ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 17 – março/abril/maio 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

DA PRIVATIVIDADE DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO POR SEUS MEMBROS

Prof. Aldemario Araujo Castro

Procurador da Fazenda Nacional, Corregedor-Geral da Advocacia da União, Professor da Universidade Católica de Brasília - UCB, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB, Ex-Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional, Ex-Coordenador-Geral da Dívida Ativa da União.

I. INTRODUÇÃO

Quem pode exercer, de forma lícita, nas perspectivas constitucional e legal, as funções institucionais da Advocacia-Geral da União? Curiosamente, a indagação fundamental, componente da própria identidade da AGU, registra respostas inusitadas e, até mesmo, inaceitáveis, no seio da instituição.

Um dos casos mais emblemáticos das visões internas "distorcidas" em torno do tema pode ser encontrado no Parecer PGFN nº 970, de 1997. Ali restou consignado, por mais incrível que possa parecer, que os Procuradores da Fazenda Nacional, bem assim os demais membros das carreiras da Advocacia-Geral da União, não foram contemplados, quer pelo constituinte, quer pelo legislador ordinário, com atribuições "privativas" de representação judicial da União.

Nas Consultorias Jurídicas dos Ministérios ainda subsiste um quadro consideravelmente preocupante. Segundo levantamento realizado pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União no final de 2007, a partir de Procedimento Correicional Extraordinário[1], quase 40% (quarenta por cento)

1 "c) Procedimentos Correicionais - desenvolvidos, principalmente, no exercício das atribuições previstas nos artigos 5º, inciso II e 32, inciso II, da Lei Complementar nº 73/1993, quando a investigação não requeira deslocamento da equipe correicional para fins de inspeção *in loco*, mediante a busca e análise de informações relativas ao órgão correicionado, ou à

dos servidores envolvidos diretamente com as atividades de assessoria e consultoria jurídicas da União naqueles órgãos não ocupavam cargos efetivos das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União.

Portanto, estamos diante de uma daquelas situações em que é preciso afirmar, reafirmar e demonstrar o **óbvio**.

II. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DE SEUS MEMBROS

O Texto Maior definiu, no *caput* do art. 131, as funções institucionais da Advocacia-Geral da União[2]. Com efeito, a representação judicial e extrajudicial da União e a consultoria e o assessoramento jurídicos do Poder Executivo são deveres funcionais a serem exercitados no âmbito da instituição ou, em outras palavras, pelo sistema de órgãos jurídicos da Advocacia Pública Federal.

Ocorre que o mesmo art. 131 da Constituição, agora no parágrafo segundo, prescreveu que o ingresso nas classes iniciais das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União será efetivado por meio de concurso público de provas e títulos[3].

O disposto no art. 131, parágrafo segundo, merece especial atenção. Afinal, a exigência de concurso para ingresso nos cargos públicos já está inscrita no art. 37, inciso II, da mesma Carta Magna[4]. Não é crível admitir que o comando consiste em mera repetição da salutar e republicana definição constitucional. São outras, portanto, as finalidades do parágrafo segundo do art. 131 da Constituição.

---

servidor, cuja atuação funcional estiver sendo examinada, de ofício ou a partir de representação;". Relatório de Atividades do Exercício de 2007 da Corregedoria-Geral da Advocacia da União. Disponível em: <http://www.agu.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

2 "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".

3 "§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".

4 "II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)".

Os dois sentidos mais importantes do dispositivo em comento, notadamente quando realçada a sua topografia, como parágrafo do art. 131, são: a) a fixação do *status* ou dignidade constitucional das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União5 e b) a definição de que as funções institucionais da Advocacia-Geral da União são exercitáveis pelos integrantes de suas carreiras jurídicas6.

O primeiro sentido, reafirmado, ainda no Texto Maior, precisamente no art. 29, parágrafo segundo, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[7], impõe conseqüências bem definidas, notadamente no campo remuneratório e das prerrogativas e garantias para o exercício isento das atribuições. Embora as presentes considerações estejam voltadas para o referido segundo sentido do parágrafo segundo do art. 131 da Constituição, não custa registrar, desde logo, alguns dos seus mais importantes desdobramentos, como nítidos imperativos constitucionais, na esteira do primeiro sentido.

Assim, o *status* constitucional das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, em presença simétrica com as carreiras que dão vida às demais funções essenciais à Justiça, exige a fixação, no plano legal, de um regime jurídico paritário. Tal paridade deve ser efetivada em remunerações estabelecidas nos mesmos níveis e em prerrogativas e sujeições similares e condizentes com o exercício das atribuições específicas.

---

5 "Analisando a concepção de agentes públicos adotada pela Constituição de 1988, *Moreira Neto* (1991, p. 245) aduz que os agentes que exercem as funções essenciais à justiça (dentre os quais se incluem os membros da Advocacia-Geral da União) são verdadeiros 'agentes políticos'. Isto porque 'há muito que o direito político deixou de considerar o provimento eletivo como o critério definitório do político: o traço diferenciativo deslocou-se para a *indisponibilidade* da função pública desempenhada' (MOREIRA NETO, 1991, p. 244). Tratam-se, portanto, de agentes públicos de existência necessária (e não contingente), a qual se prende 'ao exercício diferenciado de funções derivadas do Poder Uno do Estado, estritamente vinculadas à sua finalidade e, por isso, com cargo de autoridade própria' (MOREIRA NETO, 1991, p. 244). Tal concepção de agente político, por óbvio, pressupõe a exclusividade no exercício das atribuições de tais agentes, as quais, como regra, não podem ser desempenhadas por terceiros". MACEDO, Rommel. Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988. São Paulo: LTr, 2008. p. 57. A referência a Moreira Neto corresponde ao eminente jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

6 "No que tange à exclusividade no exercício das competências da Advocacia-Geral da União por parte de membros de suas carreiras (com exceção do próprio Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República), isto se revela corolário da própria leitura dos §§ 1º e 2º do art. 131 da Constituição de 1988. Clarividente, assim, a regra de que as referidas competências não podem ser exercidas por pessoas não integrantes das carreiras da instituição". MACEDO, Rommel. Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988. São Paulo: LTr, 2008. p. 57.

7 "§ 2º - Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irretratável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União".

Ressalte-se, neste passo, um quadro dos mais perversos para com a advocacia pública federal. Tratam-se dos "esquecimentos" da fixação das prerrogativas necessárias para o exercício isento e eficiente das funções desse estratégico segmento do Estado e da definição de patamares remuneratórios compatíveis, evitando, inclusive, o "canibalismo" entre carreiras jurídicas, com as mais nefastas conseqüências daí decorrentes. Por outro lado, as sujeições são "convenientemente", e de forma isolada, "lembradas". Observe-se que o exercício da advocacia, pelos Membros da Advocacia-Geral da União, somente nas funções institucionais foi consagrado com acerto no art. 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73, de 1993[8]. Recentemente, por força do art. 6º da Lei nº 11.890, de 2008, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 440, de 2008, foi veiculada uma nova sujeição ou restrição: "... *regime de dedicação exclusiva, com o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários*".

Retomamos o segundo sentido do parágrafo segundo do art. 131 da Constituição.

As funções de assessoramento, consultoria e representação judicial e extrajudicial da União são estratégicas para o Estado. Afinal, a existência e a continuidade de cruciais decisões governamentais e de imprescindíveis políticas públicas dependem necessariamente das várias formas de atuação jurídica da Administração Pública. Ademais, o resguardo do patrimônio público, em sentido amplo, contra toda sorte de investidas indevidas depende de uma Advocacia Pública forte e aparelhada, em todos os sentidos, para resistir aos ataques oriundos dos interesses mais diversificados.

Nessa linha, o constituinte foi sábio. Não só criou a instituição Advocacia-Geral da União, mas também previu expressamente o seu princípio ativo, a sua sustentação visceral: as carreiras jurídicas da instituição9.

---

8 "Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais;"

9 A carreira de Procurador Federal convive com uma situação muito peculiar. Com efeito, os Procuradores Federais não são Membros da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 2º, parágrafo quinto, da Lei Complementar nº 73, de 1993. Ocorre que a Procuradoria-Geral Federal, *habitat* natural dos Procuradores Federais, integra, de fato e de direito, a Advocacia-Geral da União. Assim, é de todo conveniente utilizar a expressão "carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União" envolvendo os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Procuradores Federais.

Convém destacar que o discurso da Lei nº 10.480, de 2002, particularmente o seu art. 9º, deve ser tomado com o devido cuidado e de forma sistêmica. Não guarda nenhuma lógica ou sentido a existência de um órgão (a PGF) despersonalizado e vinculado, portanto, estruturalmente alheio, à Advocacia-Geral da União. Notadamente, quando esse órgão não integra a Presidência da República ou algum dos Ministérios. Assim, a leitura racional do comando legal, segundo os cânones da ordem constitucional brasileira, impõe a conclusão de que a PGF integra, compõe ou faz parte da Advocacia-Geral da União, assim como a Procuradoria-Geral da União e a Consultoria-Geral da União.

Depreende-se, pois, do discurso constitucional que instituição e carreiras formam uma necessária simbiose. Não existe um sem o outro.

Seguramente, não existiria, como efetivamente não existe, espaço constitucional para o exercício descompromissado das funções institucionais da Advocacia-Geral da União. Não possui o menor sentido "capturar", no mercado dos interesses predominante privados, profissionais que, sem perda dos vínculos com esses últimos interesses, passem a gerir ou "defender", por espasmos, por conveniências, interesses públicos tão relevantes.

III. A LEI ORGÂNICA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E O EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS

A privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União por seus Membros pode perfeitamente ser desdobrada do quadro normativo constitucional regente da matéria.

Ocorre que o legislador complementar, especificamente o legislador da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, com precisão e propriedade, obediente ao Texto Maior, eliminou qualquer dúvida residual em torno do assunto.

A Lei Complementar nº 73, de 1993, elencou como Membros da Advocacia-Geral da União os ocupantes dos mais relevantes cargos comissionados de direção da instituição ao lado dos integrantes das carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico[10]. Não há menção, sequer tangencial, a "outros" membros, mesmo

---

Nesse sentido, observe-se que as leis orçamentárias da União para 2008 e 2009 não contemplam orçamentos separados para a AGU e para a PGF. As dotações orçamentárias para o funcionamento da PGF estão inseridas no âmbito da AGU.

Também deve ser ressaltada a correção da proposta de nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, elaborada sob a orientação do Advogado-Geral da União, Ministro José Antônio Dias Toffoli, que contempla explicitamente os Procuradores Federais como Membros da Advocacia-Geral da União, ao lado dos Advogados da União e dos Procuradores da Fazenda Nacional.

10 "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".

Registre-se que o art. 11 da Lei nº 10.549, de 2002, transformou em cargos de Advogado da União os cargos efetivos, vagos e ocupados, da carreira de Assistente Jurídico.

transitórios, da instituição ou vinculados a ela, a quem poderia ser atribuído o exercício de alguma das funções institucionais da Advocacia-Geral da União.

Atribuiu-se à Corregedoria-Geral da Advocacia da União a competência básica, ou fundamental, de fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da instituição, vale dizer, dos ocupantes dos cargos das carreiras antes indicadas, podendo, inclusive, receber e processar representações relativas à atuação funcional[11]. Mais uma vez, importa registrar, não há menção, sequer lateral, a fiscalização de "outros" agentes incumbidos do exercício das funções institucionais da AGU. Imagine-se o absurdo, sob todos os postos de vista, do exercício de estrita fiscalização sobre os integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União e a ausência desse controle, viabilizando "frouxa" atuação, sobre "outros", mesmo transitórios, "agentes" da advocacia pública. Assim, restou consignada a fiscalização tão-somente sobre os Membros da instituição porque somente esses exercem, em condições regulares ou normais, as funções de consultoria e assessoramento jurídicos e de representação judicial e extrajudicial da União.

Como Membros da instituição Advocacia-Geral da União, aqui vista como um sistema de órgãos e agentes públicos responsáveis pelo exercício da Advocacia Pública da União, os integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União gozam de certas prerrogativas, ainda insuficientes, para garantia de isenção no exercício de suas atribuições. É justamente por essa razão que existe o Conselho Superior da AGU[12]. É justamente por esse motivo que existem aspectos da vida funcional dos integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União que não são tratados de forma idêntica as dos demais servidores, notadamente os servidores de apoio administrativo da própria instituição. Esses aspectos são justamente os concursos, as promoções, as remoções e as habilitações em estágio confirmatório.

Essa última ordem de considerações, afastando o trato de inúmeros aspectos da vida funcional dos Membros da Advocacia-Geral da União da inserção, pura e simples, na organização tradicional dos serviços administrativos, permite a conclusão de que a existência de "outros" advogados da União, desprovidos das garantias inscritas na Lei Complementar nº 73, de 1993, não se coaduna com a condução do interesse público nessa seara. Não

11 "Art. 5º - A Corregedoria-Geral da Advocacia da União tem como atribuições: I - fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia-Geral da União; (...) III - apreciar as representações relativas à atuação dos Membros da Advocacia-Geral da União; (...) VI - instaurar, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processos administrativos contra os Membros da Advocacia-Geral da União".

12 "Art. 7º - O Conselho Superior da Advocacia-Geral da União tem as seguintes atribuições: I - propor, organizar e dirigir os concursos de ingresso nas Carreiras da Advocacia-Geral da União; II - organizar as listas de promoção e de remoção, julgar reclamações e recursos contra a inclusão, exclusão e classificação em tais listas, e encaminhá-las ao Advogado-Geral da União; III - decidir, com base no parecer previsto no art. 5º, inciso V desta Lei Complementar, sobre a confirmação no cargo ou exoneração dos Membros das Carreiras da Advocacia-Geral da União submetidos à estágio confirmatório; IV - editar o respectivo Regimento Interno".

parece razoável que a União possa ter advogados de duas classes ou categorias: uma fração investida de garantias, ainda que insuficientes, para o exercício isento das atribuições13 e outra parte submetida a toda sorte de pressões ou injunções, sem os mecanismos ou meios para frear tais investidas indevidas.

Por outro lado, o legislador complementar, atento aos ditames constitucionais do art. 131, parágrafo segundo, regulou, em linhas gerais, notadamente no art. 21[14], como se processam os concursos públicos para "ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição", repetindo aqui o discurso constitucional. Custa crer que o legislador constituinte, seguido fielmente pelo complementar, tenha dispensado atenção aos integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União como alguns, entre "outros", advogados da União.

O art. 28 da Lei Complementar nº 73, de 1993, fixou um austero, um rígido, um espartano modelo para o exercício da advocacia pública. Com efeito, o legislador, para os Membros da Advocacia-Geral da União, só permitiu o desempenho da advocacia no âmbito das funções institucionais15. Sublinhe-se que sequer em causa própria o Advogado da União ou o Procurador da Fazenda Nacional podem atuar[16]. Assim, mais uma vez não parece razoável

13 Não custa ressaltar a insuficiência das garantias e prerrogativas atualmente inscritas na Lei Complementar nº 73, de 1993. Tal quadro deve ser substancialmente alterado se vingar a proposta de nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, elaborada sob a orientação do Advogado-Geral da União, Ministro José Antônio Dias Toffoli.

14 "Art. 21. O ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União ocorre nas categorias iniciais, mediante nomeação, em caráter efetivo, de candidatos habilitados em concursos públicos, de provas e títulos, obedecida a ordem de classificação. §1º Os concursos públicos devem ser realizados na hipótese em que o número de vagas da carreira exceda a dez por cento dos respectivos cargos, ou, com menor número, observado o interesse da Administração e a critério do Advogado-Geral da União. §2º O candidato, no momento da inscrição, há de comprovar um mínimo de dois anos de prática forense. §3º Considera-se título, para o fim previsto neste artigo, além de outros regularmente admitidos em direito, o exercício profissional de consultoria, assessoria e diretoria, bem como o desempenho de cargo, emprego ou função de nível superior, com atividades eminentemente jurídicas. §4º A Ordem dos Advogados do Brasil é representada na banca examinadora dos concursos de ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União. §5º Nos dez dias seguintes à nomeação, o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União deve convocar os nomeados para escolha de vagas, fixando-lhes prazo improrrogável. §6º Perde o direito à escolha de vaga o nomeado que não atender à convocação a que se refere o parágrafo anterior".

15 "Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais;". Segundo o GLOSSÁRIO (de atos normativos e entendimentos) da Corregedoria-Geral da Advocacia da União, "a suspensão pelo exercício da advocacia privada correspondeu a cerca de 30% das punições aplicadas pelo Advogado-Geral da União nos anos de 2007 e 2008 (até outubro)". Disponível em: <http://www.agu.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2009.

16 A vedação não se aplica quando a postulação, mesmo em juízo, como nos Juizados Especiais Cíveis, não reclama a condição de advogado e não caracteriza ato privativo dessa última condição. Nesse sentido é a conclusão da Nota DECOR/CGU/AGU nº 162/2007-MCL,

que o legislador tenha construído uma sistemática que volta, de forma cogente e preponderante, as atenções profissionais dos advogados públicos para o exercício das funções institucionais enquanto para "outros" advogados da União não existe tão salutar imposição.

Os arts. 29 e 30 da Lei Complementar nº 73, de 1993, estabelecem casos expressos de proibição e impedimento de atuação dos Membros efetivos da Advocacia-Geral da União[17]. São regras de resguardo da moralidade e da impessoalidade no trato da coisa pública. Ainda outra vez seria um rematado absurdo admitir "outros" advogados da União não submetidos a tais restrições.

O art. 38 da Lei Complementar nº 73, de 1993, revela, para além de qualquer dúvida razoável, quem são, em condições regulares ou normais, os advogados da União, aqueles que oficiam nos autos em que a União é parte: o Advogado da União e o Procurador da Fazenda Nacional[18]. Não há uma menção, por menor que seja, a "outros" representantes judiciais da União.

O art. 66 da Lei Complementar nº 73, de 1993, de forma sintomática, ao mencionar bacharéis em direito em atividade no âmbito da Advocacia-Geral da União, o faz num contexto de absoluta excepcionalidade[19]. Assim, admitiu-se a ocupação de certos cargos comissionados por não integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União no momento de instalação e consolidação da nova instituição.

Observe-se que o prazo de manutenção da excepcionalidade referida no parágrafo anterior subsistiu até 11 de fevereiro de 2003[20]. Depois daquela data

---

da lavra da Advogada da União Márcia Cristina Novais Labanca, aprovada pelo Consultor-Geral da União e pelo Advogado-Geral da União.

17 "Art. 29. É defeso aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União exercer suas funções em processo judicial ou administrativo: I - em que sejam parte; II - em que hajam atuado como advogado de qualquer das partes; III - em que seja interessado parente consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, bem como cônjuge ou companheiro; IV - nas hipóteses da legislação processual.

Art. 30. Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União devem dar-se por impedidos: I - quando hajam proferido parecer favorável à pretensão deduzida em juízo pela parte adversa; II - nas hipóteses da legislação processual. Parágrafo único. Nas situações previstas neste artigo, cumpre seja dada ciência, ao superior hierárquico imediato, em expediente reservado, dos motivos do impedimento, objetivando a designação de substituto".

18 "Art. 38. As intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que oficie nos respectivos autos".

19 "Art. 66. Nos primeiros dezoito meses de vigência desta lei complementar, os cargos de confiança referidos no §1º do art. 49 podem ser exercidos por Bacharel em Direito não integrante das carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional, observados os requisitos impostos pelos arts. 55 e 58, bem como o disposto no Capítulo IV do Título III desta lei complementar".

20 Conforme o art. 20 da Lei nº 9.028, de 1995, art. 6º da Lei nº 9.366, de 1996, art. 26 da Lei nº 9.651, de 1998, e art. 5º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001.

não temos mais "bacharel em Direito não integrante das carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional" ocupando os cargos comissionados de Procurador-Seccional, Procurador-Estadual e Procurador-Regional no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Impõe-se destacar que vingou, inclusive, a interpretação mais inteligente da Lei Complementar nº 73, de 1993, no sentido de não prestigiar a literalidade do art. 49, parágrafo primeiro, admitindo Procuradores-Seccionais, não mencionados expressamente no dispositivo em questão, alheios às carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União[21].

A excepcionalidade do exercício das atribuições de representação judicial por não integrante das carreiras da Advocacia-Geral da União, já patente diante do estabelecido no art. 66 da Lei Complementar nº 73, de 1993, fica mais saliente com o disposto no art. 69 do mesmo diploma legal ("*O Advogado-Geral da União poderá, tendo em vista a necessidade do serviço, designar, excepcional e provisoriamente, como representantes judiciais da União, titulares de cargos de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico*"). Aqui restou consagrado que mesmo entre as carreiras da Advocacia-Geral da União não há, em condições normais, "comunicação" ou equivalência no tocante à representação judicial da União. Por conseguinte, os Procuradores da Fazenda Nacional atuam na representação judicial da União em matéria fiscal, na dicção do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 1993[22]. Os Advogados da União, por sua vez, atuam em juízo, em nome da União, nas matérias remanescentes ao disposto no mencionado art. 12.

Nesse ponto, flagramos mais um absurdo, admitindo a inusitada figura do "outro" representante judicial da União. Em certos casos a representação judicial da União seria inviável para integrante das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, carreiras constitucionalizadas não custa repisar, mas aceita para os "outros" representantes judiciais da União, sequer vislumbrados no Texto Maior e meros observadores, com considerável e

21 "§1º São escolhidos dentre os membros efetivos da Advocacia-Geral da União o Corregedor-Geral, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores Regionais e os Procuradores-Chefes".

22 "Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente: I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial; II - representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário; III – (VETADO) IV - examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial; V - representar a União nas causas de natureza fiscal. Parágrafo único - São consideradas causas de natureza fiscal as relativas a: I - tributos de competência da União, inclusive infrações à legislação tributária; II - empréstimos compulsórios; III - apreensão de mercadorias, nacionais ou estrangeiras; IV - decisões de órgãos do contencioso administrativo fiscal; V - benefícios e isenções fiscais; VI - créditos e estímulos fiscais à exportação; VII - responsabilidade tributária de transportadores e agentes marítimos; VIII - incidentes processuais suscitados em ações de natureza fiscal".

"confortável" distância, do procedimento constitucional de seleção dos representantes judiciais da União (o concurso público). Não é crível, por exemplo, que numa ação bilionária de natureza indenizatória não possa atuar um Procurador da Fazenda Nacional (devidamente concursado para um cargo de advogado público federal) e um "outro" representante judicial da União venha a intervir normalmente !!!

IV. OUTROS DIPLOMAS LEGAIS QUE APONTAM NO MESMO SENTIDO

Constatamos, ainda, em inúmeras disposições da legislação infraconstitucional aplicável à Advocacia-Geral da União, o regramento da atividade dos Membros da AGU "na defesa dos direitos e interesses da União". Não há nenhuma menção a "outros" advogado da União. É riquíssimo de significado, a título de exemplo, o comando inserto no art. 4º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, vazado nestes termos:

> *"Art. 4º Na defesa dos direitos ou interesses da União, os órgãos ou entidades da Administração Federal fornecerão os elementos de fato, de direito e outros necessários à* ***atuação dos membros da AGU****, inclusive nas hipóteses de mandado de segurança, habeas data e habeas corpus impetrados contra ato ou omissão de autoridade federal.*
>
> *§1º As requisições objeto deste artigo terão tratamento preferencial e serão atendidas no prazo nelas assinalado.*
>
> *§2º A responsabilidade pela inobservância do disposto neste artigo será apurada na forma da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*
>
> *§3º O disposto neste artigo aplica-se às requisições feitas pelos representantes judiciais da União designados na forma do art. 69 da Lei Complementar nº 73, de 1993." (Destaque inexistente no original)*

Outro diploma legal de inegável valia no balizamento da problemática ora em deslinde é a Lei nº 10.549, de 13 de novembro de 2002, que "dispõe sobre a remuneração dos Cargos da Carreira de Procurador da Fazenda Nacional, e dá outras providências". O art. 4º da citada Lei estabelece:

> "O *pro labore* de que trata a Lei nº 7.711, de 22 de dezembro de 1988, será pago exclusivamente aos integrantes da Carreira de

> Procurador da Fazenda Nacional no valor correspondente a até trinta por cento do vencimento básico do servidor.
>
> §1º Excepcionalmente, os atuais ocupantes de cargos comissionados, não integrantes da Carreira de Procurador da Fazenda Nacional, continuarão percebendo o *pro labore* de que trata o *caput* nos valores vigentes em fevereiro de 2002, cessando o pagamento desta vantagem com a exoneração do cargo.
>
> §2º O *pro labore* será atribuído em função da eficiência individual e coletiva e dos resultados alcançados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme dispuser o regulamento."

Verifica-se que o legislador, de forma inequívoca, prestigiou a carreira de Procurador da Fazenda Nacional, em detrimento daqueles que, por ocuparem tão-somente cargos comissionados, pudessem estar em exercício funcional nas unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Observe-se que foi caracterizado como "excepcional" o exercício de cargos comissionados na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional por não integrantes da carreira de Procurador da Fazenda Nacional.

V. A EXCEPCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Vale destacar que as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos e de representação judicial e extrajudicial da União pelos Membros da Advocacia-Geral da União são desenvolvidas no plano da normalidade administrativa.

Em casos excepcionais, previstos em norma própria[23], na linha dos arts. 66 e 69 da Lei Complementar nº 73, de 1993, de decisões do Supremo Tribunal Federal e de manifestações da própria Advocacia-Geral da União, admite-se o exercício de funções institucionais da AGU por advogado alheio às carreiras da instituição.

O Advogado da União Rommel Macedo, em sua obra ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, apresenta o entendimento de vários juristas de relevo no sentido da excepcionalidade do exercício das funções próprias da advocacia públicas por terceiros (não integrantes das

23 A Portaria AGU nº 1.830, de 2008, disciplina a contratação excepcional e extraordinária de consultoria advocatícia especializada por órgãos ou entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional.

carreiras jurídicas do Poder Público). São arrolados os entendimentos de Mário Bernardo Sesta, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Ribeiro Bastos e João Fernandes de Carvalho24. No final do Capítulo 1 de sua obra, Rommel Macedo também sustenta a aludida excepcionalidade25.

VI. O ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA CONSAGRADO NO ÂMBITO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

No âmbito da Advocacia-Geral da União a temática foi enfrentada diretamente. Destaca-se, nessa seara, o Parecer GQ-163, **vinculante** (porque aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República). Eis as conclusões da manifestação (com destaques inexistentes no original):

> *"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;*
>
> *c) estão derrogados os dispositivos legais que outorgavam aos dirigentes das autarquias e fundações públicas a sua representação em juízo, ativa e passivamente;*
>
> *d) no caso dos autos, a representação judicial e extrajudicial do DNOCS compete à Procuradoria, que a exerce por intermédio dos titulares de cargos de Procurador Autárquico e dos titulares de cargos em comissão que impliquem a atuação em juízo, a representação judicial (Procurador-Geral, Procurador-Regional, Procurador-Chefe, etc.), ainda que não sejam titulares de cargos efetivos (se assim o permitir a respectiva legislação). Está derrogada a alínea "c" do art. 11*

24 Cf. pp. 57 a 59.

25 "Por fim, no que tange à possibilidade de contratação de advogados privados em caráter excepcional, isto somente parece possível mediante autorização expressa e devidamente justificada do chefe de Advocacia-Geral da União ou de algum membro da instituição por ele designado para este fim. Isto porque a Constituição de 1988 traçou um múnus público em caráter específico para a Advocacia-Geral da União, cujas carreiras somente poderão ser acessadas mediante concurso público, não podendo o exercício de suas competências ser conferido a advogados privados sem autorização emanada daquela instituição". MACEDO, Rommel. Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988. São Paulo: LTr, 2008. pp. 59 e 60.

*da Lei nº 4.229, de 1º de janeiro de 1963, que outorgava ao Diretor-Geral do DNOCS a representação da autarquia, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele. **Esclareça-se que Assessor, por mais alto que seja o cargo ocupado, apenas assessora, não fala em nome da entidade. A denominação o diz: é auxiliar; de muita valia; às vezes até imprescindível, mas auxiliar; jamais pode falar em nome da entidade**;*

*e) **as funções institucionais da AGU, aqui compreendidos (art. 17, Lei Complementar n. 73, de 1993) os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas, só podem ser exercidas, (a) diretamente, pelos Membros da AGU especificados na Lei Complementar n. 73 e, (b) indiretamente, pelos titulares dos cargos efetivos de Procurador e de Advogado dos órgãos jurídicos daquelas entidades e, também, pelos titulares dos cargos em comissão que impliquem atuação em juízo**;*

*f) **a representação institucional é exercida sem necessidade de procuração ad judicia; pelo simples fato da posse e exercício no cargo respectivo seu titular está habilitado a falar em nome da União, compreendidas aí a autarquia e a fundação pública**. O art. 9º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, apenas tornou expresso o conteúdo do art. 131 da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 73;*

g) pelo princípio da legalidade, na Administração Pública só se pode fazer o que a lei autoriza;

h) as funções institucionais da AGU, aqui compreendidos seus Órgãos vinculados (os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas), são indelegáveis;

i) a representação institucional não afasta a convencional, devendo a última observar o que prescreve o Parecer GQ – 77;

*j) **não encontram amparo legal: 1) os atos que designaram, para a representação judicial da Autarquia, servidores, bacharéis em Direito, ocupantes de outros cargos efetivos estranhos ao quadro da Procuradoria do DNOCS**; 2) as outorgas de procuração de que tratam estes autos; 3) os atos de delegação de competência noticiados neste processo (além de vedada a delegação, a autoridade delegante não mais tinha a competência objeto da delegação);*

l) em conseqüência do exposto na alínea anterior, os peticionários não têm direito de perceber a gratificação cuja extensão requerem;

*m) **as irregularidades trazidas ao conhecimento do Chefe da AGU recomendam sua comunicação ao Exmo. Sr. Ministro do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal para as providências pertinentes, sem prejuízo da possibilidade de serem também averiguadas pela Corregedoria-Geral desta Instituição**".*

A ênfase e a propriedade da aludida manifestação dispensam comentários e observações adicionais, além daqueles já realizados anteriormente.

VII. O ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal também já enfrentou o assunto. Uma das manifestações mais emblemáticas pode ser encontrada na ADInMC nº 881. Eis algumas das considerações do relator, Ministro Celso de Mello (destaques existentes no original):

> *"As normas legais em questão, que criaram cargos de Assessor Jurídico na esfera do Poder Executivo local, deferiram aos seus titulares o desempenho de funções de assessoramento, assistência e consultoria na área jurídica, qualificando os referidos cargos como de provimento em comissão, de livre escolha e exoneração pelo Governador do Estado.*
>
> *(...)*
>
> *O conteúdo normativo do artigo 132 da Constituição da República revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos* ***integrantes*** *da Procuradoria-Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele contém-se norma que, revestida de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, não permite conferir a terceiros –* ***senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal, selecionados em concurso público de provas e títulos*** *– o exercício intransferível e indisponível das funções de representação estatal e de consultoria jurídica do Poder Executivo".*

Percebe-se claramente que mesmo o Tribunal Maior não descuidou de afirmar, com energia, a privatividade do exercício das funções dos órgãos da Advocacia Pública pelos integrantes de suas carreiras jurídicas organizadas na forma da lei.

VIII. CONCLUSÕES

O art. 131, parágrafo segundo, da Constituição, possui, ao menos, dois sentidos importantes, notadamente quando realçada a sua topografia. A regra em questão impõe: a) a fixação do *status* ou dignidade constitucional das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União e b) a definição de que as funções institucionais da Advocacia-Geral da União são exercitáveis pelos integrantes de suas carreiras jurídicas.

O *status* constitucional das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, em presença simétrica com as carreiras que dão vida às demais funções essenciais à Justiça, exige a definição, no plano legal, de um regime jurídico paritário. Tal paridade deve ser efetivada em remunerações estabelecidas nos mesmos níveis e em prerrogativas e sujeições similares e condizentes com o exercício das atribuições específicas.

O constituinte originário, ao mesmo tempo, criou a instituição Advocacia-Geral da União e o seu princípio ativo, a sua sustentação visceral: as carreiras jurídicas da instituição. Depreende-se, pois, do discurso constitucional que instituição e carreiras formam uma necessária simbiose. Não existe um sem o outro.

A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, com precisão, propriedade e estrita obediência ao Texto Maior, explicitou a privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União pelos integrantes de suas carreiras jurídicas.

A Lei Complementar nº 73, de 1993, elencou como Membros da Advocacia-Geral da União os ocupantes dos mais relevantes cargos comissionados de direção da instituição ao lado dos integrantes das carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico. Não há menção, sequer tangencial, a “outros” membros, mesmo transitórios, da instituição ou vinculados a ela, a quem poderia ser atribuída o exercício das funções institucionais da AGU.

Observa-se, ainda, em inúmeras disposições da legislação infraconstitucional aplicável à Advocacia-Geral da União, a exemplo da Lei nº 9.028, de 1995 (art. 4º), o regramento da atividade dos Membros da AGU “na defesa dos direitos e interesses da União”. Não há nenhuma menção a “outros” advogados da União.

Somente em casos excepcionais, previstos em norma própria, admite-se o exercício de funções institucionais da AGU por advogado alheio às carreiras da instituição.

No âmbito da Advocacia-Geral da União a temática foi enfrentada diretamente. Destaca-se, nessa seara, o Parecer GQ-163, vinculante, depois de aprovado pelo Presidente da República, para toda a Administração Pública Federal.

O Supremo Tribunal Federal também já enfrentou o assunto. Uma das manifestações mais emblemáticas pode ser encontrada na ADInMC nº 881, relatada pelo eminente Ministro Celso de Mello.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

CASTRO, Aldemario Araujo. DA PRIVATIVIDADE DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO POR SEUS MEMBROS. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, março, abril, maio, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.