada aos seus membros”⁵⁸, portanto ao Advogado Público individualmente considerado; por sua vez, a autonomia institucional refere-se à Instituição em termos gerais, vale dizer, constituindo-se em sua autonomia administrativa e financeira.

Por meio do regime da independência funcional, o agente tem a possibilidade de ter seu convencimento técnico-jurídico como conduta juridicamente lícita e protegida, de formar um juízo pessoal e próprio, por suas razões, convicções e conhecimentos

⁵⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia Institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte, 2009. p. 87-127.

acerca de uma determinada questão jurídica⁵⁹.

Trata-se, portanto, do regime por meio do qual ao advogado é assegurado atuar com independência de convicção, podendo desenvolver, de maneira relativamente livre, a condução do processo, desde que pautado em juízo técnico-jurídico fundamentado acerca de determinada questão jurídica, não estando subordinado de modo absoluto a órgão ou poder.

Por outro lado, convém situar que, no regime hierárquico, aplicável aos servidores públicos em geral, a manifestação de vontade do agente deve, necessariamente, estar de acordo com as diretrizes superiores e, em havendo confronto, prevalece esta⁶⁰. Aplicar-se-ia o referido regime, em tese, na hipótese do advogado público ser absolutamente subordinado, quer ao Poder Executivo, quer mesmo ao Advogado-Geral da União ou a coordenações⁶¹, devendo-lhes seguir as suas diretrizes em preterimento às suas próprias convicções jurídicas. Aproxima-se, e muito, de um regime exclusivo de advocacia de governo, onde se permite, além da ingerência técnica, a ingerência política no convencimento jurídico do advogado público.

Consideradas estas premissas gerais, questiona-se: é o Advogado Público da União um agente público que exerce unipessoalmente uma parcela do Poder do Estado que lhe é conferida em seu ministério ou um agente administrativo que pratica atos de gestão hierárquica? Ou seja: tem assegurado o Advogado Público da União independência funcional, estando apenas submissos à sua consciência e aos seus deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas leis regedoras da Instituição; ou obedece a determinações do Órgão, não podendo manifestar-se contrariamente ao estabelecido por seus superiores?

Aprofundaremos estas e outras questões. Vejamos a motivação para o necessário regime de independência funcional.

⁵⁹ GRANZOTO, Cláudio. *Advogado de Estado- Defesa do Interesse Público- Independência Funcional Mitigada*. Revista Virtual da AGU, Ano VII, nº. 64, de maio de 2007.

⁶⁰ *Id. ibid.*

⁶¹ Coordenação, e não chefia, é a terminologia adequada, considerando o regime aplicável (de independência funcional) no âmbito da AGU.

3.2. Possibilidades da Independência Funcional do Advogado Público da União: o fundamento

Não obstante a falta de previsão constitucional expressa da garantia da independência funcional aos advogados públicos da União, bem como de norma orgânica neste sentido, há forte corrente doutrinária que reconhece a sua existência como intrínseca ao enquadramento de suas funções como essencial à justiça, sendo, destarte, desnecessária e até supérflua a sua afirmação expressa no texto constitucional.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶², as funções essenciais à justiça foram investidas pela própria Constituição Federal da necessária independência funcional para desenvolver suas respectivas atividades na parcela do processo de realização do Direito que lhes passou a caber em benefício da sociedade. Afinal, sustenta que na medida em que a Constituição Federal trouxe as mesmas exigências funcionais e éticas, mormente em termos do princípio da eficiência, a todos os segmentos das funções essenciais à justiça, por conseguinte, idênticas deverão ser as garantias asseguradas.

O autor partiu, portanto, do pressuposto de que “quem dá a missão, dá implicitamente os meios para cumpri-la, sob pena de aceitar-se que na Constituição existam superfluidades inanes, o que é exegeticamente inaceitável⁶³”.

No mesmo diapasão, José Roberto da Cunha Peixoto⁶⁴ sustenta que:

Se extrai da intenção do legislador constituinte, por inserir as funções essenciais

⁶² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Independência Técnico Funcional da Advocacia de Estado*. In: TAVARES, Lúcia Léa Guimarães (Coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. 22.

⁶³ *Id. ibid.* p. 22.

⁶⁴ PEIXOTO, José Roberto da Cunha. *A Estatuta Constitucional da Advocacia de Estado da União*. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 10, n. 107, p. 38-68, jan. 2010.

à justiça em capítulo apartado, sem referir-se a elas como "Poderes" em sua terminologia jurídico política, e considerando-se os princípios diretivos do Estado Democrático de Direito, concluiu-se que quis o constituinte dar-lhes características de autonomia e de independência técnico-funcional, em decorrência da sua essencialidade ao Estado Brasileiro, para que pudessem exercer, a par da representação judicial que lhes são peculiares, as funções de controle de legalidade e de moralidade dos atos estatais, com o fim precípuo de propiciar a realização do Estado de Justiça.

Estando todas as funções essenciais à justiça num mesmo patamar constitucional, insubmissíveis, portanto, a interferência de qualquer outro Poder, como inerente à prática da advocacia, não haveria fundamento para que fossem conferidas garantias diversas aos seus membros.

Se esta foi, ou deveria ser, a lógica do legislador constituinte, qual a razão deste ter conferido expressamente a independência funcional aos membros do Ministério Público e das Defensorias Públicas, assim como aos Advogados (privados), e não a prever expressamente em relação aos membros da Advocacia Pública, tendo em vista que todos são integrantes das Funções Essenciais à Justiça?

Trata-se de uma inerência da profissão. Do *munus* advocatício.

Outrossim, a questão fundamenta-se no fato do advogado público sujeitar-se a dois regimes jurídicos distintos. Ele é albergado, de um lado, a um regime estatutário que o vincula à entidade pública; e, de outro, ao regime legal que o liga a outra entidade, a Ordem dos Advogados do Brasil- OAB, que possui normas próprias que são aplicáveis a todos os que exercem a atividade da advocacia.

Nesta "dupla sujeição"⁶⁵ a que se sujeitam os advogados públicos, por força do art. 3º, §1º, da Lei nº 8.906, de 1994⁶⁶, que "dispõe sobre o Estatuto de Advocacia e a

⁶⁵ Há, na verdade, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, uma tríplice submissão deontológica do Advogado Público: (1) às normas comportamentais da advocacia, em geral; (2) às da advocacia de Estado, em especial; e (3) às do servidor público, em geral (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p 212).

⁶⁶ Art. 3º. (...) §1º. Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Ordem dos Advogados do Brasil”, é que se consagra a “válvula de escape” para a legalidade da independência funcional dos advogados públicos.

Isto porque, pela via da vinculação dos advogados públicos à Ordem dos Advogados do Brasil e, por conseguinte, às normas que regem a atividade de advogado em geral, o advogado público tem sua independência funcional assegurada pela parte final do art. 133 da Constituição Federal, que dispõe que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

O art. 133 da Constituição, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "traz um princípio autonômico que faz de cada advogado um órgão unipessoal no exercício de uma parcela de poder estatal⁶⁷" e, como tal, responsável único por seus atos e suas manifestações jurídicas perante seu órgão corregedor.

O dispositivo pressupõe, destarte, por parte do profissional, a definição de condutas e a construção de posicionamentos num amplo espaço, embora não ilimitado, de liberdade intelectual (técnico-jurídica)⁶⁸.

O referido mandamento constitucional foi regulamentado pelo §3º do art. 2º, bem como pelos arts. 6º, 7º, 18, 31 e 32, todos do Estatuto da Advocacia (Lei nº. 8.906, de 1994), que assim dispõem, *verbis*:

Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça.

(...)

§3º. No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Art. 6º. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho."

⁶⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Disponível em: <<http://www.pge.rj.gov.br/revista63>>. Acesso em: 01 de dez. de 2010.

⁶⁸ CASTRO, Aldemário Araújo. *Os Contornos da Independência Técnica do Advogado Público Federal*. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/independencia.pdf>>. Acesso em: 29 de out. 2010

Art. 7º. São direitos do advogado:

I- exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;
(...)

Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

Parágrafo único. O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego.

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§1º. O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

§2º. Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Dentro desta ótica, podemos afirmar a existência de respaldo constitucional e legal à independência funcional dos advogados públicos da União, inerente à própria prática profissional, sem maiores complexidades de reflexões⁶⁹.

Aprofundando e tornando mais densa a análise do fundamento da independência funcional, há interessante corrente no sentido de que os advogados públicos não são propriamente advogados, tendo em vista que eles não atuam em lugar do Estado, mas como um de seus órgãos. Seriam, de acordo com este entendimento, representantes da União, e não seus representantes como o são os advogados em geral, razão pela qual não deveriam estar vinculados à Ordem dos Advogados do Brasil. Seguindo esta linha em particular, já se manifestou o Ministro Humberto Gomes de Barros em interessante julgado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que "esses procuradores não são advogados, mas órgãos dos quais

⁶⁹ Ressalte-se, entretanto, que o posicionamento aqui sustentado não tem acolhimento de toda a doutrina. Além dos que entendem pela ausência de independência funcional dos advogados públicos da União (SOUZA, Luciane Moessa de. *In: Palestra sobre Advocacia Pública. Semana Jurídica da FORTIUM*, em 11.05.2011); há quem sustente a sua "mitigação", ou seja, uma mescla do regime hierárquico com o da independência funcional. Nesse caso, propõe Cláudio Granzoto que a hierarquia seria temperada pela liberdade de consciência do advogado, juntamente pela sua não vinculação direta ao Poder Executivo. (GRANZOTO, Cláudio. *Advogado de Estado. Defesa do Interesse Público. Independência Funcional Mitigada*. Revista Virtual da Advocacia-Geral da União. Brasília, ano VII, n. 64, maio de 2007).

se vale o Estado para defender e atacar em juízo"⁷⁰.

Ademais, há os que embora não neguem o caráter de advocacia propriamente dita à advocacia pública, opõem-se à dupla vinculação a que se sujeitam, sob o fundamento de que a Ordem dos Advogados do Brasil não tem poder disciplinar sobre eles⁷¹.

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, por meio do Parecer GQ-24, ao tempo que reconheceu a aplicabilidade do Estatuto da OAB aos advogados públicos da União⁷², o fez com temperamentos, ao afirmar que a disciplina de horário de trabalho e de remuneração adotada pelo Estatuto da Advocacia não lhes aplicaria, nestes termos:

PARECER Nº. AGU/WN-08/94 (Anexo ao Parecer GQ-24, que o aprova)

ASSUNTO: Carga horária de trabalho e honorários de sucumbência dos advogados servidores públicos federais dos órgãos da Administração Federal direta, das autarquias e das fundações públicas.

EMENTA: A disciplina do horário de trabalho ínsita à Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994, é específica do advogado, na condição de profissional liberal e empregado, sem incidência na situação funcional dos servidores públicos federais, exercentes de cargos a que sejam pertinentes atribuições jurídicas⁷³.

Ademais, inobstante os referidos posicionamentos contrários, total ou parcialmente, à legalidade da aplicação do Estatuto da Ordem dos Advogados Brasil aos advogados públicos, inclusive da própria cúpula da OAB, como mencionado; a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do art. 5º, do Provimento da OAB nº. 114, de 2006⁷⁴, afirmou expressamente a independência funcional ao advogado público, nestes termos: "É dever do advogado público a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da administração pública".

⁷⁰ REsp nº 401.390/PR, julgado em 17.10.2002.

⁷¹ Trata-se de corrente existente dentro do próprio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 139).

⁷² AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. *O Advogado Público na Função Consultiva, os Pareceres Jurídicos e a Responsabilidade deles Decorrente*. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (Org.). *Leituras Complementares de Direito Administrativo- Advocacia Pública*. Ed. JUS PODIUM, 2008. p.239-268.

⁷³ Parecer AGU GQ-24, publicado no D.O.U. de 10.08.94. p. 12.040.

⁷⁴ DJ 09.11.2006. p. 980.

Em relação a este tema, novamente somos do entendimento de que a controvérsia foi posta em termos inadequados.

O advogado público, de um lado, por exercer função essencial à justiça, é “representante” do Estado, de interesses secundários; vale dizer: da União Federal, em seu programa de governo e dentro de suas pretensões de eficiência e governabilidade, além de ser inerente à profissão defender um interesse que não é exclusivamente seu, mas age como mandatário de vontade, reconhecidamente, em uma parcela de sentido.

De outro lado, existe a “apresentação”, porque se exerce a advocacia dos interesses da sociedade, primários, uma vez que sua atuação ocorre por meio do Estado Democrático de Direito, além de ser um cidadão que zela, em sua atuação, por seu próprio direito de cidadão republicano, que, inclusive, anseia probidade.

Acerca do reconhecimento da independência funcional dos advogados públicos, embora em âmbito estadual, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar, o que fez por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADI nº. 4261/RO, de Relatoria do Ministro Ayres Britto, assim ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009 DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada.

2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreiras, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos.

3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes.

4. Ação que se julga procedente.

(Grifos).

No voto do Ministro Relator, são especialmente relevantes as seguintes afirmações, inferindo-se o reconhecimento da independência funcional dos advogados públicos da União, por igualmente exercerem função essencial à justiça:

(...) 12. No mérito, assim como fiz no julgamento da ADI 1.577, parto da leitura do art. 131 da Constituição para, à sua luz, interpretar o art. 132. Dispõe a cabeça do art. 131:

(...)

13. Já o art. 132, invocado como parâmetro normativo, tem sua atual redação conferida pela Emenda Constitucional 19, de 1998: (...)

14. A simples comparação entre os mencionados dispositivos revela que, no âmbito do Poder Executivo, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico são exclusivamente confiadas pela Constituição Federal aos procuradores do Estado, com organização em carreira e ingresso por concurso de provas e títulos, exigida ainda a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases. Isso como condição de qualificação técnica e independência funcional. Independência e qualificação que hão de presidir a atuação de quem desenvolve as atividades de orientação e representação jurídica, tão necessárias ao regular funcionamento do Poder Executivo. Tudo sob critérios de técnica, portanto, até porque tais atividades são constitucionalmente categorizadas como "funções essenciais à Justiça" (Capítulo IV do Título IV da CF).

(Grifei).

Desse modo, podemos afirmar teoricamente a independência funcional dos advogados públicos da União, instrumento necessário à concretização de uma representação isenta e solidamente legítima, (1) quer considerando que, sendo as mesmas exigências funcionais e éticas a todas as funções essenciais à justiça, por conseguinte, idênticas garantias deverão ser asseguradas aos seus membros; (2) quer por ser uma inerência do *munus* advocatício; e (3) quer com albergue no art. 133 da Constituição Federal, tendo em vista a dupla vinculação a que se submetem os advogados públicos.

A sua adoção, como regime funcional dos advogados públicos, visa protegê-los de pressões externas e internas no seu exercício institucional, permitindo-lhes atuar dentro dos limites da lei e de sua consciência republicana e ética⁷⁵. Há de ser

⁷⁵ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4ª ed. Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 148.

entendido, assim, como a prerrogativa que lhes assegura o exercício da função pública de consultoria e representação dos entes políticos independentes de subordinação hierárquica (seja a outro Poder, seja aos próprios coordenadores ou órgãos colegiados da Advocacia Pública) ou de qualquer outro expediente que tencione interferir, dificultar ou impedir o seu poder-dever de oficiar de acordo com a sua consciência e a sua missão de velar e defender os interesses públicos primários, sem receio de "desagradar" quem quer que seja, Chefes de Poderes Executivos, Ministros, Advogado-Geral da União, órgãos colegiados das Procuraturas, coordenações mediatas ou imediatas, magistrados ou parlamentares⁷⁶.

3.2.1. Hierarquia Administrativa *versus* Delineamento da Atuação Funcional: a dinâmica da atividade hermenêutica.

A independência funcional dos membros da Advocacia-Geral da União não impede a existência de delineamento da atuação funcional no âmbito da Instituição, a ser exercido, quer pelo Advogado-Geral da União por meios legítimos de limitação à independência funcional, quer pelos coordenadores institucionais ao complementar as manifestações jurídicas dos advogados públicos, com o objetivo de garantir a uniformização dos entendimentos a serem adotados, uma vez que “a defesa da União deve ser feita de forma harmônica, garantindo que o administrador público conte com

⁷⁶ SILVA FILHO, Derly Barreto e. *O Controle da legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos Advogados Públicos*. Tese Aprovada no XXIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado. *Apud*: CARDIM, Lana Livia Almeida. *Parecer Vinculante e Autonomia Funcional do Advogado da União*. 2009. Monografia (pós-graduação *lato sensu* em direito constitucional) - Instituto de Direito Público, IDP. Brasília- DF.

orientações jurídicas uniformes”⁷⁷.

Não existe “chefia” propriamente dita⁷⁸ na Advocacia-Geral da União, mas mera atividade de coordenação. Apenas impropriamente diz-se que existe “aprovação” de parecer. Em verdade, é ato administrativo complexo, porque respeita a singularidade de posicionamentos. O que ocorre é a **restrição** ou **delimitação** de determinados temas já pacificados e uniformizados, sobre os quais não tem sentido, em princípio e em nome da segurança jurídica, eternizar o debate.

Portanto, não existe “hierarquia” entre os coordenadores (advogados públicos) e os advogados públicos, mas a possibilidade daquele atuar em dois sentidos: ou de invocar outros temas não trabalhados no parecer e, assim, complementá-lo, apresentando novas fundamentações jurídicas; ou informar que a matéria já se encontra uniformizada e, portanto, que o posicionamento institucional se aplica ao caso.

Trata-se, assim, de coordenação de caráter administrativo, e não no sentido funcional ou técnico. Reprovar significaria dizer que o parecerista atuou errado e, assim, sua interpretação, a título de revisão, seria a certa. Não é compatível com o princípio da independência funcional. Isto não obsta, contudo, a existência de temas já pacificados aptos de serem coordenados. Não se obsta, ainda, de instar o advogado a melhor fundamentar seu posicionamento à luz de doutrina e/ou jurisprudência não aprofundada no parecer⁷⁹.

Assim, em atenção ao princípio da independência funcional, o coordenador institucional não pode retirar dos autos as manifestações proferidas pelos advogados públicos⁸⁰, nem mesmo encaminhar o mesmo processo à outro advogado público a fim

⁷⁷ MACEDO, Rommel. *A Atuação da Advocacia-Geral da União no Controle Preventivo de Legalidade e Legitimidade: Independência Funcional e Uniformização de Entendimentos na Esfera Consultiva*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *A Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pg. 475

⁷⁸ Ressalte-se, todavia, que a Lei Complementar nº 73, de 1993, utilizou a terminologia “chefe” da Advocacia-Geral da União.

⁷⁹ Vide Portaria AGU nº 1.399, de 05.10.2009.

⁸⁰ Vide art. 10, da Portaria AGU nº 1.399, de 05.10.2009.

de colher, dentre os vetores possíveis de interpretação, aquele que entende como “o melhor”.

Afinal, a atividade de interpretação, que fixa vetores interpretativos, pode ser assim definida nas palavras de Pasquale Fiore: “fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador”⁸¹.

Além disso, segundo Inocêncio Mártires Coelho⁸², ainda que se fixe um enunciado jurídico, ele será plurinominativo:

Todo enunciado jurídico, em tese, é plurinormativo, porque a sua linguagem é naturalmente aberta e não existe coincidência entre texto e norma, como evidenciam as mutações normativas, aquelas viragens de jurisprudência por via das quais, a partir de um mesmo texto, que se mantém inalterado ao longo do tempo, vão sendo extraídos significados distintos, mas igualmente dotados de normatividade. O excesso de significados é a matéria prima com que trabalha o intérprete/aplicador.

A própria noção de hermenêutica remete ao deus Hermes que dialoga entre dois mundos, o dos deuses e o dos homens, portanto não há uma interpretação única. Como esclarecem os estudiosos, há três acepções, uma de “dizer”, outra de “explicar” e a terceira de “traduzir”, a respeito desta última tem-se o seguinte:

Uma terceira concepção legada pela antiguidade de *hermeneuein* é a de ‘traduzir’, vertente relacionada com a tarefa de ‘Hermes tradutor entre dois mundos’ que transporta a linguagem divina para a humana. Assim, é colocada a questão da ‘tradução’, não como mera escolha de sinônimos pelo tradutor, mas como uma necessária ‘visão de mundos que se entrecrocamos’, para a qual o intérprete deve possuir sensibilidade, já que [...] Não há dúvida de que a língua é um repositório de uma experiência cultural; existimos nesse *medium* e através dele; vemos com seus olhos.⁸³

Tal concepção é a única que se harmoniza com o princípio de independência funcional, permitindo que o advogado possa manifestar seus entendimentos com liberdade de convicção (técnico-jurídica), embora as manifestações proferidas estejam

⁸¹ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 19.

⁸² COELHO, Inocêncio Mártires. *Texto. I – Pressupostos Hermenêuticos Gerais*. Disponibilizado pelo autor nas suas aulas de Hermenêutica no Instituto de Direito Público. 2011.

⁸³ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica & Direito – uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá. 2008. p. 25.

sujeitas à complementação por parte do coordenador institucional, na forma aqui defendida⁸⁴.

É importante, assim, ressaltar que a atuação de função essencial à justiça não se confunde com a atuação dos servidores públicos em geral subordinados ao poder hierárquico da Administração Pública em geral. Na Advocacia-Geral da União a atuação ocorre para a pacificação de controvérsias, uniformização e fixação de entendimentos jurídicos, diverso do que ocorre na atividade de gestão administrativa, porque nessa existe uma decisão de órgãos superiores, gestores, a serem implementadas nos diversos níveis hierárquicos de execução pelos servidores públicos inferiores regimentalmente na estrutura de cada órgão público.

E as Consultorias Jurídicas, órgãos de execução da Advocacia-Geral da União situados no âmbito de cada Pasta, pode-se afirmar que existe hierarquia entre os advogados públicos que ali estão lotados perante o Ministro de Estado correspondente?

Como dito, a atuação do Ministro é decisão política de mérito administrativo, enquanto que a competência da Advocacia-Geral da União é de fixar interpretação jurídica; não havendo, assim, sobreposição entre as duas esferas de atribuições. Destarte, a terminologia “hierarquia ministerial” também é imprópria, pois não existe relação hierárquica na relação entre advogado e cliente, nem, como é o caso, entre Advogado Público e União Federal. O fato das Consultorias Jurídicas localizarem-se nos ministérios constitui-se numa questão de melhor aproximação com os gestores públicos, o que é de todo louvável para a articulação do debate democrático, e tão somente no fornecimento de bens e materiais disponibilizados. Ao Ministro compete apenas a gestão do espaço e do pessoal da repartição.

⁸⁴ MACEDO, Rommel. *A Atuação da Advocacia-Geral da União no Controle Preventivo de Legalidade e Legitimidade: Independência Funcional e Uniformização de Entendimentos na Esfera Consultiva*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *A Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 475. Não perfilhamos do entendimento que denomina a chefia institucional como instância superior ou como uma espécie de hierarquia administrativa, considerando que em instância há hierarquia e entre os membros da AGU não há relação hierárquica.

A natureza da atividade de função essencial à justiça, prestada pela Advocacia-Geral da União, requer que seus integrantes, no exercício de suas funções, sejam resguardados de toda pressão e interferência externas e políticas, a fim de poderem atuar com independência e liberdade em defesa do Estado Democrático de Direito.

Vejamos, a seguir, um ilustrativo exemplo de Advocacia de Estado e de apresentação de interesses primários.

3.2.2. A Atuação do Advogado-Geral da União nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade

Quando levantada em sede doutrinária a questão da independência funcional do advogado público da União, vezes teimam em cogitar a sua negação, embora demonstrado o contrário, fundamentado em duas premissas: (1) o texto constitucional foi omissivo ao prever a independência funcional especificamente aos advogados públicos, o fazendo em relação aos demais membros integrantes das funções essenciais à justiça; e (2) a Constituição Federal igualmente não previu a independência funcional ao próprio Advogado-Geral da União ao engessar a sua atividade na defesa intransigente do ato ou texto impugnado de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103, §3º.

A primeira premissa é facilmente refutada, na forma defendida no item 3.2 deste trabalho; razão pela qual podemos afirmar que a Constituição previu, sim, a independência funcional aos advogados públicos, quer intrinsecamente, quer indiretamente pela via da dupla vinculação a que se submetem.

Quanto à segunda, vejamos.

O §3º do art. 103 da Constituição Federal dispõe que "quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado". No mesmo sentido, dispôs o art. 4º, inciso IV, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Pela leitura fria dos dispositivos supracitados, afirma-se que a missão do Advogado-Geral da União nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade- ADI reverter-se-ia em ato plenamente vinculado, sem margem alguma de discricionariedade. Seria obrigado, portanto, a sempre defender a constitucionalidade das normas federais e estaduais em sede de ADI, mesmo nas hipóteses em que estas possam trazer prejuízo à pessoa jurídica de direito público interno União ou sejam flagrantemente inconstitucionais; o que implicaria, decerto, ausência de independência funcional do Chefe da Advocacia-Geral da União.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, neste sentido, por muito tempo, dispôs que o Advogado-Geral da União deveria atuar obrigatoriamente na defesa da constitucionalidade das normas e, desta forma, garantir o contraditório em sede de ADI. Destarte, entendia-se que não haveria interferência na independência funcional do Advogado-Geral da União, assim como choque entre as funções por ele desenvolvidas na hipótese da defesa da norma contrariar o interesse da União, em virtude do processo da ADI ser um processo objetivo, e, portanto, sem partes que defendam interesse jurídico próprio. Defendia o Supremo, assim, que o Advogado-Geral da União não atuava nas ADI em sua função normal, e sim de verdadeiro curador da lei atacada.

Neste sentido, manifestou-se o Ministro Moreira Alves na ADI nº. 97-7/RO, de sua relatoria⁸⁵:

(...) Com efeito, sendo o processo da ação direta de inconstitucionalidade um processo objetivo, e, portanto, sem partes que defendam interesse jurídico próprio, não há que se pretender que nele, por causa do dispositivo constitucional em exame, o Advogado-Geral da União atue em sua função normal- como prevista no art. 131, caput, da Carta Magna- de chefe da instituição que, diretamente ou por órgão vinculado, representa a União judicial ou extrajudicialmente. O parágrafo 3º do art. 103 lhe dá uma competência

⁸⁵ ADI nº 97-7/ RO, Relatoria do Min. Moreira Alves. DJ 30.03.90.

especial em face dessa geral: a da defesa da constitucionalidade da norma que, em tese, é inquinada de inconstitucional, o que implica dizer que lhe atribui o papel, nesse processo objetivo, de verdadeiro curador da lei atacada. (....)

Poder-se-á criticar a conveniência da norma do parágrafo 3º do art. 103 da Constituição Federal, mas não se poderá deixar de aplicá-lo ou de reduzi-lhe o seu alcance com base nas atribuições constitucionais normais da Advocacia-Geral da União que são incompatíveis com a natureza da ação direta de inconstitucionalidade do ato normativo em tese, mas que, de forma alguma, impedem que, em texto expresse- como é o citado dispositivo constitucional-, lhe seja outorgada a atribuição de curador especial da presunção de constitucionalidade da norma atacada.

(Grifei).

Embora acompanhando o voto do ministro relator, na ação acima mencionada, o Ministro Sydney Sanches já antevia, um ano após a promulgação da Constituição Federal vigente, os efeitos que o dogma da curadoria da constitucionalidade das normas ocasionariam, citando o seguinte exemplo:

Sr. Presidente, o §3º do art. 103 faz-me lembrar a figura do curador do vínculo na ação de nulidade de casamento.

Certa vez, num processo em que funcionei, em ação de nulidade de casamento, por bigamia, o curador do vínculo suscitou a seguinte questão: que vínculo devo defender? O primeiro ou o segundo? O vínculo válido ou o inválido?

Se é para homenagear a formação legítima da família, penso que deva defender o primeiro vínculo e, por isso, opino pela procedência da ação.

Criou-se uma tremenda dificuldade, porque os advogados designados em substituição diziam a mesma coisa. Até que um se apercebeu de que sua missão era outra, era defender o vínculo que, bem ou mal construído, estava sendo impugnado na ação. A solução encontrada pela Constituição, no §3º do art. 103, na ação direta de inconstitucionalidade, suscita questão assemelhada. Basta imaginar que o Advogado-Geral da União, convencido da invasão, pela lei estadual impugnada, de competência exclusiva da União, tenha, apesar disso, de defendê-la, de sustentar-lhe a constitucionalidade.

Penso que pode acontecer o Advogado-Geral da União ou quem lhe faça às vezes, sentir-se tão constrangido, não se sentir em condições de funcionar e pedir substituição. É possível que um dia nenhum advogado da União se disponha a defender o ato acoimado de inconstitucional. Aí teremos de resolver o problema, que, no caso, ainda não surgiu.

A partir da ADI nº 1616-4/PE⁸⁶, de relatoria do Ministro Maurício Correa, o Supremo Tribunal Federal passou a construir exceções a curadoria cega da presunção de constitucionalidade das leis pelo Advogado-Geral da União, na hipótese da iterativa jurisprudência do STF já ter, anteriormente, declarada inconstitucional a norma atacada, nestes termos:

EMENTA: (...) O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, §3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade.

Recentemente, no final de 2009, o Supremo Tribunal Federal avançou ainda mais, por meio da questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio na ADI nº 3916/DF. Na oportunidade, o Ministro Marco Aurélio, seguido pelo Ministro Ayres Britto, defendeu que o papel da Advocacia-Geral da União, que se pronunciou nos autos pela procedência do pedido, é o da proteção ao ato normativo atacado, como está na parte final do §3º do art. 103 de forma imperativa.

O Ministro Gilmar Mendes, seguido pelos demais ministros da Corte Constitucional, por sua vez, concordaram que a posição do Advogado-Geral da União fosse ortodoxa: citação para defesa. Eis alguns trechos das manifestações dos Ministros na questão de ordem em comento:

(...) nós temos que, para fazermos uma interpretação adequada, optar por uma interpretação sistêmica, que concede ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação. Não há obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, até porque, em muitos casos, nós podemos ter uma situação quase que de conflito. O Advogado-Geral da União poderá eventualmente suscitar uma ação direta em nome do Presidente da República e, depois, ter que defender em relação ao ato estadual.

De modo que, parece-me que o encaminhamento deveria ser nesse sentido.
(...)⁸⁷.

⁸⁶ ADI nº 1616-4/PE, Relatoria do Min. Maurício Correa. DJ 24.08.2001.

⁸⁷ Ministro Gilmar Mendes.

(...) a Corte não tem competência para impor nenhuma sanção, porque nenhuma está prevista na Constituição, quando a Advocacia-Geral da União não exerce a função que lhe é reservada. Em outras palavras, trata-se de hipótese de preceito cuja inobservância não acarreta nenhuma sanção constitucional. Penso que a Corte não tem o que fazer, senão observar que o Advogado-Geral da União, nos outros casos, não está obedecendo ao mandato constitucional. Acho que a Corte está desprovida de poderes para impor alguma sanção. Por quê? Porque a mim me parece que seria demais criar um constrangimento, determinando que o Advogado-Geral se manifeste em sentido contrário, quando a sua convicção jurídica é outra. Ele irá- se quiser- exercer um papel puramente formal, artificial, alinhando dois ou três argumentos sem nenhuma consistência, ou, então, não vai dizer nada, porque o tribunal não pode obrigá-lo. Entendo que fica a observância da norma, como tal, para ser ponderada pela Advocacia-Geral da União.

(...) Quando o Advogado-Geral da União- advogado como outro qualquer, que tem plena autonomia para se manifestar como qualquer advogado recém formado e recém ingressado nos quadros da OAB- decide, atua livremente, não se podendo impor a ele qualquer tipo de constrangimento. (...) Parece-me que esta expressão "defender a lei impugnada" comporta uma interpretação, uma hermenêutica dentro dos quadros da razoabilidade⁸⁸.

O Supremo posteriormente voltou a discutir o assunto e concluiu, em alguns julgados que acabaram prevalecendo, que realmente a defesa aqui era no sentido de apresentar a argumentação que lhe parecesse adequada. tanto que, na esteira dessa jurisprudência, sobreveio o artigo 8º da Lei nº. 9.868- Vossa Excelência atuou na Comissão que deu origem a ela-, que afirma que à manifestação sucessiva serão ouvidos e que deverão manifestar-se o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República- agora sem falar em defesa, porque prevalecia essa jurisprudência.

Então, até aqui, acho que há realmente uma tentativa de se fazer, de alguma forma, harmonizar o dito constitucional com a finalidade buscada pela lei⁸⁹.

(Grifos).

Nesta ocasião, paradigmática, prevaleceu, portanto, que a manifestação do Advogado-Geral da União é sempre necessária, mas não se dará necessariamente em defesa da lei, podendo manifestar-se "segundo lhe parecesse de conveniência da defesa da constitucionalidade"⁹⁰.

Assim, podemos afirmar que a Advocacia-Geral da União se reveste de um novo papel quando chamada a se manifestar em sede de ADI, podendo fazê-lo com ampla liberdade, manifestando-se tanto pela constitucionalidade do ato, caso assim o

⁸⁸ Ministro Ricardo Lewandowski.

⁸⁹ Ministra Carmem Lúcia.

⁹⁰ Manifestação da Ministra Carmem Lúcia na questão de ordem suscitada na ADI nº 3916/DF.

entenda, como pela sua inconstitucionalidade, superando, assim, o dogma de curadoria da presunção de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais⁹¹.

Apresentados os fundamentos teóricos, assim como ilustrado no caso do controle de constitucionalidade objetivo, o que implica em ampla independência funcional do Advogado-Geral da União nesta ação, vejamos como no exercício das funções típicas da advocacia pública esta dinâmica acontece.

3.3. Os Contornos da Independência Funcional do Advogado Público da União: uma análise teórica à luz das funções típicas desempenhadas

Como bem levantado por Aldemário Araújo Castro, até o momento discutiu-se acerca da afirmação da independência funcional dos membros da Advocacia Pública da União, o que podemos concluir positivamente; sendo, contudo, os contornos, os limites e o exercício da independência funcional anunciada não definidos pela legislação vigente⁹².

Assim, partindo do pressuposto da afirmação da independência funcional do advogado público da União, cumpre-nos, definirmos, por primeiro e ainda que no plano estritamente teórico, os contornos da independência funcional do advogado público da União.

Destarte, questiona-se: reveste-se a independência funcional do advogado público num caráter absoluto (ilimitado) ou relativo (passível de restrições)? A medida desta independência varia conforme o advogado público atue na esfera contenciosa ou

⁹¹ LEAL, Saul Tourinho. *O Novo Papel da Advocacia-Geral da União no Julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade*. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/data/jpf_article/30/file/onovopapeldaadvocaciasaul.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2011.

⁹² CASTRO, Aldemário Araújo. *Os Contornos da Independência Técnica do Advogado Público Federal*. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/independencia.pdf>>. Acesso em: 29 de out. 2010.

consultiva?

Como dito, a legislação foi omissa. Diante da lacuna legal, há ampla discussão em sede doutrinária acerca do tema.

Fides Angélica Ommati⁹³ defende que a independência funcional do advogado público em exercício no consultivo é plena, ou seja, se reveste de caráter absoluto; por outro lado, quando em exercício no contencioso, entende pela própria inexistência de independência funcional, tendo em vista o princípio da legalidade restrita e o da indisponibilidade do interesse público.

Cláudio Granzoto⁹⁴ defende que a independência funcional do advogado público é "mitigada". Segundo o autor, a hierarquia seria temperada pela liberdade de consciência do advogado, juntamente pela sua não vinculação direta ao Poder Executivo.

Aldemário Araújo Castro⁹⁵, por sua vez, a denomina como "relativa", pontuando como legítima a interferência fundada na Constituição e na lei, mencionando como as mais importantes restrições atualmente existentes as manifestações vinculantes do STF e as manifestações obrigatórias e vinculantes previstas na Lei Orgânica da AGU.

No mesmo sentido, Rommel Macedo⁹⁶ reconhece que a independência funcional não exclui a necessidade de observância das disposições legais e constitucionais, bem como das súmulas vinculantes e demais manifestações às quais a lei atribua efeito vinculante.

Diferentemente do já abordado em sede doutrinária, propomos um estudo em que as balizas da independência funcional do advogado público da União variam de acordo com a função desempenhada. Em qualquer dos casos, todavia, é oportuno ressaltar que esta não tem caráter absoluto, sendo legítimas as restrições ao seu

⁹³ OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia Pública- algumas reflexões*. Jus Navegandi, ano 5, nº 51. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

⁹⁴ GRANZOTO, Cláudio. *Advogado de Estado. Defesa do Interesse Público. Independência Funcional Mitigada*. Revista Virtual da Advocacia-Geral da União. Brasília, ano VII, nº 64, maio de 2007.

⁹⁵ CASTRO, Aldemário Araújo. *Os Contornos da Independência Técnica do Advogado Público Federal*. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/independencia.pdf>>. Acesso em: 29 de out. de 2010.

⁹⁶ MACEDO, Rommel. A Atuação da Advocacia-Geral da União no Controle Preventivo de Legalidade e Legitimidade: Independência Funcional e Uniformização de Entendimentos na Esfera Consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *A Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 474-475.

exercício desde que fundamentadas na Constituição Federal e em leis.

Assim, visando auferir os contornos da independência funcional do advogado público da União, necessário, preliminarmente, que se estabeleçam quais os atos próprios tipificados para o exercício de suas funções constitucionais dispostos no art. 131 da Constituição⁹⁷, quais sejam:

- a) a representação judicial da União, exercida por atos processuais de representação das pessoas jurídicas de direito público federais;
- b) a representação extrajudicial da União, exercida por atos negociais de natureza pública e privada;
- c) a consultoria do Poder Executivo, exercida por atos opinativos; e
- d) o assessoramento jurídico do Poder Executivo, exercido por atos de assistência técnica em matéria jurídica.

Vejamos, destarte, em que consistem as funções desempenhadas pelos advogados públicos da União, acompanhadas da medida de sua independência funcional no seu exercício propostas.

3.3.1. As funções constitucionais e o grau de independência funcional

Buscaremos descrever, sucintamente, cada uma das funções constitucionalmente atribuídas aos advogados públicos da União, para depois concluir sobre as variações, ou não, de grau em sua independência funcional.

3.3.1.1. A representação judicial

⁹⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007 no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.pge.rj.gov.br/revista 63](http://www.pge.rj.gov.br/revista%2063)>. Acesso em: 10 out. 2010.

A **representação judicial** da União se dá nos casos em que o advogado público atua na representação do ente federal na esfera judicial, quer como autor, réu ou interveniente.

A atuação promovida pelo advogado público da União na esfera judicial em geral é posterior à decisão do gestor, sob a qual, via de regra, já foi emitido um parecer jurídico (de cunho preventivo) onde foram sopesados os interesses públicos envolvidos e verificada a sua compatibilidade com a legislação vigente. Assim, o advogado público atua judicialmente, em geral, na “defesa” do ato administrativo atacado com menores vetores de interpretação, o que dá a falsa impressão de que no contencioso o advogado público da União não tem assegurado a sua independência funcional ou a tem de modo estritamente formal.

Têm-se aqui dois prismas a serem considerados e que geram esta equivocada afirmação.

Primeiro, assim como todo advogado, o advogado público da União deve proceder à defesa do ente representado, o que não implica afirmar que se tem excluída ou atenuada sua independência funcional, que somente assim poderia ser considerada se lhe fosse obrigado a adotar este ou aquele posicionamento para o referido mister. Logo, podemos afirmar que para a defesa da União o advogado público pode usar, de regra, de quaisquer fundamentos jurídicos que entenda conveniente.

Assim, o Advogado Público, enquanto advogado, deve promover a defesa do ente representado, usando para tanto a fundamentação que entender juridicamente oportuna. Eis aí a independência do advogado público da União na esfera contenciosa: utilizar, dentro de uma gama de fundamentos jurídicos possíveis, o que entender mais apropriado à defesa da União no caso concreto.

É certo, todavia, que imperam no ordenamento jurídico, mormente na Administração Pública, os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, não havendo, destarte, ampla margem discricionária de liberdade ao advogado público para deixar de ajuizar uma ação, deixar de recorrer, desistir, conciliar ou transacionar fora de certos parâmetros. Isto não implica, ainda, limitação ou restrição à sua independência funcional, considerando que os advogados públicos representam a União e, assim, devem defendê-la, a menos que esta, pelos meios legítimos, o autorize

a representá-la em sentido contrário. Não há, aqui, diferença entre a advocacia privada e pública.

Desta forma, mesmo que o Advogado Público da União entenda não ser conveniente a defesa da União num caso concreto não poderá deixar de exercer sua função constitucional imotivadamente. Neste sentido, mencionou Carlos Roberto de Castro Jatahy⁹⁸:

A independência funcional não pode servir, entretanto, para autorizar que o advogado público, a seu exclusivo talante, deixe de atuar em determinado feito, por entender não ter atribuição para tanto. Nesta hipótese, tal manifestação pode sofrer controle institucional, sem que possa ser invocada violação à independência funcional.
(Grifei)

O entendimento do autor, contudo, não compreendeu o significado de função essencial à justiça. Não há este tipo de controle institucional mencionado porque a atuação do advogado público é de um livre convencimento motivado, no mesmo sentido do juiz e do promotor de justiça, ou mesmo de uma atuação com um mínimo de diligência dos advogados privados. A única diferença é de haver um “plus”, qual seja: a qualificação da motivação de seu convencimento, que consiste numa “suficiência de defesa”. Em outras palavras, fundamentar sua manifestação no sentido de atuar com o melhor entendimento na defesa do seu cliente, a União Federal. Assim, o controle de seus atos é apenas se atuou com um mínimo de diligência, com responsabilidade de meio.

Diferente é a atividade consultiva.

3.3.1.2. A atividade consultiva

A **consultoria jurídica**, por sua vez, é o aconselhamento do interesse público numa linha de controle de legalidade, mormente na implementação de políticas

⁹⁸ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4ª ed. Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 149.

públicas. Nesta função, o advogado público manifesta-se apenas quanto à legalidade da ação administrativa, nunca quanto à sua conveniência e oportunidade.

Portanto, tem o consultivo a qualidade de conferir força e executoriedade a decisões de gestão pública, na ótica do Estado Democrático de Direito.

A hipótese, aqui, é diferente do contencioso, isto porque, em regra⁹⁹, a atividade consultiva dá-se anteriormente à decisão do gestor, por exemplo: aprovação de minuta de pregão, análise de minuta de ato normativo, etc. No momento da análise jurídica os atos administrativos de gestão encontram-se, ainda, em fase de elaboração.

Nesta fase não há choque entre o administrador e o advogado público, e sim colaboração na análise de políticas públicas. De base do mérito do ato administrativo, que é de competência do administrador, deve o advogado público apontar o conteúdo jurídico, dentre os possíveis, para que a escolha seja feita dentro dos ditames legais¹⁰⁰.

Nesse mister, é objetivo da Instituição zelar pelo cumprimento dos princípios constitucionais e dos dispositivos de lei de forma ampla. Com efeito, não se pode perder de vista que, ao exercer o controle da legalidade administrativa, em defesa do Estado, deve-se zelar pelo patrimônio público, até mesmo contra quem exerce o poder do Estado e contra todos os cidadãos (inclusive integrantes de qualquer um dos poderes) que por motivos dos mais variados ilegitem os atos estatais.

Nítida, portanto, é a atividade de conferir densidade e qualidade a prática de gestão, expurgando os atos de ilegalidades e saneando-os, assim como aprimorando os com conteúdo de Justiça dentro do Estado Democrático de Direito.

Torna-se, portanto, no consultivo, mais visível a independência funcional. Já no contencioso, a partir do momento que já ocorreu uma decisão administrativa e foi questionada em sede judicial, os vetores de interpretação jurídica são menores e a independência, embora existente, é menos aparente.

⁹⁹ Excepcionalmente, ocorre na prática a hipótese do gestor decidir previamente e, somente após, encaminhar o ato administrativo para que possa avaliar a possibilidade de sua convalidação, nos termos do art. 55 da Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999, em não havendo vício de legalidade. Referida conduta é desaconselhável, mormente nas hipóteses em que a lei previr a necessidade de prévia oitiva da consultoria jurídica, podendo ensejar, inclusive, responsabilidade a quem der causa à eventual lesão.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Alexsander Aparecido. *A Advocacia pública e suas funções institucionais*. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 10, nº 108, p. 43-46, fev. 2010.

3.3.1.3. O assessoramento jurídico

Em função de **assessoria**, por sua vez, o advogado emite uma verdadeira vontade estatal, uma orientação voltada à otimização de programas de governo, por vezes transitórios¹⁰¹. Como analisado acima, trata-se de implementar “normas programáticas”¹⁰², previstas constitucionalmente e nunca indiferentes ao Estado Democrático de Direito.

Por meio do assessoramento jurídico ao Poder Executivo, a Advocacia-Geral da União, por exemplo, orienta na elaboração do plano político e no controle interno da legalidade dos atos da administração, assim como elabora pareceres e estudos, previne e dirime as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal, assim como representa os agentes públicos.

Desse modo, no assessoramento, por ser a Advocacia-Geral da União uma função essencial à justiça, esta “vontade de governo” deve ser vista *cum grano salis*. Ou seja, deve-se respeitar o princípio constitucional de fundamento da República do Estado Democrático de Direito, uma vez que não se prescindem de ambos os interesses, primários e secundários, da sociedade¹⁰³.

3.3.1.4. A representação extrajudicial

A representação **extrajudicial**, por sua vez, se dá nos atos que exigem um órgão jurídico, independente de seu caráter contencioso e também consultivo ou

¹⁰¹ SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia Institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte, 2009. p. 87-127.

¹⁰² Vide Nota de Rodapé nº 28.

¹⁰³ A este respeito conferir Item 2.3 deste trabalho.

mesmo de assessoramento. São casos em que a representação pode adquirir contornos negociais ou contratuais, além dos casos típicos de representação, como no caso de atuação nos processos administrativos, de representação da União nos colegiados em que tenha presença em função de sua participação acionária ou societária, atuação na assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta nas fases extrajudiciais ou pré-processuais e nos exames e manifestações da União em contratos de qualquer natureza¹⁰⁴.

Aqui será mais ou menos visível a independência funcional do advogado público da União conforme a representação extrajudicial se dê na fase anterior ou posterior ao eventual questionamento judicial do ato, seguindo as premissas adotadas ora para a representação judicial da União, ora para a consultiva.

3.3.1.5. Conclusão: A medida da independência funcional varia de acordo com a função constitucional desenvolvida

Muito embora a todos os advogados públicos da União sejam assegurados em seu exercício a independência funcional, podemos concluir que, de acordo com a função constitucional desempenhada, varia o grau de independência funcional que lhe é assegurado.

Quando em atuação na sua função extrajudicial, assim como no contencioso da União, o advogado público atua de forma verdadeiramente “parcial”, usando de todos os argumentos para a defesa do ente público, sempre ponderando o Estado Democrático de Direito. Desse modo, esta defesa não é cega; e não exclui a independência funcional do advogado público. É certo que esta é em muito ponderada pelos princípios da supremacia do interesse público e da legalidade estrita, mas não implica afirmar que o advogado público não tem margem para adotar um

¹⁰⁴ GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos Limites da História: a Construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009. p. 87.

posicionamento ou outro dentre os possíveis para a defesa dos interesses da União.

Ainda, mesmo em havendo posicionamento institucional sobre a questão objeto de discussão judicial, o que se faz pelos meios legítimos de restrição à independência funcional do advogado público a serem tratados no próximo capítulo, há sempre a possibilidade do advogado público ressaltar o seu entendimento fundamentado no interesse primário, o que se sugere ser feito em autos apartados.

Por outro lado, considerando que na função própria de consultoria jurídica o advogado público expressa sua opinião atinente a juridicidade da questão examinada prolatando um parecer de cunho exclusiva e estritamente jurídico, podemos afirmar que se trata de uma atividade predominantemente mais livre (por ser, em regra, anterior à decisão); e, portanto, com uma margem maior de independência funcional do advogado público da União.

Feitas estas proposições, se espera do constituinte reformador propiciar à Advocacia Pública uma maior atenção quanto a sua diversidade de atividades e papéis desempenhados.

4. OS LIMITES À INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO ADVOGADO PÚBLICO DA UNIÃO

Uma vez apresentadas as possibilidades da independência funcional do advogado público da União, buscaremos definir os limites legítimos ao seu exercício e as conseqüências, no campo da responsabilidade, cabíveis ao advogado público da União que adotar posicionamento conflitante com o institucionalmente posto.

Como mencionado no capítulo anterior, a Constituição Federal não previu de forma literal-gramatical a independência funcional aos advogados públicos da União. A Lei Complementar nº 73, de 1993, que “institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União”, por sua vez, embora igualmente não a tenha escrito, trouxe limites em seu art. 28, inciso II, ao prever que aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica do Advogado-Geral da União.

Além destes limites legais de origem orgânica, sobre os quais nos debruçaremos a seguir, entendemos que as súmulas vinculantes¹⁰⁵ consagradas na Emenda Constitucional nº 45, de 2004, restringem a atuação, sobretudo contenciosa, dos advogados públicos da União. De fato, representam limitações legítimas, com assento constitucional, que visam harmonizar o posicionamento jurídico após reiteradas decisões sobre a matéria de cunho constitucional.

Por meio da súmula vinculante, o STF declara a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, tolhendo, sem dúvida, parte dos vetores interpretativos possíveis dos advogados públicos.

¹⁰⁵ Previstas no art. 103-A da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

4.1. Meios Legítimos de Limitação à Independência Funcional do Advogado Público da União

A princípio, cabe destacar que o fundamento para as limitações à independência funcional impostas aos advogados públicos da União é tão somente para evitar o abuso de poder, com eventual conduta dolosa ou de culpa grave que possam tomar em detrimento de seu cliente, a União Federal: seja em defesa dos interesses primários, seja em defesa dos interesses secundários. Seria odioso, por outro lado, cobrar que um advogado público pensasse de uma ou outra forma, tal como típico de Estados Totalitários, incondizentes com o Estado Democrático de Direito.

Nesta esteira, a Lei Complementar nº 73, de 1993, definiu como legítimas as limitações à independência funcional do advogado público da União de cunho institucional revestidas sob a forma de pareceres ou súmulas da Advocacia-Geral da União (art. 39 ao 44, da LC nº 73, de 1993), assim como de orientações normativas do Advogado-Geral da União (art. 4º, XIII, da LC nº 73, de 1993)¹⁰⁶.

Os **pareceres da Advocacia-Geral da União** originam-se de pareceres do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, sendo tido como vinculante após a sua publicação, ficando os órgãos e entidades da Administração Pública obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Da mesma forma, os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelos Ministros de Estado, Secretário-Geral, titulares das Secretarias da Presidência da República ou pelos Chefes de Estado-Maior das Forças armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos e entidades vinculadas, nos limites do poder ministerial da pasta.

Referidos pareceres de cunho vinculante visam a uniformidade de atuação no âmbito da advocacia da União, ao dirimir e pacificar a interpretação administrativa, estabilizando a atuação consultiva e de assessoramento¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Ressalte-se que o trabalho de coordenação tem o condão de fixar posicionamentos no âmbito do órgão coordenado, sem ter, contudo, caráter vinculante.

¹⁰⁷ GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos Limites da História: a Construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009. p.142.

As **súmulas da Advocacia-Geral da União**, por sua vez, são editadas pelo Advogado-Geral da União, e tem caráter obrigatório aos órgãos jurídicos da AGU, assim como das autarquias e fundações públicas.

Por meio destas, o Advogado-Geral da União reconhece e determina anuência a decisões judiciais, permitindo a não interposição ou a desistência de recursos interpostos ou, ainda, autorizando o reconhecimento de direitos¹⁰⁸.

Assim, se infere que, na prática, enquanto os Pareceres da Advocacia-Geral da União visam pacificar matérias no âmbito consultivo, as Súmulas da Advocacia-Geral da União tratam de matérias afetas ao contencioso da União.

Além de não prever as hipóteses de incidência de um ou de outro meio de limitação, não trouxe o legislador, ainda, os requisitos para a sua edição, deixando nas mãos de um único órgão, o Advogado-Geral da União, a competência para a edição das súmulas, e deste sob a condição da aprovação do Chefe do Poder Executivo para a edição dos pareceres vinculantes da AGU; o que, em tese, poderia implicar em “camuflagem” do posicionamento político dominante pela via institucionalizada, caracterizando, destarte, violação à independência funcional dos advogados públicos da União.

Assim, apontamos a necessidade de referida regulamentação legal, de forma que a edição de súmulas, pareceres e orientações normativas da AGU, assim como de qualquer outra limitação veiculada por norma legal no âmbito da Instituição, restrinjam-se a atender um dentre os seguintes objetivos propostos, a seguir classificados: (1) **uniformização de teses**: visam à obtenção de uniformidade de atuação, potencializando as possibilidades de êxito nas teses sustentadas e evitando a adoção de teses conflitantes no âmbito da Instituição; (2) **uniformização de jurisprudência**: refletem o entendimento já assentado no Poder Judiciário ou pacificado no âmbito administrativo, reduzindo a litigiosidade e viabilizando a entrega mais célere da prestação jurisdicional; (3) **uniformização conciliatória**: visam solucionar conflitos já existentes ou potencialmente existentes nas câmaras de conciliação e arbitragem; (4) **sugestões de conteúdo**, em que é possível apresentar diretrizes sugestivas para orientar os pareceres (por exemplo, quando venha a apresentar diretrizes e orientações

¹⁰⁸ *Id. Ibid.*

de um parecer, nunca vinculante, vez que normativo), como no caso da Portaria Conjunta CGU nº 1, de 30 de maio de 2011; e (5) **uniformização estritamente formal**, onde são apontados, *v.g.* os procedimentos formais ou os meios de manifestações do advogado público¹⁰⁹.

Se, inobstante o posicionamento institucional consignado por meio do Parecer, Súmula ou Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União, estes que são meios legítimos de restrição à independência funcional, ainda assim o advogado público da União vier a entender, de forma fundamentada, diferentemente do ali preconizado, indaga-se: poderá ele fazer prevalecer seu entendimento pessoal em preterição ao posicionamento institucionalizado com fundamento na garantia da independência funcional?

Entendemos, em favor da segurança jurídica, que o advogado público da União não pode fazer prevalecer o seu posicionamento discordante, senão em autos apartados, ocasião em que caberá aos coordenadores apresentar a posição já pacificada. Afinal, nestes casos de posicionamento institucionalizado restringem-se as hipóteses de hermenêutica.

Assim, duas serão as formas de preservar o posicionamento individual do advogado público, conforme a atividade. No contencioso, o advogado público ressalva o seu posicionamento e apresenta que se “curva” à visão institucional. Isto é, apresenta o posicionamento, em autos administrativos apartados, e declina do mesmo. Caso o próprio advogado assim não o faça, o coordenador faz nova petição e informa o advogado público da União da tese adotada institucionalmente. No consultivo, por outro lado, existe apenas complementação de teses. Assim, o coordenador poderá trazer novos elementos não abordados no parecer, acolhendo-o em parte, sem reprovar, e adotando, neste diapasão, o posicionamento institucional.

Neste sentido, previu a Lei Complementar nº 73, de 1993, que “é vedado aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União”. Isso, contudo, deve ser visto com temperança, ou seja, *cum grano salis*, porque à Corregedoria, ao analisar a

¹⁰⁹ É importante ressaltar que as sugestões de conteúdo e a uniformização estritamente formal não ensejam responsabilidades funcionais, mas se constituem em meras irregularidades.

conduta de seus pares, não é um saber absoluto.

Assim, a atuação da Corregedoria no exercício da fiscalização das atividades funcionais dos Advogados Públicos da União, tem que ser dialógica, até porque o próprio corregedor é advogado público. A atuação da corregedoria deve ser no sentido de suprir eventual deficiência técnica e a responsabilidade do advogado público será no sentido de ter agido com interesses opostos ao da União. Em outras palavras, a correção acontecerá dentro da clássica doutrina do desvio de poder, e será responsabilizado, então, o advogado público que atuar contrariamente¹¹⁰ ao interesse da União.

Tem, assim, o advogado público **uma livre convicção motivada e qualificada** no melhor interesse de seus clientes, a União Federal e o povo soberano. A atuação do advogado público neste sentido não é diferente da responsabilidade do advogado privado, ou do promotor de justiça ou do juiz de direito. Isto é, sua responsabilidade, seja atuando no contencioso ou consultivo, **é de meio**, no sentido de ter atuado com o mínimo de diligência na causa.

Há, contudo, quem aponte, em tese, obrigações de resultado em algumas áreas da atuação consultiva da advocacia pública. A este respeito, manifestou-se Silvio de Salvo Venosa¹¹¹:

A responsabilidade civil possui um vasto campo de estudo, com vários compartimentos, cada um deles merecendo um exame monográfico. A responsabilidade profissional é um dos capítulos da responsabilidade civil em geral, preponderantemente contratual. Quem exerce certa profissão deve se comportar dentro de certos parâmetros exigidos para o ofício. O desvio desses parâmetros, ao ocasionar danos, interessa ao dever de indenizar. A presunção a ser seguida é que qualquer pessoa que exerça uma profissão deve conhecer os meandros necessários para fazê-lo a contento.

No tocante à responsabilidade do advogado, entre nós ela é contratual e decorre especificamente do mandato. As obrigações do advogado consistem em defender a parte em juízo e dar-lhes conselhos profissionais. **A responsabilidade do advogado, na área litigiosa, é de uma obrigação de meio.** Nesse diapasão, assemelha-se à responsabilização do médico em geral. O advogado está obrigado a usar de sua diligência e capacidade profissional na defesa da causa, mas não se obriga pelo resultado, que sempre é falível e sujeito às vicissitudes intrínsecas ao processo.

No entanto, **existem áreas de atuação da advocacia que, em princípio, são**

¹¹⁰ Aqui entendido o advogado público que agir com dolo ou culpa.

¹¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Apud*: Relatório do Min. Relator Adylson Motta proferido no Acórdão TCU nº 226/2004- Plenário.

caracterizadas como obrigações de resultado. Na elaboração de um contrato ou de uma escritura, o advogado compromete-se, em tese, a ultimar o resultado. A matéria, porém, suscita dúvidas e o caso concreto definirá eventual falha funcional do advogado que resulte em dever de indenizar. Em síntese, o advogado deve responder por erros de fato ou de direito cometidos no desempenho do mandato. O exame da gravidade dependerá do caso sob exame. (...).
(Grifei).

Seguindo esta linha, e relacionando o tipo de obrigação a ser desempenhada pelo advogado público no exercício de suas funções e a responsabilidade dela decorrente, manifestou-se o Plenário do TCU, por meio do Acórdão nº 226/2004¹¹²:

Na função contenciosa, não há dúvida que o advogado, exercendo função essencial à justiça, deve ter preservada a sua imunidade, não como privilégio pessoal, mas antes como garantia à justiça.
Na função consultiva, o advogado também tem imunidade, mas esta fica condicionada a opiniões que não venham flagrantemente de encontro às normas legais, visto que, agindo como consultor do administrador público, deve ser responsabilizado quando emite pareceres que sabe ou deveria saber nocivos ao interesse público, induzindo à gestão ineficiente de recursos públicos e trazendo prejuízos para a fazenda pública (...).

Ora, quanto ao conteúdo do objeto a ser apurado, na aferição da responsabilidade de meio, isto é, da diligência média na elaboração da tese defendida pelo advogado público, é indiferente estar exercendo a atividade no contencioso ou no consultivo. Será a sua conduta média, ou uma diligência de *bonus pater familiae* que será aferida. Não foge, destarte, aos moldes tradicionais da responsabilidade civil.

Qualquer outro meio de limitação à independência funcional do advogado público da União é ilegítimo e não encontra respaldo no Estado Democrático de Direito.

4.2. A Inviolabilidade do Advogado Público da União por seus atos e manifestações no exercício da profissão e a Responsabilidade dela decorrente

¹¹² Acórdão 226/2004- Plenário do TCU, Relatoria do Min. Adylson Motta.

Ao advogado público da União, segundo a Constituição Federal, como corolário da independência funcional, é garantida a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, “nos limites da lei”.

Na linha dessa disposição constitucional, dispõe o Estatuto da OAB que o fato do advogado ser empregado não lhe retira a isenção técnica e nem reduz sua independência funcional¹¹³.

Por óbvio, essa garantia não permite uma inviolabilidade genericamente permissiva de ilícitos ou uma liberalidade para prática de atos danosos a terceiros. O que ela resguarda é a autonomia jurídica do advogado, sua capacidade de compreender o direito e defender esse entendimento, sem submissão ou subordinação de suas convicções jurídicas¹¹⁴.

Assim, podemos afirmar que a garantia constitucional da intangibilidade do advogado público não se reveste de caráter absoluto. Os advogados – como quaisquer profissionais – serão civilmente responsáveis pelos danos causados, desde que decorrentes de ato ou omissão praticados com erro grave, inescusável, indicando que agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Neste diapasão, previu o *caput* do art. 32 da Lei nº 8.906, de 1994, que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Ademais, previu a Lei Complementar nº 73, de 1993, a responsabilização do advogado público da União na hipótese de ofensa à parecer, súmula ou orientação normativa da Advocacia-Geral da União, o que deve ser feito com as temperanças de dolo ou culpa grave.

Destarte, afora as hipóteses de limitações legítimas à independência funcional do advogado público da União, em que o advogado deve adotar externamente o posicionamento institucional, este tem ampla margem de interpretação de determinado contexto normativo; assim como a conseqüente segurança de não ser responsabilizado¹¹⁵ caso o ato tenha sido praticado com base na opinião dada pelo

¹¹³ Vide art. 2º, §3º, e art. 18 da Lei nº 8.906, de 1994.

¹¹⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *A Responsabilidade Solidária do Advogado Parecerista na licitação e a Posição do STF*. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, nº 1605, 23 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10689>>. Acesso em: 3 maio 2011.

¹¹⁵ Salvo se agiu com dolo ou culpa.

parecerista.

Afinal, sendo da essência do sistema jurídico a pluralidade de interpretações, a discordância doutrinária ou mesmo a divergência jurisprudencial não podem levar à responsabilização do advogado público se ele optou e construiu uma das teses defensáveis. Logo, apenas no caso de agir com dolo ou culpa grave incidirá a responsabilidade prevista no art. 32 da Lei nº 8.906, de 1994.

Neste sentido, manifestou-se o STF, por meio do Mandado de Segurança nº 24.073-3/DF¹¹⁶, assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II, art. 133. Lei n. 8.906, de 1994, art. 2º; §3º, art. 7, art. 32, art. 34, IX.

I- Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 377).

II- O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei nº 8.906/94, art. 32.

III- Mandado de Segurança deferido.
(Grifei).

Nesta oportunidade, ressaltando a natureza jurídica do parecer e seus efeitos, dispôs o Ministro Carlos Velloso, em seu relatório, que:

O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei. Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e lecionou:

“Pareceres- Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª Ed.

¹¹⁶ Mandado de Segurança nº 24.073-3/ DF, Relatoria do Min. Carlos Velloso. DJ 31.10.2003.

Malheiros. p. 185)

É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada faz senão “informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”.

Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto.

(Grifei).

Sendo o parecer apenas uma orientação jurídica, que pode ser acolhida ou não pelo gestor público, apenas o radical afastamento das bordas da interpretação razoável é que irá permitir a verificação da má técnica ou inépcia do advogado público. Como o direito admite diversas interpretações, será legítima qualquer uma dessas interpretações ou opiniões, desde que dentro de uma margem de razoabilidade, ou seja, dentro de uma margem mínima de técnica exigida do advogado. Contudo, se este ultrapassar esses limites de técnica, produzindo um parecer totalmente equivocado e desarrazoado que implique em culpa ou dolo grave, então ele não irá ser protegido pela sua imunidade de opinião, já que essa imunidade protege o exercício regular da advocacia, e não o exercício desidioso do *munus* público do qual se incumbe o advogado¹¹⁷.

Neste sentido, manifesta-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁸:

(...) o Direito não é uma ciência exata; se fosse seria fácil nós chegarmos aqui a uma conclusão; se a interpretação fosse sempre exatamente a mesma não haveria controvérsias que acabam no judiciário, o intérprete máximo da lei; então eu dou a interpretação, a autoridade decide com base na minha interpretação, vem o Tribunal de Contas e diz: 'Não, não é esse o entendimento correto'. Eu acho que isso não é justificativa suficiente para achar que o advogado tenha que ser punido; ele está defendendo conscientemente de acordo com a interpretação que ele adotou; então, se ele der um parecer fundamentado, citar doutrina, jurisprudência ou der argumentos aceitáveis, eu acho que ele não pode ser punido.

¹¹⁷ AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. *O Advogado Público na Função Consultiva, os Pareceres Jurídicos e a Responsabilidade deles Decorrente*. MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (Org.). Leituras Complementares de Direito Administrativo- Advocacia Pública. Ed. Juz Podium. 2008.

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade de Procuradores e Assessores Jurídicos da Administração Pública. BDA- Boletim de Direito Administrativo. Jornada de Estudos NDJ de Direito Administrativo. Editora NDJ Ltda. nº 1. ano XXIV. Janeiro ano 2008, p. 4. *Apud*: CARDIN, Lana Lúvia Almeida. *Parecer Vinculante e Autonomia Funcional do Advogado da União*. 2009. Monografia (pós-graduação *lato sensu* em direito constitucional)- Instituto de Direito Público, IDP. Brasília-DF.

O dolo e a culpa grave são as linhas gerais do tema, mas o Supremo Tribunal Federal, por meio dos Mandados de Segurança nº 24.548-1/DF¹¹⁹ e nº 24.631-6/DF¹²⁰, sem deixar de reconhecer que em regra os pareceres tem caráter opinativo, manifestou-se mais precisamente quanto aos pareceres obrigatórios e vinculantes, aí passível de responsabilidade dos seus subscritores de modo diferenciado.

Segundo o Ministro Marco Aurélio¹²¹ “o momento é de mudança cultural; o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública”. Assim, argumentando que a imunidade profissional do corpo jurídico-artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com “indenidade”, ficando sujeita aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência, não seriam aplicáveis à hipótese os precedentes da Corte sobre a matéria (a exemplo do MS nº 24.073-3/DF). Assim, passou a entender o Supremo Tribunal Federal que a obrigatoriedade ou não do parecer teria influência decisiva na fixação da sua natureza jurídica, nestes termos¹²²:

- (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;
- (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;
- (iii) mas quando a lei estabelece a obrigação de “decidir à luz de parecer vinculante” (*décider sur avis conforme*), o administrador poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

O STF entendeu como relevante nesta classificação que no caso do parecer obrigatório e vinculante haveria efetiva partilha do poder decisório de gestão, ou seja, nos casos em que o parecer favorável do órgão consultivo fosse, por força da lei, **pressuposto de perfeição do ato**, haveria efetiva “partilha do poder de decisão” entre a autoridade executiva e o órgão consultivo. Assim, responderia pelo ato não apenas o administrador, mas conjuntamente o advogado parecerista, uma vez que seria

¹¹⁹ Mandado de Segurança nº 24.548-1/DF, Relatoria do Min. Marco Aurélio. DJE nº 112, 20.06.2008.

¹²⁰ Mandado de Segurança nº 24.631-6/DF, Relatoria do Min. Joaquim Barbosa. DJE nº. 18, 01.02.2008.

¹²¹ Voto DO Ministro Marco Aurélio no Mandado de Segurança nº 24.584-1/DF.

¹²² Mandado de Segurança nº 24.631-6/DF, Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. DJE nº. 18, 01.02.2008.

“também administrador neste caso”¹²³.

Referida mudança jurisprudencial extrai-se da ementa do MS nº 24.631-3¹²⁴:

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

I- Repercussões de natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que se poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula ao emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão ou, então, não decidir.

II- No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente ocorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III- Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre o parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de Segurança deferido.
(Grifei).

Com o novel entendimento, o STF criou, ao lado das três hipóteses “previstas em lei” de responsabilização do advogado público da União, quais seja, (1) culpa grave, (2) dolo, e (3) manifestações contrárias a posicionamentos institucionalizados pela AGU por meio de Súmulas, Pareceres e Orientações Normativas da AGU, uma quarta hipótese de responsabilização do advogado público. Não prevista em lei, frise-se.

Trouxe, nesta esteira, como exemplo a hipótese descrita no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, que reza que “as minutas de editais de licitação, bem como a dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e ‘aprovadas’ por assessoria jurídica da Administração”, como um caso em que o administrador jamais poderia praticar os atos ali descritos sem a anuência do

¹²³ MS nº 24.631/DF, Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. DJE nº. 18, 01.02.2008.

¹²⁴ Mandado de Segurança nº 24.631/DF. Relatoria do Min. Joaquim Barbosa. DJE nº 18, de 01.02.2008.

advogado público. A exigência legal de aprovação das minutas pela assessoria jurídica caracterizaria a vinculação do ato administrativo ao parecer jurídico favorável, razão pela qual deveriam ser co-responsabilizados administrador e parecerista em caso de irregularidades na sua prática.

Novamente clama-se pela temperança. Muitas vezes os advogados são vítimas de processos mal instruídos com induzimentos por parte do gestor. Tudo isso deve ser ponderado antes de falar-se em responsabilidade do advogado. Assim, a responsabilização do advogado público da União nos casos em que a tese defendida é razoável, bem fundamentada, pelo simples fato do STF entender que o caso se trata de um parecer do tipo “vinculante”, esvazia em termos práticos a garantia constitucional da independência funcional do advogado público da União e conseqüente imunidade no exercício regular da profissão.

Afinal, o ato administrativo é praticado pelo gestor, a minuta não possui sequer efeitos jurídicos. Não é a validade do ato que está em questão, sendo a “aprovação” da proposta, em sua fase de elaboração, e não a perfeição do ato.

Neste sentido, a correta definição do papel do órgão jurídico é aspecto fundamental, especialmente quando se tratar de falhas técnicas nos projetos em que atua, em razão do princípio da segregação das funções. É dever do advogado verificar se constam dos autos os estudos ou as informações técnicas que justificam as especificações do objeto do contrato e as exigências de qualificação técnica e econômico-financeiras constantes do edital e da licitação. Não se deve esperar, contudo, especialmente em situações que requeiram elevado nível de conhecimento técnico, que os advogados sejam capazes de identificar eventuais falhas técnicas e que sejam capazes de refutá-las em suas manifestações jurídicas¹²⁵.

Outrossim, o fundamento usado pelo STF, no sentido de que o parecer perderia sua natureza de ato de mera opinião para se tornar uma decisão propriamente dita, vai de encontro a característica marcante dos pareceres, como bem percebe Carvalho Filho¹²⁶.

¹²⁵ FURTADO, Lucas Furtado. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 1ª ed. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2007. p. 215.

¹²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Apud* AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. *O Advogado Público na Função Consultiva, os Pareceres Jurídicos e a Responsabilidade deles Decorrente*.

A circunstância de que não são decisórios, vale dizer, sendo atos de opinamento, necessitam da aprovação de seu conteúdo por meio de outro ato administrativo, praticado pela autoridade que, de acordo com as regras de competência, tem o poder de decidir sobre a matéria.

São distintos, portanto, os dois atos: o parecer (que é mera opinião do “técnico”) e o ato administrativo, que é o ato da autoridade que acolhe as conclusões do parecerista¹²⁷.

Os pareceres enquadram-se nos atos enunciativos (também chamados de atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor), e não um ato de administração ativa, visando emitir uma opinião sobre determinado assunto, sem vincular o seu enunciado.

O parecer, em si, não constitui um ato decisório da Administração Pública. Ele constitui apenas uma opinião interna de caráter técnico. E ainda que tenha servido de base para uma decisão administrativa, com ela não se confunde¹²⁸.

Acerca da existência dos pareceres do tipo vinculantes, tais como preconizados pelo STF¹²⁹, assim se manifestou Maria Sylvia Zanella de Pietro¹³⁰:

É feita referência também a um parecer vinculante, que seria aquele que a Administração é obrigada a pedir e que vincula a Administração- uma vez que o órgão jurídico que deu o parecer à autoridade não poderia decidir de maneira diferente- eu não conheço nenhum caso de parecer vinculante- a única coisa que existe são as súmulas; por exemplo, na Advocacia-Geral da União, uma vez que a súmula foi aprovada pelo Advogado-Geral da União, tem caráter obrigatório para toda a Administração Pública.
Agora dizer que a autoridade pede um parecer e é obrigada a curvar-se àquele parecer, eu confesso que não conheço exemplos aqui no Direito Brasileiro.
(Grifei).

Ainda, acerca do exemplo comumente citado de parecer vinculante no ordenamento pátrio, qual seja, o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, ainda que a lei exija um parecer jurídico que aprove a minuta de contrato ou convênio

MARINELA, Fernanda; BOLZAN. Fabrício (Org.). *Leituras Complementares de Direito Administrativo- Advocacia Pública*. Ed. Juz Podium. 2008.

¹²⁷ AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. *O Advogado Público na Função Consultiva, os Pareceres Jurídicos e a Responsabilidade deles Decorrente*. MARINELA, Fernanda; BOLZAN. Fabrício (Org.). *Leituras Complementares de Direito Administrativo- Advocacia Pública*. Ed. Juz Podium. 2008.

¹²⁸ *Id. Ibid.*

¹²⁹ A Lei nº 9.784, de 1999, contudo, previu os pareceres obrigatórios e vinculantes.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da Administração Pública*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ. Jan. 2008. p. 6.

administrativo tais pareceres não parecem ser vinculantes, já que ainda que o advogado público concorde com a minuta ou com a dispensa/inexigibilidade de licitação, a autoridade assessorada terá liberdade de simplesmente não efetuar a contratação ou não realizar a dispensa/inexigibilidade, inclusive por análise da conveniência ou oportunidade da realização da despesa.

Ademais, é o gestor que tem domínio de todas as informações e circunstâncias acerca daquela contratação ou licitação; o advogado não: ele somente tem ciência do que consta dos autos, além de seus controles restringirem-se ao aspecto de legalidade do ato. Se o parecer jurídico é tão pontual- pois ele só analisa a contratação/licitação do ponto de vista jurídico, e com base no que consta do processo administrativo-, e se há uma gama de fatores dos quais somente o gestor público tem domínio, é bem possível sustentar a tese de que tais pareceres não são vinculantes no grau exigido pelo Supremo Tribunal Federal para responsabilização do procurador que os emite¹³¹.

Nos casos de pareceres vinculantes, portanto, entendemos que não deve ocorrer a responsabilização dos advogados, senão na hipótese de estar configurado dolo ou culpa grave.

Assim, podemos concluir que a inviolabilidade do advogado público da União por seus atos e manifestações no exercício da profissão é relativa, sendo somente afastada nos casos em que o advogado público agir com dolo ou culpa, uma vez que a sua responsabilidade, que atuando no contencioso ou consultivo, é de meio. Desta forma, mesmo no caso deste se manifestar contrariamente a posicionamentos institucionais ou na hipótese de emitir pareceres ditos “vinculantes” que vierem a ocasionar dano à União, entendemos que a responsabilidade do advogado da União deve sempre vir acompanhada dos elementos volitivos, dolo ou culpa, sob pena de esvaziamento prático da garantia da sua independência funcional.

¹³¹ AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. *O Advogado Público na Função Consultiva, os Pareceres Jurídicos e a Responsabilidade deles Decorrente*. MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (Org.). Leituras Complementares de Direito Administrativo- Advocacia Pública. Ed. Juz Podium. 2008.

CONCLUSÃO

Criada pela Constituição Federal de 1988, a Carta mais democrática de nossa história republicana, a consolidação institucional da Advocacia-Geral da União, integrante das Funções Essenciais à Justiça, representou um grande marco para a mudança da titularidade na representação da União.

Contudo, na oportunidade, não previu o legislador constituinte autonomia institucional à Advocacia-Geral da União, assim como autonomia funcional aos seus membros. Da mesma forma silenciou a lei orgânica da Advocacia-Geral da União.

Por outro lado, previu a Constituição Federal, dentre as competências da novel Instituição, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico “exclusivamente” do Poder Executivo, assim como a livre nomeação (e assim, livre demissão) do chefe da Advocacia-Geral da União pelo Presidente da República, o que revela uma vinculação orgânica da Advocacia-Geral da União com o Poder Executivo Federal.

Assim, muito se questiona se esta vinculação orgânica, somada a ausência de previsão legal, implicaria igualmente vinculação funcional entre o Poder Executivo e a Advocacia-Geral da União; representando, destarte, a Advocacia-Geral da União uma Advocacia de Governo, e não uma Advocacia de Estado.

Trata-se de uma má formulação no questionamento correntemente posto, considerando que a Advocacia-Geral da União exerce as duas feições em caráter relativo. Outrossim, fundamentando-se (1) no fato de todas as funções essenciais à justiça terem as mesmas exigências funcionais e, logo, as mesmas garantias asseguradas, sendo a independência funcional prevista implicitamente no corpo da Carta Constitucional; (2) numa inerência da profissão, do *munus* advocatício; e (3) na dupla vinculação a que se submetem os advogados públicos, por estarem albergados tanto pelo regime estatutário que o vincula à Instituição, quanto pela Ordem dos Advogados do Brasil, que possui normas próprias aplicáveis à todos que exercem a

atividade de advocacia, e destarte, aplicável o art. 133 da Constituição Federal; podemos concluir que os membros da Advocacia-Geral da União estão submetidos a um regime de independência funcional, e portanto, não vinculados funcionalmente a qualquer Órgão ou Poder.

Da mesma forma, com base na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, concluiu-se estar assegurada constitucionalmente ao Advogado-Geral da União uma ampla independência funcional, como se dá na hipótese da sua atuação nas ações diretas de inconstitucionalidade.

A afirmação da independência funcional dos membros da Advocacia-Geral da União, que varia em grau na medida em que este exerça suas funções na atividade contenciosa ou consultiva, considerando que os vetores interpretativos se restringem após o questionamento judicial do ato, não impedem a existência de limitações fundamentadas em lei, o que releva o seu caráter relativo. Assim, a fim de evitar o abuso de poder, e com o intuito de uniformizar teses, jurisprudência e conciliação no âmbito institucional, é possível que a Advocacia-Geral da União estabeleça limitações à independência funcional dos seus membros exclusivamente por meio de súmulas, pareceres normativos e orientações normativas. Ainda nestas hipóteses de posicionamento institucionalizado, entendemos possível que o advogado público da União resguarde seu posicionamento internamente, em autos apartados.

Assim, concluímos que os advogados públicos da União tem assegurado o direito de definir condutas e construir seu posicionamento num amplo espaço, embora não ilimitado, de liberdade intelectual de cunho técnico-jurídica. Considerando que sua obrigação, quer no consultivo ou no contencioso, é de meio, ou seja, no sentido de empregar a diligência média na elaboração da tese defendida, estes não podem vir a ser responsabilizados pela emissão de posicionamentos jurídicos senão comprovadas a ocorrência de dolo ou de culpa, como corolário da inviolabilidade dos seus atos e manifestações no exercício “regular” da profissão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. *O Advogado Público na Função Consultiva, os Pareceres Jurídicos e a Responsabilidade deles Decorrente*. MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (Org.). Leituras Complementares de Direito Administrativo-Advocacia Pública. Ed. Juz Podium. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone. 1995.

BOCORNÝ, Leonardo Raupp. *A Função do Advogado-Geral da União no Controle Concentrado de Constitucionalidade: interpretando o art. 103, §3º, da Constituição Federal*. 2007 f. Monografia (Pós Graduação em Direito Público)- Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2011.

CARDIM, Lana Lívia Almeida. *Parecer Vinculante e Autonomia Funcional do Advogado da União*. 2009. Monografia (pós-graduação lato sensu em direito constitucional) - Instituto de Direito Público, IDP. Brasília- DF.

CASTRO, Aldemário Araujo. *Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo*. Clubjus, Brasília-DF: 06 abr. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/coluna=591>> Acesso em: 29 de out. 2010.

CASTRO, Aldemário Araújo. *Os Contornos da Independência Técnica do Advogado Público Federal*. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/independencia.pdf>>. Acesso em: 29 de out. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da Administração Pública*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ. Jan. 2008.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2010.

FURTADO, Lucas Furtado. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 1ª ed. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2007.

GONÇALVES, Alexander Aparecido. A Advocacia Pública e suas funções institucionais. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, Ano 10, p. 43-46, fev. 2010.

GRANZOTO, Cláudio. *Advogado de Estado- Defesa do Interesse Público- Independência Funcional Mitigada*. Revista Virtual da AGU, Ano VII, nº 64, de maio de 2007.

GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). *Nos Limites da História: a Construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *A Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRANZOTO, Cláudio. *Advogado de Estado- Defesa do Interesse Público- Independência Funcional Mitigada*. Revista Virtual da AGU, Ano VII, nº 64, de maio de 2007.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4 ed. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. *O Novo Papel da Advocacia-Geral da União no Julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade*. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/data/jpf_article/30/file/onovopapeladaadvocaciasaul.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2011.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica & Direito – uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá. 2008.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (Org.). *Leituras Complementares de Direito Administrativo- Advocacia Pública*. Jus Podium, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Disponível em: <<http://www.pge.rj.gov.br/revista63>>. Acesso em: 01 dez. 2010.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

_____. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia Pública- algumas reflexões*. Jus Navegandi, ano 5, n. 51. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

PEIXOTO, José Roberto da Cunha. *A estatura constitucional da Advocacia de Estado da União*. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 10, nº. 107, p. 38-68, jan. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães (Coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Volume XVI. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2006.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *A Responsabilidade Solidária do Advogado Parecerista na licitação e a Posição do STF*. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, nº 1605, 23 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10689>>. Acesso em: 3 maio 2011.