
ATUAÇÃO CONSULTIVA DA ADVOCACIA- GERAL DA UNIÃO E O CONTROLE DE JURIDICIDADE

*THE ADVISORY ROLE OF THE ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO AND
ITS CONTROL OF JURIDICITY*

Tayse Carvalho Silva Montenegro de Oliveira
Advogada da União¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Advocacia-Geral da União como função essencial à justiça e ao Estado Democrático de Direito; 2 Atuação dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União no controle de juridicidade da Administração Pública; 3 Conclusão; Referências.

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a atuação dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União (AGU) na realização do controle de juridicidade da Administração Pública em prol do Estado Democrático de Direito e de Justiça e da sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia. Pública. Consultivo. Essencialidade, Justiça. Democracia. Controle. Juridicidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the performance of the advisory bodies of the Advocacia-Geral da União (AGU) in the control of legality of public administration in favor of the democratic rule of law and justice and to the Brazilian society.

KEYWORDS: Attorney. Public. Advisory. Essentiality. Justice. Democracy. Control. Legality.

INTRODUÇÃO

A Advocacia-Geral da União foi criada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e instituída pela Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, como instituição permanente que, no âmbito contencioso, representa a União (Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo), judicial e extrajudicialmente, bem como, no âmbito consultivo, presta consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo Federal, nos termos da mencionada Lei Complementar.

CRFB/1988. 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.

Antes da Constituição de 1988, a atuação contenciosa, de representação judicial da União, ficava a cargo do Ministério Público da União, enquanto as atividades consultivas do Poder Executivo eram exercidas pela “Advocacia Consultiva da União”, cujo órgão central era a Consultoria-Geral da República, nos termos do Decreto nº 92.889, de 1986 e do Decreto nº 93.237, de 1986.

Assim, a Constituição Federal de 1988 inovou ao concentrar na nova instituição pública – Advocacia-Geral da União – duas esferas de atribuições: contenciosa e consultiva.

Para a atuação consultiva, tema central deste artigo, a Lei Complementar nº 73, de 1993, prevê diversos órgãos jurídicos na estrutura da Advocacia-Geral da União, tais como: a Consultoria-Geral da União, as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados, as Procuradorias Federais Especializadas junto Autarquias e Fundações, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria-Geral do Banco Central.

Nesse contexto, para fins do presente artigo, destacar-se-á a atuação consultiva da Advocacia-Geral da União e o seu importante papel no controle de juridicidade da Administração Pública, “que, em última análise, é a vivência diária e a finalidade síntese da Advocacia de Estado, no desempenho do inestimável serviço que deve prestar à sociedade”².

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, p. 42. out. 2005.

Para isso, entretanto, serão abordados temas correlatos que embasarão a conclusão do dever-poder de atuação consultiva da AGU como órgão de controle de juridicidade.

1 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 qualificou a função da Advocacia Pública, na qual se insere a Advocacia-Geral da União, como função essencial à justiça, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública (arts. 127 a 135 da CFRB/1988)³.

Essa qualificação constitucional da Advocacia-Geral da União como função essencial à justiça demonstra a sua indispensabilidade para a realização e promoção da justiça no contexto da sociedade brasileira.

Segundo a Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, o termo jurídico “justiça”, contido na expressão “funções essenciais à justiça”, pode ter dois significados distintos, quais sejam:

a) Justiça como instituição, ou seja, como sinônimo do Poder Judiciário, tal como aparece nas expressões justiça trabalhista, justiça eleitoral, justiça federal; e realmente as carreiras apontadas como essenciais à justiça são indispensáveis ao funcionamento do Poder judiciário, por que este, embora detenha a mais relevante e eficaz forma de controle da Administração Pública e de proteção dos direitos individuais e coletivos, não tem legitimidade para dar início às ações judiciais; ele decide sobre conflitos que lhe são postos e nos limites postos pelo advogado, pelo Defensor Público, pelo Advogado da União, pelo Procurador do Estado ou do Município, pelo Promotor Público (quando este atuar como parte). Sem estes profissionais, a Justiça – entendida como sinônimo de Poder Judiciário – não é acionada. Ela não existe.

3 “Foram criadas 3 procuraturas constitucionais independentes para que exercitassem cada uma delas em seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, os poderes tipicamente estatais de cura, promoção, provedoria e controle, pois que referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado, e nem por outra razão inseridas todas essas funções, sob a qualificação de Essenciais à justiça, como um Capítulo distinto do Título IV, pretendendo o constituinte que neste título contivesse todas as definições cratológicas fundantes da organização estatal, independentemente de obrigatória continência em qualquer dos três ramos em que, por tradição, repartia-se o exercício de qualquer parcela do poder estatal”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, p. 38, out. 2005.)

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Prefeitura do Município de São Paulo*, n. 3, p.11-30, dez. 1996, p. 13-14.

b) Justiça como valor, incluído já no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e que consiste na vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu (*justitia est constans ET perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*). Vale dizer que o advogado, seja público, seja privado, atua sempre em prol da Justiça, entendida como valor, mesmo quando desempenhada perante o Poder Executivo.

Dessarte, pode-se afirmar que a segunda acepção é a que melhor se coaduna com a atuação consultiva da Advocacia-Geral da União.

Nesse sentido, a atuação consultiva tem uma relevante missão de promover o valor “justiça” e todos os demais valores que dele inexoravelmente decorrem, especialmente os valores licitude, legitimidade e legalidade; valores estes que fundamentam o Estado Democrático de Direito e o Estado de Justiça, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵.

As funções essenciais à justiça não se confundem com as demais funções tradicionalmente atribuídas aos órgãos dos Poderes do Estado (Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo), mas atuam ao lado destes de forma a proporcionar harmonia e equilíbrio entre os citados Poderes de Estado e a Sociedade.

O Constituinte de 1988 delegou diretamente à Advocacia Pública parcela do poder estatal, estabelecendo-a, em pé de igualdade com as demais funções essenciais à justiça, como zeladora do interesse público em benefício da sociedade.

Importante notar que a localização topográfica da Advocacia Pública em capítulo próprio (capítulo IV), ou seja, fora dos capítulos dos Poderes da União (capítulos I, II e III), revela a intenção do constituinte originário de conferir às funções essenciais à justiça a necessária autonomia em relação aos citados Poderes, sem, contudo, firmá-las como um quarto poder.

Com efeito, há nítida intenção do legislador constituinte de não inserir a AGU na estrutura administrativa do Poder Executivo, em que pese a posição doutrinária de Branco, Coelho e Mendes⁶, entendendo a Advocacia-Geral da União com integrante do Poder Executivo.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

6 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiães; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 947.

A inserção da AGU na estrutura do Poder Executivo implicaria em certa subordinação do Advogado da União ao Executivo, facilitando a ingerência técnica e/ou política na atuação do Advogado da União, o que desvirtuaria o cumprimento do seu mister constitucional de agente controlador da juridicidade dos seus atos, subvertendo a ordem constitucional estabelecida na qual é a AGU que exerce controle sobre o Poder Executivo e não o Poder Executivo sobre a AGU. Essa, indiscutivelmente, não foi a intenção do legislador constituinte.

Ao contrário. A previsão constitucional da AGU como função essencial à justiça implica em admitir que a vontade do constituinte originário foi a de que o Advogado da União, no exercício de suas funções, “seja resguardado de toda pressão e interferência externas e políticas, a fim de que atuem com independência e liberdade na defesa do Estado Democrático de Direito”⁷.

Nesse contexto, para o desempenho pleno, digno e eficiente dessa difícil missão constitucional, faz-se necessário reconhecer a indispensabilidade da independência funcional do Advogado da União para atuar no controle de juridicidade da Administração Pública.

A independência funcional não se confunde com autonomia funcional. Enquanto a autonomia funcional se refere à instituição de um modo geral (autonomia financeira e administrativa), a independência funcional está atrelada aos membros da instituição.

Vale dizer que, ao Advogado da União, confere-se a prerrogativa de agir segundo o seu convencimento técnico-jurídico, segundo seu conhecimento e suas próprias convicções, não estando subordinado de modo absoluto a órgão ou a Poder.⁸

Importante esclarecer que, embora a independência funcional do Advogado da União não esteja expressa no texto constitucional, ela é decorrente do enquadramento da AGU como função essencial à justiça e, portanto, desnecessária é a sua afirmação expressa. Trata-se de algo inerente ao exercício do *munus* público (*munus* advocatício).

Segundo a *teoria dos poderes implícitos*, a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram

7 GUIMARÃES, Patrícia de Almeida Barbosa. A Advocacia Pública da União e a Independência Funcional dos seus membros: Possibilidades e Limites. *Instituto Brasileiro de Direito Público- IDP - Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional*. Brasília: 2011. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/224/Monografia_Patr%C3%ADcia20de%20Almeida%20Barbosa%20Guimar%C3%A3es.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 ago. 2013.

8 Ibid.

atribuídos pela Constituição Federal, sob pena de aceitar-se que na Carta Magna existam normas *sem força normativa*.

A violação dessa independência funcional no plano hierárquico, a pretexto da imposição de vontade atentatória à consciência do Advogado de Estado, poderá caracterizar abuso de poder, mesmo se perpetrado no contexto interno da hierarquia do órgão coletivo de criação infraconstitucional (Procuradorias), uma vez que o Advogado de Estado é, por ser um advogado e por definição constitucional, um órgão unipessoal.⁹

Entretanto, essa independência técnico funcional não significa que o Advogado da União não se submeta aos limites funcionais delineados dentro no âmbito da própria Advocacia-Geral da União (conforme o art. 28, inciso II, da Lei Complementar nº 73, de 1993, que veda ao Advogado da União a possibilidade de contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica do Advogado-Geral da União).

Ademais, a atuação do Advogado da União é limitada pelo Direito ao qual ele defende, ou seja, submete-se ao dever ético e constitucional de atuar nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, defendendo os valores que são fundamentos do Estado Democrático de Direito e o Estado de Justiça em prol do interesse público e da sociedade.

Segundo BRANCO, COELHO e MENDES, entende-se por Estado Democrático de Direito:

[...] a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mas ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a proclamação daqueles direitos.¹⁰

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, out. 2005. p. 58.

10 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiros; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 139.

Assim, vê-se que por traz da expressão “Estado Democrático de Direito” existe alguns importantes princípios fundantes, princípios estes norteadores da atuação da AGU, quais sejam: princípio da legitimidade (Democracia) e princípio da legalidade (Direito).

Segundo Moreira Neto¹¹:

A sujeição do Estado à lei foi, por certo, a primeira grande conquista desta série: o *princípio da legalidade* inaugurou a doma do Leviatã, marcando a transição do Estado Absolutista para o *Estado de Direito*.

O segundo importante triunfo foi o submetimento do Estado à vontade da sociedade: o *princípio da legitimidade* logrou afirmar-se universalmente no correr deste século que se finda, à custa de grandes sacrifícios, entre os quais os flagelos de três longas e desumanas guerras e da escravização de inúmeros povos a ideologias totalitárias, consolidando-se o *Estado Democrático* como o conceito vitorioso nas sociedades contemporâneas.

Ainda à luz dos consagrados ensinamentos do Moreira Neto, há um terceiro princípio que deve também caracterizar o Estado Brasileiro: o princípio da licitude. Este princípio estabelece a subordinação do Estado à moral, ou seja, assegura o “primado da moralidade na vida pública”, realizando o chamado Estado de Justiça.

A terceira e decisiva conquista, e a mais demandante, ainda está por ser alcançada, logrando-se a subordinação do Estado à moral: o *princípio da licitude*.

[...]

Não obstante a Constituição categorizar o Estado brasileiro apenas como *Estado Democrático de Direito*, ou seja, de *legitimidade* e de *legalidade*, sua dimensão, como almejado Estado de Justiça desponta em mais de um dispositivo em que a licitude é invocada.

Todavia, ousa-se dizer que o Estado de Justiça não está por ser alcançado constitucionalmente ou é apenas despontado em alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988. O chamado Estado de

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

Justiça já é imperativo imanente da própria Constituição de 1988¹², embora tal expressão não esteja expressa no texto constitucional. Até porque o fim do Estado é o bem comum, que não é outra coisa senão a realização da Justiça!

Assim, a Advocacia-Geral da União, tanto quanto às demais funções essenciais à justiça, é instrumento que realiza tanto o Estado Democrático de Direito, bem como o Estado de Justiça, pois zela, no desempenho de seus respectivos cometimentos fundamentais, por seus mais importantes valores: Povo, Direito e Justiça.

2 ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS CONSULTIVOS DA AGU NO CONTROLE DE JURIDICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O constituinte originário de 1988, ciente da adversa experiência de concentração e abuso de poder vivida pelo país com o regime ditatorial, estabeleceu um rico e necessário sistema constitucional de controle das ações estatais, através da criação e especialização de diversos órgãos, que receberam parcela do poder estatal e, conseqüentemente, independência funcional para exercer tal mister.

Trata-se do que Diogo Figueiredo chamou de “Fenômeno contemporâneo da multiplicação de órgãos constitucionais independentes”¹³. São mecanismos de controle recíproco no exercício das funções públicas, fundados sob o conhecido sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

12 CRFB/1988. Preâmbulo (Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL); Art. 1º (III - a dignidade da pessoa humana); Art. 3º (I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); Art. 4º (II - prevalência dos direitos humanos; VI - defesa da paz); Art. 5º (X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência); 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); entre tantos outros.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, p. 38, out. 2005.

Com efeito, Estado, por seus órgãos e por seus Poderes, e sociedade, por seus indivíduos e por seus órgãos, exercem multimodos e recíprocos papéis de controlados e controladores, distribuindo, a Constituição, entre todos, inúmeras funções de *fiscalização*, de *provocação* e de *correção*.

De um lado, os três Poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a *correção*, e de outro, as funções essenciais à justiça e à sociedade, cuidam da *fiscalização* e da *provocação*. Trata-se de um novo esquema de *distribuição de poderes*, que, embora mantenha nos Poderes orgânicos o seu mais importante centro de decisões sobre a *juridicidade*, descentraliza, nas funções essenciais à justiça, nos indivíduos, nas empresas, nas associações e nas instituições provadas, em geral, inúmeras funções de fiscalização e de provocação. Sobretudo, e em última análise, devolve-se ao povo, a fração politicamente ativa da sociedade, a decisão final sobre legitimidade e a moralidade, pelo exercício da participação democrática.¹⁴

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, falar em controle é falar sobre:

[...] conjunto de meios através dos quais pode ser exercida função de natureza fiscalizatória sobre determinado órgão ou pessoa administrativa. Dizer que órgão ou entidade estão sujeitos a controle significa constatar que só podem eles atuar dentro de determinados parâmetros, ou seja, nunca podem agir com liberdade integral.¹⁵

Assim, ao lado dos tradicionais órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a Constituição estabeleceu as funções essenciais à justiça como instrumento democrático de controle a proporcionar equilíbrio e harmonia entre os Poderes Estatais e a sociedade.

Dentre esses órgãos constitucionais independentes, destaca-se a atuação da Advocacia-Geral da União, implementada pela Lei Complementar nº 73, de 1993, que consolidou as duas frentes de atuação da Advocacia-Geral da União: a contenciosa e a consultiva.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções *Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: 2005. p. 358.

A competência contenciosa da AGU revela a sua natureza de organismo representativo judicial e extrajudicialmente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, representa os direitos e interesses dos seus “clientes” em juízo ou fora dele.

A atuação contenciosa é necessariamente parcial tendo em vista que o Advogado da União deverá defender o seu cliente (a União) com todos os argumentos favoráveis ao interesse do ente público (interesse público secundário) que figura na lide.

Já a atuação consultiva da AGU, foco principal do presente artigo jurídico, consiste em orientar, aconselhar e assessorar juridicamente apenas o Poder Executivo Federal. Neste caso, o Advogado da União, como operador do Direito, quando consultado pelo Administrador Público, só se manifestará quanto à juridicidade dos atos administrativos, ou seja, apenas fará o cotejo de conformidade do ato analisado com o ordenamento jurídico-constitucional.

Tradicionalmente, diz-se que o Advogado Público não realiza o exame quanto à conveniência e oportunidade (mérito) do ato consultado posto que de competência exclusiva do Administrador Público.

Nesse ponto, elucida Diogo de Figueiredo quanto a atuação consultiva da Advocacia Pública:

Compete ao Advogado de Estado, no desempenho apropriado desse dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos no sentido de adotarem, invariavelmente, todas as providências, normativas e concretas, que se destinem à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos [...].¹⁶

Os órgãos consultivos da AGU atuam essencialmente de maneira preventiva (controle preventivo), ou seja, antes da decisão do Gestor Público, de modo a assegurar que os atos provenientes das diversas atividades realizadas pelos órgãos e entidades estatais sejam produzidos em conformidade com os princípios e regras do Direito¹⁷, minimizando ou evitando perdas patrimoniais, assim como, em muitos casos, a propositura de ações judiciais em massa.

16 MOREIRA NETO, op. cit., 2005. p. 42.

17 “Respeito ao Direito é também o mais lúdimo interesse público.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, p. 45, out. 2005.

A advocacia consultiva é a expressão preventiva dessas funções, destinando-se a evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica – a injuridicidade – como quer que ela se apresente, decorra de ação ou de omissão, na órbita privada ou pública. Admite uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocações, em caráter fiscalizatório.¹⁸

Vê-se que há uma grande diferença entre a atuação contenciosa e a atuação consultiva. Esta exige um maior grau de independência do Advogado Público, bem como uma postura imparcial (como se juiz fosse), eis que defenderá a correta aplicação da lei que, ao fim e ao cabo, preservará o interesse primário da sociedade e do Estado Democrático de Direito e de Justiça.

Percebe-se, assim, que, em sua vertente consultiva, a AGU atua no controle da Administração Pública. Isso porque, quando o Advogado da União responde à consulta do Administrador Público quanto à legalidade de determinada ação administrativa, além de indicar qual a posição correta a seguir, também está evitando que a Administração Pública assumira uma postura antijurídica.

Nesse passo, importante destacar que a atuação consultiva da AGU, e, por conseguinte, seu papel de agente controlador da Administração Pública, decorre da submissão do Poder Público ao Direito.

Segundo uma visão contemporânea do Direito Administrativo, a clássica noção de submissão da Administração Pública ao *princípio da legalidade* vem sendo substituída pela necessidade sujeição ao *princípio da juridicidade*.

O princípio da legalidade, base do Estado de Direito que se contrapôs ao Estado Absolutista, estabelece a submissão do Estado à Lei, no intuito de evitar a prática arbitrárias, abusos ou favoritismos. Com efeito, o princípio da legalidade impõe a Lei sobre toda ação administrativa, de forma que o Administrador público só pode agir se autorizado pela lei e nos limites por ela estabelecidos.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Melo, o princípio da legalidade:

É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a

18 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.¹⁹

Entretanto, diante dos desafios jurídicos do Estado moderno, passou-se a perceber que o princípio da legalidade estrita se apresenta de forma insuficiente para realizar um eficaz controle da atividade estatal.

Assim, a noção clássica do princípio da legalidade, segundo Raquel Melo Urbano de Carvalho²⁰, sofreu algumas mutações no intuito de conter o avanço desmedido da atuação discricionária da Administração Pública.

Na primeira mutação, o conceito de legitimidade se destacou. Percebeu-se a necessidade de exigir a legitimidade das atuações públicas a fim de que a Administração Pública cumpra, além das regras legais, a moralidade e a finalidade administrativa.

Em uma segunda mutação, a noção de legalidade evoluiu para noção de constitucionalidade (princípio da constitucionalidade). Isso por que os abusos e descumprimento dos direitos fundamentais²¹ ensejaram a necessidade de reconhecer força vinculante às normas principiológicas da Constituição Federal como forma de controle da atuação do Executivo, superando, assim, o dogma positivista.²²

Por fim, numa terceira mutação surge o princípio da juridicidade, que vai além da legalidade e constitucionalidade, para impor ao Poder Executivo o dever de conformidade não apenas à lei em sentido estrito, mas ao Direito como conjunto de regras, valores e princípios jurídicos (explícitos ou implícitos²³) em sentido amplo.

É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de norma dentre as quais se

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100.

20 CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 48 – 60.

21 Vale destacar que o Estado é o titular passivo por excelência dos direitos fundamentais, já que estes nasceram justamente para proteger os indivíduos em face dos Poderes Estatais. Portanto, os detentores dos poderes formalmente considerados (poderes legislativo, executivo e judiciário) estão submetidos aos preceitos de direito fundamental.

22 *Idem*, p. 54

23 “Outrossim, com o reconhecimento de princípios implícitos deduzidos do ordenamento e alcançados ao status constitucional, porquanto inadmitida hierarquia em face dos princípios expressos na Lei Magna, ganhou força a noção de juridicidade”. CARVALHO, Raquel Melo Urbano. p. 55

incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento.

[...]

Destarte, atualmente quando se fala que, segundo o princípio da legalidade, o administrador público somente pode agir se a lei expressamente o autoriza, entenda-se lei como toda norma jurídica, princípios constitucionais explícitos ou implícitos, princípios gerais do direito, regras legais, normas administrativas (decretos, portarias, instruções normativas, etc.).²⁴

Carmem Lúcia Antunes Rocha, por sua vez, ao tratar do princípio da juridicidade, ressalta a sua importância para se alcançar o valor justiça:

O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de “legalidade administrativa” e, agora, mais propriamente rotulada de “juridicidade administrativa”, adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.²⁵

Dessarte, o conceito de juridicidade vincula Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo (Direito), servindo como paradigma vinculante da atuação pública.

Portanto, diante dessa exigência de subordinação da Administração Pública ao princípio da juridicidade, é possível afirmar que as técnicas de controle dar-se-ão, indiscutivelmente, mediante o contraste com os novos parâmetros.

Dessa forma, o controle realizado pelos órgãos consultivos da AGU sobre a atuação da Administração Pública não mais se restringe ao cotejo legal estrito (controle de legalidade estrita). Ao contrário, a atuação consultiva da AGU tem o poder-dever de realizar um controle amplo: o controle de juridicidade.

Assim, destaca-se, no controle realizado pela AGU, a análise de importantes valores e princípios constitucionais, tais como dignidade

²⁴ CARVALHO, op. cit., p. 55

²⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, p.79-80.

da pessoa humana, moralidade, impessoalidade, segurança jurídica, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, motivação, boa-fé objetiva, assim como a própria noção de legitimidade da atuação administrativa e, principalmente, o valor justiça – valor este que foi confiado à Advocacia-Geral da União pela própria Constituição quando atribuiu a qualificação de função essencial à justiça.

Nesse contexto, Advocacia Pública na realização do controle efetivo de juridicidade, consegue, por exemplo, evitar ou se antecipar ao desvio ou abuso administrativo, contribuindo para o combate a corrupção e evitando o volume intenso de ações judiciais contra atos do Poder Executivo.

Por fim, contudo, importante perceber que não cabe, dentro do controle de juridicidade, o entendimento de que, se os valores ou princípios forem cumpridos (como por exemplo, o princípio da moralidade), o Administrador Público estaria autorizado a não observar a lei estrita.

O raciocínio deve ser outro. Ou seja, não basta cumprir a lei estrita, é preciso que o Gestor, além de cumprir a lei estrita, aja em conformidade com o Direito.

No entender de Juarez Freitas:

[...] a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional.²⁶

Mais especificamente, pode-se dizer que as atribuições dos órgãos consultivos da AGU consistem no controle dos atos administrativos que materializam as políticas públicas, dos textos das minutas dos projetos de lei ou dos demais atos normativos, dos textos dos editais de licitação, contratos e instrumentos congêneres, bem como a fixação da correta interpretação da legislação e a prestação de subsídios para a atuação contenciosa da AGU²⁷.

²⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43-44.

²⁷ LC n° 73/1993:
Das Consultorias Jurídicas

No exercício desse mister, vê-se que a AGU contribui para o combate da tão famigerada corrupção brasileira, notadamente quando previamente evita a celebração de contratos ou convênios de valores vultuosos em desconformidade com o Direito. Aliás, o Advogado da União tem dever ético e funcional de se opor a todo ato, de qualquer Autoridade Pública, que lhe pareça atentatório ao Direito.

[...] porque não se pode ignorar que o combate à corrupção ainda é tema prioritário em nosso País; mácula que, para ser extirpada, necessita de instituições de controle de juridicidade, sempre mais fortes e prestigiadas.²⁸

No âmbito da atuação consultiva, o Advogado da União atuará em colaboração com o Administrador Público no sentido de orientá-lo a tomar a decisão política dentro dos ditames do Direito. Isso significa que o Advogado não agirá nem a favor nem contra a vontade do Gestor a quem ele auxilia, mas sempre a favor do Estado Democrático de Direito e de Justiça e contra a injuridicidade.

3 CONCLUSÃO

A Advocacia-Geral da União, na sua vertente consultiva, foi alçada pela Constituição da República Federativa do Brasil à condição de função essencial a justiça e ao Estado Democrático de Direito.

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:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

28 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, p. 43, out. 2005.

Posição constitucional esta que revela a importância de sua atuação na defesa do interesse público e da sociedade. No exercício desse mister, destaca-se seu fim último que é o controle de juridicidade.

Nesse contexto, o princípio de legalidade se apresenta como novo paradigma – legitimidade, constitucionalidade e juridicidade – ao qual a Administração Pública precisa se submeter, superando, assim, a clássica noção de subordinação à lei estrita.

De tal sorte, a AGU cumpre papel de relevo na defesa do interesse da sociedade (interesse público primário) e do patrimônio público (interesse público secundário), razão pela qual se deve conferir importância, respeito e independência funcional aos seus Membros, de modo que se perpetuam as suas funções essenciais de agente garantidor da justiça e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Prefeitura do Município de São Paulo*, n. 3, dez. 1996.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUIMARÃES, Patrícia de Almeida Barbosa. *A Advocacia Pública da União e a Independência Funcional dos seus membros: Possibilidades e Limites*. Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional. Brasília: 2011. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/224/Monografia_Patr%C3%ADcia20de%20Almeida%20Barbosa%20Guimar%C3%A3es.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 ago. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiães; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, out. 2005.

_____. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey.