
GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

PARECER

I. A CONSULTA

O **Forvm Nacional da Advocacia Pública Federal** honra-me com pedido de parecer sobre a constitucionalidade de dispositivos do Projeto de Lei Complementar nº 205, de 2012 (“PLC”), que tem por objetivo modificar a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993). Pretende-se atualizar o estatuto jurídico da Advocacia Pública federal, com o propósito declarado de “tornar mais seguro” o exercício das atribuições inerentes à Advocacia Pública.¹

¹ Segundo a Exposição de Motivos nº 00014/AGU/MP, os principais objetivos da reforma são:

“- ajustar a situação da Procuradoria-Geral Federal – PGF em relação à AGU e conferir o mesmo tratamento dado à PGF à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil. Em consequência da inclusão dos dois órgãos vinculados na estrutura orgânica da AGU, as carreiras jurídicas de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil também integram o quadro da AGU;

- conferir aos membros da AGU - Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil - prerrogativas que tornem **mais seguro o exercício das atribuições dos respectivos cargos e não sofram esses agentes públicos, em razão do cumprimento de dever funcional, injustificadas censuras ou reprimendas de órgãos fiscalizadores**; e - promover alguns ajustes na organização para que a Lei Orgânica da AGU reflita a realidade organizacional que a gestão da Casa exigiu ao longo desses dezessete anos de existência.” (grifou-se).

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Daí a Chefia do Poder Executivo federal, a pedido do Advogado-Geral da União, ter encaminhado ao Congresso Nacional, em 31 de agosto de 2012, por meio da Mensagem Presidencial nº 400/2012, o referido PLC nº 205/2012, que, desde então, tramita em regime de prioridade.

A despeito da nobre inspiração, o projeto de reforma caminha, por vezes, em sentido contrário aos seus objetivos declarados, suscitando questionamentos de índole constitucional que constituem o cerne do presente parecer.

De forma mais específica, o Consulente indaga sobre a juridicidade dos seguintes dispositivos contidos no Projeto de Lei Complementar:²

- (i) **Artigos 2º-A, 49-A e 49-B**, que rompem com a exclusividade nas carreiras da Advocacia-Geral da União. Tais dispositivos ampliam o rol de integrantes das carreiras da AGU, criando a figura dos membros não efetivos;
- (ii) **Artigo 26, § 6º**, que, ao tratar da responsabilização dos membros da AGU, pretende caracterizar como erro grosseiro “*a inobservância das hierarquias técnica e administrativa fixadas nesta Lei Complementar, no Regimento Interno da Advocacia-Geral da União e nas disposições normativas complementares dos órgãos da Advocacia-Geral da União*”; e
- (iii) **Artigos 11 e 12**, que estabelecem a subordinação hierárquica, no plano administrativo, de membros da AGU lotados nos órgãos de cúpula do Poder Executivo aos respectivos Ministros de Estado titulares das pastas, e não

² Refere-se à redação sugerida pelo Projeto de Lei Complementar para dispositivos que seriam alterados na LC nº 73/93 ou acrescentados ao seu texto.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

ao Advogado-Geral da União, a quem estariam subordinados apenas tecnicamente.³

Como será demonstrado ao longo deste parecer, tais previsões são inconstitucionais. Elas afrontam o modelo de Advocacia Pública imanente ao Estado Democrático de Direito brasileiro: um figurino institucional necessariamente dotado de autonomia técnica e com um grau razoável de independência, apto a desempenhar o relevante papel de compatibilização das políticas públicas determinadas por governos democraticamente eleitos aos limites estabelecidos no ordenamento jurídico.

II. A ADVOCACIA PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: IMBRICAÇÃO LÓGICA INDISSOCIÁVEL.

II.1. A missão constitucional da Advocacia Pública e seu compromisso com o Estado democrático de direito

A análise solicitada exige um importante prefácio. É preciso compreender a *identidade institucional* da Advocacia Pública, cuja previsão no capítulo da Constituição dedicado às funções essenciais à Justiça⁴ traz relevantes implicações.

³ Estabelecem-se: (i) uma subordinação administrativa aos Ministros e (ii) uma subordinação técnica ao Advogado-Geral da União. Os arts. 11 e 12 do PLC nº 205/2012 reproduzem dupla subordinação já estabelecida na redação atual da LC nº 73/93, cuja constitucionalidade está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal. V. ADI nº 4.297, distribuída à relatoria do Ministro Celso de Mello.

⁴ Os artigos que tratam da Advocacia Pública (arts. 131 e 132 da Constituição de 1988) integram o Capítulo IV (“Das funções essenciais à Justiça”) do Título IV (“Da organização dos Poderes”). Eis a dicção dos referidos dispositivos:

“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.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Com efeito, o *status* constitucional da Advocacia Pública possui significado que vai além do exercício da defesa ativa do Estado em juízo. Sua inscrição no capítulo das funções essenciais à Justiça⁵ correlaciona-se ao modelo do Estado democrático de direito inaugurado com a Carta de 1988. Neste desenho, o Advogado Público é um agente ativo essencial para a consecução dos valores inerentes ao Direito e à democracia.

Como se sabe, o Estado democrático de direito é um precipitado histórico de duas ideias fundamentais que serviram à sua construção: a ideia de soberania popular, de matriz *rousseauiana*, segundo a qual a vontade geral deve ser produto da vontade da maioria dos cidadãos, e a ideia *lockeana* de governo limitado, segundo a qual o exercício do poder da maioria deve estar submetido aos marcos constitucionais e legais estabelecidos, como condição de sua legitimidade. Em outras palavras, a democracia constitucional é o regime que articula e realiza a vontade da maioria dentro das regras e limites do jogo democrático, estabelecidos na Constituição e nas leis.

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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 corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)''

⁵ Como enfatiza Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "A essencialidade está afirmada na própria designação constitucional das funções. Elas não podem deixar de existir, com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais". In: *R. Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, v. 45, 1992, p. 50).

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Ocorre que esse projeto de Estado, insculpido desde o art. 1º da Constituição Brasileira, seria esvaziado se não existissem, no nível das instituições, instrumentos aptos à realização concreta e efetiva de tal programa. E a Advocacia Pública é a função de Estado por excelência a que o constituinte conferiu, precisamente, a missão de estabelecer uma comunicação entre os subsistemas sociais da política e do Direito. Isto é: o elo entre a democracia e a juridicidade.

Realmente, cabe a cada órgão da Advocacia Pública, no exercício das atribuições de que a Constituição os incumbiu – ou seja, a representação judicial e extrajudicial dos entes públicos, a consultoria e o assessoramento jurídico: (i) viabilizar, no plano jurídico, as políticas públicas definidas pelos agentes políticos eleitos – e nisso reside o seu *compromisso democrático*; e (ii) ajustar os atos dos gestores públicos e do aparato administrativo ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico, na realização de um controle de juridicidade que é tanto prévio quanto sucessivo – o que constitui o seu *compromisso jurídico*.

Ao exercer o primeiro desses compromissos, consistente na viabilização de políticas públicas legítimas, o Advogado Público exerce papel que é necessariamente dinâmico. Não se trata do exercício de um “sim” ou um “não”. Não se cuida de proferir um *decisum* estático, como faz a magistratura. Nem de exercer a *opinio delicti*, como compete ao Ministério Público. O papel do Advogado Público é compreender a política pública que se deseja implementar, expressão da vontade popular intermediada por seus representantes eleitos, e buscar estabelecer os mecanismos que viabilizem a realização dessa política.

Isto é: o Advogado Público não é um censor, não é um juiz administrativo, nem uma espécie de *Parquet* interno à Administração Pública. Ele deve

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

empenhar-se na viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos agentes políticos democraticamente eleitos, inclusive orientando possíveis iniciativas de modificações do Direito positivo, respeitados os limites impostos pela Lei Maior. É com esse esforço que será atingido o interesse público constitucionalmente balizado no desenho e na realização de políticas públicas legítimas.⁶

De sua vez, o compromisso jurídico dos Advogados de Estado, consistente na imposição de limites à vontade e aos atos de gestores públicos, é condição *sine qua non* da Advocacia Pública, que, nesse ponto, se diferencia da Advocacia Privada. Se o Advogado Privado é o profissional que atende aos interesses do seu cliente, dentro das fronteiras da sua ciência, da sua consciência e da ética profissional, o Advogado Público deve reverência, além disso, aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, sendo um agente promotor do princípio da juridicidade.

Nessa esteira, tal como ensina José Afonso da Silva, cabem ao Advogado Público deveres de maior extensão que a mera advocacia de interesses patrimoniais da Fazenda Pública. É sua função defender e fazer prevalecer a legalidade em seu sentido mais amplo, que pode ser sintetizada no princípio da juridicidade.⁷

⁶ Como já tivemos oportunidade de sustentar: “Uma vez definidas essas políticas públicas, nas quais é imprescindível a participação ativa da Advocacia Pública no âmbito da consultoria jurídica, é papel do Advogado Público dar-lhes sustentabilidade perante os órgãos judiciários e as cortes de contas. Dessa forma, a defesa judicial deve ser compreendida não como um *capitis diminutio* do Advogado Público, reduzida à mera função de Advogado de governo, mas como uma função institucional essencial à democracia, por meio da qual se busca dar sustentação jurídica aos projetos de governo e contribuir, dessa forma, para a governabilidade. A defesa judicial de políticas públicas legítimas é missão fundamental da Advocacia Pública, ligada intimamente à própria ideia de democracia”. BINENBOJM, Gustavo. “A Advocacia pública e o Estado Democrático de Direito”. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011.

⁷ SILVA, José Afonso da. “A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito”. In: *RDA*, v. 230, out/dez 2002, p. 284. E conclui o autor: “Só isso já mostra [referindo-se ao controle dos princípios da legalidade e da moralidade] quão extensa é a tarefa da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Acresça-se a isso sua responsabilidade pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, e então se tem que seus membros saíram da mera condição de servidores públicos burocráticos, preocupados apenas com o exercício formal da atividade administrativa de

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Ainda que isso implique discordar justificadamente de determinações superiores, tal postura é exigida pelo *compromisso jurídico* da Advocacia Pública.

Daí porque, *e.g.*, no exercício da representação judicial, a defesa da presunção da legitimidade dos atos do Poder Público deve ceder diante das situações em que a Advocacia Pública entenda que essa presunção foi elidida. É sua obrigação reconhecer quando os limites da juridicidade foram ultrapassados e opinar no sentido da confissão a direitos postulados pelos particulares, da desistência de ações, da realização de transação e da uniformização de entendimentos administrativos que abreviem esses litígios e contribuam para a redução da plethora de demandas que assola o Poder Judiciário do País.⁸

O exercício efetivo dessa mediação entre a vontade democrática manifestada pelos agentes eleitos e os marcos jurídicos do Estado de direito depende da existência de um ambiente de autonomia e estabilidade institucional no âmbito da Advocacia Pública. Disso tratará o tópico seguinte.

II.2. Prerrogativas institucionais e funcionais da Advocacia Pública:

Advogados de Estado, e não de governo.

defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública para se tornarem peças relevantes da plena configuração desse tipo de Estado" (ob. cit., p. 289).

⁸ A Advocacia-Geral da União, aliás, tem dado um exemplo a todos os órgãos de Advocacia Pública do Brasil nesse sentido. Basta recordar da prática de celebração de termos de ajustamento de conduta com os órgãos de controle, sobretudo, com o Ministério Público, com o que se evita excesso de litigiosidade e promove-se a adequação da atuação administrativa à juridicidade consensualmente.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

A existência de um ambiente de autonomia e estabilidade pressupõe um conjunto de capacidades institucionais e de garantias funcionais sem as quais os Advogados Públicos seriam reduzidos à condição de *reféns da política*. De fato, para que a Advocacia Pública possa cumprir sua elevada missão, não é possível que seus agentes sejam tomados como meros Advogados de governo. A Advocacia Pública é uma função de Estado e assim deve ser compreendida como premissa institucional básica.

Como função de Estado, a Advocacia Pública deve ser capaz de se organizar e se estruturar em carreiras profissionais e permanentes, com as garantias necessárias para a realização imparcial desse mister. Tais garantias envolvem a instituição permanente de um corpo profissional qualificado e concursado, ao qual se atribuam prerrogativas de proteção funcionais, que permitam ao Advogado Público agir com imparcialidade, sem perseguições e sem responsabilizações fora das hipóteses de dolo, culpa grave ou fraude.

Assim, viabiliza-se a criação de um *espaço de conformação* pelo Advogado Público acerca de suas próprias convicções jurídicas, livre de imposições hierárquicas peremptórias ou de censuras técnicas. É neste ponto que surgem os problemas que deram ensejo a este parecer.

Como se verá adiante, as três medidas contempladas no PLC nº 205/2012 descritas na Consulta – (i) a quebra da exclusividade nas carreiras, (ii) o esgarçamento do conceito de erro grosseiro e (iii) o estabelecimento de dupla subordinação da AGU – comprometem seriamente a capacidade institucional da Advocacia-Geral da União para o exercício das funções essenciais de que incumbida pela Constituição.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Além de violar diretamente dispositivos da Constituição, o PLC vulnera o arcabouço institucional da Advocacia Pública brasileira de modo extremamente grave, suprimindo garantias de seus membros essenciais ao desempenho de seu papel no Estado democrático de direito. Em uma frase: trata-se de um retrocesso institucional francamente inconstitucional.

É o que se passa a demonstrar.

III. INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO QUE AUTORIZA O INGRESSO DE MEMBROS NÃO EFETIVOS NAS CARREIRAS DA AGU.

Os problemas anunciados começam logo no art. 2º-A contido no Projeto de Lei Complementar nº 205/2012. Tal dispositivo, juntamente com os artigos 49-A e 49-B do Projeto, alargam – e ao mesmo tempo bipartem – o conteúdo da definição de membro da Advocacia-Geral da União.

Além dos integrantes das suas carreiras jurídicas – *i.e.*, os **efetivos** –, o PLC considera como membros da AGU os detentores de “*cargos de natureza especial e em comissão de conteúdo eminentemente jurídico*”. De acordo com a sistemática proposta, existiriam membros *efetivos* e *não efetivos*. Confira-se a dicção do art. 2º-A proposto:

“Art. 2º-A São membros da Advocacia-Geral da União, além dos integrantes das suas carreiras jurídicas, os detentores, no âmbito dos órgãos que integram o Sistema da Advocacia Pública da União, de cargos de natureza especial e em comissão de conteúdo eminentemente jurídico.” (grifou-se)

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

A redação sugerida pelo PLC para os artigos 49-A e 49-B ratifica tal definição fragmentada. O art. 49-A prevê os cargos privativos de membros efetivos, ao passo que o art. 49-B estabelece os requisitos para o preenchimento dos cargos de chefia que enumera, silenciando-se, porém, sobre a necessidade de que o candidato a tais postos seja membro efetivo. Nessa medida, abre-se espaço para que, em uma interpretação *a contrario sensu*, entenda-se que todos os demais cargos não enumerados no art. 49-A sejam ocupados por membros efetivos ou não, inclusive cargos de chefia. Confira-se a literalidade desses artigos:

“Art. 49-A. São privativos de membros efetivos da Advocacia-Geral da União os cargos:

I - de Vice-Advogado-Geral da União, de Corregedor-Geral e de Corregedor Regional da Advocacia da União, e de Secretário de Contencioso Constitucional;

II - em comissão do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores - DAS nível 6 ou inferiores, com atribuição de representação judicial; e
III - em comissão do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores - DAS nível 4 ou inferiores, com atribuição de chefia de unidade jurídica.

Parágrafo único. As restrições de que trata este artigo não se aplicam aos órgãos singulares.”

“Art. 49-B. Os cargos de Procurador-Geral da União, da Fazenda Nacional, Federal e do Banco Central e de Consultor Geral da União são privativos de Bacharel em Direito, de elevado saber jurídico, com no mínimo dez anos de comprovada prática de atividade jurídica.”

Veja-se: o art. 49-B estabelece como únicos requisitos para o exercício dos cargos de Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral Federal, Procurador-Geral do Banco Central do Brasil, Consultor-Geral da União e Consultor Jurídico de Ministério que seus ocupantes sejam bacharéis em direito, de elevado saber jurídico, com no mínimo dez anos de comprovada prática na atividade jurídica.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Ou seja, pelo esquema normativo proposto, não há necessidade de que tais cargos de chefia sejam ocupados por membros concursados. Órgãos de cúpula da Instituição poderão ser integrados por agentes que não possuem vínculos permanentes com a AGU; agentes cuja investidura está fundada tão somente na vontade do governante e no vínculo de lealdade com ele mantido. Ademais, permite-se que atividades ligadas à consultoria e assessoramento jurídico sejam exercidas por profissionais não efetivos.

Essas disposições, contudo, vão de encontro à Constituição da República. De fato, tais normas: (i) violam frontalmente os artigos 131, §2º, e 37, II e V, da CRFB; (ii) comprometem o exercício imparcial e autônomo das funções essenciais atribuídas pela Constituição à Advocacia Pública; além de (iii) implicarem incongruências incompatíveis com os princípios da razoabilidade e da isonomia. Esses pontos serão aprofundados nos itens que se seguem.

III.1. Violação à literalidade dos artigos 131, §2º, e 37, II e V, da Constituição.

A sistemática constitucional estabelece comandos claros e específicos aos órgãos de Advocacia Pública quanto a sua estrutura, organização e o ingresso de seus membros na carreira. A norma básica para início nas carreiras da AGU está fixada no §2º do art. 131 da CRFB,⁹ do qual se extrai uma determinação peremptória: o ingresso nas classes iniciais das carreiras da Advocacia-Geral da União sempre dependerá da aprovação em concurso público de provas e títulos. A previsão vai ao encontro do disposto no art. 37, inciso II, da CRFB,¹⁰ que, como regra geral e básica,

⁹ “**Art. 131. Omissis**

§ 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.” (grifou-se)

¹⁰ **Art. 37. Omissis (...)**

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

condiciona a investidura em cargo ou emprego público à prévia aprovação do candidato em concurso público.

Tais exigências são *especificações* dos princípios da impessoalidade e da eficiência que norteiam a Administração Pública.¹¹ Quer-se evitar todo tipo de favorecimentos pessoais, dando-se preferência a escolhas meritocráticas e republicanas. Ao mesmo tempo em que o concurso público assegura a igualdade de acesso a cargos e empregos públicos, ele tem o condão de selecionar os candidatos mais qualificados para o exercício da função.

Na verdade, a única ressalva prevista na Constituição quanto à exigência de concurso público para ingresso nas carreiras da AGU diz respeito ao provimento do próprio cargo de Advogado-Geral da União. Por força do §1º do art. 131 da CRFB, o chefe da Instituição ocupa cargo “*de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada*”.¹²

Aqui, contudo, a exceção confirma a regra. Pudessem os membros das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União serem ocupantes de cargos em comissão, e não efetivos, seria desnecessária a ressalva prevista no mencionado §1º. Foi justamente para viabilizar essa abertura que se fez inserir a regra excepcional.

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;” (grifou-se)

¹¹ Cf. art. 37, *caput*, da CRFB: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.

¹² E há razões para que assim o seja. O AGU é, ele próprio, um elo de ligação entre Direito e Política. A isso se voltará adiante.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Voltando-se ao objeto deste parecer, salta aos olhos a incompatibilidade do PLC nº 205/2012 com a Lei Maior. De fato, ao inserir na estrutura da Instituição os ditos membros não efetivos, o projeto abre a possibilidade de que servidores não concursados, ocupantes de cargo em comissão, exerçam, além do próprio AGU, funções típicas da Advocacia Pública.

Essa é a conclusão que se extrai da leitura conjunta da redação sugerida pelo PLC para os arts. 2º-A, *caput* (acima transcrito) e §1º. Segundo este dispositivo, “[a]s atividades de consultoria e assessoramento jurídico dos órgãos e entidades do Poder Executivo, quando requerida a manifestação da Advocacia-Geral da União para a prática de atos que dependam de conformidade jurídica e a representação judicial e extrajudicial de que trata o *caput*, são privativas dos **membros da Advocacia-Geral da União**” (grifou-se).

Como de singela constatação, a literalidade da norma abarca os novos membros da carreira criados pelo art. 2º-A proposto. Com isso, amplia-se indevidamente o quadro dos possíveis incumbidos daquelas funções que a Constituição reservou a membros concursados e efetivos. Pela dicção do dispositivo, qualquer membro da AGU, *efetivo* ou *não efetivo*, poderá, em tese, representar a União, judicial e extrajudicialmente, e prestar consultoria. A violação ao art. 131 da Constituição é flagrante. Ignora-se a exclusividade da carreira e olvida-se da exigência de concurso público. Isso sem mencionar a contrariedade ao art. 37, V, da CRFB,¹³ que determina serem os cargos comissionados reservados às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

¹³ “Art. 37, V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de sublinhar que o acesso aos cargos que integram a Advocacia Pública depende de prévia aprovação do candidato em concurso público. Foi nesse sentido a decisão proferida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 881, em que a Corte afastou a possibilidade do desempenho de funções inerentes ao cargo de Procurador do Estado por detentores de cargo em comissão.¹⁴ Eis a ementa do julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - **ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.**

- O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. **A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.**”¹⁵

A violação à exigência de concurso público também foi objeto de análise na ADI nº 159, em que o STF proibiu a transformação de cargos ou empregos de assistente e assessor jurídico em cargos de consultor jurídico. A fundamentação foi

¹⁴ Tal como no §2º do art. 131 da CRFB, o art. 132 prevê expressamente que o ingresso na carreira de procurador do Estado depende de concurso público de provas e títulos. *In verbis*: “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.” (grifou-se).

¹⁵ STF, ADI 881 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 02/08/1993, DJ 25-04-1997. Grifou-se.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

objetiva e direta: tal função de Advocacia Pública é reservada a membros efetivos e concursados. Confira-se:

“TRANSFORMAÇÃO, EM CARGOS DE CONSULTOR JURÍDICO, DE CARGOS OU EMPREGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO, ASSESSOR JURÍDICO, PROCURADOR JURÍDICO E ASSISTENTE JUDICIÁRIO-CHEFE, BEM COMO DE OUTROS SERVIDORES ESTAVEIS JÁ ADMITIDOS A REPRESENTAR O ESTADO EM JUÍZO (PAR 2. E 4. DO ART. 310 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARA). **INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA POR PRETERIÇÃO DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO** (ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINÊNCIA OBJETIVA DE AÇÃO RECONHECIDAS POR MAIORIA.”¹⁶⁻¹⁷

No caso ora em análise, a violação à Constituição é corroborada pelo fato de a sistemática proposta autorizar que cargos de chefia sejam ocupados por

¹⁶ STF, ADI 159, Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, j. 16/10/1992, DJ 02-04-1993. Grifou-se.

¹⁷ Cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.713, Rel. Min. Ellen Gracie, julgou improcedente ação direta na qual se questionava a constitucionalidade do art. 11 e parágrafos da MP nº 43/2002, convertida na Lei nº 10.549/2002, que transformara cargos de assistente jurídico da Advocacia-Geral da União em cargos de Advogado da União. Embora aparentemente contrário ao que se sustenta aqui, os argumentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2.713 não infirmam a tese ora defendida e não representam a superação dos dois precedentes anteriormente citados (ADI nº 159, Rel. Min. Octávio Gallotti, e ADI 881 MC, Rel. Min. Celso de Mello). Com efeito, naquele precedente, o STF considerou válida a transformação dos cargos de assistente jurídico em cargos de advogado da União por considerar que havia (i) “*uma completa identidade substancial entre os cargos em exame*”, (ii) “*compatibilidade funcional e remuneratória*” e (iii) “*equivalência dos requisitos exigidos em concurso*”. Veja-se, a propósito, no que importa, a ementa do julgado: “**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 E PARÁGRAFOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 43, DE 25.06.2002, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.549, DE 13.11.2002. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. (...) Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 131, § 2º). É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame apontam para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso. Precedente: ADI nº 1.591, Rel. Min. Octavio Gallotti. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.**” (STF, ADI 2713, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, j. em 18/12/2002, DJ 07-03-2003; grifou-se). A situação era, como facilmente se percebe, diversa da analisada neste parecer.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

um desses novos membros não concursados (v. artigos 49-A e 49-B, combinados com o art. 2º-A). Ora, como deflui da dicção expressa da Constituição (art. 131, § 1º), o único membro da AGU que não precisa ser integrante das carreiras da Advocacia Pública federal é o Advogado-Geral da União. Todos os demais cargos, notadamente os de Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral Federal, Procurador-Geral do Banco Central e de Consultor Geral da União, são privativos de membros efetivos.

A violação ao texto constitucional, portanto, é frontal. Mas a ilegitimidade da medida torna-se ainda mais evidente à luz dos efeitos que ela pode produzir para o exercício das missões essenciais atribuídas à Advocacia Pública. É o que se passa a demonstrar.

III.2. O vínculo de efetividade é prerrogativa institucional que assegura o exercício imparcial e técnico das funções da Advocacia Pública.

A imposição constitucional de que o exercício das atribuições da AGU seja exclusivo dos integrantes de suas carreiras jurídicas, investidos mediante concurso público, não é despropositada. Muito pelo contrário. Ela é um instrumento em prol da realização do projeto de Estado Democrático de Direito, que tem na Advocacia Pública uma de suas pilstras de sustentação.

De um lado, a investidura mediante aprovação em concurso público assegura a qualidade no exercício de funções tão caras aos interesses públicos – funções essas reconhecidas como essenciais pela Constituição. De outro lado, a investidura em cargo efetivo, com todas as garantias e restrições inerentes ao vínculo de efetividade¹⁸ –

¹⁸ Recorde-se que “[o]s cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

sobretudo a estabilidade –, é condição *sine qua non* para a autonomia técnica e imparcialidade exigidas dos Advogados Públicos. Requisitos sem os quais o exercício do controle interno de juridicidade é deveras fragilizado – quando não inviabilizado.

De fato, servidores comissionados, ocupantes de cargos de livre nomeação e de livre exoneração, tornam-se vulneráveis a seus superiores hierárquicos, de quem dependem para se manterem no exercício da função. Como se sabe, os cargos em comissão são preenchidos por pessoas que mantêm um vínculo de confiança com aqueles que os nomeiam. Desta forma, o desempenho da função pública pode ficar comprometido, uma vez que a submissão política direta gera fortes incentivos de atuação parcial no exame da juridicidade dos atos da Administração Pública e na promoção do interesse público.

O Supremo Tribunal Federal já destacou este ponto. Conforme sublinhado pelo Ministro Marco Aurélio na decisão monocrática proferida em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310, a atribuição de determinadas prerrogativas funcionais – e, sobretudo, a estabilidade – é essencial ao exercício de funções nas quais se deva zelar pelos interesses públicos. Na oportunidade, o Ministro entendeu que a sujeição dos servidores das Agências Reguladoras ao regime estatutário, ao invés do celetista, seria meio necessário ao alcance de seus objetivos institucionais. Confira-se trecho:

confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando. (...) Os cargos de provimento efetivo são os predispostos a receberem ocupantes em caráter definitivo, isto é, com fixidez. Constituem-se na torrencial maioria dos cargos públicos e são providos por concurso público de provas ou de provas e títulos. A aludida fixidez é uma característica do cargo (uma vocação deste), não de quem nele venha a ser provido. Seu titular só após três anos de exercício, período que corresponde ao estágio probatório, é que nele se efetiva e adquire estabilidade, se avaliado favoravelmente". (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13ª Ed., São Paulo, Malheiros: 2001, p. 276-277).

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

“Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.” (STF, ADI 2310 MC, Rel.: Min. Marco Aurélio, j. 19/12/2000, DJ 01/02/2001, grifou-se).

No presente caso, a *ratio* utilizada pelo STF torna-se ainda mais cogente. A Constituição conferiu expressamente à Advocacia Pública *status* de função essencial à Justiça, reconhecendo que os Advogados Públicos exercem atribuições especialmente conectadas à realização do projeto do Estado Democrático de Direito. E é muito claro que o bom desempenho dessa missão depende da capacidade de os servidores sentirem-se seguros; atuarem sem o receio de perderem seus cargos em virtude da mera quebra de fideduciação com as autoridades responsáveis por sua nomeação.

Para isso, é fundamental a garantia da estabilidade, que assegura aos Advogados Públicos que somente perderão seus cargos nas hipóteses estritas previstas no §1º do art. 41 da Constituição da República. Sem o componente da estabilidade, prejudica-se o exercício do controle de juridicidade de forma esmerada, livre de pressões e receios; aniquila-se a autonomia técnica,¹⁹ promovendo-se um modelo de advocacia de governo e não de Estado. Essa é mais uma razão que evidencia a inconstitucionalidade da proposta normativa.

¹⁹ Note-se, ademais, que a atribuição de funções essenciais, como a consultoria e representação judicial da União, a ocupantes de cargos meramente transitórios pode comprometer seriamente a qualidade da atividade exercida pela AGU. Não se pode olvidar que todos os que exercem função pública passam, necessariamente, por uma curva de aprendizado. Membros não efetivos, além de não terem se submetido ao nivelamento proporcionado pelo concurso público, podem não estar preparados para assumir tarefas tão relevantes à consecução dos objetivos do Estado, criando insegurança e soluções de continuidade.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

III.3. Incongruências do PLC nº 205/2012: violação aos princípios da razoabilidade e da isonomia.

Há, ainda, um último ângulo sob o qual sobressai a inconstitucionalidade dos artigos 2º-A, 49-A e 49-B propostos pelo PLC. Trata-se de sua análise à luz do *princípio da razoabilidade*.

O princípio de razoabilidade decorre da cláusula do devido processo legal, em sua acepção substantiva (art. 5º, LIV, CRFB), e da própria previsão do Estado de Direito (art. 1º, CRFB). Entre outros comandos, ele exige que as normas jurídicas possuam uma lógica interna; que atendam a uma racionalidade.²⁰ Impõe-se, assim, uma obrigação de coerência sistêmica; de manutenção da harmonia interna do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, ensina Gustavo Zagrebelsky²¹ que uma das principais funções do princípio da razoabilidade na ordem jurídica é manter a racionalidade e a coerência do próprio ordenamento. Para o constitucionalista italiano: *“a razoabilidade como racionalidade, ou seja, como não contraditoriedade interna do sistema jurídico, tem a ver com uma noção do direito que é tudo menos nova, que é a noção do direito como ordenamento”*.²² A partir desta ideia, devem incidir a Constituição e seus meios de controle como forma de remediar contradições internas do ordenamento, tais como *“a irredutibilidade de regras aos seus princípios inspiradores;*

²⁰ Como explica Humberto Ávila, o dever de razoabilidade determina que as leis sejam congruentes e coerentes com a natureza das coisas, sem o que se gera um ambiente de incerteza e quebra de uma racionalidade mínima determinada pela Constituição. V. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 12a edição, 2011, pp. 167-168.

²¹ “Su Tre Aspetti della Ragionevolezza”. In: *Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1994, pp.179-192.

²² Idem, ibidem, p. 182.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

*a incongruência dos meios em relação aos fins; a injustificabilidade da exceção em relação a regra, etc”.*²³

A ideia, como explica Jane Reis Gonçalves Pereira, é a de que o princípio da razoabilidade funcione como uma exigência de consistência e coerência lógica das leis, exprimindo um dever geral de não contradição. Essa coerência diz respeito não só aos elementos presentes no próprio ato, como também àqueles que defluem do ordenamento como um todo.²⁴

No caso presente, o modelo engendrado no PLC viola a Constituição também sob a ótica da razoabilidade. Ao colocar sob o pálio de um mesmo regime jurídico servidores efetivos e não efetivos – todos considerados *membros* da AGU –, esse modelo estende a servidores apenas comissionados prerrogativas dificilmente compatíveis com a natureza intrínseca ou provisória de seus cargos. Ou seja, de cargos transitórios por definição, marcados por elo sujeito à livre exoneração, ainda que com algum componente técnico.

Dito de outra forma, o modelo criado dissocia-se da essência do instituto jurídico a que se destina. E o que é mais grave: em violação à isonomia (art. 5º, CRFB), atribui tratamento igual a sujeitos em situações claramente distintas, porquanto equipara membros efetivos concursados, que passaram pelo crivo exigido no art. 131, § 1º, CRFB, e membros não efetivos.

²³ Idem, ibidem, p. 183.

²⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 363/365. Também José Adércio Leite Sampaio ressaltou esta dimensão do princípio da razoabilidade, ao afirmar que dele se extrai um “*mandado de coerência e compatibilidade (razoabilidade como coerência)*” que envolve a exigência de harmonia lógica e teleológica entre a norma e o sistema no qual se insere. “O Retorno às Tradições: A Razoabilidade como Parâmetro Constitucional”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 60.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

A redação sugerida ao art. 26-A do PLC evidencia esses vícios. O dispositivo arrola “*prerrogativas dos membros da Advocacia-Geral da União*” – tanto efetivos como não efetivos. Elas incluem o poder de: requisitar informações, documentos, processos, certidões, esclarecimentos e realização de exames, cálculos, perícias e vistorias necessários à defesa do ente público (inciso I); requisitar para audiências o comparecimento de preposto da Administração Pública (inciso II); e requisitar auxílio às autoridades de segurança para a sua proteção e de testemunhas, de patrimônio e instalações federais (inciso III).

Outro conjunto de incisos confere prerrogativas institucionais significativas para os *membros* da AGU, como a de exercer a advocacia institucional sem a necessidade de mandato (inciso IV); receber o mesmo tratamento dispensado aos titulares das demais funções essenciais à Justiça, como Magistrados e Defensores Públicos (inciso V); receber intimação pessoal (inciso VI); e manifestar-se por cota nos autos de processos judiciais ou administrativos (inciso VII).

Em qualquer dos casos, as prerrogativas estabelecem poderes e condições dificilmente compatíveis com cargos cuja natureza é fundada apenas na confiança. A possibilidade de *requisitar* informações e providências, *e.g.*, encerra conteúdo imperativo – típico poder de polícia – que deve ser reconhecido apenas a servidores com vínculo efetivo, como, aliás, já decidiu o STF na ADI nº 2.310, mencionada anteriormente. Ademais, não faz qualquer sentido que servidores instáveis, cujo compromisso com a AGU é claramente mais tênue, exerçam prerrogativas tão representativas da Instituição, como receber intimação pessoal e manifestar-se por cota nos autos.

Em síntese, as medidas propostas no PLC, envolvendo a quebra da exclusividade na Instituição, evidenciam direta contrariedade à racionalidade e

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

sistematicidade intrínsecas ao ordenamento jurídico brasileiro. Isto é: ao dever de razoabilidade. Não é razoável estender-se a membros não efetivos prerrogativas típicas de servidores concursados que integram as carreiras da AGU. Referida equiparação quebra a lógica do sistema e cria grave violação à isonomia, porquanto trata de maneira igual agentes públicos em situação substancialmente distinta.

IV. ALARGAMENTO INCONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ERRO GROSSEIRO

Outro ponto sensível do PLC nº 205/2012 diz respeito à norma proposta em seu art. 26, § 6º, inserida no bojo das causas de responsabilização dos membros da Advocacia-Geral da União pelo exercício de suas atribuições e por suas opiniões técnicas.

O §4º do art. 26 estabelece, como regra geral, a impossibilidade de responsabilização do advogado público no exercício de suas funções institucionais. Isso somente poderá ocorrer nas hipóteses de dolo ou de culpa decorrente de erro grosseiro.²⁵ É esse o entendimento usualmente adotado pela doutrina²⁶ e pelos tribunais pátrios.²⁷

²⁵ *In verbis*: “§ 4º Os membros da Advocacia-Geral da União não são passíveis de responsabilização pelo exercício regular de suas atribuições e por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou erro grosseiro”.

²⁶ Sérgio Cavalieri Filho, referindo-se à responsabilização do advogado em geral, exemplifica hipóteses de erro grosseiro: “Via de regra, a responsabilização do advogado, tal como em relação aos médicos, tem lugar nos casos de culpa grave (art. 34, IX, do Estatuto da Advocacia) decorrente de erros grosseiros, de fato ou de direito, cometidos no desempenho do mandato, tais como o ajuizamento de ação inviável, desconhecimento de texto expresso de lei ou de jurisprudência dominante etc.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 258). Na mesma linha, José Vicente Santos de Mendonça, especificamente em relação ao advogado público, afirma que “a absoluta maioria dos advogados de boa-fé, com experiência em Direito Público (ou em qualquer área na qual estejamos focando a análise), é capaz de detectar um erro inescusável de um colega. Não estamos falando de interpretações divergentes em relação à maioria da doutrina ou da jurisprudência. Não estamos falando da adoção de teses superadas. Estamos falando de erros claros. Erros baseados no parâmetro consistente no que se

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

A novidade que o PLC pretende trazer consta do aludido § 6º do art. 26. O dispositivo estabelece que: “(...) **considera-se erro grosseiro a inobservância das hierarquias técnica e administrativa** fixadas nesta Lei Complementar, no Regimento Interno da Advocacia-Geral da União e nas disposições normativas complementares dos órgãos da Advocacia-Geral da União” (grifou-se).

Como se vê, trata-se de definição extremamente ampla. E é justamente a amplitude semântica do dispositivo que o torna inconstitucional. Ele não especifica os casos de inobservância hierárquica que configurariam erro grosseiro: se uma inobservância dolosa ou culposa; se leve, grave ou gravíssima; se isolada ou reiterada; se motivada ou imotivada; se fundada ou não. Nem tampouco estabelece qualquer parâmetro para delimitar os conceitos de hierarquia técnica e administrativa. Ao contrário, remete genericamente às hierarquias fixadas na própria Lei Complementar nº 73/93, no Regimento Interno da AGU, e em quaisquer disposições normativas complementares de quaisquer órgãos da Advocacia-Geral da União.

Ou seja: a norma em questão aponta para a ideia de que a simples inobservância de comando hierárquico nos planos técnico ou administrativo constituiria hipótese de erro grosseiro, o que se afigura totalmente incompatível com a ordem

*poderia exigir de um profissional médio. Não de um super-advogado com uma equipe de devotos estagiários. Não de um jurista experimentado. De um advogado público, com a presunção de conhecimento trazida pela aprovação no concurso” (MENDONÇA, José Vicente Santos de, “A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards”. In: *Revista Virtual da AGU*, nº 100, maio de 2010). Note-se que a doutrina não inclui na definição de erro grosseiro a inobservância de ordem ou entendimento de superior hierárquico, como faz o § 6º do art. 26 do PLC.*

²⁷ O Supremo Tribunal Federal, quando instado a se pronunciar sobre o tema, tem se manifestado no sentido de que os advogados públicos só podem ser responsabilizados por suas opiniões jurídicas quando houver *dolo* ou *culpa* decorrente de erro grosseiro, este último sempre mencionado como sinônimo de erro *inescusável*. Nesse sentido, v.: MS 27867, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 18/09/2012, DJe 04/10/2012; MS 24584, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09/08/2007, DJe 20/06/2008 e MS 24073, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. em 06/11/2002, DJ 31/10/2003.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

constitucional em vigor. De uma só vez, a medida: (i) asfixia a autonomia técnica dos Advogados Públicos; (ii) compromete o profícuo debate de opiniões que constitui elemento fundamental para o aperfeiçoamento do controle de juridicidade; e (iii) contraria os princípios mais comezinhos de Direito Administrativo sancionador, com destaque para a legalidade e a tipicidade. Explica-se.

É papel do Advogado Público avaliar criteriosamente as demandas que lhe sejam submetidas, à luz de seu conhecimento, de sua consciência e do ordenamento jurídico em vigor. Tanto no plano da representação judicial como no da atividade consultiva, isso envolve a delimitação de estratégias e de entendimentos jurídicos. Estratégias e entendimentos esses que podem contrariar determinação ou a posição de sua chefia. Mas que devem ser externados, com as ressalvas necessárias, como decorrência de sua autonomia técnica.

Mais do que direito, o Advogado Público tem o dever de se opor a determinações ou a orientações que entenda contrárias ao ordenamento jurídico em vigor, ou aos seus conhecimentos e experiência prática. Tal prerrogativa é inerente ao controle da juridicidade. Isso não implica dizer que o Advogado Público possa injustificadamente recusar-se a atuar ou opor-se a entendimentos consolidados da Chefia da Instituição.²⁸ De modo algum.²⁹ Sem embargo, a abertura semântica do

²⁸ Realmente, a opinião jurídica da Instituição não pode ser sonegada por seus membros. Todavia, a homogeneidade e o respeito às decisões administrativas da AGU já são resguardados por meio dos efeitos vinculantes de que se revestem os pareceres técnicos aprovados pelo Presidente da República (art. 39, §1º, da LC 73/93) e as Súmulas da Advocacia-Geral da União (art. 43 da LC nº 73/93).

²⁹ O STJ já teve a oportunidade de julgar caso bastante relevante sobre o tema. Trata-se do mandado de segurança nº 13.861/DF, impetrado por Advogado da União contra ato que determinou a abertura de processo administrativo disciplinar com vistas à apuração de violação de dever funcional, consistente na elaboração de pareceres jurídicos contrários a preceitos legais e a orientações vinculantes da Advocacia-Geral da União. No julgamento, o Ministro Arnaldo Esteves Lima, relator do caso, denegou a segurança pleiteada, ao fundamento de que as manifestações do impetrante contrariavam pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República. Além disso, destacou que, naquele caso concreto, tratava-se de conduta reiterada do servidor. Não obstante isso, ao longo de seu voto, o Ministro fez relevantes observações e aportes

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

dispositivo não pode ser tão ampla a ponto de dar margem à responsabilização em diversas outras situações, como se antevê de sua leitura.

Até porque as expressões utilizadas no PLC não têm sentido único. A caracterização do que constitua “*inobservância às hierarquias técnica e administrativa*” depende de uma avaliação do aplicador da norma em cada caso. Um mesmo ato pode soar a uns como insubordinação injustificada, e a outros como divergência legítima. Isso cria uma realidade de incertezas dissonante com a segurança

sobre os critérios para a atuação do procurador público que trazem luzes para o caso sob análise: **“Com efeito, em manifestações técnicas, deve ser assegurada ao parecerista, em regra, ampla autonomia. Para tanto, não pode sofrer ameaça de sanções disciplinares por convicções e posicionamentos que eventualmente não se compatibilizem com a decisão que a autoridade hierarquicamente superior tenha a intenção de praticar. No entanto, conforme a lei, se a discordância refere-se à orientação jurídica formada no âmbito da Administração, já consolidada em pareceres normativos, pode e deve o membro da AGU ou qualquer outro servidor público, fundamentando suas conclusões, encaminhar expediente com a finalidade de alterá-la ou aprimorá-la. Pode, inclusive, ressaltar seu entendimento pessoal nas suas manifestações. O que não pode é concluir de forma diversa, comprometendo a decisão final a ser tomada. De fato, o que não se apresenta produtivo e coerente, sob o ponto de vista dos interesses da própria Administração, é a sistemática produção de textos jurídicos contrários a orientações jurídicas legalmente em vigor. Apresenta-se inerente à atuação do Poder Público a busca da mesma solução administrativa para idênticas situações de fato. A permissão para que advogados públicos atuem com absoluta independência em suas manifestações jurídicas possibilitaria a criação de uma situação de completa desordem, comprometendo a defesa de órgãos da Administração Pública e, sobremaneira e em última análise, o interesse público envolvido. Cabe ressaltar que, por uma questão de razoabilidade, não é um simples parecer jurídico, isoladamente considerado, que pode ensejar a abertura de processo administrativo disciplinar em desfavor de membro da AGU. Impõe-se, tal como no caso em exame, a demonstração de uma conduta reiterada do servidor nesse sentido.”** (MS 13861/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, j. em 09/12/2009, DJe 22/03/2010) Ressalte-se que o julgamento do MS 13.861/DF não foi unânime. O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho votou pela concessão da segurança, fundamentando sua decisão da seguinte forma: **“Um procurador público é procurador da União, não é do Governo nem de outra instituição; é procurador da entidade pública. Ele pode e deve opinar contrariamente às atitudes dos dirigentes administrativos e até políticos, se tal manifestação for, evidentemente, para preservar ou defender o interesse da União.** (...) Senhora Ministra Presidente, peço vênha ao Senhor Ministro Relator para entender que, neste caso, não creio que o advogado da União deva ser submetido ao estrépito de uma investigação punitiva.” (grifou-se). A despeito do resultado do julgamento, vale ressaltar que o STJ preocupou-se em ressaltar a importância da imparcialidade e independência do procurador público, mesmo tendo constatado que, naquele caso, houve reiteradas manifestações jurídicas contrárias a pareceres vinculantes do Advogado-Geral da União, o que caracterizou, na espécie, o erro do parecerista.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

jurídica necessária para o exercício efetivamente autônomo das funções atribuídas à AGU.³⁰

Mas não é só. A abrangência da definição proposta também pode produzir um condenável efeito silenciador na Instituição. Afinal, em um ambiente em que a abertura conceitual dá ensejo a interpretações abrangentes sobre o que o Advogado Público pode, ou não, fazer legitimamente, é mais fácil concordar, e não correr o risco de ser responsabilizado, do que discordar sabendo dos riscos que essa conduta poderá ensejar.

O silêncio, ao mesmo tempo em que inibe controles efetivos de legalidade, cristaliza a Advocacia Pública, impedindo avanços. Afinal, os melhores argumentos nascem em um espaço dialético, que possibilite a troca de opiniões.³¹ Mais do que recomendável, a promoção do debate e o pluralismo de ideias são valores que emanam da Constituição (art. 1º, V, art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e 220, *caput* e §§) e que não podem ser desrespeitados. No âmbito da Advocacia Pública, esse confronto fundamentado de entendimentos é indispensável para aperfeiçoar o controle de juridicidade, propiciar a prevalência dos melhores argumentos e criar terreno fértil para a adoção de soluções criativas e eficientes em prol do interesse público.

³⁰ Do MS 24631, colhe-se entendimento do STF no sentido da impossibilidade de se alargar injustificadamente as hipóteses de responsabilização dos pareceristas públicos. Confira-se: “**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. (...) III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu 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.” (STF. MS 24631, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 09/08/2007, DJe 31/01/2008. Grifou-se).**

³¹ Como já sustentava John Stuart Mill, em meados do século XIX, “o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana – à posteridade, bem como à geração existente, mais aos que discordam de tal opinião do que aos que a mantêm. Se a opinião é correta, privam-nos da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errada, perdemos o que importa em benefício tão grande, a percepção mais clara da verdade, produzida por sua colisão com o erro”. MILL, John Stuart. *A liberdade; Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 29.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Já a previsão do §6º do art. 26 do PLC aponta em sentido contrário. Ela nitidamente desestimula o diálogo e a divergência fundamentada. Nem mesmo a norma do §5º do art. 26³² – que ressalva a possibilidade de opinião sustentada em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não venha a ser posteriormente aceita – é suficiente para tornar válido aquele dispositivo. Realmente, o §5º do art. 26 não abarca as relações decorrentes de vínculos de hierarquia administrativa, tratando especificamente da adoção de opinião técnica. Ademais, mesmo nos casos de manifestação técnica, há o risco de que eventual divergência fundamentada do Advogado Público venha a ser considerada ato de *insubordinação*. E apenas esse risco é suficiente para promover perverso efeito silenciador e inibir o exercício independente da Advocacia Pública.

Não bastasse todo o exposto, a previsão genérica do § 6º ora analisado vai de encontro aos princípios mais comezinhos do Direito Administrativo sancionador. Com efeito, está-se diante do exercício do poder punitivo estatal. Por isso, a imposição de sanções depende do estabelecimento normativo prévio, claro e objetivo das condutas tidas como ilícitas. Trata-se de exigência do *princípio da tipicidade*, corolário do princípio da legalidade no âmbito punitivo (art. 37, CRFB), que se desdobra numa dupla garantia: (i) a primeira de certeza e (ii) a segunda de previsibilidade.³³⁻³⁴

³² *In verbis*: “§ 5º Não se considera erro grosseiro a adoção de opinião sustentada em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de supervisão e controle, inclusive judicial”.

³³ Na lição de Eduardo García de Enterría, perfeitamente aplicável ao Brasil, decorre do princípio da tipicidade uma dupla garantia: “a primeira, de alcance material e absoluto, se refere à imperiosa exigência da pré-determinação normativa das condutas ilícitas e das sanções correspondentes, ou seja, a existência de preceitos jurídicos (*lex previa*) que permitam prever com o suficiente grau de certeza (*lex certa*) ditas condutas (...) a outra, de alcance formal, faz referência ao nível hierárquico necessário das normas tipificadoras de ditas condutas e sanções” (García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, vol. II, Madrid: Thompson Civitas, 2005, p. 175).

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Exige-se, para aplicação de qualquer espécie de sanção administrativa, a previsibilidade da conduta vedada,³⁵ sob pena de se fazer letra morta a segurança jurídica. Inexiste *segurança jurídica* se a descrição daquilo a que se pode conectar a uma sanção não permitir um grau de certeza suficiente para que os cidadãos possam prever as consequências de seus atos (*lex certa*).

Na hipótese estabelecida no §6º do art. 26, porém, a configuração do erro grosseiro decorrente da “*inobservância das hierarquias técnica e administrativa*” não confere ao advogado público a certeza e a previsibilidade necessárias sobre qual conduta específica o dispositivo pretende coibir. O PLC desconsidera este dever de garantia de segurança e previsibilidade para a aplicação de sanções e viola o princípio da tipicidade.

Em síntese: o conceito alargado de *erro grosseiro* proposto no §6º do art. 26 do PLC nº 205/2012 é inconstitucional, na medida em que: (i) pode constranger os Advogados Públicos federais a não emitirem opiniões jurídicas e a não agirem de acordo com o seu verdadeiro entendimento, enfraquecendo sua autonomia técnica; (ii) desestimula debates profícuos na Instituição, que são fundamentais para robustecer o controle de juridicidade no Estado democrático de direito; e (iii) contraria os princípios da legalidade, da tipicidade e da segurança jurídica, os quais orientam a Administração Pública no exercício de seu *ius puniendi*.

³⁴ Não é outro o entendimento do STJ: “(...) 1 - Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. (...)” (STJ, RMS nº 24.559/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 03/12/2009, DJe 01/02/2010).

³⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 119.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

V. INCONSTITUCIONALIDADE DA DUPLA SUBORDINAÇÃO PREVISTA NOS ARTS. 11 E 12 DO PROJETO DE LEI

O terceiro questionamento objeto do presente estudo diz respeito à constitucionalidade dos artigos 11 e 12 propostos pelo PLC nº 205/2012. Tais dispositivos repetem hipóteses de *dupla subordinação* de membros da AGU hoje já contempladas na Lei Complementar nº 73/93.

Com efeito, a despeito de modificar a redação atual dos arts. 11 e 12 da LC 73/93,³⁶ o PLC nº 205/12 insiste em estabelecer uma *subordinação administrativa* (i) das Consultorias Jurídicas da União aos Ministros de Estado, e (ii) dos membros da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ao titular do Ministério da Fazenda, que se soma à *subordinação técnica* desses servidores ao Advogado-Geral da União.

³⁶ Embora tenha alterado a redação dos arts. 11 e 12 da LC nº 73/93, o PLP nº 205/12 mantém a inconstitucional dupla subordinação dos advogados públicos federais – técnica ao Advogado-Geral da União e administrativa ao Poder Executivo:

LC nº 73/93:

“Art. 11. Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: (...)”

“Art. 12. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente: (...)”

PLP nº 205/12:

“Art. 11. Às Consultorias Jurídicas da União junto aos Ministérios e os órgãos de assessoramento jurídico no âmbito da Presidência da República comandados por Ministro de Estado, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, compete, especialmente: (...)”

“Art. 12. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda e integrante da administração tributária federal, no que concerne às atividades relativas ao crédito tributário, compete especialmente: (...)”

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

A previsão de dupla subordinação, contudo, desrespeita a Constituição. Em primeiro lugar, ela afronta textualmente o art. 131, §1º, do Texto Maior, que atribui ao Advogado-Geral da União – e somente a ele – a chefia da Instituição. *In verbis*:

“Art. 131. *Omissis*.

§ 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.”

A letra expressa do dispositivo é muito clara: as carreiras da Advocacia Pública federal têm como único chefe o Advogado-Geral da União. Note-se que o constituinte não fez restrições. Não limitou a relação de chefia a algumas carreiras da AGU, nem restringiu a que tipo de vínculo ela se estenderia – se técnico ou administrativo. Por evidente, onde ao constituinte originário não ocorreu fazer a distinção, por razões lógicas, sistemáticas e institucionais, não cabe ao legislador infraconstitucional pretender fazê-lo.

Assim, não somente os *Advogados da União*, responsáveis pela representação judicial e extrajudicial do ente federal e pela consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, estão sob o comando do Advogado-Geral da União, como também: os *Procuradores da Fazenda Nacional*, encarregados da representação da União em causas fiscais e pelo assessoramento e consultoria no âmbito do Ministério da Fazenda; os *Procuradores Federais*, que atuam na representação judicial, extrajudicial, na consultoria e assessoramento jurídicos das autarquias e fundações públicas federais; e os *Procuradores do Banco Central*, que se submetem, em última instância, ao Advogado-Geral da União. É o AGU o órgão central de todas as carreiras jurídicas da Advocacia Pública federal brasileira por firme determinação da Constituição.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Afinal, não cabe ao intérprete estabelecer distinção entre as carreiras jurídicas da AGU não autorizada pelo Texto Maior, submetendo parte delas à subordinação administrativa a órgãos do Poder Executivo. As Consultorias Jurídicas da União e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional efetivamente integram a Instituição e também “*subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União*”, conforme dispõe o § 1º do art. 2º da LC nº 73/93³⁷ (reproduzido no § 4º do art. 2º do PLC nº 205/2012).³⁸ Assim, de acordo com a estrutura orgânica da Instituição, e à luz do art. 131, §1º da CRFB, os órgãos que integram a AGU devem estar sujeitos, técnica e administrativamente, somente ao Advogado-Geral da União.

Mas a violação à Constituição vai além. Ela se revela ainda mais grave sob a ótica dos efeitos que a dupla subordinação pode gerar para o exercício da Advocacia de Estado. É que, como se viu, compete à AGU o exercício da função essencial de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas por agentes públicos eleitos, ao quadro de possibilidades e *limites* oferecidos pelo ordenamento jurídico. O desempenho de tal tarefa só é possível com a garantia da autonomia técnica. Ocorre que a subordinação ampla de seus membros a órgãos de cúpula da Chefia do Poder Executivo, ainda que no plano administrativo, prejudica severamente o exercício dessas atribuições.

Não há como separar o técnico do administrativo de forma plena, sem que um exerça influência sobre o outro. A autonomia administrativa é instrumento

³⁷ “Art. 2º, § 1º - *Subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União, além do seu gabinete, a Procuradoria-Geral da União, a **Consultoria-Geral da União**, a Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, a Secretaria de Controle Interno e, técnica e juridicamente, a **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**.*”

³⁸ “Art. 2º, § 4º - *Subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União, além do seu gabinete, o Vice-Advogado-Geral da União, as Procuradorias Gerais da União e Federal, a **Consultoria-Geral da União**, a Corregedoria-Geral da Advocacia da União, a Secretaria-Geral do Contencioso Constitucional e a Secretaria de Controle Interno e, técnica e juridicamente, as **Procuradorias Gerais da Fazenda Nacional e do Banco Central**.*”

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

para a autonomia técnica.³⁹ Se o Advogado Público deve obediência a ordens de Ministros de Estado, e se pode inclusive ser responsabilizado por desrespeito a essas ordens (como se viu a propósito do art. 26, §6º, do PLC), sua esfera de autonomia poderá ser tolhida no momento em que chamado a proferir manifestações técnicas. Estará hierarquicamente vinculado;⁴⁰ reduzido em sua vontade e atuação independente. E é justamente esse resultado que o constituinte pretendeu evitar ao conferir à Advocacia Pública o *status* de função essencial à Justiça.

Não é correto afirmar que a Advocacia-Geral da União deva ser *politicamente independente* do Poder Executivo. Isso também seria desvirtuar o Texto Constitucional. Mas o ponto de contato entre direito e política se dá por intermédio do Advogado-Geral da União, este sim, por definição e pelas circunstâncias de sua investidura, ocupante de cargo com elevada responsabilidade política. É o Advogado-Geral da União quem deve filtrar as demandas políticas e compatibilizá-las aos aspectos jurídicos subjacentes. Essa é sua função enquanto Ministro de Estado e, simultaneamente, Chefe da Advocacia-Geral da União.

Já a proposta de subordinação direta dos membros das carreiras jurídicas à chefia do Poder Executivo malferir a lógica do art. 131 da Constituição e acaba por contrariar o princípio republicano (art. 1º). Subordina-se o interesse público consistente na existência de uma Advocacia de Estado forte e capacitada para o controle

³⁹ É o que anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “A autonomia administrativa consiste na outorga, às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para garantir-se-lhes a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se valer. (...)” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “As funções essenciais a justiça e as procuraturas constitucionais.” In: *Revista de informação legislativa*, v.29, nº 116, p. 79-102, out./dez. de 1992. p. 94/95

⁴⁰ Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão: “Na hierarquia, a competência do agente superior abrange a competência dos agentes a ele subordinados. A competência dos subordinados é, em última análise, competência do seu superior; está contida nela, o que legítima os amplos poderes do superior sobre as funções exercidas por seus subordinados” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 103).

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

de juridicidade aos interesses dos agentes eleitos. Aqui, contudo, a equação deveria ser inversa.

A propósito, este é o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, manifestado em parecer juntado aos autos da ADI nº 4.297, na qual se questiona a constitucionalidade da atual redação dos arts. 11 e 12 da LC nº 73/93. Em suas palavras,

“Prestar consultoria e assessoramento jurídico significa dizer aquilo que o Executivo pode e o que *não pode fazer*, ao lume do Direito. (...) Contrariar o superior, propor-lhe peias, objurgatórias e contraditas, nunca é tarefa fácil e muito menos agradável. Do ponto de vista racional, lógico, e de um bom critério administrativo, consiste em verdadeiro absurdo adotar solução deste jaez. Mais absurdo ainda é fazê-lo sem apoio explícito da Constituição, mas, inversamente, elaborando à margem dela uma subordinação que ali não está prevista.”⁴¹

Em suma: os arts. 11 e 12 propostos pelo Projeto de Lei, ao insistirem na subordinação dos Advogados Públicos federais das Consultorias Jurídicas e membros da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aos Ministros de Estado, violam a literalidade do art. 131, *caput* e §1º da Constituição, além da própria *ratio* constitucional de autonomia a que se vincula o desenho institucional da Advocacia Pública, tal como acima exposto.

VI. CONCLUSÃO

⁴¹ Págs. 3 e 4 do parecer acostado aos autos da ADI nº 4.297.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

À luz das considerações acima traçadas, é possível afirmar com segurança que os dispositivos do PLC nº 205/2012 que constituem o objeto deste parecer são incompatíveis tanto com a letra, quanto com o espírito da Constituição da República. As razões que justificam essa conclusão podem ser sintetizadas nas seguintes proposições objetivas:

- (i) A inscrição da Advocacia Pública no capítulo das funções essenciais à Justiça (arts. 131 e 132 da CRFB) correlaciona-se ao modelo de Estado democrático de direito inaugurado com a Constituição de 1988. Neste desenho, o Advogado Público é um agente ativo e extremamente relevante para a consecução dos valores inerentes ao Direito e à democracia.
- (ii) Cabe a cada órgão da Advocacia Pública: (i) viabilizar, no plano jurídico, as políticas públicas definidas pelos agentes políticos, (ii) adequando-as ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico, no exercício do controle interno de juridicidade administrativa.
- (iii) Para tanto, é necessária a criação de um ambiente de autonomia e estabilidade no qual o Advogado Público possa, com rigor técnico, garantir a mediação entre a vontade democrática e os limites impostos pela ordem jurídica em vigor.
- (iv) Isso pressupõe um conjunto de capacidades institucionais e de garantias funcionais sem as quais os Advogados Públicos se tornariam meros *reféns* da política. Não se trata de privilégios, mas de prerrogativas institucionais que sirvam como reais instrumentos para a realização do projeto do Estado democrático de direito.

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

- (v) As três medidas contempladas no PLC nº 205/2012 objeto do presente estudo comprometem severamente a capacidade institucional da Advocacia-Geral da União para o exercício das funções essenciais de que constitucionalmente incumbida.
- (vi) Em primeiro lugar, a previsão de **quebra da exclusividade nas carreiras da AGU**, mediante a criação de membros não efetivos (“*cargos de natureza especial e em comissão de conteúdo eminentemente jurídico*”, cf. art. 2º-A), além da possibilidade de que órgãos de cúpula da Instituição sejam integrados por agentes que não possuem vínculos permanentes com a AGU (arts. 49-A e 49-B), viola diretamente a Constituição e compromete o exercício imparcial e autônomo das funções essenciais atribuídas pela Constituição à Advocacia Pública.
- (vii) Com efeito, o ingresso nas classes iniciais das carreiras da AGU sem a devida aprovação em concurso público afronta os arts. 131, §2º, e 37, II, da Constituição. Com a exceção – que comprova a regra – do próprio Advogado-Geral da União, todos os integrantes das carreiras da AGU devem ter seus cargos providos por concurso público (art. 131, §1º, CRFB/88).
- (viii) Além de assegurar a qualidade no exercício de funções tão caras aos interesses públicos, a investidura em cargo efetivo, com todas as garantias e restrições inerentes ao vínculo de efetividade – sobretudo a estabilidade –, é condição *sine qua non* para a autonomia técnica e imparcialidade exigidas dos Advogados Públicos.
- (ix) Não bastasse isso, o modelo engendrado no PLC, ao colocar sob o pálio de um mesmo regime jurídico servidores efetivos e não efetivos, descumpra a

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Constituição também sob a ótica dos princípios da razoabilidade e da isonomia. Isso porque o projeto, quebrando a racionalidade do desenho institucional da AGU, estende a servidores apenas comissionados prerrogativas dificilmente compatíveis com a natureza instável e provisória de seus cargos, fundados na confiança e na lealdade com seus superiores hierárquicos. O projeto, assim, trata igualmente situações substancialmente desiguais.

- (x) Também a previsão contida no § 6º do art. 26 do PLC nº 205/2012 afronta a Constituição. A abertura semântica do **conceito de erro grosseiro** ali previsto torna o dispositivo inconstitucional, na medida em que: (a) asfixia a autonomia técnica dos Advogados Públicos; (b) compromete o profícuo debate de opiniões que constitui elemento fundamental para o aperfeiçoamento do controle de juridicidade; e (c) contraria os princípios mais comezinhos de Direito Administrativo sancionador, com destaque para a legalidade e a tipicidade.
- (xi) Por fim, a **subordinação hierárquica**, no plano **administrativo**, de membros da AGU lotados nos órgãos de cúpula do Poder Executivo aos respectivos Ministros de Estado titulares das pastas (arts. 11 e 12 do PLC) também infringe a Lei Maior. Conforme dispõe o art. 131, §1º da CRFB, e de acordo com a estrutura orgânica da Instituição, os órgãos que integram a AGU somente podem estar subordinados, técnica e administrativamente, ao Advogado-Geral da União, que é o chefe único da Instituição.
- (xii) Além disso, referida ampliação da subordinação administrativa dos Advogados Públicos a órgãos da chefia do Poder Executivo central tolhe a necessária autonomia técnica que os membros da AGU devem possuir para o

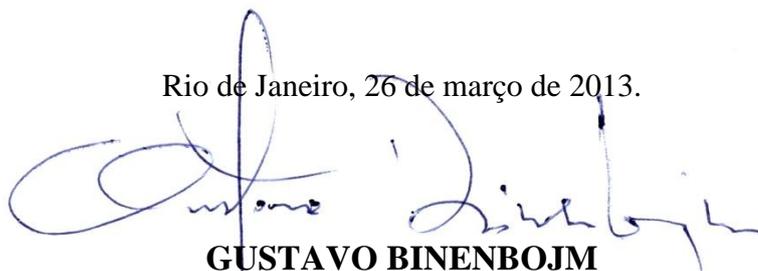
GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

exercício do controle interno de juridicidade, em franca inversão da lógica
do Estado democrático de direito desenhado desde o art. 1º da Carta de 1988.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 26 de março de 2013.



GUSTAVO BINENBOJM

**Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ
Professor da Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – RJ
Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ
Master of Laws pela Yale Law School (EUA)**