

LABORATÓRIO
DE
JURISPRUDENCIA

MUTAÇÕES NO PROCESSO CONSTITUCIONAL – BREVES REFLEXÕES ACERCA DO PAPEL DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO NAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE¹

Eric Baracho Dore Fernandes²

Sumário: I. Introdução e considerações preliminares. II. Análise crítica dos precedentes. III. Conclusões. IV. Referências.

Resumo: O presente artigo busca discutir de forma breve e objetiva as conseqüências de ordem prática e teórica que surgem do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca das hipóteses em que o Advogado Geral da União poderia optar por não defender o ato normativo impugnado nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave: Advogado Geral da União. Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade.

Abstract: This article seeks to briefly discuss practical and theoretical consequences of the current understanding of Brazil's Supreme Court regarding the situations on which the Solicitor General of the Union may choose not to defend the constitutionality of normative acts submitted to judicial review.

Keywords: Solicitor General of the Union. Supreme Federal Court. Judicial Review.

I. Introdução e considerações preliminares.

É de conhecimento geral que, dentre as funções institucionais do Advogado Geral da União³ está a de atuar como curador da presunção de constitucionalidade de norma cuja constitucionalidade seja argüida em sede de controle concentrado perante o Supremo Tribunal

¹ Artigo originalmente apresentado no I Seminário do LAFEP – Laboratório Fluminense de Estudos Processuais.

² Graduando em Direito pela UFF, monitor das disciplinas Teoria da Constituição e Direito Constitucional Positivo membro do Conselho Editorial da Revista de Direito dos Monitores da UFF. E-mail: ericbdfernandes@gmail.com.

³ BRASIL. Lei Orgânica da Advocacia Geral da União - Lei Complementar nº 73 de 10 de Fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp73.htm>>. Acesso em: 01/06/2010.

Federal, nos termos da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 103, § 3º e da Lei nº 9.868/99⁴.

Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem, ao longo de sua história, modificado o sentido e alcance atribuídos ao papel institucional de sustentar a higidez da norma submetida a controle. Inicialmente, foi dada uma interpretação rígida e irrelativizável ao dispositivo constitucional em epígrafe, de modo que o Advogado Geral da União deveria defender a constitucionalidade do ato impugnado em qualquer circunstância⁵. Todavia, a jurisprudência do STF tornou-se mais flexível quanto à atuação da instituição, permitindo que o AGU, de forma discricionária, não defendesse o ato impugnado quando este já tivesse sido declarado inconstitucional pela Suprema Corte em sede de controle difuso⁶.

Posteriormente, em questão de ordem suscitada pelo ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI 3916⁷, em 2009, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser cabível uma margem ainda maior de discricionariedade para que o Advogado Geral da União defenda ou não o ato normativo impugnado. O pleno entendeu, vencidos os ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que nos casos em que o interesse da União coincidissem com o autor do processo objetivo, não poderia ser exigido que o Advogado Geral da União defendesse o ato impugnado.

É juridicamente possível, pelo Advogado Geral da União, a *declinabilidade* da defesa da lei ou ato normativo impugnado? Em caso positivo, em que situações isso poderá ocorrer? Por fim, declinar da defesa da norma seria ato vinculado ou discricionário? São questionamentos que este breve ensaio busca suscitar através de um breve panorama evolutivo dos precedentes em referência, acompanhado em seguida por uma análise crítica dos elementos ponderados pela Suprema Corte nos casos em questão.

II. Análise crítica dos precedentes.

⁴ BRASIL. Lei nº 9868 de 10 de Novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 01/06/2010.

⁵ Nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence "... Erigido curador da presunção da constitucionalidade da lei, ao advogado-geral da União, ou quem lhe faça às vezes, não cabe admitir a invalidez da norma impugnada, incumbindo-lhe, sim, para satisfazer requisitos de validade do processo da ação direta, promover-lhe a defesa, veiculando os argumentos disponíveis. " BRASIL, STF, ADI nº 72, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25/05/1990.

⁶ Alguns precedentes nesse sentido: BRASIL. STF. ADI nº 1.616. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ. 13/09/2001; BRASIL. STF. ADI nº 2.101. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 05/10/2001.

⁷ BRASIL, STF ADI nº 3.916, Rel. Min. Eros Grau, DJE 14/05/2010.

Em um primeiro momento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não considerava possível quaisquer hipóteses em que o AGU pudesse optar por não sustentar a constitucionalidade da lei ou ato normativo. Em acórdão proferido em face de questão de ordem, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o tribunal decidiu por unanimidade pela indeclinabilidade da defesa da lei ou ato impugnado. A interpretação dada foi, inicialmente, uma interpretação predominantemente semântica, literal do dispositivo do artigo 103, § 3º. O voto do relator interpretou a função do Advogado Geral da União como sendo a de curador especial da norma e da presunção de constitucionalidade da mesma, de modo que não lhe caberia a opção de manifestar-se pela procedência da ação direta.

Ainda que, independentemente da controvérsia atual acerca da declinabilidade da defesa do ato impugnado, a doutrina contemporânea aponte de forma clara tal função institucional, as palavras do relator não foram redundantes naquele momento. A função do AGU nesse tipo de ação foi uma novidade trazida pela Constituição de 1988 e ainda não regulamentada de forma apropriada pela lei ao tempo da decisão, de modo que coube ao STF delinear de forma mais clara os contornos do dispositivo constitucional através da ADI em questão.

Gilmar Ferreira Mendes, em artigo publicado durante sua atuação como Advogado Geral da União, sustentou a relativização da rígida posição do STF. *In verbis*:

”Do mesmo modo, a eficácia erga omnes e o efeito vinculante - que, como sustentamos, são próprios à natureza e ao caráter bivalente do controle abstrato de normas (isto é, incorporando tanto as ações diretas de constitucionalidade: vide, a respeito, Mendes, Gilmar Ferreira, "A Ação Declaratória de constitucionalidade nº, de 1993", in Martins & Mendes, Ação Declaratória de Constitucionalidade, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 51-106) - impede até mesmo o advogado-geral da União de recalcitrar na vinculação aos "fundamentos determinantes" das decisões anteriores e na sua observância quando da repetição de hipótese normativa semelhantes. Por igual, é também o princípio da isonomia que impõe a aplicação da mesma orientação normativa - ou dos fundamentos determinantes da decisão aptos a caracterizar o efeito vinculante - às hipóteses normativas semelhantes. Por fim (e esta é a razão decisiva em face das exigências da jurisprudência desse Pretório Excelso), a existência de decisão anterior sobre a matéria elide a presunção de constitucionalidade da qual seria curador o advogado-geral da União. Nessa medida, sustentar a obrigatoriedade de defesa do ato impugnado em havendo decisão anterior da Suprema Corte cujos fundamentos determinantes

indicam a ilegitimidade do ato impugnado implicaria admitir a existência de um "advogado da inconstitucionalidade."⁸

O fato é que tal entendimento acabou por predominar no STF, na virada jurisprudencial que se seguiu após a nomeação de Gilmar Ferreira Mendes como Ministro da Suprema Corte. Entretanto, cabe uma ressalva. O argumento acima exposto foi importado pelo STF de modo a fundamentar o que seria uma discricionariedade, uma liberalidade do Advogado Geral da União em defender ou não a higidez da lei ou ato normativo atacado nas situações onde o STF já tenha se manifestado pela inconstitucionalidade. Contudo, as palavras do Min. Gilmar nos remetem muito mais a uma *impossibilidade* (e não uma *discricionariedade*) acerca desse tipo de sustentação:

Havendo decisão de Corte Constitucional sobre a matéria, impõe-se ao advogado-geral da União, no cumprimento de seu dever de fidelidade à Constituição (como órgão constitucional que é), a adução de um ótimo de informações relativas à jurisprudência constitucional sobre a matéria e a atuação apta a viabilizar a máxima eficácia da ordem constitucional - e, em especial, a realização da missão da jurisdição constitucional.⁹ (grifo nosso)

De fato, se considerarmos o atual debate doutrinário acerca da teoria da transcendência dos motivos determinantes, a vinculação da Advocacia Geral da União parece uma consequência plausível e óbvia, caso predomine no STF o entendimento no sentido da *abstrativização do controle difuso*, pois afinal a AGU integra a estrutura da Administração Pública em nível federal. Todavia, essa teoria não se encontra pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que o estudo de suas consequências não terá relevância imediata para o deslinde do tema.

Parte da doutrina defende que declinar a defesa do ato impugnado seria inconstitucional, seja por uma interpretação semântica do art. 103, § 3º, seja por considerar que declinar da defesa da lei ou ato normativo cercearia o contraditório e a ampla defesa inerentes ao processo judicial, ou mesmo até por considerar que a função de “fiscal da lei” com livre convencimento já seria realizada pelo Procurador Geral da República. Outra corrente defende que a declinabilidade é plenamente viável, como por exemplo o ministro Gilmar Ferreira Mendes, em posição já referenciada acima.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *O Advogado-Geral da União e a ação direta de inconstitucionalidade*. **Correio Braziliense**, Brasília, 20 nov. 2000. Caderno Direito & Justiça, p.1. Disponível também em: <<http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/agu.htm>>. Acesso em: 01/06/2010.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Op. cit.*.

A atuação atípica do Advogado Geral da União no processo objetivo é a de curador da presunção de constitucionalidade da norma. Vale dizer, curador de um princípio que representa a *autoconceção* da jurisdição constitucional em face da higidez de determinada norma perante Constituição Federal. Essa presunção, entretanto, é relativa (*iuris tantum*), admitindo prova em contrário. Caso a norma já tenha sido declarada inconstitucional pelo STF pela via incidental, essa presunção é mitigada. Pode-se dizer então, que a relativização dessa presunção relativiza de igual forma, o papel do Advogado Geral da União, que poderá optar por não defender a lei ou ato normativo impugnado.

Porém, é preciso salientar que não há obrigatoriedade para que o AGU se manifeste pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da norma, caso exista precedente do STF pela via incidental. O primeiro motivo, de ordem prática, é destacado pelo ministro Cezar Peluso na questão de ordem suscitada nos autos da ADI nº 3.916. Segundo ele, o STF não teria competência para impor qualquer tipo de sanção ao AGU quando este não exercesse o papel que lhe é atribuído por uma interpretação semântica do dispositivo constitucional. Outro motivo, também de ordem prática, é que as decisões do STF no controle difuso até o momento não vinculam, visto que essa tese ainda não está consolidada pela Suprema Corte. Logo, também não é possível punir o Advogado Geral da União por sustentar a constitucionalidade da norma mesmo diante da existência de precedentes em sentido contrário.

Por fim, um terceiro argumento de ordem teórica. Ainda que a natureza objetiva do processo de controle concentrado de inconstitucionalidade imponha a todos os operadores do direito envolvidos no processo um dever de fidelidade à Constituição, e, conseqüentemente, não possa haver o que o Ministro Gilmar Mendes chama de “advogado da inconstitucionalidade”, podem ocorrer hipóteses em que o Advogado Geral da União sintasse compelido a sustentar a higidez da norma ainda que exista precedente contrário. Por exemplo, ainda que existam decisões anteriores considerando determinada norma inconstitucional, uma mudança de entendimento pelo STF (seja em decorrência de uma mutação constitucional propriamente dita ou uma nova composição do tribunal) pode tornar necessária uma nova discussão da matéria. Ou ainda, mesmo que o entendimento do Supremo Tribunal Federal permaneça idêntico, o Advogado Geral da União poderia entender que novas circunstâncias do fato social, novos argumentos ou até mesmo evoluções doutrinárias justifiquem um novo pronunciamento pela Suprema Corte.

No julgamento da questão de ordem na ADI nº 3.916, o pleno entendeu (embora de forma não unânime) ser necessária uma interpretação sistemática da Constituição. A decisão foi não somente no sentido de que a *declinabilidade* é uma discricionariedade do AGU, mas, especificamente, que exigir a defesa do ato impugnado nos casos em que o interesse da União coincida com o do autor seria retirar do AGU seu papel institucional de defesa dos interesses da União, de acordo com o artigo 131 da Constituição Federal. Seria razoável justificar a manifestação pela procedência da ação direta tendo como fundamento a defesa dos interesses da União Federal?

A resposta para tal indagação está na natureza jurídica da ação de controle concentrado de constitucionalidade, sendo esta a de um *processo objetivo*. O termo processo objetivo diz respeito justamente ao processo em que não há interesses concretos em jogo. Não há, segundo a definição clássica de *Carnelutti*, lide – conflito de interesses subjetivos qualificado por uma pretensão resistida. O processo objetivo não se presta à tutela de situações subjetivas individuais. Seu propósito é a proteção da unidade do ordenamento jurídico como um todo, tendo como fundamento o interesse público, impondo-se a todos os sujeitos envolvidos uma atuação no sentido de, nas palavras do professor Gilmar Ferreira Mendes, “viabilizar a máxima eficácia da ordem constitucional”¹⁰.

Ora, se não há interesse processual em sua acepção subjetiva, não se pode falar em representação dos interesses da União nesse caso. Corrobora com esse entendimento o Ministro Cezar Peluzo, que em seu voto afirma:

“Essa função não é bem de curadoria, é função que atende ao caráter objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, à qual, portanto, falta, por princípio, uma parte oposita interessada, capaz de exercer o contraditório. Em outras palavras, essa previsão atribui uma função específica, distinta daquela outra em que a Advocacia, definida como órgão que tutela em juízo os interesses da União, atende a necessidade de instrução do processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, para concretizar contraposição de argumentos que permita à corte examinar com mais profundidade a arguição”.

Por isso, ainda que se entenda que a Advocacia Geral da União possa, conforme já dito, declinar da defesa da lei ou ato normativo impugnado, não parece razoável que o faça com fundamento em um possível interesse da União Federal no feito, pois conforme já

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *Op. cit.*, p. 3.

deduzido, não há interesse processual de partes no processo objetivo. E, ainda que houvesse algum interesse, a natureza da atuação do Advogado Geral da União nesse tipo de processo é atípica e distinta de sua função institucional típica, como bem ilustra o Ministro Cezar Peluzo em seu voto.

De fato existem hipóteses onde, por exemplo, o Presidente da República, como legitimado universal, proponha uma ADI perante o STF, utilizando-se para isso da representação da Advocacia Geral da União (ainda que o Presidente tenha plena capacidade processual para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade). Há críticas em relação à natureza bivalente e paradoxal da intervenção do AGU nesse tipo de ação, onde assistiria o Presidente e, simultaneamente, poderia vir a defender a higidez do ato impugnado. Entretanto, reafirma-se, que não há interesse subjetivo envolvido, distinguindo-se a atuação do AGU nos dois momentos da ação. E, além disso, esse tipo de circunstância é inerente ao próprio sistema, e tem sido aceito nos casos em que o Procurador Geral da República atue simultaneamente como autor da ação e como *custus legis*. Assim sendo, não se justifica que o Advogado Geral da União utilize como fundamento para declinar da decisão qualquer tipo de interesse da União Federal no feito.

Discutidas as principais controvérsias que se pretende levantar a respeito do tema, seguem breves conclusões de forma sistematizada.

III. Conclusões.

Após a análise dos precedentes apresentados, concluímos que as principais controvérsias acerca do tema se dão acerca dos seguintes tópicos: (i) Possibilidade ou não de declinabilidade da defesa pelo Advogado Geral da União; (ii) em caso positivo, em que situações isso poderá ocorrer, e (iii) se a declinabilidade se trata de uma prerrogativa ou uma obrigação do Advogado Geral da União.

Nos parece que, dada a natureza objetiva do processo no controle concentrado de constitucionalidade, não há que se falar em *interesse processual da união*. Logo, a posição do Advogado Geral da União como curador da presunção de constitucionalidade da norma é desvinculada do interesse da União, tendo como real finalidade uma atuação destinada à realização da máxima eficácia da ordem constitucional.

Sendo a presunção de constitucionalidade da qual o Advogado Geral da União é curador uma presunção *iuris tantum*, é possível afirmar que não há mais presunção alguma quando a norma já tiver sido declarada inconstitucional pelo pleno em sede de controle difuso, mitigando a aplicação desse princípio de autocontenção da jurisdição constitucional. Dessa forma, a atuação do Advogado Geral da União *poderá* ser no sentido de não defender a lei ou ato normativo objeto da ação. Diz-se “poderá” justamente pelo fato de que não há sanção constitucional aplicável pelo STF ao AGU nos casos em que este não cumpra sua função constitucional. Da mesma forma, até o presente momento, não há vinculação nas decisões do STF que declarem a inconstitucionalidade de determinada norma pela via incidental.

Sendo um processo objetivo, a atuação do AGU deve ser vinculada à Constituição. Entretanto, a não ser que se atribua eficácia vinculante às decisões no controle difuso, não se pode considerar *vinculada* a atuação do Advogado Geral da União, pois existem situações que possam justificar que este defenda a norma. Por exemplo, ainda que uma lei ou ato normativo tenha sido declarado inconstitucional no controle difuso, uma nova composição do plenário ou uma mudança de entendimento do Supremo em sentido que melhor se coadune com a Constituição Federal podem justificar que, ainda assim, o AGU sustente a higidez da norma. Ainda que a posição do Supremo Tribunal Federal permaneça a mesma, a mudança no fato social ou novos fundamentos técnico-doutrinários podem justificar que a matéria seja rediscutida.

Por fim, ressalta-se que já que não há interesse *processual* da União no processo objetivo, a decisão do STF na ADI nº 3916 merece uma crítica importante. Ainda que seja razoável considerar hipóteses em que o Advogado Geral da União tenha a possibilidade de não sustentar a higidez da lei ou ato normativo impugnado, a ausência de interesse da União Federal no feito não é motivação suficiente para tanto.

IV. Referências.

Referências Doutrinárias

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13^a ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

NÓBREGA, Guilherme. **A Advocacia Geral da União e a Defesa de lei impugnada em ação direta de Inconstitucionalidade: obrigação?** Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-advocacia-geral-da-uniao-e-a-defesa-de-lei-impugnada-por-acao-direta-de-inconstitucionalidade-obrigacao>>. Acesso em: 01/01/2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Advogado-Geral da União e a ação direta de inconstitucionalidade*. **Correio Braziliense**, Brasília, 20 nov. 2000. Caderno Direito & Justiça, p.1. Disponível também em: <<http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/agu.htm>>. Acesso em: 01/06/2010.

Referências Legislativas

BRASIL. **Lei Orgânica da Advocacia Geral da União - Lei Complementar nº 73 de 10 de Fevereiro de 1993**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp73.htm>>. Acesso em: 01/06/2010.

BRASIL. **Lei nº 9868 de 10 de Novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 01/06/2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01/06/2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil - Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 01/06/2010.

Referências Jurisprudenciais

BRASIL, STF **ADI nº 3916**, Rel. Min. Eros Grau, DJE 14/05/2010.

BRASIL, STF, **ADI nº 72**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25/05/1990.

BRASIL. STF. **ADI nº 1.616**. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ. 13/09/2001.

BRASIL. STF. **ADI nº 2.101**. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 05/10/2001.