

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ADVOGADO DA UNIÃO

PROVA DISCURSIVA P₂ – PARECER

Aplicação: 30/4/2016

PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

Espera-se que o candidato desenvolva Parecer que apresente texto compatível com o conteúdo a seguir.

1 Competência das consultorias jurídicas no controle interno da legalidade administrativa, enquanto advocacia de Estado

A Constituição de 1988, no Título IV, denominado Organização dos Poderes, traz, no Capítulo IV, a previsão das funções essenciais à justiça, contemplando, na Seção II, a denominada advocacia pública. Insere-se, nesse contexto, a Advocacia-Geral da União (AGU) como função essencial à justiça, responsável por desempenhar a advocacia de Estado. A essencialidade à justiça deve ser entendida, conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Netto¹, no sentido mais amplo que se possa atribuir à expressão, estando compreendidas no conceito de essencialidade todas as atividades de orientação, fiscalização e controle necessárias à defesa de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico.

O art. 131 da Constituição, ao caracterizar a AGU, destacou como sua competência, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento.

Com efeito, no art. 11, inciso V, da Lei Complementar n.º 73/1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, estabeleceu-se, no que tange à atividade de consultoria ao Poder Executivo junto aos ministérios, a competência de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados. Veja-se:

“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:

(...)

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;”

Revela-se tal competência das consultorias jurídicas — de controle preventivo de legalidade — uma relevante atribuição de advocacia de Estado, que visa garantir a observância, por autoridades integrantes do Poder Executivo, dos princípios constitucionais e das disposições normativas na prática de seus atos, como é o caso do envio de propostas de decretos por ministros à Casa Civil da Presidência da República.

Na presente hipótese, que trata de minuta de decreto a ser referendada pelo ministro, cabe a emissão de parecer jurídico conclusivo pela consultoria jurídica, com análise da constitucionalidade, da legalidade e da regularidade formal do decreto proposto antes do envio da minuta para a Casa Civil da Presidência da República.

2 O decreto como regulamento administrativo e o princípio da legalidade

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello², os regulamentos administrativos podem ser compreendidos, no Brasil, como os atos gerais e abstratos emitidos pelo chefe do Poder Executivo e previstos no art. 84, incisos IV e VI, da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**;

(...)

VI - **dispor, mediante decreto**, sobre:

¹ Cf. Diogo de Figueiredo Moreira Netto. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 2014, p. 29 e ss.

² Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 343 e ss.

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”

O regulamento administrativo previsto no supracitado inciso IV, caracterizado por alguns doutrinadores como regulamento de execução, consiste no ato geral e abstrato de competência privativa do chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da administração pública.

No que se refere ao princípio da legalidade, constante do art. 37, *caput*, da Constituição Federal — que elenca os princípios que devem ser observados pela administração pública —, vale dizer que tal princípio se caracteriza como legalidade administrativa e decorre da indisponibilidade do interesse público, traduzindo a ideia de que a atividade administrativa só pode ser exercida em conformidade com a lei, ou seja, de que a atuação da administração depende de autorização ou permissão da lei.

Considerando-se esse princípio, assim como sua conexão com o poder regulamentar da administração pública, verifica-se a impossibilidade de os regulamentos administrativos previstos no inciso IV do art. 84 inovarem na ordem jurídica e criarem direitos e obrigações não previstos em lei aos administrados, já que são atos inferiores, subordinados e dependentes da lei, ou seja, não são legítimos os atos de mera regulamentação que, a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, criam novas regras.

Além do regulamento administrativo previsto no inciso IV, há a espécie de regulamento administrativo prevista no inciso VI do art. 84 da Constituição, caracterizado por alguns doutrinadores como regulamento autônomo. Essa espécie de regulamento é bastante peculiar, por dizer respeito à prerrogativa do presidente da República de editar decreto para: a) dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e b) dispor sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Esse regulamento administrativo, externado na forma de decreto, não regulamenta os termos de lei anterior, mas reflete a prerrogativa do presidente da República de realizar, independentemente de lei, um novo arranjo de competências e órgãos já criados por lei e de expedir ato de extinção de funções ou cargos públicos vagos.

Em ambas as hipóteses previstas nas alíneas do inciso VI do art. 84, deve-se também observar o princípio da legalidade administrativa, mas em sua acepção pós-positivista, ou seja, de necessidade de conformidade do regulamento administrativo com o ordenamento jurídico como um todo. O ato deve estar em conformidade com a Constituição Federal, ou seja, é necessário respeito aos limites estabelecidos no texto constitucional para a edição dessa espécie de regulamento administrativo.

Em razão de a situação concreta apresentada dizer respeito à espécie de regulamento administrativo prevista no art. 84, inciso VI, da Constituição, importante verificar se a minuta de decreto submetida pelo gabinete do ministro à consultoria jurídica se apresenta em conformidade com os limites do poder regulamentar, estabelecidos na Constituição.

3 O regulamento administrativo como espécie de ato administrativo abstrato ou concreto

O ato administrativo pode ser conceituado como a declaração do Estado, ou de quem o represente no exercício de prerrogativas públicas, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob o regime jurídico de direito público, sujeita a controle de legitimidade pelo Poder Judiciário³.

Os regulamentos administrativos são considerados atos administrativos e podem ser compreendidos como atos abstratos, na hipótese do decreto previsto no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal — suas disposições colherão sempre novos casos tipificáveis em seu modelo abstrato —, ou como atos concretos, caso do decreto previsto no art. 84, inciso VI, da Constituição.

Na situação apresentada, a minuta de decreto constitui ato administrativo concreto, por pretender extinguir algumas secretarias e cargos em comissão do referido ministério, bem como por especificar percentual ínfimo de funções de confiança a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo no ministério, destinadas às atribuições de direção e assessoramento.

4 Constitucionalidade e legalidade da minuta de decreto (elementos do ato administrativo)

Conforme já exposto, a proposta de decreto apresentada pelo gabinete do ministro insere-se na hipótese prevista no art. 84, VI, da Constituição, cabendo à Advocacia-Geral da União, por meio da consultoria jurídica junto ao ministério, analisar a constitucionalidade e a legalidade da minuta de decreto a ser referendada pelo ministro e enviada à Casa Civil da Presidência da República.

Como a proposta de decreto não se presta a regulamentar lei anterior, prestando-se a reestruturar o ministério, a análise da observância da legalidade administrativa se destinará à verificação do respeito aos limites estabelecidos no texto constitucional para a edição dessa espécie de regulamento administrativo, tido também como ato administrativo, considerando-se os elementos do ato administrativo⁴.

Segundo a doutrina majoritária, os elementos dos atos administrativos são: a competência — também denominada sujeito —, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto. Em análise à proposta de decreto apresentada pelo gabinete do ministro, é possível verificar vícios relativos ao objeto e à competência (sujeito).

O objeto, ou conteúdo, dos atos administrativos consiste no efeito jurídico imediato que o ato produz. O objeto constante na minuta de decreto é reestruturar o ministério por meio da extinção de algumas de suas secretarias e de cargos em comissão ocupados, bem como da especificação de percentual ínfimo de funções de confiança a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo no ministério, destinadas às atribuições de direção e assessoramento.

³ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Op. cit.*, p. 389, Maria Sylvia Zanella di Pietro. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 205.

⁴ Cf. Maria Sylvia Zanella di Pietro. *Op. cit.*, pp. 211-20 e 250-5.

Considerados esses aspectos, verifica-se vício no objeto da minuta de decreto em análise, em razão de o decreto ter conteúdo contrário ao previsto nos arts. 84, VI, e 37, V, da Constituição Federal. Veja-se, inicialmente, o conteúdo do art. 84, VI:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, **quando não implicar** aumento de despesa nem criação ou **extinção de órgãos públicos**;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, **quando vagos**.”

No caso em análise, objetiva-se que um decreto extinga algumas secretarias do ministério e cargos em comissão, tendo em vista o contexto econômico do ajuste fiscal e a busca de uma administração pública mais eficiente. As secretarias dos ministérios são classificadas como órgãos públicos e, nos termos da alínea a) do inciso VI do art. 84, o presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, desde que não implique, entre outros fatores, a extinção de órgãos públicos.

Legítima é a diminuição de secretarias dos ministérios no contexto do ajuste fiscal, mas, nesse caso, ante à mencionada limitação estabelecida na Constituição, o presidente da República tem legitimidade, via decreto, para tão somente transpor unidades orgânicas menores, encartadas em unidades orgânicas maiores, para outras unidades maiores, como o Ministério do Planejamento, promovendo um arranjo intestino dos órgãos e competências já criados por lei⁵.

Ademais, no que tange à extinção dos cargos em comissão, em razão de eles estarem ocupados, não é possível a sua extinção por decreto, uma vez que, nos termos da alínea b) do inciso VI do mencionado dispositivo constitucional, o presidente da República tem competência para extinguir cargos públicos somente quando eles estiverem vagos.

Conforme a minuta, o decreto objetiva, ainda, reestruturar o ministério por meio da especificação de percentual ínfimo de funções de confiança a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo, destinadas às atribuições de direção e assessoramento no ministério. Esse objeto do decreto contraria o disposto no art. 37, V, da Constituição, que não autoriza o exercício das funções de confiança por não ocupantes de cargo efetivo, ainda que em percentual ínfimo, *in verbis*:

“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;”

De volta à análise da minuta de decreto à luz dos elementos dos atos administrativos, deve-se verificar o elemento competência — ou sujeito —, ou seja, aquele a quem a legislação atribui competência para a prática do ato. Verifica-se vício na proposta de decreto também quanto ao elemento competência, uma vez que, nos termos do art. 48, incisos X e XI, da Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional a extinção de cargos não vagos e de órgãos da administração pública. Veja-se:

“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...)

X – criação, transformação e **extinção de cargos**, empregos e funções públicas, **observado o que estabelece o art. 84, VI, b;**

XI – criação e **extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;**”

Conclusão:

Diante do exposto, em atendimento à consulta realizada pelo gabinete do ministro quanto à minuta de decreto, opina-se por sua inconstitucionalidade e pela necessidade de elaboração de nova minuta que atenda aos limites do poder regulamentar expressos na Constituição Federal.

⁵ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Op. cit.*, p. 346-7.