



NOTA DECOR/CGU/AGU N.º 097/2009 - REM

PROCESSO N.º 53000.009479/2009-52

INTERESSADO: CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES

ASSUNTO: Encaminha proposta para contratação de consultoria jurídica e técnica de engenharia, objetivando alteração da legislação básica de radiodifusão.

As atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo Federal são exclusivas dos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados. Essas atividades constituem garantia fundamental para que a ação estatal não seja arbitrária nem ilegal. Impossibilidade jurídico-constitucional de atendimento ao pleito ora formulado pela Pasta interessada, em face da superveniência da Portaria AGU nº 527, de 14 de abril de 2009, que disciplina a realização de audiências e consultas públicas em processos administrativos que menciona, revogando, por consequência, a Portaria AGU nº 1.830, de 22 de dezembro de 2008.

Senhor Coordenador-Geral,

Veio a esta Consultoria, para análise e manifestação, o processo em referência, que se origina de Ofício nº 357/CONJUR-MC, de 14 de abril de 2009, protocolizado nesta AGU, em 17 de abril de 2009, encaminhando proposta para contratação de consultoria jurídica e técnico-especializada, com vistas à alteração da legislação básica de radiodifusão, do Ministério das Comunicações, com abrangência dos seguintes normativos de regência:

- . Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 1963;
- . Regulamento dos Serviços de Repetição e Retransmissão de Televisão;
- . Elaboração de um rito específico para a outorga dos serviços de radiodifusão em caráter educativo; e
- . Modernização dos procedimentos administrativos e dos atos decisórios vinculados análise dos projetos técnicos.

2. Aludida proposta busca fundamentar a pretendida contratação de consultoria jurídica (na modalidade de dispensa de licitação) na Portaria nº 1.830, de 22 de dezembro de 2008, ainda vigente na data de expedição do mencionado Ofício nº 357/2009, ou seja, em 14 de abril de

2009, cujo documento, entretanto, recebeu chancela mecânica, nesta AGU, em data de 17 de abril de 2009, dois dias após a entrada em vigor da Portaria nº 527, de 14 de abril de 2009 (DOU de 15 seguinte), que ao disciplinar “(...) *a realização de audiências e consultas públicas em processos administrativos que estejam sob apreciação dos órgãos da Advocacia-Geral da União – AGU e da Procuradoria-Geral Federal – PGF (...) em matéria de alta complexidade, com repercussão geral e de interesse público relevante(...)*”, também revoga a citada Portaria 1.830/2008.

3. Assim é que a partir da vigência da mencionada Portaria nº 527/2009, um novo cenário foi descortinado nos procedimentos administrativos voltados para a transparência dos atos decisórios, no âmbito da Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, relativamente à resolução de questões jurídicas relevantes, de alta indagação e complexidade – hipótese específica dos presentes autos.

4. Nessa linha, exsurge dos *consideranda* àquela regulamentação, a idéia de essencialidade quanto ao disciplinamento da realização de audiências e consultas públicas em processos administrativos que estejam sob apreciação dos órgãos da AGU e da Procuradoria-Geral Federal – PGF, cujo objeto verse sobre “*matéria de alta complexidade, com repercussão geral e de interesse público relevante.*”

5. Com efeito, dispõe o art. 1º e parágrafo único daquele normativo, *verbis*:

***“Art. 1º Poderão ser convocadas audiências ou consultas públicas nos processos administrativos que envolvam matéria de alta complexidade, com repercussão geral e de interesse público relevante, sob apreciação da Advocacia-Geral da União – AGU e da Procuradoria-Geral Federal – PGF.*”**

***Parágrafo único. A providência prevista no caput deste artigo tem por objetivo obter as manifestações por escrito ou os depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria objeto do processo administrativo.*”**





6. Importa considerar que o caráter vedatório imposto à pretendida contratação excepcional de que se cuida encontra seu fundamento jurídico-normativo diante da garantia fundamental, constitucionalmente assegurada aos membros da AGU e seus órgãos vinculados, quanto à exclusividade no desempenho da atividade de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal.

7. Tal limitação, de ordem jurídico-constitucional, traduz a responsabilidade pelo desempenho de uma atividade exclusiva de Estado (a chamada carreira de Estado), cujas funções institucionais previstas no art. 131, *caput* da Constituição Federal, exigem uma especial inerência, garantias e prerrogativas, por força da especial dose de autoridade, autonomia, fidelidade e exclusividade de dedicação, requeridas para o seu exercício.

8. Isso fica explícito na forma como a Carta Magna trata a matéria, *ex vi* do art. 131, §§ 1º e 2º, da Lei Maior:

“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. (...)”

9. A questão afeta à relevância da matéria trazida à discussão está inserida no âmbito de abrangência da novel Portaria nº 527/2009, que ao disciplinar a realização de audiências e



consultas públicas nos casos que menciona, também revoga a Portaria nº 1.830/AGU, de 22 de dezembro de 2008, que lastreou o pleito da Unidade Jurídica do Ministério das Comunicações.

10. Com escora nos permissivos constitucionais e nos comandos regulamentares aplicáveis à espécie, notadamente a Portaria nº 527/2009, deter-nos-emos apenas aos aspectos eminentemente jurídico-normativo e jurídico-constitucional que gravitam em torno da vedação legal quanto à pretendida contratação de consultoria jurídica, levando em conta que a consultoria técnica de engenharia diz respeito ao juízo de conveniência e oportunidade daquela Pasta, observados os limites impostos pela legislação de regência; e a finalidade legal que justifica a contratação, com vistas à solução mais adequada à continuidade administrativa de sua atividade-fim.

11. É cediço que a atividade consultiva, no âmbito do Poder Executivo, é desempenhada pelo Advogado-Geral da União e os seguintes órgãos integrantes da estrutura organizacional da AGU, quais sejam, Consultoria-Geral da União, Núcleos de Assessoramento Jurídico, Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Paralelamente, há que considerar ainda que tal atividade também é exercida pela Procuradoria-Geral Federal e pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil – órgãos vinculados a Advocacia-Geral da União.

12. A propósito, o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, veda expressamente a execução indireta de atividades ali mencionadas, assim dispondo:

“Art. 1º (...)

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”

13. Na mesma dimensão, o art. 9º da Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, traz idêntica advertência ao vedar expressamente a contratação de atividades que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários; e ainda, a contratação de atividades que constituam a missão institucional do órgão: situação esta em que se enquadra a Advocacia-Geral da União.

14. Igualmente direcionado ao escopo informado pela missão institucional foi editado o Ato Regimental nº 8, de 27 de dezembro de 2002, que no art. 1º e § 1º, rezam:

“Art. 1º Os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União – AGU, integrantes das Carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional, e os Membros da Carreira de Procurador Federal, observadas as concernentes disposições constitucionais, e aquelas da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, e demais disposições pertinentes, exercerão a representação judicial e extrajudicial da União, de suas autarquias e fundações e as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, de competência da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, nos termos e forma deste ATO REGIMENTAL.

§ 1º No desempenho das atribuições de seus cargos, os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal observarão especialmente:

I – a Constituição Federal, as leis e os atos normativos emanados dos Poderes e autoridades competentes;

II – o interesse público, neste considerado o da sociedade, o da União e de cada um dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

III – as Políticas Públicas fixadas pelo Governo Federal;

IV – os princípios éticos e morais inerentes aos agentes públicos;

V – as orientações dos seus superiores hierárquicos.(...)”





15. A matéria não é nova, ensejando inúmeros pronunciamentos por parte desta CGU, em casos idênticos ou similares, e à guisa de ilustração, julgamos oportuno trazer ao presente estudo o precedente consubstanciado no laborioso PARECER AGU/SFT-001, de 12 de março de 2009, da lavra do Advogado da União SERGIO EDUARDO DE FREITAS TAPETY, ao apreciar pleito formulado pelo Ministério de Minas e Energia, que pretendia a “*contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços jurídicos de notória especialização, com vistas à realização de estudos jurídico-tributários e técnicos de proposta do marco legal para o setor mineral brasileiro*”.

16. Com efeito, daquela elucidativa e percuciente manifestação podemos extrair os seguintes delineamentos, pela inteireza, correção, propriedade e certeza jurídica com que se destacam:

“(...) 19. Dessa forma, o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo Federal, realizado pela Advocacia-Geral da União, não pode ser transferido àqueles que não sejam membros desta Instituição e de seus órgãos vinculados, pois, caso contrário, haveria terceirização ilícita.

20. Reforça esse entendimento, ou seja, de que somente os membros da Advocacia-Geral da União podem desempenhar as funções institucionais previstas no art. 131 da Magna Carta, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI-MC nº 881-ES, que analisou a aplicação do art. 132 da Constituição Federal.

21. Esse dispositivo constitucional atribui aos Procuradores de Estados e do Distrito Federal as funções de representação judicial e de consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Essas atribuições são em tudo similares às desempenhadas pelos membros integrantes da Advocacia-



Geral da União e de seus órgãos vinculados, restando, assim, perfeitamente aplicável, ao caso em tela, o posicionamento adotado no referido decisum.

22. Nesse acórdão da Suprema Corte foi firmado o entendimento de que o desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo Estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada exclusivamente aos membros da Advocacia Pública do Estado. Logo, o teor dessa decisão do Supremo Tribunal Federal é plenamente aplicável à Advocacia-Geral da União.(...)

(...) 28. Portanto, quando o constituinte de 1988 criou a Advocacia Pública como uma das Instituições estatais ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, foi-lhe assegurada a competência exclusiva para o exercício de suas atribuições constitucionais consideradas essenciais à Justiça, com vistas a garantir a efetividade do Estado Democrático de Direito.(...)

(...) 42. Portanto, conforme exposto pelo citado doutrinador, se as funções dessas Instituições são “ públicas não só quanto à finalidade mas também quanto aos agentes, pois são exercidas por agentes públicos”, não haverá respaldo constitucional a transferência de tais funções a terceiros.

43. (...) é importante ressaltar que também não haverá amparo constitucional a contratação excepcional (sic) de advogado particular para a representação judicial e extrajudicial da União, bem como para as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo Federal.(...)

(...) 45. Constituiria ato atentatório à efetiva atuação da Advocacia-Geral da União se as suas competências constitucionais, previstas no art. 131 da Constituição Federal, fossem atribuídas a terceiros, mesmo que excepcionalmente.



(...) 48. Reforça esse entendimento o Parecer normativo da Advocacia-Geral da União GQ – 163, de 1998, que tratou da competência desta Instituição para representação judicial e extrajudicial da União. Foi exposto, in verbis:

“(...) 22. A representação judicial e extrajudicial da União, diz a Carta no art. 131, caput, compete à Advocacia-Geral da União – AGU. A Constituição não prevê qualquer exceção. Em nenhum de seus artigos – nem expressa nem implicitamente – se encontra permissão para que outra Instituição ou mesmo alguma autoridade possa representar judicial e extrajudicialmente a União. Logo, só a Advocacia-Geral da União tem competência para a representação judicial e extrajudicial da União. Esta competência é, conseqüentemente, exclusiva, quer dizer, própria da Advocacia-Geral da União, é peculiar à Instituição, com exclusão de qualquer autoridade que não integre a AGU. Esta competência, a Instituição a exerce por duas formas: a) de forma direta, evidentemente, por seus Membros; b) de forma indireta, por intermédio de seus Órgãos vinculados.”

49. O mencionado Parecer normativo apresenta a seguinte conclusão:(...)

- a) A Constituição Federal reservou à AGU a representação judicial e extrajudicial da União (art. 131). Essa competência, a AGU a exerce diretamente por seus Membros, ou indiretamente, por meio de seus Órgãos vinculados, que são os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas;**
- b) A partir da Lei Complementar nº 73, de 1993, que regulou o art. 131 da Constituição Federal, a representação judicial e extrajudicial das autarquias e das fundações públicas cabe exclusivamente aos órgãos jurídicos das entidades;**

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke.

(...) 53. Com base nesse Parecer normativo, vinculante para toda Administração Pública Federal (art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993), pode-se confirmar todo o entendimento anteriormente exposto quanto à competência exclusiva da Advocacia-Geral da União para desempenhar, por meio de seus membros, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo Federal.(...)"

17. Guarda inteira pertinência também com o assunto que ora se examina, o melhor lecionamento doutrinário ministrado pelo insigne publicista CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, citando Renato Alessi:

"(...) a atividade administrativa apresenta-se sob duplo aspecto. De um lado, realça-se seu sentido positivo, querendo significar que a lei tanto pode erigir vedações à Administração, quanto impor-lhe a busca de certos fins propostos como obrigatórios; de outro lado, acentua-se um sentido negativo, ainda mais importante, qual seja: o de que a Administração não pode fazer senão o que de antemão lhe seja permitido por uma regra legal.

Esta mesma idéia foi vincada em frase lapidar por Michel Stassinopoulos, ao averbar que a Administração não está apenas proibida de agir contra legem ou extra legem, mas só pode atuar secundum legem" (Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2ª Ed. São Paulo, Malheiros; 1993, p.51).

18. Além disso, a Administração Pública está indissociavelmente atrelada aos princípios a seguir adnumerados (de ordem constitucional, legal e regulamentar); e deveres, dos quais deles não pode se afastar nem transigir, sob pena de invalidade dos atos decorrentes de suas atividades. *Princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, supremacia do interesse público, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação,*



devido processo legal, controle judicial dos atos administrativos, responsabilidade do Estado-Administração por ato comissivo ou omissivo, oficialidade, informalismo moderado, interesse público indisponível, segurança jurídica (ou estabilidade das relações jurídicas) e imputação. Deveres: agir; eficiência, eficácia e efetividade, quanto aos atos e decisões; probidade e de prestar contas.

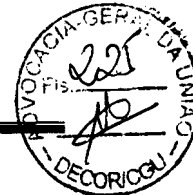
19. Na especificidade da hipótese, urge distinguir as situações propostas para a **contratação de consultoria**, por parte daquela Pasta: de um lado a de cunho eminentemente jurídico; de outro, a técnico-especializada. **A primeira, insere-se no âmbito das atividades que constituem a missão institucional do órgão, situação em que se enquadra a Advocacia-Geral da União.** A segunda, por sua vez, contempla os serviços relativos à atividade-fim do Ministério interessado.

20. O tema trazido ao debate, alcançado pela vedação imposta pelos normativos de regência, encontra seu fundamento jurídico-constitucional na assertiva de que **somente os membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados podem exercer as funções institucionais de representação judicial e extrajudicial da União, de suas autarquias e fundações públicas, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.**

21. Em novo cenário que se descortina no âmbito desta Instituição, relativamente às matérias contempladas pela recente Portaria 527/2009, importa destacar que as audiências e/ou consultas públicas ali disciplinadas, além de imprimirem transparência aos atos decisórios dos agentes políticos, administradores e gestores governamentais, possibilitam a ampliação da gama de serviços e facilidades que se descortinam em função da implementação de políticas setoriais daquela Pasta, notadamente, a inclusão digital, diante de uma evolução tecnológica que se renova dia após dia, na mesma velocidade com que se instrumentalizam as mudanças de natureza multifária no mundo globalizado.

22. Hodiernamente, tais audiências e/ou consultas públicas, ao lado dos conselhos de gestão de políticas e serviços públicos, constituem, também, mecanismos de transparência e controle social destinados a propiciar aos cidadãos, individualmente ou mediante entidades

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a final flourish.



representativas ou segmentos interessados, expressarem suas razões, opiniões, contribuições e soluções acerca da multiplicidade de matérias e questões de alta indagação, complexidade, repercussão geral e interesse público relevante.

23. Com isso, ganham: o Estado-Administração, pelo resultado da eficiência, eficácia e efetividade; e a própria sociedade, que se mobiliza para obter a certeza de elevação da qualidade dos serviços prestados pelo poder público.

24. Releva anotar que essa contribuição ou participação cooperativa do cidadão no processo de transparência ou controle social deve ser promovida de forma consciente, com independência e preparação suficientes, de modo que possam ser exibidos benefícios visíveis e palpáveis de sua atuação, e que não resulte na mera conformação (aceitação) a normas e padrões estereotipados ou pré-estabelecidos do segmento do serviço a ser concedido, permitido ou autorizado.

25. Mais: ainda que aquela Pasta se tenha vinculado, *a priori*, a premissas, recomendações e formulações baseadas em suas atuais plataformas de serviço, as oitivas e contribuições oportunizadas nas audiências e/ou consultas públicas, certamente servirão de suporte valioso às plataformas que não se mostrem tecnicamente adequadas à ampliação do leque de serviços, ou que se revelem em desarmonia com a legislação de regência.

Em tais circunstâncias, impõe-se concluir que:

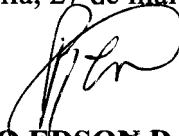
- a) As atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo Federal são exclusivas dos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados. Essas atividades constituem garantia fundamental, constitucionalmente assegurada, para que a ação estatal não seja arbitrária nem ilegal;
- b) por conseqüência, não se vislumbra possibilidade jurídico-constitucional de atendimento ao pleito ora formulado pela Pasta interessada, na forma pretendida, tendo em vista a revogação da Portaria AGU nº 1.830, de 22 de

dezembro de 2008, e a superveniência da Portaria AGU nº 527/2009, que disciplina a realização de audiências e consultas públicas em processos administrativos que menciona; e

- c) com vistas à consecução dos objetivos ora propostos, deve aquela Pasta submeter à análise do órgão de direção superior da AGU, solicitação devidamente fundamentada para a realização de audiências ou consultas públicas, a teor do art. 2º da multicitada Portaria nº 527/2009.

À consideração superior.

Brasília, 27 de maio de 2009.



RAIMUNDO EDSON DA COSTA MINEIRO
Advogado da União
Matricula SIAPE nº 6451285