



PARECER N° AGU/SFT 001 /2009

PROCESSO N.º 00400.012110/2008-77

INTERESSADO: Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia.

ASSUNTO: Compete exclusivamente à Advocacia-Geral da União e aos seus órgãos vinculados, por meio de seus membros, o desempenho das competências previstas no art. 131 da Constituição Federal e na Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993. Impossibilidade legal de contratação excepcional de serviços particulares de advocacia por órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Senhor Diretor,

O Consultor Jurídico do Ministério de Minas e Energia encaminhou ao Consultor-Geral da União, por meio do Ofício n° 356/2008-CONJUR/MME, cópia dos Pareceres CONJUR/MME n°s 403 e 404/2008, ambos de 25 de setembro de 2008, que analisaram a juridicidade da *“contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços jurídicos de notória especialização com vistas à realização de estudos jurídicos-tributários e técnicos de proposta do marco legal para o setor mineral brasileiro.”*

02. Foi exposto no mencionado documento, *in verbis*: *“O assunto versado nos pareceres foi tratado em reunião do signatário com o Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, ocorrida no dia 18 de setembro de 2008, ocasião em que foi apresentada minuta da manifestação ao Senhor Ministro, restando firmado o compromisso de encaminhamento a essa CGU, para fins de avaliação quanto à*

4



eventual revisão do entendimento exarado no Parecer AGU n° GQ-77, de 11 de julho de 1995.”

03. O entendimento consubstanciado nos Pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia, acima mencionados, foi no sentido de que “*a contratação de serviços jurídicos a serem prestados por advogados privados deve ser restringida às hipóteses em que o interesse público será indiscutivelmente melhor tutelado, por não dispor a AGU de quadros com o grau de especialização necessário para o enfrentamento das questões de elevada complexidade jurídica e repercussão.*”

04. Ainda, por recomendação do Consultor Jurídico do referido Ministério, a matéria foi submetida à apreciação desta Consultoria-Geral da União, pelos seguintes motivos, *in verbis*:

“O Parecer AGU n° GQ-77 de 11/07/1995, cujo teor ainda mantém sua força vinculante, foi proferido em um estado da arte de desenvolvimento embrionário da AGU, em que rotineiramente a instituição em formação tinha que se socorrer da contratação de advogados privados, de modo a que fosse viabilizada a própria defesa da União no vasto território nacional. Hoje o cenário é bastante diferente, demandando, ao menos, uma revisão do entendimento a ser uniformemente adotado no âmbito da Administração Pública. Recomendo, portanto, o encaminhamento do presente Parecer para a consideração e análise por parte do órgão central da Advocacia-Geral da União.”(N)

É o relatório.

05. Cuida-se o presente processo de tema de grande relevância para o desempenho das competências institucionais da Advocacia-Geral da União, em especial, aquela voltada para o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo Federal.



06. A matéria posta nestes autos está relacionada à contratação de advogados não integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados, com vistas a exercerem, em caráter excepcional, as atividades de consultoria e de assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

07. Inicialmente, é importante citar que o art. 131, *caput*, da Constituição Federal, dá o respaldo constitucional para que a Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados desempenhem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo Federal.

08. Antes da criação desta Instituição, essas atividades eram exercidas pela Consultoria-Geral da República, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Consultorias Jurídicas nos Ministérios e pelas Procuradorias Autárquicas e Fundacionais.

09. Atualmente, pode-se afirmar que a atividade consultiva é desempenhada pelo Advogado-Geral da União e pelos seguintes órgãos que integram a estrutura organizacional da Advocacia-Geral da União: Consultoria-Geral da União, Núcleos de Assessoramento Jurídico, Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Ainda, aquela atividade também é exercida pela Procuradoria-Geral Federal e pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, órgãos vinculados a esta Instituição.

10. A Constituição Federal faz menção aos membros da Advocacia-Geral da União em dois dispositivos, que são: "*Art. 131 (...). § 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*". Ou seja,

A handwritten signature located in the bottom right corner of the page.



o primeiro diz respeito à forma de provimento do cargo de Advogado – Geral da União, e o segundo exige concurso público para que se possa ingressar nas carreiras desta Instituição.

11. Já a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que regulamentou o art. 131 da Constituição Federal, traz em seu art. 2º, § 5º, quais são os membros da Advocacia-Geral da União, senão vejamos: *“Art. 2º (...). § 5º São membros da Advocacia-Geral da União: o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários – Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores – Auxiliares, os Procuradores – Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos (esses cargos foram transformados em cargos de Advogados da União por força do art. 11 da Lei nº 10.549, de 13 de novembro de 2002).”*

12. Logo, é por meio desses agentes públicos que a Advocacia-Geral da União desempenha as suas funções institucionais previstas no art. 131, *caput*, da Constituição Federal.

13. Por sua vez, as funções institucionais da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria – Geral do Banco Central do Brasil são exercidas, respectivamente, pelos membros das Carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil.

14. Assim sendo, pode-se concluir que 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.

15. Diante do disposto no art. 131 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 73, de 1993, não é possível construir o entendimento de que as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo Federal possam ser delegadas a terceiros. Isto porque, essas atividades são típicas de Estado, sendo, então, privativas dos membros da Advocacia-Geral da União e dos seus órgãos vinculados.

16. Ademais, caso se faça a delegação da referida atividade a quem não seja membro da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados, restará caracterizada a terceirização da atividade-fim desta Instituição, que hoje é taxativamente repelida pelo Poder Executivo Federal, pelo Poder Judiciário Federal e pelo Tribunal de Contas da União.

17. Acerca dessa matéria, cabe trazer a baila 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. **Esse ato normativo veda expressamente a execução direta de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, senão vejamos:**

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

(...)

§ 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.”(N)



18. Além disso, quanto a esse tema, é importante destacar que a União firmou termo de conciliação com o Ministério Público do Trabalho, na Ação Civil Pública nº 001810-2006-017-10-00-7, cujo objeto é exatamente impedir a terceirização ilícita no âmbito da Administração Pública Federal Direta.

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.

A small, handwritten mark or signature in the bottom right corner of the page.



23. Seguindo essa mesma linha de pensamento, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Relator da ADI 1.679 – GO, expôs em seu voto, *in verbis*:

“(…) Entretanto, a representação dos Estados Federados dá-se por meio dos Procuradores dos Estados, no exercício de atividade exclusivamente a estes afeta – tanto a representação judicial como a consultoria jurídica – nos termos do art. 132, da Constituição da República.

(…)”

24. Assim, a Constituição Federal, nos seus arts. 131 e 132, ao tratar da Advocacia Pública, institucionalizou os serviços jurídicos federais e estaduais, tanto de representação judicial e extrajudicial quanto de consultoria e assessoramento jurídico, assegurando que essas atividades sejam exercidas exclusivamente pelos seus membros.

25. Esse tratamento constitucional conferido à Advocacia Pública, em particular no que tange às atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, tem por objetivo, entre outros, garantir que o aconselhamento jurídico dos atos administrativos seja feito por meio de seus membros, com o intuito de alcançar a vontade da lei e a satisfação do interesse público.

26. Justamente para garantir a aplicação do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), e, por consequência, a preservação do Estado de Direito, foram fixados aos membros da Advocacia Pública, no desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, garantias e deveres funcionais previstos em estatuto jurídico próprio, que os distinguem da advocacia particular.

27. Outro fator que os diferencia é o vínculo jurídico funcional entre o Estado e os advogados públicos, que faz com que estes fiquem sempre sujeitos, no exercício



do múnus público, a uma disciplina específica estabelecida na legislação administrativa.

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.

29. Pode-se dizer, por conseguinte, que a Constituição Federal delegou uma parcela do poder estatal à Advocacia Pública para a defesa dos interesses públicos estabelecidos em lei e cometidos ao Estado.

30. Logo, essa parcela de poder estatal conferida à Advocacia Pública nos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, somente por ela poderá ser exercida, sob pena de violação ao texto constitucional.

31. É por essa razão que as funções institucionais da Advocacia-Geral da União devem ser desempenhadas por seus membros e não por terceiros.

32. Ora, da mesma forma que é inadmissível que as funções institucionais do Ministério Público sejam exercidas por quem não seja membro dessa Instituição, o mesmo se pode dizer com relação à Advocacia-Geral da União.

33. A única exceção à regra do exercício privativo das funções institucionais do Ministério Público está prevista na própria Constituição Federal, que, em seu art. 5º, inciso LIX, determina: "*será admitida ação privada nos crime de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*". É a chamada ação penal privada subsidiária da pública.

A small handwritten mark or signature in the bottom right corner of the page.



34. Nesse caso fica afastado, excepcionalmente, o princípio da oficialidade que rege a ação penal pública, ou seja, não será um órgão do Estado (Ministério Público) quem promoverá a ação penal.

35. Constata-se, assim, que é a Carta Magna que traz todo o disciplinamento da matéria, não permitindo que norma infraconstitucional confira a outrem o exercício das funções institucionais do Ministério Público.

36. Por essa mesma razão, as funções institucionais privativas da Advocacia-Geral da União não poderão ser delegadas a terceiros, uma vez que a Constituição Federal assim não permitiu.

37. Dessa forma, não terá amparo constitucional a edição ou a interpretação de norma infraconstitucional que transfira o exercício das competências constitucionais da Advocacia-Geral da União, ainda que em caráter excepcional, a outra instituição ou pessoa.

38. Assim, não resta dúvida de que a Constituição Federal concedeu ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União o mesmo tratamento, haja vista a importância de suas funções institucionais, tanto isso é verdade que foram previstas no mesmo Capítulo (Das Funções Essenciais à Justiça).

39. Por conseguinte, tanto o Ministério Público quanto à Advocacia-Geral da União têm o mesmo status constitucional, ou seja, elas foram colocadas na Magna Carta em posição de horizontalidade. Cabe também incluir nesse rol a Defensoria Pública.

A small, handwritten mark or signature located in the bottom right corner of the page.



40. A atuação dessas Instituições é pressuposto para o funcionamento do Poder Judiciário e para a efetividade do Estado Democrático de Direito.

41. Segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹, essas Instituições são denominadas de “Procuraturas Constitucionais”. Esse conceituado administrativista preleciona, *in verbis*:

“A constituição cria três tipos institucionais de procuraturas, estas encarregadas das funções essenciais à justiça, exercendo, cada uma delas, atribuições consultivas e postulatórias, todas bem definidas a nível constitucional (artigos 127, 129, 131, 132, 133 e 134, CF) e infraconstitucional (Constituições estaduais e respectivas leis orgânicas), voltadas a três conjuntos de interesses caracterizados.

O primeiro conjunto de interesses abrange, basicamente, dois importantes subconjuntos: os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da constituição), detalhados em rol de funções (art. 129, CF), em relação aberta, porquanto pode ser acrescida de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade institucional (art. 129, IX). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia da sociedade, e a procuratura que a tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus ramos federais, distrital federal e estaduais.

O segundo conjunto de interesses são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia do Estado (art. 131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as procuraturas que têm a seu cargo são a Advocacia Geral da União (órgão coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares).

O terceiro conjunto de interesses são individuais, coletivos e até difusos, mas todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los: são os interesses dos necessitados (artigo 5º, LXXIV, da Constituição). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia dos necessitados e a procuratura que a tem a seu cargo é a Defensoria Pública, Federal, distrital federal e estadual (artigo 134, CF.).

(...)

¹ DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO (2001), As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado. Ano 1, nº 1 Set. 2001 Porto Alegre: Metropole.