



O PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: CURADOR DA LEI, ADVOGADO PÚBLICO OU PARECERISTA?

Fábio Carvalho Leite^{1}*

RESUMO

O dever imposto pela Constituição ao Advogado-Geral da União para defender incondicionalmente a constitucionalidade de uma lei impugnada em processo de ação direta de inconstitucionalidade – mesmo quando a lei contraria interesses da União ou quando é manifestamente inconstitucional – tem se revelado um tema bastante polêmico na prática do controle de constitucionalidade. Recentemente, o STF decidiu que este dever deveria ser interpretado como um direito de manifestação do AGU sobre a constitucionalidade da norma. Afinal, qual é o papel do Advogado-Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou mero parecerista?

Palavras-Chaves

Controle de constitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Advogado-Geral da União. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The duty that the Brazilian Constitution imposes to the Attorney General of the Union to defend unconditionally the constitutionality of an act in the action of unconstitutionality – even when the act affects the interests of the Union or when it is clearly unconstitutional – has been a very polemical issue when it comes to judicial review practice. Recently, the Supreme Court decided that this duty should be interpreted as an Attorney's right to pass sentence upon the constitutionality of the act. After all, what is the role of the Attorney General of the Union in the abstract control of constitutionality: guardian of the act, attorney general or just a counsel?

Keywords

Judicial review. Action of unconstitutionality. Attorney general of the Union. Supreme Court.

¹ *Professor de Direito Constitucional dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-Rio. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio) e Doutor em Direito Público (UERJ). Coordenador do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio. Assessor Jurídico da Reitoria da PUC-Rio. Secretário Geral da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-RJ.

“Meu paletó virou estopa
E eu nem sei mais com que roupa
Com que roupa eu vou,
Pro samba que você me convidou”
(Noel Rosa)

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, ao dispor sobre a ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu que “quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”. Deixando de lado, num primeiro momento, o debate em torno da distinção entre regras e princípios, ou da forma como se relacionam, o que inclui a não aplicação de regras quando eventualmente superadas considerando-se as razões, valores ou princípios que lhes dão embasamento², parece claro que se está diante de uma regra constitucional que, em uma primeira análise, não oferece caminhos alternativos à sua leitura mais óbvia: sempre que o STF realizar a fiscalização abstrata (“apreciar a inconstitucionalidade, em tese”) da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, estará obrigado a (“deverá”) citar previamente o Advogado-Geral da União (doravante AGU), que, por seu turno, estará obrigado a defender (“que defenderá”) a constitucionalidade do ato normativo impugnado.

No início de 2008, a prova de Direito Constitucional do exame nacional da OAB trazia, em uma das questões, a seguinte afirmativa, considerada verdadeira, de acordo com o gabarito do concurso:

“A jurisprudência do STF entende que, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o advogado-geral da União não está obrigado a fazer defesa do ato questionado, especialmente se o STF já tiver se manifestado pela inconstitucionalidade.” (grifei)

A afirmativa, que se refere expressamente ao entendimento jurisprudencial do STF, de fato, procede, e não se pretende aqui externar nenhuma crítica ao exame da Ordem, tampouco ao recurso à jurisprudência do STF em provas de direito constitucional, uma vez que certas posições firmadas pela Corte passam necessariamente a integrar o direito constitucional do País, o que se reconhece sem qualquer juízo de valor a respeito do conteúdo destas posições. O recurso ao enunciado da questão justifica-se apenas pela simbologia que carrega, pois a sua

² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 26-55 (2.2 e 2.3); STRUCHINER, Noel. **O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações**. In: RODRIGUEZ, J.R.; COSTA, C.E.B.S.; BARBOSA, S.R. (Org.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

redação, embora correta, parece dizer exatamente o oposto do que dispõe a norma constitucional, revelando, no ano em que a Constituição completaria duas décadas de vigência, uma construção jurisprudencial no mínimo bastante curiosa.

Nesse sentido, e partindo do enunciado acima destacado, pode-se afirmar que a interpretação dada pelo STF ao dispositivo [“quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, *que defenderá* o ato ou texto impugnado”] é a de que “quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que, *não está obrigado a defender* o ato ou texto impugnado, *especialmente, mas não apenas, se* o STF já tiver se manifestado pela inconstitucionalidade”.

O contraste entre a interpretação literal (e mais óbvia) do dispositivo e o entendimento firmado pelo STF é indiscutível, e já seria suficiente a justificar um estudo a respeito das razões que levaram o Tribunal a uma interpretação de resultado tão peculiar a um dispositivo aparentemente tão claro em seu propósito. Ocorre que, nos últimos anos, a prática adotada pela Advocacia-Geral da União, com a aquiescência do STF, tem sido não apenas a de “não defender a constitucionalidade”, mas a de, *a partir de argumentos próprios*, sustentar a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. E se esta postura, por si só, já seria questionável à luz do que dispõe o art. 103, §3º, acrescente-se a este confuso estado de coisas o seguinte elemento: o AGU tem defendido, com argumentos próprios, a inconstitucionalidade de *leis ainda não declaradas inconstitucionais pelo STF*.

Neste contexto, cabe perguntar: afinal, qual é o papel do AGU no controle abstrato de constitucionalidade – curador da presunção de constitucionalidade das leis, advogado da União ou parecerista?

2. O AGU NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Se é correta a idéia de que o Brasil apresenta hoje um verdadeiro “sistema” de controle de constitucionalidade, tal não se deve às mudanças trazidas *pela* Constituição de 1988, em seu texto original, mas a um conjunto de

fatores mudanças ocorridos a *partir* do novo texto constitucional³. As novidades trazidas pela Constituição de 1988 se deram apenas no controle concentrado, e se resumiram basicamente⁴ (i) à ampliação do rol dos legitimados para a propositura da Adin, (ii) à independência do Procurador-Geral da República, em relação ao Poder Executivo federal, (iii) à previsão de um órgão responsável pela defesa da constitucionalidade da norma impugnada, (iv) à criação da ação de inconstitucionalidade por omissão e (v) à previsão de controle abstrato-concentrado no âmbito dos Estados-membros⁵. Estas mudanças, embora de relevância indiscutível para o aperfeiçoamento e democratização do controle abstrato de constitucionalidade, não afetaram o controle difuso, realizado por juízes e tribunais, na análise de casos concretos, de modo que o “controle de constitucionalidade no direito brasileiro” continuou sendo caracterizado como um modelo misto, resultante da adoção de dois modelos distintos (concreto-difuso e abstrato-concentrado), apresentados, em sede doutrinária, de forma quase estática, com origens e características distintas, e sem pontos de contato.

Neste contexto, pode-se afirmar que a novidade trazida pela Constituição de 1988 ao estabelecer que o Advogado-Geral da União deveria, nos processos de ação direta de inconstitucionalidade, defender a constitucionalidade do ato normativo impugnado foi vista como um aperfeiçoamento do controle abstrato de constitucionalidade (restrito, à época, basicamente à ADIn) na medida em que assegurava o contraditório num processo onde, eventualmente, apenas os

³ “O sistema não foi trazido pela Constituição de 1988, mas foi se formando paulatinamente a partir dela e, embora seja fruto de tudo o que foi pensado, publicado, discutido e também decidido em sede de controle de constitucionalidade das leis desde a entrada em vigor do texto constitucional, é possível apontar ao menos quatro acontecimentos significativos para a formação e o aperfeiçoamento deste ‘sistema’, a saber: 1) a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) pela Emenda Constitucional n.º 3/93; 2) o advento da lei que regulamenta o processo e o julgamento da ADIN e da ADC; 3) a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); e 4) as alterações proporcionadas pela Emenda Constitucional n.º 45/04 (conhecida como Reforma do Poder Judiciário). Todos estes fatores combinados deram fim à caracterização simplista do controle de constitucionalidade no Brasil como um modelo híbrido, composto pelos controles difuso e concentrado – modelo que, se não era simples em sua natureza, era ao menos assim apresentado.” (LEITE, Fábio Carvalho. **ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta**. In: Revista de Direito do Estado (RDE), vol. 10, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, pp. 67-99).

⁴ Seria possível apontar outras inovações (como o faz CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 72), mas estas, sendo as mais relevantes, são suficientes para sustentar a afirmação que inicia este tópico.

⁵ A EC 16/65 previa a possibilidade desta modalidade de controle em âmbito estadual, tendo como parâmetro a Constituição do Estado. Contudo, a referida ação teria por objeto apenas as leis municipais. Além disso, a adoção deste modelo deveria ser criada por lei, o que não ocorreu até o advento da Constituição de 1967, que, por seu turno, deixou de conferir aos Estados tal competência. A Constituição de 1988, portanto, “inovou” por estabelecer expressamente que os Estados deveriam adotar o controle abstrato concentrado e por determinar que este teria como objeto leis municipais e estaduais. Sobre o tema, v. LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007 (item 2.1 Antecedentes do controle de constitucionalidade estadual no direito brasileiro, pp. 36-45).

argumentos pela inconstitucionalidade seriam apresentados – o que poderia ocorrer em casos onde não houvesse interesse e/ou empenho na defesa do ato por parte dos órgãos responsáveis pela edição da norma (que poderiam ter, no momento do ajuizamento da ação, composição política, ideológica e partidária distinta daquela efetivamente responsável pela edição ato) e o parecer do Procurador-Geral da República fosse também pela inconstitucionalidade da lei objeto da ação.

Com o intuito de ilustrar esta abordagem acerca da novidade trazida pela Constituição, vale citar a manifestação de José Afonso da Silva, em seu clássico *Curso de Direito Constitucional Positivo*, destacando que a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos “foi reforçada pela Constituição pelo teor do art. 103, §3º, que estabeleceu um contraditório no processo de declaração de inconstitucionalidade, em tese, impondo o dever de audiência de Advogado-Geral da União, que obrigatoriamente defenderá o ato ou texto impugnado”⁶ – ou quando concorda com o entendimento do STF pela não observância deste dever nas ações declaratórias de constitucionalidade, uma vez que “[a] participação do Advogado-Geral da União, em tal caso, não formaria o contraditório que justifica a sua intervenção no processo que tenha por objeto a declaração de inconstitucionalidade”.⁷

Embora este tenha sido o entendimento que efetivamente se consolidou na doutrina constitucionalista, não passou totalmente despercebida, já nos primeiros anos de vigência da Constituição, a situação potencialmente contraditória em que eventualmente se encontraria o Advogado-Geral da União por ter de acumular o dever de “representar a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo—lhe (...) as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo [federal]” (art. 131, CRFB) e a obrigação de defender todo e qualquer ato normativo (mesmo as leis estaduais) que fosse objeto de ADIn. O acúmulo de tais atribuições pode não ser absurdo, e seria até bastante razoável no caso de uma ADIn ajuizada imediatamente após a edição de uma medida provisória, quando então o Advogado-Geral da União estaria, de certo modo, a um só tempo defendendo a constitucionalidade do ato normativo (em atenção ao art. 103, §3º, CRFB) e os interesses do Poder Executivo federal. Mas em diversas outras hipóteses – e talvez até probabilisticamente mais freqüentes – o conflito entre as duas atribuições constitucionais seria flagrante, como no caso de uma ADIn ajuizada contra lei estadual (e a federação brasileira compreende 27 Estados, além do Distrito Federal) sob a alegação de usurpação de competência legislativa da União federal.

Nesse sentido, observou José Cretella Jr., em seus *Comentários à Constituição*, que:

se o exame de *norma legal* (lei) ou de *ato normativo*, em tese, isto é,

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

⁷ p. 59.

ainda sem efeitos concretos, revelar choque evidente da medida com regra jurídica constitucional, o Supremo Tribunal Federal apreciará a inconstitucionalidade argüida e, ato contínuo, citará previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o texto impugnado (=norma legal) ou o ato (=o ato normativo). “Defenderá” ou “fará esforço para defender” porque se a *inconstitucionalidade em tese* for patente, clara, nítida, falará mais alto o espírito científico do Advogado-Geral da União que, em busca da verdade, admitirá, sendo o caso, a procedência da argüição feita, aceitando a impugnação argüida.⁸

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também destacou o problema:

Em tese, não caberia chamar para todas as ações diretas de inconstitucionalidade o Advogado-Geral da União, já que em muitas o Poder Executivo federal poderá não ter qualquer interesse. A sua citação, portanto, a sua chamada à ação, deveria ser exigida apenas quando existisse interesse do Poder Executivo no feito. Mesmo porque, de acordo com o §1º deste artigo, em todas as ações diretas é ouvido o Procurador-Geral da República, ao qual compete “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Pior, a norma em exame, ao pé da letra, obriga o Advogado-Geral a defender o ato ou texto impugnado. Ou seja, está ele obrigado a sustentar a constitucionalidade, mesmo de atos ou textos que não sejam da responsabilidade do Executivo federal, eventualmente contra os interesses deste Poder, ou contra o seu senso jurídico. Na verdade, impõe-se aqui uma interpretação restritiva, ao menos para dispensar o Advogado-Geral da União de defender a constitucionalidade de ato contrário aos interesses legítimos do Poder Executivo federal, como seria um ato normativo estadual que lhe ferisse a competência. Do contrário, não cumpriria ele o papel de Advogado do Executivo federal.⁹

⁸ CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. VI (arts. 92 a 144). 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 3111.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 2 (arts. 44 a 103), São Paulo: Saraiva, 1992, p. 232. É possível citar também os comentários feitos pelo constitucionalista Pinto Ferreira, que demonstram que o autor percebeu o problema, embora não tenha sido muito claro ao explicitá-lo: “Sempre que o STF apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o advogado-geral da União, que defenderá o ato ou o texto impugnado. É possível que o legislador constituinte quisesse inovar, instituindo um processo contraditório. (...) O advogado-geral da União é figura distinta do procurador-geral da República, e ele representa a União judicial e extrajudicialmente. Acontece então a seguinte situação singular: o Presidente da República é um dos órgãos dotados de *legitimação ativa*, para provocar o pedido de apreciação do controle abstrato de normas no STF (art. 103, I), mas na forma do art. 131, *caput*, o advogado-geral da União presta serviços e exerce atividade de consultoria e assessoramento jurídico ao Presidente. Como é possível que, por um lado, preste serviço na elaboração de uma lei pelo Presidente da República, como seu assessor jurídico, e, por outro lado, seja obrigado a impugnar [sic] o ato que ele ajudou a editar e formular? O dispositivo peca evidentemente pela sua grave concepção teratológica.” (FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. Vol. 4, arts. 92-126, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 341.).

Na prática, esta questão foi levantada, junto ao STF, já no ano seguinte à promulgação da Constituição, antes mesmo da instalação da Advocacia-Geral da União, quando então a atribuição do art. 103, §3º era confiada ao Procurador-Geral da República – o que em tese poderia gerar a curiosa situação onde o Procurador-Geral da República ajuizaria uma ADIn (defendendo a inconstitucionalidade da lei), atuaria como curador da legitimidade da norma (defendendo sua constitucionalidade) e depois daria seu parecer, que poderia ser, por hipótese, pela inconstitucionalidade parcial da lei em questão (situação, no entanto, que foi evitada pela decisão do Procurador-Geral da República de delegar a competência prevista no art. 103, §3º a um dos Subprocuradores-Gerais da República). Em 1989, o STF julgou questão de ordem na ADIn n. 97, devido ao fato de a Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira, no exercício da função de curadora da presunção de constitucionalidade da norma, haver restituído ao STF os autos do processo sem pronunciar-se pela constitucionalidade do ato normativo impugnado – no caso, uma lei do Estado de Rondônia. Em síntese, alegou que o §3º do art. 103 da Constituição deveria ser interpretado de acordo com o art. 131, de modo que ao AGU caberia a defesa apenas dos atos normativos federais. Até porque, como afirmou a Subprocuradora, em alguns casos “seria manifesta a incompatibilidade da defesa do ato estadual com a defesa da União em juízo ou fora dele e, por vezes, com a consultoria prestada ao Poder Executivo federal”¹⁰. A defesa dos atos normativos estaduais, segundo a Subprocuradora, deveria ficar a cargo das Procuradorias dos Estados. Em suas palavras:

(...) dentro do esquema federativo, os Estados têm seus próprios órgãos de defesa e consultoria, constitucionalmente previstos (art. 132).

A interpretação ampla da função prevista no art. 103, §3º, porque estende a defesa exercida pelo Advogado-Geral da União e, ao mesmo tempo, restringe injustificadamente a competência dos Procuradores dos Estados, fere, sem dúvida, os interesses das unidades federadas.

Não é razoável supor que a intenção do legislador constituinte tenha sido essa e por isso entendo que a norma em questão deva ser interpretada de modo a limitar a defesa exercida pelo Advogado-Geral da União à sua competência também constitucional de defesa da União em juízo.

Há dois pontos aqui que, embora relacionados na argumentação

É manifesta a confusão feita pelo autor, pois o Advogado-Geral da União não está obrigado a impugnar o ato normativo, mas sim a defender a constitucionalidade – e, de todo modo, não haveria problema algum em defender o ato que “ajudou a editar e formular”. Embora não tenha sido feliz no exemplo, é indiscutível que o autor percebeu o problema.

¹⁰ A Subprocuradora manifestou-se exatamente da mesma forma na ADIO 23, julgada em 9/08/89, mas naquele julgamento o STF firmou a jurisprudência de que não cabe manifestação da Advocacia Geral da União em Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

apresentada, devem, contudo, ser distinguidos: (1) a posição eventualmente conflituosa do Advogado-Geral da União na defesa da constitucionalidade de leis estaduais, e (2) a atribuição da defesa destes atos normativos aos Procuradores dos Estados. É claro que o ponto 2 é a solução encontrada pela Subprocuradora para o problema do ponto 1, e tem o mérito de melhor concretizar o valor que sustenta a regra do art. 103, §3º, a saber: o princípio processual do contraditório. Se não é certo, é ao menos provável que a Procuradoria do Estado de onde emanou o ato normativo tenha, em razão do interesse, melhores argumentos em favor da constitucionalidade da lei.

A proposta, no entanto, esbarra tanto no que foi positivado pela Constituição (pois o art. 103, §3º, não diferencia atos federais e atos estaduais), como pelo que não foi (pois não há nenhum dispositivo estabelecendo tal competência à Procuradoria-Geral do Estado).

Em seu voto, o relator da ação, Ministro Moreira Alves, destacou que a interpretação literal do dispositivo não permitia que se fizesse distinção entre ato normativo federal e estadual, e que “a esse mesmo resultado conduzem os elementos lógicos da exegese desse parágrafo”. O Ministro destacou tratar-se de processo objetivo, sem partes defendendo interesse jurídico próprio, razão pela qual “não há que se pretender que nele, por causa do dispositivo constitucional em exame, o Advogado-Geral da União atue na sua função normal – como prevista no artigo 131, caput, da Carta Magna – de chefe da instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União judicial ou extrajudicialmente”. O ministro, portanto, orienta sua leitura a partir da *distinção absoluta entre as funções* de assessoria jurídica do Poder Executivo federal e de curador da presunção de constitucionalidade da norma – funções que, embora distintas, foram atribuídas pela Constituição a um mesmo órgão. Esta leitura, que, como conseqüência, afasta a necessidade de justificar o exercício de uma função a partir da outra, não seria estranha, ao que parece, à nossa ordem constitucional brasileira. Afinal, como compreender que o Senado, uma das casas legislativas no âmbito federal, tem competência para suspender, no todo ou em parte, lei ou ato normativo (de qualquer espécie e origem) declarado inconstitucional pelo STF no âmbito do controle concreto-difuso de constitucionalidade? Certamente não seria possível relacionar esta competência com nenhuma outra conferida à Câmara alta do Poder Legislativo federal.

De todo modo, reconhecendo a dificuldade do Advogado-Geral da União de, em determinados casos, exercer a atribuição de defensor da constitucionalidade da norma, o ministro propôs que, nestes casos, fosse

designado um Advogado da União, pelo próprio chefe da instituição, para exercer tal competência¹¹. E concluiu seu voto assinalando que:

poder-se-á criticar a conveniência da norma do parágrafo 3º do artigo 103 da Constituição Federal, mas não se poderá deixar de aplicá-lo ou de reduzir-lhe o seu alcance com base nas atribuições constitucionais normais da Advocacia-Geral da União que são incompatíveis com a natureza da ação direta de inconstitucionalidade do ato normativo em tese, mas que, de alguma forma, impedem que em texto expresse – como é o citado dispositivo constitucional –, lhe seja outorgada a atribuição de curador especial da presunção de constitucionalidade da norma atacada.

Este trecho é digno de nota porque deixa claro que a interpretação jurídica adequada do dispositivo não implica a defesa do seu conteúdo ou a aquiescência em relação à decisão tomada pelo legislador constituinte – um prudente alerta em tempos de ativismo judicial desmesurado e sem controle. Ademais, esta crítica – ou ao menos um incômodo – em relação ao dispositivo foi ressaltada pela maioria dos ministros, que, no entanto, acompanharam o relator, entendendo que o dispositivo não permite outra leitura que não aquela disposta expressamente.

Nesse sentido, o Min. Sepúlveda Pertence destacou que “é um cochilo, essa atribuição, a meu ver, mas enquanto não alterada, ela cabe ao Advogado-Geral da União. Quero apenas marcar, para reflexões futuras, essa anomalia do texto constitucional, acompanhando, porém o voto do relator”. Assim também o Ministro Francisco Rezek, que afirmou que “há uma profunda coerência entre o incômodo causado por esta norma e a gênese da própria norma”, mas que, “com todos os seus defeitos, ela não chega a sabotar o sistema”¹². O Ministro Aldir Passarinho, após reconhecer o conflito entre as atribuições, asseverou: “mas a norma, realmente, é imperativa”¹³. E o Ministro Sidney Sanchez, embora tenha acompanhado o relator, manifestou a seguinte preocupação:

¹¹ “Se o Advogado-Geral da União assessorar o Presidente da República na proposição de uma ação direta de inconstitucionalidade, nada impede que ele, por isso, designe, entre os Advogados da União, um para exercer a função de curador especial, como aliás, está ocorrendo atualmente em que, por acumular a procuradoria-geral da República, provisoriamente, as funções da Advocacia-Geral da União, o eminente Procurador-Geral da República – como sempre fez em casos semelhantes – designou um dos Subprocuradores-Gerais para o exercício da função prevista no artigo 103, parágrafo 3 da Constituição da República.”

¹² “Eu me sentiria menos seguro se o Ministério Público fosse forçado, pelo texto constitucional, a exercer esse encargo; se ao fiscal da lei, aquela instituição cujo comprometimento maior é com a ordem jurídica, se houvesse imposto esse ônus. As dificuldades me parecem superáveis no caso da Advocacia-Geral da União.”

¹³ Acredito que, na defesa a que está obrigada a Advocacia-Geral da União, pelo art. 103 da Constituição, encontrará ela o caminho prudente para exercer suas funções, sem que ao mesmo tempo se viole, quando achar dificuldade na defesa de norma absolutamente inconstitucional, pois, embora a presunção de constitucionalidade de leis, a preocupação maior deverá ser a preservação da norma fixada na Constituição Federal, pois esta é que deve prevalecer.

Penso que pode acontecer o Advogado-Geral da União ou quem lhe faça às vezes, sentir-se tão constrangido, não se sentir em condições de funcionar e pedir substituição. É possível que um dia nenhum Advogado da União se disponha a defender o ato acoimado de inconstitucional. Aí teremos de resolver o problema, que, no caso, ainda não surgiu.

Os demais ministros basicamente seguiram e justificaram a leitura feita pelo relator, a partir da *distinção das funções* exercidas pelo Advogado-Geral da União¹⁴.

A questão foi novamente suscitada na ADIn 72, julgada em 22/03/1990, quando, mais uma vez foram encaminhados os autos ao STF, pela mesma Subprocuradora da República, sem a defesa do ato impugnado. O relator, Min. Sepúlveda Pertence, reiterou o entendimento de que o Advogado-Geral da União, em nome do princípio do contraditório, tem o dever de defender a constitucionalidade do ato impugnado, manifestando-se, ao final, pela devolução dos autos ao Procurador-Geral da República para que este designasse outro membro do Ministério Público Federal para satisfazer a exigência do art. 103, §3º. Segundo o ministro:

Na ação direta de inconstitucionalidade ao Ministério Público se pede um parecer, cabendo-lhe, segundo a sua convicção, 'dizer de direito', livremente, pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade do ato questionado. Não, porém, ao Advogado-Geral da União: a este se reclama que seja o veículo de manifestação nos autos dos argumentos possíveis em favor da constitucionalidade da validade da norma impugnada: não pugna imparcialmente pela Constituição, mas, também no interesse público, lhe incumbe ser parcial e, por isso, garante da contraditoriedade da discussão do problema constitucional posto. Missão nobre, que a ninguém pode diminuir.

O Ministro distinguiu, assim, o papel do Ministério Público do papel exercido pelo Advogado-Geral da União, enfatizando que só ao primeiro cabe emitir um "parecer". Este ponto foi reforçado pelo Ministro Celso de Mello,

¹⁴ Ministro Celso de Mello: "A indeclinabilidade do exercício dessa atividade constitucionalmente deferida ao AGU não lhe permite, em consequência, exonerar-se desse especial encargo constitucional que lhe foi cometido. Trata-se aí de função anômala e extraordinária do Advogado-Geral da União, que não atua, no processo de ação direta, como representante judicial dessa pessoa estatal, mas como defensor impessoal da validade dos preceitos infraconstitucionais, quer emanados da própria União federal, quer editados pelos Estados-membros." Ministro Célio Borja: "(...) de um lado olhamos para a União, para os Estados, para os Municípios, como instituições capazes de adquirir direitos, de serem titulares de direitos subjetivos, de interesses legítimos ou de simples interesses. De outro lado, vemos o Estado como ordem normativa. E o que se pede ao Advogado-Geral da União, de acordo com o preceito do art. 103, 3, é que ele atue como o curador da ordem normativa, partindo da presunção de sua validade. Ministro Octavio Galotti: "Penso, Sr. Presidente, que, na norma imperativa do art. 103, 3, o legislador constituinte quis dar, à Advocacia-Geral da União, uma função especial, extraordinária ou anômala como aqui foi dito, diferente daquela função orgânica, estrutural, prevista no art. 131. Essa função especial não se confunde com a defesa subjetiva da União, como parte em juízo, mas se vincula ao interesse da União, pela integridade jurídica da Federação."

ao observar que ao Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, “não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República”. E concluiu: “é preciso enfatizar que a causa única da atuação processual do Advogado Geral da União é a defesa, perante o STF, do ato normativo impugnado em sede de ação direta”.

O tribunal, por unanimidade, decidiu pela devolução dos autos ao Procurador-Geral da República para defesa do ato impugnado.

Embora a jurisprudência do STF tenha se pacificado a este respeito, e a Lei Orgânica da AGU, aprovada em 1993, tenha definido de forma expressa que “são atribuições do Advogado-Geral da União”, dentre outras, “**defender, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou ato normativo, objeto de impugnação**” (art. 4º, IV, LC 73/93), o tema retornou no julgamento da ADIn 242, em 20/10/1994, quando os procuradores da República Gilmar Ferreira Mendes (hoje Ministro do STF) e Arthur Castilho Neto, ambos no exercício das funções da Advocacia Geral da União, protestaram, segundo o relator, ministro Paulo Brossard:

contra o dever de ofício previsto no art. 103, §3º da Constituição, dizendo que se a intenção do legislador foi a de criar um processo contraditório, não obteve êxito, pois o mesmo órgão que presta consultoria e assessoria jurídica ao Presidente da República, que é titular da ação direta de inconstitucionalidade, será, neste caso, obrigado a defender o ato impugnado. Acrescentam que não se pode exigir de um órgão instituído pela Constituição que defenda um ato manifestamente inconstitucional, sob as penas de violação do postulado da fidelidade constitucional e de se estar desenvolvendo a nova instituição da *Advocacia da Inconstitucionalidade*. Acrescentam, ainda, que a defesa da constitucionalidade da lei não deve ser levada ao plano do desvario e da irracionalidade, pois esta conduta acabaria por desqualificar a seriedade da posição institucional do Advogado Geral da União.

E concluíram os referidos Procuradores, afirmando que “deve ser reconhecido o direito do Advogado Geral da União não se manifestar sobre o mérito, quando estiver plenamente convencido da ilegalidade do ato, inclusive quando a defesa se põe contra a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal”. Trata-se, portanto, do mesmo protesto, mas sob novo argumento: o Advogado-Geral da União não pode ser obrigado a defender a *constitucionalidade de norma manifestamente inconstitucional*. Nestes casos, e, sobretudo, quando a defesa da constitucionalidade da norma “*se põe contra a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal*”, o Advogado-Geral da União, de acordo com tal entendimento, deve ter o direito de “*não se manifestar sobre o mérito*”. É importante ressaltar este ponto, pois, salvo melhor juízo, “*não se manifestar sobre o mérito*” não pode significar o mesmo que *emitir parecer pela inconstitucionalidade*.

O relator, Min. Paulo Brossard, não deu importância à ausência de defesa da constitucionalidade da norma e pronunciou-se sobre o mérito da

ação, votando pela procedência da ADI. Em seguida ao voto do relator, o min. Sepúlveda Pertence suscitou uma questão preliminar, alegando que, em respeito ao que fora decidido nas ADIns 97 e 72 (julgadas nesta ordem), os autos deveriam retornar à Advocacia-Geral da União para a defesa do ato normativo. A posição assumida pelo ministro Sepúlveda Pertence é ainda mais interessante se considerarmos que, na ADIn 97, o ministro atribuiu essa competência do Advogado-Geral da União a um “cochilo” do legislador constituinte, qualificando-a como uma “anomalia do texto constitucional”, mas que, de todo modo, deveria ser cumprida, “enquanto não alterada”.

O relator, contudo, entendeu que não era necessário o pronunciamento pela constitucionalidade da lei, alegando já haver jurisprudência do STF a respeito da questão apreciada no caso, “de modo que, por mais brilhante que fosse a defesa, poderia ser de duas linhas, e já estaria atendida a exigência do §3º do art. 103 da Constituição no que concerne à defesa do ato impugnado”.

Na seqüência, o Min. Sidney Sanches manifestou-se pelo acolhimento da preliminar, “porque, bem ou mal, a Constituição diz que o Advogado-Geral da União, na ação direta de inconstitucionalidade ‘defenderá o ato ou o texto impugnado’.” E concluiu: “penso que norma tão clara não comportaria interpretação, embora lamentavelmente que isso possa conduzir a situações paradoxais”.

E o Tribunal então, por maioria, acolheu a preliminar e determinou o retorno dos autos para que fosse apresentada a defesa da norma impugnada, de acordo com o §3º do art. 103 da Constituição.

A partir daí pode-se dizer que se consolidou a jurisprudência do STF no sentido de que ao Advogado-Geral da União, nos processos de ação direta de inconstitucionalidade, cabe, sempre e sem qualquer exceção, defender o ato impugnado. Consolidou-se, assim, a idéia de que (i) a ação direta de inconstitucionalidade demanda um contraditório, e (ii) o constituinte atribuiu esta função ao Advogado-Geral da União, sem que isso tenha qualquer relação com as suas funções de representação judicial e extrajudicial da União e de assessoria e consultoria jurídica ao Presidente da República. A interpretação consolidada do dispositivo constitucional, de fato, é a mais correta tecnicamente – até porque, como afirmado na introdução deste trabalho, trata-se de uma regra que não oferece caminhos alternativos à sua leitura mais óbvia. No entanto, é curioso notar que mesmo alguns dos que defendem esta interpretação da norma constitucional reconhecem os problemas causados pelo legislador constituinte, qualificando o disposto no art. 103, §3º como um “cochilo” (Min. Sepúlveda Pertence), uma “anomalia” (Min. Sepúlveda Pertence), talvez um inconveniente (Min. Moreira Alves), causador de um “incômodo” (Min. Francisco Rezek), defeituoso (Min. Francisco Rezek), que pode “conduzir a situações paradoxais” (Sidney Sanches). De certo modo, pode-se afirmar que o STF deixou bem claro que seu dever é o de “dizer” o direito e não o de “defender” o seu conteúdo – no caso, de responsabilidade exclusiva do legislador constituinte. Daí o desabafo do Min. Sepúlveda Pertence de que esta “anomalia do texto constitucional”

deveria ser cumprida “enquanto não alterada”, ou do Min. Sidney Sanches, reconhecendo que, “bem ou mal”, foi esta a atribuição dada pela Constituição ao Advogado-Geral da União: defender, sem restrições, a legitimidade de todo e qualquer ato normativo impugnado em ação direta de inconstitucionalidade.

Esta foi a posição também assumida pelo constitucionalista Clèmerson Clève, em sua clássica obra *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* (cuja reedição é há tempos aguardada por todos que se dedicam seriamente ao tema), onde afirma:

Não foi feliz o constituinte ao trazer essa novidade. A posição difícil na qual permanece o Advogado-Geral da União ao acumular as atividades de representação judicial da União e consultoria jurídica do Poder Executivo com a de curador de normas impugnadas, ainda que estaduais, por via de ação direta; o fato de que o processo objetivo desencadeado pela ação de inconstitucionalidade prescinde da atuação de um curador especial encarregado de exercer o contraditório (trata-se, em princípio, de um processo não contraditório) e, mais, o direito que possuem os órgãos ou autoridades de apresentar informações em defesa dos seus atos normativos, quando combatidos em sede de jurisdição concentrada, tudo está a indicar a desnecessidade do encargo atribuído ao Advogado-Geral da União. Não seria demais, então, sugerir-se, de *lege ferenda*, a supressão do art. 103, §3º da Constituição.¹⁵

O dispositivo, vale frisar, quando não foi alvo de críticas, ou interpretado literalmente, sem maiores reflexões quanto às suas implicações para a atividade do Advogado-Geral da União, foi objeto de leituras (algumas bastante) heterodoxas, dispensando ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade da norma quando a inconstitucionalidade for (i) patente, clara, nítida (José Cretella Jr.), manifesta (Gilmar Ferreira Mendes e Arthur Castilho Neto), levando a defesa “ao plano do desvario e da irracionalidade” (Gilmar Ferreira Mendes e Arthur Castilho Neto), ou (ii) quando a defesa se puser “contra a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal” (Gilmar Ferreira Mendes e Arthur Castilho Neto), ou (iii) quando o ato for “contrário aos interesses legítimos do Poder Executivo federal” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho), ou (iv) quando o ato não fosse federal (Odília Ferreira da Luz Oliveira), cabendo a defesa dos atos estaduais às Procuradorias dos Estados (Odília Ferreira da Luz Oliveira).

Seja pelas (fundadas) críticas dirigidas à decisão do legislador constituinte pelos que, isso nada obstante, defendem a interpretação literal do dispositivo constitucional, seja pelas leituras propostas pelos que pretendem driblar os inconvenientes da norma, em alguns casos apoiados em especulações a respeito da intenção do legislador constituinte, torna-se imperativo questionar: afinal, o que pretendeu a Assembléia Nacional Constituinte ao aprovar este dispositivo?

¹⁵ Op. cit., pp. 131-132.

O que foi debatido a este respeito? Que considerações foram feitas quanto aos inconvenientes da norma? Houve voto vencido? Houve alternativas ao texto da norma? Quais? Sob que justificativa?

A resposta (*no singular* mesmo), como se verá, é assustadora – sem deixar de ser esclarecedora.

3. O ART. 103, §3º NO PROCESSO CONSTITUINTE: REVELAÇÕES E PERPLEXIDADES

O processo constituinte de 1987-88 seguiu uma forma de organização bastante peculiar, envolvendo um procedimento inequivocamente complexo, embora também democrático e inclusivo, tornando-se assim original em nossa história. Rejeitando a idéia de trabalhar a partir de um anteprojeto¹⁶, a Assembléia Nacional Constituinte, composta por 487 deputados e 72 senadores, optou pela organização segundo a distribuição de seus membros em oito comissões temáticas, sendo cada uma delas subdividida em três subcomissões, bem como uma Comissão de Sistematização, conforme dispunha o Regimento Interno da Constituinte (Resolução n.º. 2 – 87)¹⁷. O

¹⁶ Cumpre recordar que a ANC efetivamente rejeitou a idéia de desenvolver seus trabalhos a partir de um anteprojeto elaborado por uma Comissão, como em geral ocorrera na história constitucional do País. A este respeito, observou João Gilberto Lucas Coelho: “A rejeição à idéia de um Projeto prévio era muito disseminada na opinião pública e constara, em geral, do discurso de campanha dos constituintes. Direita e esquerda, conservadores e progressistas, moderados e radicais, quase todos haviam criticado a “comissão dos notáveis” ou rejeitado a idéia de um projeto inicial, como perigoso instrumento de controle sobre a Assembléia, quer partisse do governo, dos notáveis ou de uma comissão interna. Tecnicamente, o Projeto prévio ajudaria muito na elaboração e na organização dos trabalhos, sendo muito comum nos processos constituintes anteriores ou em outras nações. Politicamente, porém, tinha uma ampla rejeição. Partir sem projeto era dar um salto imprevisível, um criativo e arriscado desafio.” (COELHO, João Gilberto Lucas. **O Processo Constituinte**. In. GURAN, Milton (coord.). **O Processo Constituinte 1987-88**. Brasília: AGILA, 1988, pg. 43.)

¹⁷ “Art. 15. As Comissões e Subcomissões são as seguintes: I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; a) Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; b) Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; c) Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; II – Comissão da Organização dos Estados; a) Subcomissão União, Distrito Federal e Territórios; b) Subcomissão dos Estados; c) Subcomissão dos Municípios e Regiões; III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; a) Subcomissão do Poder Legislativo; b) Subcomissão do Poder Executivo; c) Subcomissão do Poder Judiciário; IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; a) Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos; b) Subcomissão da Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança; c) Subcomissão da Garantia da Constituição, Reformas e Emendas; V – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; a) Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das receitas; b) Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira; c) Subcomissão do Sistema Financeiro; VI – Comissão da Ordem Econômica; a) Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime de Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica; b) Subcomissão da Questão Urbana e Transporte; c) Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária; VII – Comissão da Ordem Social; a) Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos; b) Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente; c) Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias; VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; a)

caminho a ser percorrido pelo Projeto da Constituição, conforme engendrado pelo Regimento Interno, consistia, basicamente, na elaboração de um anteprojeto por cada subcomissão e que, uma vez aprovados, deveriam ser reapresentados no seio da Comissão Temática, junto aos demais anteprojetos oriundos das outras subcomissões que a compunham, para, enfim, receber a aprovação do plenário da referida Comissão. Os trabalhos aprovados pelas Comissões Temáticas deveriam convergir para a Comissão de Sistematização, de onde nasceria “o primeiro esboço articulado de anteprojeto”¹⁸ da Constituição. Uma vez aprovado, pela Comissão de Sistematização, o projeto de Constituição, este seria encaminhado para aprovação do plenário da Assembléia Nacional Constituinte em dois turnos de votação, sendo que o segundo turno seria destinado basicamente¹⁹ a emendas supressivas e de correção, sem a possibilidade de apresentação de novas proposições.

Para a análise do histórico do dispositivo constitucional que atribui ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade dos atos normativos impugnados em ação direta de inconstitucionalidade, o caminho a ser seguido envolve: (i) Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público; (ii) Comissão de Organização dos Poderes; (iii) Comissão de Sistematização; e (iv) plenário. Como a Comissão de Sistematização, por razões que não cabe aqui comentar²⁰, seguiu um caminho por vezes distinto daquele traçado pelas normas do Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte, seu processo estendeu-se por um tempo maior do que o previsto e resultou em nada menos que cinco textos ao longo desta fase do processo constituinte: o *anteprojeto* (resultado da reunião dos projetos aprovados pelas Comissões), o *projeto* de Constituição (após a aprovação de emendas de adequação), o 1º *substitutivo* do relator Bernardo Cabral (texto apelidado – pelo próprio – de *Cabral 1*), o 2º *substitutivo* do relator (*Cabral 2*) e o texto finalmente aprovado (*Projeto A*) a ser submetido ao plenário para votação em dois turnos. Desse modo, e considerando que o *anteprojeto* nada mais era do que o resultado do que fora aprovado pelas Comissões, o caminho a ser investigado deve ser assim detalhado: (iii) Comissão de Sistematização: (iii.1) Projeto de Constituição; (iii.2) *Cabral 1*; (iii.3) *Cabral 2*; e (iii.4) Projeto A. E o (iv) Plenário, por seu turno, deve ser subdividido em: (iv.1) Projeto B (texto aprovado em 1º turno), (iv.2) Projeto C (texto aprovado em 2º turno, após discussão e votação de emendas supressivas) e (iv.3) Projeto D (texto aprovado após emendas de redação).

Diante deste itinerário a ser percorrido – e que, na prática, contrariando

Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes; b) Subcomissão de Ciência e Tecnologia; c) Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso; IX – Comissão de Sistematização.”

¹⁸ BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3.ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 456.

¹⁹ Este ponto será mais bem explicitado adiante.

²⁰ Para uma compreensão detalhada dos eventos, v. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris/Editora PUC-Rio, 2008, (cap. 5).

as previsões regimentais, se estendeu por quase dois anos! –, poder-se-ia imaginar que não faltaram fóruns e oportunidades para discussões e debates em torno do dispositivo que resultou no art. 103, §3º da Constituição promulgada, sobretudo na primeira fase, onde a subcomissão, composta por apenas 27 membros, deveria se debruçar exclusivamente sobre os temas relacionados ao Poder Judiciário e ao Ministério Público (o que inclui, é claro, acesso à justiça, Defensoria Pública, advocacia). Até porque as chances de debates profundos sobre tema tão específico nas fases posteriores, quando os projetos abordavam também outros temas, eram bastante reduzidas.

Isso nada obstante, a pesquisa realizada junto aos anais da Constituinte e a todos os nove textos aprovados ao longo do processo (i, ii, iii.1, iii.2, iii.3, iii.4, iv.1, iv.2 e iv.3) revelou que o dispositivo que atribuía ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade da norma impugnada em ação direta de inconstitucionalidade não consta nem no projeto da subcomissão (i), nem no projeto da Comissão (ii), nem no projeto da Comissão de Sistematização (iii.1), nem no 1º substitutivo do relator (iii.2), nem no 2º substitutivo do relator (iii.3), nem no Projeto A, aprovado pela Comissão de Sistematização (iii.4), nem no projeto B, aprovado pelo Plenário em 1º turno de votação!

Esta primeira constatação já revela que não houve debate a respeito do dispositivo constitucional que, como visto no tópico anterior, gerou, na prática, tanta polêmica. Além disso, constatou-se que, até a aprovação do projeto B pelo plenário (em 1º turno), não houve em nenhum dos projetos aprovados nas fases anteriores (i, ii, iii.1, iii.2, iii.3 e iii.4) qualquer dispositivo estabelecendo a competência, a quem quer que fosse, para defender a constitucionalidade do ato normativo impugnado em ação direta de inconstitucionalidade. Isso significa dizer que, até a aprovação do projeto C pelo plenário (em 2º turno), que efetivamente introduziu o dispositivo que atribui ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade do ato impugnado em ação de inconstitucionalidade, não houve nenhuma discussão sobre a necessidade de se estabelecer o *contraditório* na fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis ou de se definir um curador da presunção de constitucionalidade das leis em processo (objetivo) de ação direta de inconstitucionalidade.

Contudo, a ausência de debates e discussões em torno do tema ao longo de quase dois anos de processo constituinte, embora cause certo espanto, torna-se quase irrelevante se comparada, no quesito *revelações e perplexidades*, ao fato de que o 2º turno de votação em Plenário era destinado basicamente a emendas supressivas e de correção, e não a emendas aditivas, que efetivamente inovassem o texto do projeto. Vale frisar que no documento no qual os constituintes deveriam redigir as emendas nesta fase do processo constituinte estava escrito o seguinte:

Queira assinalar a natureza da emenda:

() *Supressiva* – Se for de expressão ou palavra, não deverá inverter o sentido do dispositivo. Exemplo: no texto, suprimir o advérbio “NÃO”, passando a ser emenda modificativa e não supressiva.

() *Omissão – Objetiva restabelecer matéria aprovada no 1º turno e não incluída na redação do vencido.*

() *Erro – Redação do vencido que não corresponda ao que foi aprovado no 1º turno.*

() *Contradição – Dispositivos contraditórios entre si e sobre a mesma matéria*

() *Correção de linguagem – Sanar vício de linguagem, defeito, erro manifesto a corrigir, ou de técnica legislativa.*

É notório que uma emenda introduzindo a atribuição do Advogado-Geral da União de defender a constitucionalidade do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade não se enquadraria em nenhuma das hipóteses assinaladas, pois não seria o caso de emenda supressiva, nem de omissão, nem de erro, e tampouco de contradição ou de correção de linguagem. Como, então, foi apresentada a proposta que resultou no art. 103, §3º da Constituição vigente?

Na 327ª sessão da Assembléia Nacional Constituinte, ocorrida em 26 de agosto de 1988, o Presidente Ulisses Guimarães anunciou ao plenário que seria colocada em votação “uma reunião de emendas de cerca de 20 Srs. Constituintes”, passando, em seguida, à leitura do texto, que tinha a seguinte apresentação:

Os firmatários, abaixo assinados, vêm requerer, nos termos das normas regimentais, a reunião dos destaques e emendas infra-referidos, para votação simultânea, relativo ao texto dos arts. 79 a 103 para: supressões e correções, restando o texto com a seguinte redação: (...)

Os dispositivos afetados pelas emendas reunidas eram: o art. 79, §3º (relativo ao segundo turno para a eleição ao cargo de Presidente da República), o art. 86, incisos XIV (relativo à competência privativa do Presidente da República para exercer comando supremo das Forças Armadas, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos) e XVII (nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União), art. 90 (que estabelecia que o Presidente, no exercício de seu mandato, poderia ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício da sua função), art. 98, incisos II, “d” (relativo à apuração de antiguidade nos tribunais, para fins de promoção) e XI (relativo à constituição de órgão especial nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores), art. 99 (relativo ao denominado *quinto constitucional* nos Tribunais Federais e Estaduais), art. 101, II, alíneas “a” e “b” (relativas à competência do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça para propor ao Poder Legislativo respectivo a alteração do número de membros dos tribunais interiores e a criação e extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros), inciso III do mesmo artigo (relativo à competência dos Tribunais de Justiça para o julgamento dos juizes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como dos membros do Ministério Público que junto a eles oficiem, nos crimes comuns e de responsabilidade), art. 103, I (relativo à criação de juizados especiais) e, por fim, o art. 109, §3º, que passaria a ter a seguinte

redação: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade em tese de norma legal ou ato normativo, ouvirá, previamente, o Advogado-Geral da União que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Em seguida à leitura das emendas, o constituinte Nelson Jobim informou que:

(...) tendo em vista o entendimento de que a questão de dois turnos e a inelegibilidade vão ser votadas amanhã à tarde, então, nesta fusão, que foi distribuída em plenário, fica excluído o art. 79, 3, porque diz respeito a dois turnos, como também a parte relativa à supressão do art. 90. (...)

Excluídas, portanto, as emendas relativas a estes dois dispositivos – emendas que seriam apreciadas em outra sessão –, o Presidente Ulisses Guimarães apresentou sumariamente aos constituintes em plenário quais as modificações estavam sendo propostas em relação a cada um dos dispositivos. Assim, por exemplo, após citar a redação proposta ao art. 86, XIV, relativo à competência do Presidente da República para “*exercer comando supremo das Forças Armadas, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos*”, esclareceu o ponto modificado pela emenda, a saber: “ao invés de ‘das três Armas e nomear seus comandantes’”. Em relação ao inciso XVII do mesmo artigo, relativo à competência para “nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União”, explicou que o objetivo era uniformizar a nomenclatura adotada pela matéria, já que a redação original referia-se ao Procurador-Geral da União, e a nomenclatura havia sido alterada em 1º turno, no dispositivo relativo à advocacia pública. Em seqüência, foram esclarecidas, uma a uma, as modificações que estava sendo propostas, e todas efetivamente se enquadravam em uma das categorias de emenda permitidas no 2º turno de votação (supressiva, omissão, erro, contradição ou correção de linguagem) – todas, à exceção do artigo 109, §3º. Quanto a este dispositivo, justamente o dispositivo que inovava em relação ao texto aprovado em 1º turno, o Presidente da Assembléia Constituinte nada disse, concluindo sua fala com a frase: “é o texto” – e passando em seguida à votação da reunião de emendas, o que foi aprovado sem nenhum voto contrário (em razão de um acordo das lideranças partidárias), mas com cinco abstenções, dentre as quais a do constituinte João Menezes (PFL-PA), que assim se manifestou: “Sr. Presidente, acabei de verificar que esta emenda é daquelas que chamo de coquetel. Então meu voto é ‘abstenção’, porque fere tudo quanto é Regimento, mistura tudo”²¹.

O curioso caso do dispositivo em questão, todavia, não se encerra aí. A “reunião de emendas de cerca de 20 Srs. Constituintes”, apresentada e

²¹ Em resposta, o constituinte Nelson Jobim (PMDB) pediu a palavra para enfatizar: “Sr. Presidente, esta emenda fez parte de um grande acordo, de um grande entendimento, e tem acolhimento regimental que possibilita a votação simultânea de destaque. Portanto, o PMDB mantém-se no acordo e vota ‘sim’.” Outros membros dos outros partidos recomendaram às suas respectivas bancadas que votassem sim. O resultado foi “sim-374, não-0, abstenção-5, total 379” (pp. 13283-13284)

lida pelo Presidente Ulisses Guimarães, informava, ao final, quais emendas especificamente haviam sido reunidas, o que permitira identificar, dentre elas, a emenda que introduziu o dispositivo relativo à participação do Advogado-Geral da União no processo da ação direta de inconstitucionalidade, bem como a justificativa apresentada pelo proponente (no documento no qual os constituintes deveriam redigir as emendas havia um campo intitulado *justificativa*) e a natureza da modificação (supressiva, omissão, erro, contradição ou correção de linguagem).

Foram 24 emendas reunidas, dentre as quais 5 referiam-se ao art. 109, §3º. É importante esclarecer, no entanto, que o §3º do art. 109, tal como aprovado em 1º turno, tinha a seguinte (e também curiosa) redação:

“Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, comunicará o teor da decisão declaratória ao Senado Federal para cumprimento do disposto no artigo 53, X.”

Portanto, o que o §3º do art. 109 estabelecia, até então, era que as decisões de inconstitucionalidade, mesmo aquelas proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, deveriam ser comunicadas ao Senado Federal, para que este órgão suspendesse a execução, no todo ou em parte, da lei que fora objeto da ação – o que, se aprovado, implicaria indiscutível retrocesso na história da jurisdição constitucional brasileira.

É diante deste quadro que se deve compreender o propósito das 5 emendas apresentadas, todas supressivas, tendo por objeto o referido dispositivo: (i) Emenda 199 (autor: Maurício Correa): *suprimir o §3º do artigo 109*; (ii) Emenda 1841 (autor: Genésio Bernardino): *suprima-se do §3º do artigo 109, a expressão “em tese”*; (iii) Emenda 1603 (autor: Nelson Jobim): *suprimir integralmente o §3º do artigo 109*; (iv) Emenda 1605 (autor: Wagner Lago): *suprimir do §3º do artigo 109, a expressão final “para cumprimento do disposto no art. 53, X”*; (v) Emenda 064 (autor: Paulo Pimentel): *suprimir o §3º do artigo 109*.

Se todas as emendas relativas ao §3º do art. 109 tinham o exclusivo propósito de *suprimir* o dispositivo integral ou parcialmente, cabe a pergunta: de onde surgiu o texto que impunha ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade? Resposta (até prova em contrário): de lugar nenhum!

Deve-se registrar que, em 17 de setembro de 1988, quando o processo constituinte encontrava-se em fase de “emendas de redação”, foram apresentadas duas emendas relativas ao “novo” §3º do art. 109 – emenda nº 00339, de autoria do constituinte Aluizio Campos, e emenda nº 00642, de autoria do constituinte Antonio Mariz –, sendo que apenas a primeira efetivamente limitava-se a propor uma mudança de forma, sem afetar o conteúdo, como se espera de uma emenda de redação²². A emenda apresentada pelo constituinte Antonio Mariz, talvez

²² Emenda 00339: “O Supremo Tribunal Federal, antes de apreciar a inconstitucionalidade, em tese,

já prevendo alguns dos problemas que aquela idéia (aparentemente irrefletida e seguramente não discutida) introduzida no projeto de Constituição em 2º turno poderia acarretar, visava modificar o texto do dispositivo, especificando que a defesa da constitucionalidade da lei pelo Advogado-Geral da União só ocorreria quando o objeto da ação de inconstitucionalidade fosse “norma legal ou ato normativo federal”²³. Ambas foram rejeitadas.

Diante do que foi aqui revelado, não procede a leitura histórica a respeito do dispositivo tal como relatada pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3916 (onde a interpretação desta norma constitucional foi discutida em questão de ordem) – história que teria sido contada pelo Ministro Moreira Alves a fim de resgatar a *mens legislatoris* do art. 103, §3º da Constituição. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes:

Ele [o Min. Moreira Alves] dizia que, em algum momento da fase final do processo constituinte, incorporou-se ao texto uma fórmula segundo a qual, em qualquer hipótese, a decisão do Supremo estaria submetida ao Senado Federal – a fórmula do artigo 52, X –, para controle concreto e abstrato. Portanto, isso ficou expresso no texto. E se viu que isso era um absurdo, porque, no processo objetivo, a decisão tem de ser dotada de eficácia *erga omnes, per se*, não dependendo da intervenção do Senado.

Então, dizia-se que, naquele momento – pelo menos essa foi a explicação que surgiu –, já não se podia mais fazer uma emenda puramente supressiva; tinha-se de substituir, fazer uma emenda de caráter substitutivo. E foi o que se deu. Então, se fez esta fórmula do Advogado-Geral da União, que causa muitos problemas, porque ele não é um órgão isento; ao contrário, ele representa os interesses da União em juízo e, mais do que isso, ele é também o conselheiro jurídico do Presidente da República. Daí, os problemas suscitados.

A leitura não procede por dois motivos basicamente. A fórmula segundo a qual, em qualquer hipótese a decisão do STF estaria submetida ao Senado não foi incorporada “em algum momento da fase final”: ela estava presente nos projetos aprovados desde a subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, e assim permaneceu até o 2º turno de votação em plenário. É também incorreto afirmar que “naquele momento já não se podia mais fazer uma emenda puramente supressiva”. O 2º turno de votação em plenário era destinado *justamente e exclusivamente* às emendas supressivas. Tanto que as cinco emendas apresentadas tendo por objeto o referido dispositivo eram de caráter supressivo. Portanto, a “*fórmula do Advogado-Geral da União*”, para utilizar a expressão do Ministro, não encontra, no processo constituinte, absolutamente nenhuma justificativa (ao menos explícita).

de norma legal ou ato normativo, ouvirá o Advogado-Geral da União que defenderá o ato ou texto impugnado”. Extraído do site www.senado.gov.br (legislação – bases históricas).

²³ Emenda 00642: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade em tese de norma legal ou ato normativo federal, ouvirá, previamente, o Advogado-Geral da União que defenderá o ato ou texto impugnado”. Extraído do site www.senado.gov.br (legislação – bases históricas).

Assim, conclui-se que a tragicômica história do atual artigo 103,§3º da Constituição de 1988 revela, ao que aqui interessa, que: (i) não houve absolutamente nenhum debate a respeito da idéia de se estabelecer um contraditório em ação direta de inconstitucionalidade, tampouco sobre a conveniência de se atribuir tal dever ao Advogado-Geral da União; (ii) o dispositivo foi aprovado em flagrante violação ao Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte, seja (ii.1) por ter sido aprovado numa fase do processo constituinte que não admitia inovações de conteúdo, seja (ii.2) por sequer ter sido objeto de emenda formal.

Embora assustadora (em determinados aspectos), a história é, ao mesmo tempo, esclarecedora, pois ajuda a compreender como foi possível a aprovação de um dispositivo que, logo após a entrada em vigor do texto constitucional, suscitou, em sede doutrinária, forte polêmica, e sofreu, na prática, leituras diversas e dificuldades em sua aplicação, tendo recebido, pelos próprios ministros do STF, qualificativos como *defeituoso*, *anomalia* e *cochilo*, *causador de incômodo*, *potencial causador de situações paradoxais*.

A história aqui revelada traz elementos que justificam as críticas acima, mas não parece oferecer argumentos para uma nova interpretação do dispositivo. Isso nada obstante, foi justamente este o caminho tomado pelo STF a fim de contornar os compreensíveis inconvenientes da norma, cabendo agora uma análise dos argumentos utilizados pela Corte para justificar tal mudança de interpretação.

4. A FUNÇÃO DO AGU REEXAMINADA PELO STF: CURADOR, ADVOGADO PÚBLICO OU PARECERISTA?

Como visto no item 2, *supra*, em que pese todos os problemas relativos à atribuição, ao Advogado-Geral da União, do dever de defesa da constitucionalidade de todo e qualquer ato normativo submetido ao controle abstrato de constitucionalidade – problemas que, como visto no item 3, *supra*, não foram debatidos no processo constituinte –, o STF, sempre que provocado pela Advocacia-Geral da União (ainda exercida pela Procuradoria-Geral da União), manifestou-se no sentido de não admitir qualquer exceção à regra do art. 103, §3º da Constituição. Firmou assim a jurisprudência segundo a qual a ação direta de inconstitucionalidade demanda um *contraditório*, e que este dever, por decisão soberana do legislador constituinte, recaiu sobre o Advogado-Geral da União, tratando-se de *função autônoma*, que não guarda nenhuma relação com o fato de ser aquele o advogado público da União federal.

A decisão tomada pelo STF em outubro de 1994, no julgamento da ADI 242, como visto, revelou uma pequena dissidência em relação a uma posição até então unânime da Corte, pois o Min. Paulo Brossard, divergindo da jurisprudência firmada, concordou com os argumentos levantados pelos então Procuradores da República Gilmar Ferreira Mendes e Arthur Castilho Neto (no exercício da função da Advocacia-Geral da União), no sentido de que “deve ser

reconhecido o direito do Advogado Geral da União não se manifestar sobre o mérito, quando estiver plenamente convencido da ilegalidade do ato, inclusive quando a defesa se põe contra a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal". A unanimidade tinha aí a sua primeira goteira.

De acordo com este entendimento divergente, e tomando por base o trecho acima transcrito, haveria duas hipóteses que afastariam o dever imposto ao Advogado-Geral da União pelo art. 103, §3º da Constituição, a saber: (i) quando a norma fosse manifestamente inconstitucional e (ii) quando a norma já tivesse sido declarada inconstitucional, em controle difuso, pelo próprio STF. Deve-se ressaltar que, embora eventualmente possam coincidir, são hipóteses, a rigor, distintas, pois, enquanto esta última envolve um fato – a existência de declaração de inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso –, impondo ao Advogado-Geral da União o simples dever de apontar o julgado, a primeira hipótese envolve um juízo de valor acerca da constitucionalidade da norma, o que poderia implicar a imposição ao Advogado-Geral da União do dever de justificar, por meio de argumentação jurídica, que se trata de norma manifestamente inconstitucional. Esta distinção deve ser ressaltada, sobretudo, em razão de um outro ponto que se pode extrair da manifestação dos Procuradores da República, acompanhada pelo Ministro Paulo Brossard, a saber: que nestes casos "deve ser reconhecido o direito do Advogado-Geral da União *não se manifestar sobre o mérito*", o que, como afirmado anteriormente, não parece se confundir com o *direito de defender a inconstitucionalidade* da norma através de parecer jurídico. Se, em tese, é possível conciliar este direito (de não se manifestar sobre o mérito) com a primeira hipótese, não parece tão simples conciliá-lo com a segunda, onde o Advogado-Geral da União talvez tivesse que *demonstrar*, de forma argumentativa, a manifesta inconstitucionalidade da norma impugnada, pois, a despeito do que o qualificativo "manifesta" poderia sugerir, trata-se necessariamente de uma avaliação subjetiva. Como admitir então que o Advogado-Geral da União "não se manifeste" sobre a norma por entender que se trata de "norma manifestamente inconstitucional" ou, nas palavras dos referidos Procuradores da República, por estar "plenamente convencido da ilegalidade do ato"? Deve o Advogado-Geral da União expor as razões de seu convencimento? Não estaria, neste caso, "manifestando-se sobre o mérito"? E também oferecendo um autêntico "parecer" pela inconstitucionalidade da norma? E se o fizesse, seria com a autonomia de um jurista (a partir da sua livre convicção jurídica)? Ou ofereceria este "parecer" na condição de advogado público da União federal, defensor dos interesses desta entidade federativa?

Estas perguntas aqui formuladas ficaram sem resposta, diante da posição firmada, agora não mais por unanimidade, pelo STF. No entanto, este "voto vencido" tornou-se, anos mais tarde, a posição majoritária do Tribunal, sem que as questões aqui levantadas tivessem sido respondidas, nem sequer enfrentadas, o que, como se verá, gerou um desentendimento generalizado por parte dos ministros a respeito da interpretação do art. 103, §3º da Constituição, de modo que a posição majoritária que se firmou foi fruto de posições convergentes quanto ao resultado, mas divergentes quanto ao fundamento.

Embora não tenha realizado uma pesquisa jurisprudencial a partir da ADI 242, de 1994, acompanhando eventuais mudanças de posições dos membros do STF, resultantes ou não das mudanças na composição da Corte, assumo como marco da nova orientação jurisprudencial sobre o tema a decisão proferida no julgamento da ADI 1616, de 24/05/2001²⁴. E o faço com base nas manifestações do Advogado-Geral da União ao longo desta década, onde, sempre que se posicionou pela inconstitucionalidade da norma e, por conseguinte, pela procedência do pedido deduzido na ação direta de inconstitucionalidade, fez expressa referência a este julgado como espécie de *leading case* da nova interpretação do §3º do art. 103 da Constituição.

Reforço este entendimento em razão de um fato ocorrido, no julgamento da ADI 2101, em abril do mesmo ano (um mês antes, portanto). O relator da ação, Min. Maurício Correa, havia registrado em seu relatório que:

o Advogado-Geral da União, não obstante o comando do §3º do artigo 103, da Constituição, entendendo que não lhe cabe defender a constitucionalidade de determinado ato normativo quando existe decisão desta Corte considerando-o inconstitucional, manifesta-se pela “aparente ilegitimidade da Lei n. 2.012/99, do Estado do Mato Grosso do Sul”.

Ao proferir seu voto, o Ministro relator sustentou que “razão assiste ao AGU ao expor seu entendimento sobre o §3º do art. 103 da Constituição”. Após manifestar sua concordância com a jurisprudência firmada pelo STF até aquele momento (tendo citado expressamente os julgados da ADI-QO 72 e da ADIMC 1434), o Ministro acrescentou:

creio, porém, que falta ainda examinar a hipótese em que a norma legal atacada tiver sido declarada inconstitucional. Tenho como contra-senso exigir do Advogado-Geral da União que ele permaneça inarredável da posição contrária ao requerente da ação direta de inconstitucionalidade, mesmo quando o Supremo Tribunal Federal já tiver decidido em sentido contrário. Nessa hipótese, esta Corte estaria impingindo ao Advogado-Geral da União exercer missão impossível: defender perante o Tribunal tese declarada inconstitucional. (grifei)

²⁴ A ADIn 1.254 (AgReg), julgada em 1996, reforça este entendimento: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO (...) – FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – (...) FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que *lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República*. Atuando como verdadeiro curador (defensor legis) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito positivo, *não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do “munus” indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República*. Precedentes.” (grifei)

Este julgado não representou uma mudança jurisprudencial, mas foi uma provocação inicial para uma revisão do posicionamento assumido até então, pois, como assinalou o Ministro:

A questão deverá voltar a debate quando a Corte estiver com sua composição completa. Quero, no entanto, manifestar-me, desde já, a favor do entendimento de que o Advogado-Geral da União não está vinculado à defesa do ato tal qual está expresso quando o Supremo Tribunal Federal já tiver firmado jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade da norma impugnada.

O prenúncio de uma mudança, no entanto, já poderia ser identificado a partir da manifestação do então Presidente do STF, Min. Carlos Veloso, que aproveitou a ocasião para também deixar registrado seu entendimento de que, “se já existente decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da lei impugnada, não me parece deva ele [o Advogado-Geral da União] sustentar o contrário do já decidido pela Corte Constitucional”.

Embora se tratasse de questão que, nas palavras do Min. Maurício Correa, deveria futuramente “voltar a debate”, esta primeira manifestação, ainda que precária, permite já algumas reflexões sobre pontos obscuros que, como se verá, estão presentes no posicionamento posteriormente firmado pelo STF.

O Advogado-Geral da União havia manifestado entendimento de que “*não lhe cabe defender a constitucionalidade de determinado ato normativo quando existe decisão desta Corte considerando-o inconstitucional*”. O Min. Maurício Correa, após manifestar concordância com a jurisprudência firmada pelo STF até aquele momento, acrescentou que “*falta ainda examinar a hipótese em que a norma legal atacada tiver sido declarada inconstitucional*”, para, em seguida, manifestar-se de acordo com o entendimento sustentado pelo Advogado-Geral da União. Ambas as manifestações (interpretadas literalmente) sugerem o seguinte: se a lei objeto da ADIn já tiver sido declarada inconstitucional pelo STF (em sede de controle difuso, obviamente), o Advogado-Geral da União não estará obrigado a defendê-la. Ao que parece, a declaração de inconstitucionalidade em controle difuso *dispensaria* o Advogado-Geral da União do dever imposto pelo §3º do art. 103 da Constituição quando este dever se revelasse, por qualquer razão, inconveniente, avaliação que caberia exclusivamente ao próprio Advogado-Geral da União, pois *estar dispensado* não se confunde com *estar impedido*. Uma solução talvez criativa.

Contudo, neste caso, as coisas definitivamente não são o que parecem ou sugerem. Embora tanto o Advogado-Geral da União, como o Min. Maurício Correa e também o Presidente do STF, Min. Carlos Veloso, tivessem afirmado expressamente que o Advogado-Geral da União não estaria obrigado a defender a constitucionalidade da lei objeto de ADIn quando o STF já tivesse declarado a inconstitucionalidade da lei *impugnada* (Min. Carlos Veloso), *atacada* (Min. Maurício Correa), no caso em questão, a lei objeto da ADI 2101 *não havia sido declarada inconstitucional pelo STF!* Ou seja, a própria ADI 2101 não

permitiria a dispensa do dever, pelo Advogado-Geral da União, e defender a constitucionalidade da norma, uma vez que esta não havia, até aquele momento, decisão do STF pela inconstitucionalidade da *lei impugnada*. Em seu voto, o relator cita alguns julgados do STF, mas nenhum tem por objeto a lei em questão. Os julgados são, inclusive, anteriores ao ano em que a lei impugnada entrou em vigor. Não fosse o bastante, as leis declaradas inconstitucionais nos julgados citados pelo relator não são sequer semelhantes à lei objeto da ADI, a não ser pelo fato de serem estaduais e versarem sobre o tema “trânsito”.

Desse modo, cai por terra a leitura sugerida de que o entendimento ali firmado seria o de que “o Advogado-Geral da União não estaria obrigado a defender a constitucionalidade da lei impugnada em ADI apenas quando já houvesse decisão do STF pela inconstitucionalidade da lei”, embora isto tenha sido afirmado no próprio julgado. O STF permitiu que o Advogado-Geral da União defendesse, em ADI, a inconstitucionalidade de uma lei estadual sem que a Corte tivesse, até aquele momento, declarado a sua inconstitucionalidade ou a de qualquer outra norma de mesmo teor.

Talvez a chave para entender este contra-senso esteja em outras expressões utilizadas pelo Min. Maurício Correa, como: (i) “o Advogado-Geral da União não está *vinculado* à defesa do ato” (o que poderia sugerir maior discricionariedade para se manifestar sobre a lei), (ii) “quando o STF já tiver *decidido em sentido contrário*”, ou “*tese declarada inconstitucional*”, ou “quando o Supremo Tribunal Federal já tiver firmado jurisprudência *no sentido da inconstitucionalidade da norma impugnada*” – expressões que poderiam sugerir que o Advogado-Geral da União estaria dispensado de defender a norma (ou poderia sustentar a sua inconstitucionalidade) a partir de entendimentos, teses, posicionamentos adotados pelo STF que permitiriam concluir pela inconstitucionalidade da lei em questão. Se este foi efetivamente este o entendimento do STF que permitiu o contra-senso apontado acima, trata-se de uma interpretação no mínimo ousada (considerando-se o texto da norma constitucional) e que, de todo modo, deveria ter sido explicitada pela Corte.

Em maio de 2001, esta questão, como já foi antecipado, retornou no julgamento da ADI 1616, que se firmou como *leading case* da nova interpretação do §3º do art. 103 da Constituição. A referida ação, que visava à declaração de inconstitucionalidade da resolução administrativa do TRT 6ª Região, tinha, de início, a peculiaridade de ter sido ajuizada pelo Procurador-Geral da República *por provocação do Advogado-Geral da União*. O ato normativo impugnado (deixando-se aqui de lado o seu conteúdo) havia sido editado pela referida Corte trabalhista a partir de uma interpretação do artigo 62 da Constituição segundo a qual uma medida provisória não aprovada no prazo de trinta dias perderia eficácia, ainda que tivesse sido reeditada no prazo assinalado – interpretação que contrariava a jurisprudência do STF a respeito do tema.

O Advogado-Geral da União alegou não caber exercer, neste caso, a atribuição prevista no §3º do art. 103 da Constituição Federal, “porquanto

a iterativa jurisprudência desse Egrégio Tribunal elide a presunção de constitucionalidade a ser defendida". A *iterativa jurisprudência* a que se referiu, no entanto, não envolvia o ato normativo impugnado, mas apenas a interpretação a respeito da eficácia de medidas provisórias reeditadas. Nota-se, assim, que o caso não se enquadra na "*hipótese que a norma legal atacada tiver sido declarada inconstitucional*" (ADI 2101).

O relator da ação, novamente o Min. Maurício Correa, pediu vênia em seu voto "para fazer uma breve divagação" a respeito do §3º do art. 103 da Constituição. Após julgar esta imposição constitucional como "de inutilidade total", que "parece padecer de bom siso", que "não tem significado lógico nem a ampara algum sinal de razoabilidade, sobretudo em certas ações em exame neste tribunal, como a da espécie, em que a jurisprudência já se firmou de modo iterativo, contudo contrário ao ato cuja defesa a Constituição lhe cometeu o encargo de promover", o relator concluiu:

Ora, se o Supremo Tribunal Federal exerce a altíssima competência de guarda da constituição (CF, art. 102) e dá a palavra final de como deve ser compreendida e interpretada, não há nenhum sentido para que o Advogado-Geral da União, não obstante a exigência constitucional, venha a pronunciar-se contra o que, em verdade, deve defender.

O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, §1º) ao que penso, deve, pela obviedade das hipóteses em que, de modo reiterado a jurisprudência do Tribunal já consolidou a favor de tese contrária ao ato impugnado, ser entendido com temperamentos, de tal sorte que a manifestação do Advogado-Geral da União não se converta, em casos dessa ordem, como gesto insurrecional, mas de lógica e de bom senso. (grifei)

Dois pontos merecem destaque nesta manifestação do ministro relator: (i) a possibilidade de o Advogado-Geral da União "*pronunciar-se contra o que, em verdade, deve defender*" e (ii) o entendimento de que tal possibilidade de manifestação pela inconstitucionalidade da norma deve ocorrer quando "*a jurisprudência do Tribunal já consolidou a favor de tese contrária ao ato impugnado*".

Sobre o primeiro ponto, é curioso registrar que o relator, de certo modo, foi além do que aparentemente pretendeu o próprio Advogado-Geral da União, que, no caso, e a rigor, não "se pronunciou" contra o ato normativo, ou seja, não ofereceu parecer *argumentando* pela sua inconstitucionalidade; apenas deixou de exercer a atribuição prevista no §3º do art. 103 da Constituição. Conforme anotou o próprio relator:

Na presente hipótese, entretanto, [o Advogado-Geral da União] não emitiu juízo conclusivo, limitando-se a juntar prova das reedições da medida provisória, expedidas nos prazos da Constituição, e a própria lei em que se converteu, advertindo, inclusive, sobre a jurisprudência predominante no Tribunal que pacificou a temática de que cuida a ação. Daí porque entendeu

inexigível o exercício da atribuição constitucional (CF, artigo 103, §3º), o que me parece razoável.

Quanto ao segundo ponto, nota-se que houve uma mudança sensível no que tange à hipótese que permitiria ao Advogado-Geral da União deixar de exercer a atribuição de defensor da constitucionalidade das leis, ou até mesmo pronunciar-se contra elas. A jurisprudência do STF que permitiria ao Advogado-Geral da União atuar nesse sentido não se limitaria a eventual declaração anterior pela inconstitucionalidade da lei impugnada, podendo se referir simplesmente a uma *tese contrária* ao ato normativo objeto da ADI, um permissivo seguramente mais amplo (e potencialmente bem mais amplo) que a idéia defendida anteriormente. Este entendimento, vale registrar, ficou registrado na ementa deste *leading case*:

Ementa: (...) 4. O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, §1º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. (grifei)

O Tribunal julgou a ação procedente, mas por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. No entanto, em seu voto divergente, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se exclusivamente sobre o mérito, externando seu entendimento pela inconstitucionalidade da reedição de medidas provisórias. Este fato poderia sugerir que a interpretação acerca do dever atribuído ao Advogado-Geral da União no processo de ADI havia sido endossada por todos os ministros da Corte. Contudo, em 2005, quando foi relator da ADI 3522, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se contrário à atuação do Advogado-Geral da União, que, no caso, apoiando-se em dois precedentes do Tribunal, havia defendido a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. Ainda mais curioso é o fato de que, embora os demais ministros não tenham se pronunciado sobre esta questão, e nem o próprio Min. Marco Aurélio tenha proposto o retorno dos autos ao Advogado-Geral da União, para cumprimento do disposto no §3º do art. 103 da Constituição, a ementa do acórdão foi assim redigida:

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO.

Consoante dispõe a norma imperativa do §3º do art. 103 da Constituição, incumbe ao AGU a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. (grifei)

A “nova interpretação” do dispositivo constitucional, portanto, não estava pacificada, e o tema voltou a ser enfrentado no julgamento da ADI 3916, em 03/02/2010, mas desta vez contou com a manifestação expressa dos ministros a respeito. A ação tinha por objeto norma do Distrito Federal, que, segundo o

Advogado-Geral da União, invadia o campo de competência da União²⁵. Após o voto do relator, Min. Eros Grau, que se voltou ao mérito, sem questionar a atuação do Advogado-Geral da União, o Min. Marco Aurélio suscitou questão de ordem, confessando não poder “silenciar a respeito” daquela questão preliminar, ressaltando que “com todas as letras, está no §3º do artigo 103 da Constituição Federal:

‘Art. 103..... §3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar’ – é o caso – ‘a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União’ – para quê? Para atuar com independência absoluta, podendo atacar ou defender o ato normativo? Não. Vem a cláusula final – ‘que defenderá o ato ou texto impugnado’.

O curador não pode atacar o curatelado. O papel da Advocacia-Geral da União é o de proteção ao ato normativo atacado, como está na parte final.”

O Ministro então propôs (“*talvez fique vencido, pouco importa, mas ficará nos anais do Tribunal a minha posição, a minha leitura do texto, que está em bom vernáculo, no §3º do artigo 103 da Constituição Federal, quanto ao objeto da atuação do Advogado-Geral da União*”) que fosse determinado o retorno do processo à Advocacia-Geral da União para a observância do disposto no §3º do artigo 103 da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes reconheceu que aquela era a interpretação literal do dispositivo, a qual havia orientado a jurisprudência original do STF a respeito do tema. Mas, recordando o período em que atuara como Advogado-Geral da União, ressaltou peculiaridades e algumas dificuldades encontradas para o exercício desta atribuição em determinadas situações, como a existência de jurisprudência pacífica do Tribunal a respeito da matéria ou “a possibilidade de o Advogado-Geral da União ter que se colocar, de alguma forma, no pólo ativo, subsidiando, de alguma maneira, uma eventual ação direta de inconstitucionalidade que venha a ser feita”. Após observar que, por estas razões, a defesa a ser feita pelo Advogado-Geral da União “muitas vezes (...) fica sem consistência”, concluiu que deveria ser feita uma *interpretação adequada* do dispositivo (ainda que seu texto fosse “expresso, claro, tal como sustentou o Min. Marco Aurélio”), “uma interpretação sistêmica, que concede ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação”. Segundo esta leitura, “não há uma obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, até porque, em muitos casos, nós podemos ter uma situação quase que de conflito.” E insistiu na idéia de um “*direito de manifestação*”, alegando que, “salvo engano”, esta posição havia sido aceita pelo STF em questão de ordem já examinada pela Corte. O Ministro ainda observou: “talvez não tenha sido a melhor opção do constituinte ter

²⁵ De acordo com o relatório do Min. Eros Grau “(...) 9. O Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência do pedido. O disposto no artigo 21, XIV, cumulado com o artigo 32, §4º, da Constituição do Brasil, não permitiria ao Distrito Federal legislar a propósito da organização e da manutenção das Polícias Civil e Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal.”

designado o Advogado como curador, porque, a rigor, ele é, na verdade, uma parte protagonista desta cena”.

O ponto que merece aqui ser ressaltado, para as reflexões a serem desenvolvidas na conclusão deste trabalho, refere-se a este “*direito de manifestação*” citado pelo Ministro. É possível aceitar que, no fim das contas, este tenha sido efetivamente o papel desempenhado pelo Advogado-Geral da União, se não antes, ao menos a partir de 2001 (v. ADI 2101 e 1616), mas isso não significa que a questão tenha sido assim colocada, ao menos não expressamente, pelo STF. A idéia de um “*direito de manifestação*” do Advogado-Geral da União demandaria no mínimo uma justificativa, que nem a jurisprudência firmada até então, nem tampouco o dispositivo constitucional parecem oferecer. A afirmação de que o Advogado-Geral da União é “*uma parte protagonista desta cena*” só tem sentido para os casos em que o Presidente da República deflagra o processo de ADI ou quando a União tem algum interesse envolvido, o que pode ocorrer, mas não apenas, quando sua competência legislativa é afetada. Nesse sentido, também seria correto dizer que o Procurador-Geral do Estado é “*uma parte protagonista desta cena*” nos casos em que a ação é ajuizada pelo chefe do Poder Executivo estadual, ou quando o Estado-membro tem algum interesse envolvido ou quando sua competência é afetada. E nem por isso a Constituição estabeleceu dispositivo impondo a participação dos Procuradores-Gerais dos Estados, nem a jurisprudência do STF a eles conferiu um “*direito de manifestação*” – embora se possa até identificar este entendimento na sugestão da Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira, no exercício da função atribuída ao Advogado-Geral da União, no julgamento da ADI n. 97 (item 2, *supra*).

Em seguida, o Min. Ricardo Lewandowski observou a existência de um conflito entre os arts. 131 e 103, §3º da Constituição, reacendendo, assim, o velho debate sobre a *distinção das funções*, já apreciado pelo STF na ADI 97. O debate é o mesmo, mas a composição da Corte é outra, o que, como veremos, levará a um novo entendimento sobre a questão. De fato, nas manifestações que se seguiram, é possível identificar uma compreensão pacífica a respeito da *distinção das funções* atribuídas pela Constituição, superando assim a polêmica levantada nos primeiros anos de vigência do texto constitucional, mas, por outro lado, também uma maior sensibilidade com a dificuldade de se impor este dever ao Advogado-Geral da União em todos os casos indistintamente. A este segundo aspecto, acrescentaria ainda que, ao longo dos anos, talvez a partir de 2001 (ADI 2101 e 1616), o STF, ao relativizar a leitura do §3º do art. 103 da Constituição, acabou permitindo, na prática, que o Advogado-Geral da União exercesse este “*direito de manifestação*” a que se referiu o Min. Gilmar Mendes. É que, embora a nova interpretação do dispositivo constitucional fosse apenas a de que o Advogado-Geral da União não estaria obrigado a defender a constitucionalidade da norma legal quando houvesse jurisprudência do STF pela inconstitucionalidade do ato normativo, não houve, como visto acima, maior controle por parte da Corte a respeito destes *standards* – ou mesmo o Tribunal não foi muito claro sobre que parâmetros seriam estes: jurisprudência

pela inconstitucionalidade do ato impugnado significa que o STF já declarou alguma vez a inconstitucionalidade da lei em questão ou que simplesmente construiu uma tese que implicaria a inconstitucionalidade da norma? Neste caso o Advogado-Geral da União estaria dispensado de defender ou poderia pronunciar-se pela inconstitucionalidade? Estas questões mal-resolvidas, nunca efetivamente respondidas, acabaram permitindo a prática de um direito de manifestação do AGU – uma práxis carente de teoria. E este *fato consolidado*, ao que parece, condicionou o voto de alguns ministros.

O Min. Cezar Peluso, que se manifestou em seguida, endossou o entendimento pela *distinção de funções*, tal como decidido pelo STF nos primeiros julgados, e até com as ressalvas feitas à época, sobre eventual inconveniência na decisão tomada pelo legislador constituinte, que “pode não ter sido uma boa escolha ou uma boa opção político-jurídico-constitucional, mas, enfim, foi o que o constituinte entendeu como sendo o órgão que deveria exercer essa função de curadoria”. Ainda na defesa, ao menos a princípio, deste dever criado pelo legislador constituinte, esclareceu que, a rigor, não se tratava de uma função de curadoria, mas uma 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” (...), que “atende à 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”.

Esta distinção feita pelo Ministro toca num ponto que parece fundamental para a compreensão do problema, ainda que talvez seja – e assim me parece – irrelevante para a sua solução. A análise da *mens legislatoris* deste dispositivo, como visto (item 3, *supra*), a nada conduz. Mas se alguma contribuição puder ser identificada nesta inovação trazida pelo legislador constituinte, há de ser justamente a de permitir levar ao processo, argumentos contrários à tese da inconstitucionalidade que fundamenta a ADI. É importante, contudo, esclarecer que este não é o propósito da norma, mas apenas uma de suas conseqüências e, ao que me parece, a mais, se não a única, positiva. Desse modo, assumindo-se a princípio que o §3º do art. 103 da Constituição de fato impõe ao Advogado-Geral da União o dever de defender a constitucionalidade da norma impugnada em qualquer situação, teremos o seguinte: (i) no caso em que há interesse da União na improcedência da ação, haverá um efetivo *contraditório*, com a apresentação de argumentos que contribuem para a decisão a ser tomada pela Corte, e, (ii) no caso em que não há interesse da União, será apresentada, pelo AGU, a “defesa sem consistência” a que se referiu o Min. Gilmar Mendes. Estas considerações que, como dito, não solucionam o problema, serão, contudo, úteis para as reflexões a serem desenvolvidas na conclusão deste trabalho.

Em que pese esta concordância inicial com a idéia de *distinção de funções*, o Ministro Peluso entendeu que em determinados casos, como o que estava em julgamento, “o Advogado-Geral da União não poderia abdicar do seu papel de

Defensor da União”. O argumento apresentado pelo Ministro para esta ressalva, contudo, não se justifica. Segundo o Ministro, a defesa da União deve ser feita pelo AGU “porque não há outro para exercê-lo dentro do processo”²⁶.

A crítica que se pode opor a este argumento refere-se ao fato de que não existe no processo de ação de inconstitucionalidade (ao menos não como algo inerente a ele) esta “função de defesa da União”. Na fiscalização abstrata de constitucionalidade, a atuação do Advogado-Geral da União *como advogado público* ocorre apenas nos momentos em que presta consultoria jurídica ao chefe do Poder Executivo federal – seja na elaboração da petição inicial, quando o Presidente da República ajuíza a ação, seja na apresentação de informações, quando o objeto da ação é ato normativo federal que tenha resultado da atuação do Poder Executivo, exclusiva (medida provisória, v.g.) ou concorrentemente (lei ordinária sancionada pelo Presidente, v.g.) –, mas nunca no exercício da competência prevista no §3º do art. 103 da Constituição. A ação direta de inconstitucionalidade pode ter por objeto atos normativos tanto federais como estaduais, de modo que nada justificaria que apenas a União tivesse, neste processo objetivo, um “direito de defesa”, a ser exercido pelo órgão que a representa judicialmente.

Ao lado deste argumento, o Ministro apresentou o que chamou de “problema de ordem prática”, a saber:

a Corte não tem competência para impor nenhuma sanção, porque nenhuma está prevista na Constituição, quando a Advogado-Geral da União não exerce a função que lhe é reservada. (...) a mim me parece que seria demais criar um constrangimento, determinando que o Advogado-Geral da União se manifeste em sentido contrário, quando a sua convicção jurídica é outra. Ele irá – se quiser – exercer um papel puramente formal, alinhando dois ou três argumentos sem nenhuma consistência, ou, então, não vai dizer nada, porque o tribunal não pode obrigá-lo. Entendo que fica a observância da norma, como tal, para ser ponderada pela Advocacia-Geral da União.

Este argumento, ao menos da forma como foi desenvolvido, também é passível de críticas. Segundo o Ministro, ao que parece, como não haveria sanção em caso de descumprimento, o STF não poderia obrigar o AGU a exercer competência prevista no §3º do art. 103 da Constituição, embora pudesse constrangê-lo a tanto. Por outro lado, como o constrangimento poderia levá-lo a produzir *uma defesa puramente formal, sem nenhuma consistência*, ou mesmo a

²⁶ “Não há outro para fazer, não obstante a ação tenha sido de iniciativa da Procuradoria-Geral da República. Mas, enfim, exigir que, neste caso em que o interesse da União coincide com o interesse do autor – porque aí é interesse jurídico da União –, parece-me que seria retirar da Advocacia-Geral da União a sua função primordial, que é defender os interesses da União.”

não se pronunciar, então... a Corte deveria aceitar como legítima a manifestação do Advogado-Geral da União pela defesa da inconstitucionalidade da norma impugnada, se esta fosse a sua “*convicção jurídica*”. Ou seja, o Ministro não apenas reforça a idéia de que a Constituição assegurou à União – e à União apenas – um direito de defesa através de seu Advogado-Geral, como também acrescentou que este pode se manifestar de acordo com a sua *convicção jurídica*.

Esta leitura foi, de certo modo, acompanhada pela Min. Carmen Lúcia, mas com alguns argumentos próprios. Após fazer um registro histórico do posicionamento do STF sobre o tema, ressaltando a primeira jurisprudência firmada pela Corte, segundo a qual “*compete à advocacia pública apenas a defesa, e não alguma manifestação*”, a Ministra alegou que em julgamentos posteriores, ao enfrentar novamente a questão, o STF teria concluído “*que realmente a defesa aqui era no sentido de apresentar a argumentação que lhe parecesse adequada*”. E acrescentou:

tanto que, na esteira dessa jurisprudência, sobreveio o art. 8º da lei 9.868 – Vossa Excelência [Min. Gilmar Mendes] atuou na Comissão que deu origem a ela –, que afirma que à manifestação sucessiva serão ouvidos e que deverão manifestar-se o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República – agora já sem falar em defesa, porque prevalecia essa jurisprudência. Então, até aqui, acho que há realmente uma tentativa de se fazer, de alguma forma, harmonizar o dito constitucional com a finalidade buscada pela lei.

Alguns pontos merecem aqui ser levantados. A Ministra não informa quando e/ou a partir de que julgado teria ocorrido a mudança na jurisprudência do Tribunal a respeito do tema, mas afirma que este novo entendimento teria sido reproduzido na lei 9.868, que foi aprovada em 1999. Como afirmado anteriormente, não fiz um levantamento de julgados entre os anos de 1994 e 2001 (embora tenha identificado um julgado em 1996 onde o STF reiterava a jurisprudência inicial), mas as próprias razões que me autorizaram a não fazê-lo permitem contestar esta leitura histórica feita pela Ministra. Na ADI 242, julgada em 1994, o STF manteve a jurisprudência firmada até então, pela obrigatoriedade imposta ao Advogado-Geral da União de defender o ato impugnado em ação de inconstitucionalidade – vencido apenas o Min. Paulo Brossard, que concordara com o entendimento dos Procuradores da República que estavam no exercício da função da AGU, dentre os quais o hoje Min. Gilmar Mendes (que, como ressaltou a Ministra Carmen Lucia, participou da comissão que elaborou o projeto do qual resultou a lei que regulamenta o processo da ADI). Se correta a leitura proposta pela Ministra, a mudança jurisprudencial teria ocorrido depois de 1994 ou 1996, e se consolidado ao longo dos anos seguintes, a ponto de influenciar a elaboração da lei 9868, de 1999. Mais: se correta a referida leitura, a nova jurisprudência seria no sentido de que a “*defesa*” imposta pelo dispositivo constitucional deveria ser interpretada como o dever do AGU de “*apresentar a argumentação que lhe parecesse adequada*”. Esta leitura, no entanto, deixaria praticamente sem sentido as manifestações do STF nos julgamentos das ADIs

2101 e 1616, ambas de 2001. Como visto anteriormente, em ambos os julgados, houve ministros (que formaram inclusive a maioria) defendendo a mudança na interpretação constitucional, segundo a qual o AGU estaria obrigado a defender a constitucionalidade da lei – o que ao menos sugere que, até então, o Tribunal mantinha a jurisprudência firmada em 1989 e confirmada em 1994 e em 1996. Além disso, o entendimento fixado pelo Tribunal no julgamento da ADI 1616 foi, de acordo com o enunciado na ementa, que “o Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade”. Independentemente do que se possa entender por este enunciado (como visto, é passível de diferentes interpretações, ou ao menos assim tem se revelado), está longe de significar que o AGU pode ou deve “apresentar a argumentação que lhe parecesse adequada”. Por fim, vale recordar que em todas as manifestações do AGU que pesquisei, nas quais este se pronuncia pela inconstitucionalidade do ato impugnado, há referência expressa ao que fora decidido na ADI 1616 (como espécie de *leading case*)²⁷, e eventualmente algumas decisões posteriores, mas absolutamente nenhuma anterior ao ano de 2001.

Desse modo, se a intenção da Comissão (da qual o Min. Gilmar Mendes fez parte) que elaborou o projeto que resultou na lei 9.868 foi a de permitir ao AGU “apresentar a argumentação que lhe parecesse adequada”, não se pode alegar que estivesse reiterando uma jurisprudência firmada pelo STF, mas talvez – e isto é apenas uma hipótese – estabelecendo na lei uma tese que o Tribunal até então rejeitava. Se a hipótese levantada estiver correta, torna-se ainda mais questionável a idéia de que se deva tentar, “de alguma forma, harmonizar o dito constitucional com a finalidade buscada pela lei”.

A Ministra, após ressaltar que a Constituição estabelece que “é preciso haver a manifestação [do AGU]”, mas que, de acordo com o STF “essa defesa não significa argumentos defensivos da lei”, concluiu seu voto nos seguintes termos:

De toda sorte, Senhor Presidente, acho que o encaminhamento dado pela jurisprudência me parece mais consentâneo com o que se põe numa ação que, eventualmente, não se tem nem a obrigação de o AGU ter de dizer contra, quando ele não tem o que dizer, e que essa consolidação se fez exatamente em face dos casos em que se mostraram que a defesa, no sentido de apresentar que aquela lei era constitucional, sabendo-se que não o era, poderia, inclusive, acabar se transformando no que se transformou: ausência de manifestação, sem que, como o Ministro Cezar Peluso lembrou, houvesse como obrigá-lo, sequer, a comparecer. (...) peço vênia para me manter no sentido de que, principalmente num caso como este, prevaleceria a possibilidade de o AGU se manifestar segundo o que lhe parecesse de conveniência da defesa da constitucionalidade, digamos, e não da lei propriamente.

²⁷ Poderia ainda acrescentar que os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes fizeram referência, em suas manifestações, à ADI 1616, o que reforça a idéia de que foi neste julgamento que ocorreu a mudança da jurisprudência do STF.

É digna de registro, para as reflexões que serão desenvolvidas na conclusão, a idéia defendida tanto pela Ministra Carmen Lúcia como pelo Ministro Cezar Peluso de que é melhor uma manifestação do AGU pela inconstitucionalidade da lei (se esta for sua convicção jurídica) do que não haver manifestação alguma.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, apoiou-se basicamente em dois aspectos: (i) a interpretação da expressão “defender a lei”, que, segundo o Ministro, deveria “ser interpretada *cum grano salis*”, sob o argumento de que “há situações em que a lei é indefensável, quando há jurisprudência pacífica, assentada, do Supremo Tribunal Federal num determinado sentido”²⁸, e (ii) a plena autonomia de que goza o Advogado-Geral da União, “para se manifestar como qualquer advogado recém-formado e recém-ingressado nos quadros da OAB”, o que impediria o STF de “impor a ele qualquer tipo de constrangimento”. O Ministro retoma o problema do constrangimento, levantado pelo Min. Peluso, embora com um tratamento distinto, pois enquanto para este o STF poderia, mas não deveria constranger o AGU, ressaltando não haver sanção para o descumprimento do imperativo constitucional, para o Min. Lewandowski, o Tribunal não poderia constrangê-lo por se tratar de advogado, que, no exercício de suas atribuições, manifesta com autonomia sua livre convicção jurídica.

A partir destes argumentos, o Min. Lewandowski entendeu que, num caso em que o AGU convenceu-se de que a lei impugnada “milita contra os interesses da União, bate frontalmente com a competência que ele entende que a Constituição assinala, consigna, outorga à União” não se deve obrigá-lo a defender a lei. “Parece-me”, e assim concluiu seu voto, “que esta expressão ‘defender a lei impugnada’ comporta uma interpretação, uma hermenêutica dentro dos quadros da razoabilidade”.

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o voto do Min. Marco Aurélio, declarando preferir alinhar-se “a uma leitura ortodoxa da Constituição (...), pois o texto da Carta é muito claro, com a devida vênia”.

O Ministro Ayres Britto, num primeiro momento (antes da manifestação do Min. Lewandowski), inclinara-se pela leitura do Min. Marco Aurélio, que, segundo ele, estaria “forrado de razão”. Em que pese esta declaração expressa, a leitura defendida pelo Ministro apoiava-se mais no elemento teleológico do que no elemento literal de interpretação, destacado pelo Ministro Marco Aurélio. De acordo com o Min. Ayres de Britto, a defesa do ato impugnado seria necessária em razão do caráter excepcional, *contramajoritário* do controle de constitucionalidade exercido pelo STF. É dizer, considerando-se que do controle de constitucionalidade das leis pode resultar a declaração de nulidade de um ato normativo aprovado por órgão(s) representativo(s) – daí o seu caráter *contramajoritário* –, o STF só deveria julgar a ADI “depois de um órgão jurídico

²⁸ O Ministro Marco Aurélio contestou este argumento indagando se, em ações criminais, onde houvesse imputações também indefensáveis, poderia o defensor técnico “pedir a condenação”.

por excelência defender a constitucionalidade da lei”, e por isso entendeu que “é preciso que o AGU defenda o ato”.

Esta leitura se aproxima da idéia do *contraditório* (conforme destacado pelo min. Peluso em suas considerações iniciais), ainda que o Ministro Ayres Britto não tenha feito nenhuma menção ao termo, justificando seu posicionamento a partir do caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade e alegando que a previsão representava “uma cautela da Constituição em prol da harmonia dos poderes”. Trata-se, portanto, de uma leitura que, buscando a finalidade do dispositivo, ressalta a importância da apresentação de argumentos contrários à tese de inconstitucionalidade sustentada na ADI, como condição necessária à decisão do STF, em razão, é claro, das consequências em caso de procedência da ação.

O Ministro, no entanto, não concluiu sua posição neste primeiro momento, mas somente após as já citadas manifestações dos ministros Ricardo Lewandowski e Carmen Lucia, quando, então, embora tenha reiterado suas considerações iniciais, o Ministro Ayres Britto declarou estar “muito impressionado com a argumentação” do Min. Gilmar Mendes “no sentido de que o Advogado-Geral da União, tendo vista do processo, tendo a oportunidade de se manifestar, já realizou o desígnio do §3º, ou seja, a norma constitucional incide também quando o advogado tem oportunidade e não defende o ato no sentido rigoroso da expressão, porque também não podemos colocar o AGU numa situação constrangedora”. O constrangimento, segundo o Ministro, ocorreria nas “situações em que a inconstitucionalidade é patente, é evidente”, quando então o AGU estaria na “defesa da lei menor e em combate da Lei Maior”, no que foi contestado pelo Min. Marco Aurélio, que alegou que o AGU “não tem o poder de nenhum julgamento. (...) Quem o tem é o Supremo”.

O Ministro Ayres Britto, alegando que o preceito deveria ser interpretado seguindo o modelo lógico (que, em suas palavras, “serve para policiar, reciclar o modelo literal de interpretação jurídica”), sustentou a seguinte leitura do dispositivo constitucional: “*que a AGU defenderá o ato ou texto impugnado quando possível, quando viável*”. E, após um debate com o Min. Marco Aurélio sobre métodos de interpretação – eis que este alegara que não estava se valendo apenas do elemento literal, mas também do elemento teleológico de interpretação, de modo que a defesa do ato impugnado seria “o contraponto para ter-se o julgamento, tal como se requer, também no processo-crime quanto à defesa” –, o Min. Ayres de Britto concluiu que “o ponto de arremate é o sistemático”, e que “o método sistemático de alguma forma prestigia a interpretação que deu o Presidente [Min. Gilmar Mendes]”. Resolveu assim “a questão de ordem no sentido de interpretar esse texto como satisfeito com a oportunidade de manifestação, nos autos, dada ao Advogado-Geral da União”.

A questão de ordem foi, assim, decidida por maioria – vencidos os ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

Mas o que efetivamente foi decidido pela Corte?

Objetivamente: que a interpretação não deveria ser a literal, defendida pelos Ministros que restaram vencidos no julgamento. Derrubou-se, assim, e agora de forma explícita, a jurisprudência inicialmente firmada pelo STF.

A clareza do que foi decidido, contudo, termina aí.

Não há dúvida de que a decisão foi pelo “*direito de manifestação* [do AGU]”, defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, que, ao encerrar a questão de ordem, pediu vênia ao Min. Marco Aurélio, reconhecendo que “realmente, o texto é até enfático no sentido de que será citado para defender o ato”, mas que “uma interpretação sistemática há de levar para entender que isso aqui é um direito de manifestação”.

Tampouco se discute, a partir dos casos relatados e das hipóteses levantadas – que decorreram ou decorreriam da interpretação literal do dispositivo –, o que motivou a Corte a substituir o “dever de defesa da norma” pelo “direito de manifestação”.

A questão que restou em aberto é justamente o ponto fundamental da nova interpretação dada pelo STF ao dispositivo: o que é “direito de manifestação”?

5. O AGU E O DIREITO DE MANIFESTAÇÃO

O Tribunal, como visto, decidiu que o AGU “não tem o dever de defender a norma impugnada”. Mas isso permitiria reconhecer ao AGU o direito de *atacar* a norma impugnada? Afinal, quem “ataca” certamente “não defende”. Por outro lado, permitiria também ao AGU *não se manifestar* sobre a lei em julgamento? Pois quem “não se manifesta” também “não defende”.

A dúvida surge por conta da ambigüidade que a expressão “direito de manifestação” assume neste contexto. Diante das hipóteses levantadas acima, a expressão poderia significar tanto “*direito* (e não mais *dever*) de se manifestar pela constitucionalidade” como “direito de se manifestar *sobre* a (e não mais *pela*) constitucionalidade”. No primeiro caso, a consequência seria a possibilidade de o AGU não se manifestar (daí “direito de manifestação”) quando entendesse que a norma impugnada é realmente inconstitucional. No segundo caso, a consequência seria a possibilidade de o AGU se manifestar pela inconstitucionalidade (daí também “direito de manifestação”) da lei objeto da ação.

Esta ambigüidade é relevante para o caso, pois aparentemente ambos os entendimentos se fizeram presentes nas manifestações dos Ministros que formaram a maioria, o que, embora seja irrelevante para se entender o que a Corte rejeitou (a interpretação literal do dispositivo), é fundamental para se identificar o que, afinal, ela aprovou, assumindo-se, é claro, que os entendimentos sejam inconciliáveis ou ao menos assim tenham sido percebidos pelos Ministros que se manifestaram em um ou outro sentido.

A fim de comprovar a hipótese aqui levantada, destaco a manifestação do Min. Ayres de Brito, que oferece elementos que permitem identificar no

direito de manifestação um *direito* de defender a constitucionalidade, e não de se manifestar *sobre* a constitucionalidade, ou seja, um direito de se omitir, mas nunca de atacar a norma. Em suas considerações iniciais, o Ministro tratou de justificar o “dever de defesa” (“*é preciso que o AGU defenda o ato*”) a partir de argumentos teleológicos. Mas, após manifestações em sentido contrário, o Ministro declarou estar “muito impressionado com a argumentação” do Min. Gilmar Mendes. Esta argumentação do Min Gilmar Mendes seria, segundo o Min. Ayres de Brito, “no sentido de que o Advogado-Geral da União, tendo vista do processo, tendo a oportunidade de se manifestar, já realizou o desígnio do §3º, ou seja, a norma constitucional incide também quando o advogado tem oportunidade e não defende o ato no sentido rigoroso da expressão, porque também não podemos colocar o AGU numa situação constrangedora” [grifei]. Ao debater com o Min. Marco Aurélio, sustentou a leitura do dispositivo constitucional deveria ser “*que a AGU defenderá o ato ou texto impugnado quando possível, quando viável*”. E concluiu sua manifestação “*no sentido de interpretar esse texto como satisfeito com a oportunidade de manifestação, nos autos, dada ao Advogado-Geral da União*”. Assumindo-se que há fortes elementos para se identificar aqui a leitura de que o AGU teria o *direito de se omitir* (evitando “situações constrangedoras”, quando “a inconstitucionalidade é patente, é evidente”) e que em momento algum o Ministro afirmou que o AGU poderia *atacar* a norma impugnada (o que representaria talvez uma contradição muito forte com as suas considerações iniciais na interpretação teleológica do dispositivo), resta saber se este também foi o entendimento do Min. Gilmar Mendes, ao qual o Min. Ayres de Brito afirmou expressamente estar aderindo.

A simples sugestão de que o Min. Gilmar Mendes seria contrário a um direito de o AGU *atacar* a norma impugnada, em casos de flagrante inconstitucionalidade, por exemplo, já parece improvável, considerando-se suas manifestações tanto em âmbito doutrinário como no exercício da Advocacia-Geral da União (ou de suas funções, antes de constituído o órgão). De todo modo, é curioso observar que neste julgamento em particular o Ministro sequer mencionou a hipótese de o AGU defender a inconstitucionalidade da lei impugnada, limitando-se a defender “*uma interpretação sistêmica, que concede ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação*”. Seria até possível argumentar que o Ministro, ao menos neste julgado, se aproximou mais do *direito de se omitir* do que do *direito de atacar a lei*, ao afirmar que, segundo a leitura que estava propondo, “*não há uma obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, até porque, em muitos casos, nós podemos ter uma situação quase que de conflito*”, ou quando lembrou que muitas vezes a defesa apresentada pelo AGU ficava “*sem consistência*”. É improvável, no entanto, que seja esta a posição do Min. Gilmar Mendes sobre o tema.

De todo modo, para demonstrar que o STF não assumiu uma posição clara e definida a respeito deste ambíguo “direito de manifestação” do AGU, é suficiente recordar o voto da Min. Carmen Lúcia, que, justamente por não concordar com as eventuais omissões do AGU em processos de ADI, afirmou

que, segundo a Constituição, “é preciso haver a manifestação [do AGU]”, mas que “essa defesa não significa argumentos defensivos da lei”. A posição aqui é duplamente clara: não apenas pelo *direito de atacar* a lei impugnada, mas também contra o *direito de se omitir* sobre ela.

Embora a expressão direito de manifestação admita estas duas leituras aqui propostas, e embora seja possível identificar elementos que apontam para ambas nas manifestações dos Ministros que formaram a maioria, entendo que a decisão adotada pela Corte foi no sentido de compreender o “direito de manifestação” como o *direito de se manifestar sobre a constitucionalidade da lei*, admitindo-se, portanto, a possibilidade de o AGU atacar a norma impugnada. Deve-se recordar que a questão de ordem foi suscitada justamente porque o AGU havia, naquele caso, se manifestado pela inconstitucionalidade da lei (o que, aliás, já se tornara relativamente freqüente²⁹), e não houve por parte dos Ministros que formaram a maioria nenhum protesto a este respeito. Ademais, se entre os que sustentaram o direito de manifestação do AGU não houve nenhuma crítica explícita à idéia de um *direito de atacar a norma*, o mesmo não pode ser dito em relação ao *direito de se omitir*, idéia que foi expressamente rechaçada pela Min. Carmen Lúcia.

6. CONCLUSÃO: DUAS PROPOSTAS PARA UM PROPÓSITO

A novidade consagrada no §3º, do art. 103 da Constituição de 1988 revelou-se de difícil compreensão desde a entrada em vigor do texto constitucional, o que se pode constatar tanto em algumas manifestações doutrinárias (por vezes até idiossincráticas) como no posicionamento adotado pela Procuradoria-Geral da República, ainda no exercício da função da Advocacia-Geral da União. E os argumentos que justificam a dificuldade de aplicação desta regra (embora indiscutivelmente clara em seu enunciado) parecem bastante razoáveis. Não por outro motivo, passadas mais de duas décadas de vigência do texto constitucional, o STF, embora tenha modificado sua jurisprudência inicial, ainda não conseguiu firmar posição unânime a respeito do tema.

A causa deste problema pode ser identificada na origem do dispositivo constitucional, que, como visto, surgiu *misteriosamente* na última fase do processo constituinte, por meio de emenda inexistente, sem autoria, sem justificativa, sem debate e, portanto, desrespeitando em diversos aspectos o Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte. Não se sabe quem teve a idéia, qual era o propósito, nem se as contradições ou ao menos as inconveniências que a aplicação do dispositivo poderia suscitar foram sequer cogitadas. Nada. A não ser uma tentativa claramente intempestiva de, através de emenda de redação, modificar o dispositivo, restringindo a atuação do AGU aos casos em que a lei impugnada fosse *federal*.

²⁹ Apenas a título de exemplo: ADI nº 3.189, ADI nº 3.609, ADI nº 3.649-1, ADI nº 3.714, ADI nº 3.751, ADI nº 3.767.

E, assim, promulgada a Constituição, o debate que deveria ter ocorrido no processo constituinte migrou para o STF, que, mesmo quando reconheceu que o dispositivo deveria ser aplicado literalmente, não deixou de fazer críticas à previsão constitucional. A posição assumida pelos ministros da Corte, no sentido de que *a norma deve ser respeitada “enquanto não alterada”* (Min. Sepúlveda Pertence – ADI 97), embora represente mero reconhecimento do princípio da separação dos Poderes, parece hoje, em tempos de ativismo judicial desmesurado e sem controle, digna de aplausos.

De todo modo, reconhece-se que, em razão de sua origem esdrúxula no texto da constituição, sem qualquer justificativa tanto formal (eis que não resultou de emenda formal), como material (uma vez que, por não ter sido objeto de debate, deixou diversos questionamentos em aberto), e dos problemas decorrentes de sua aplicação literal (que não foram enfrentados pela Assembléia Constituinte), alguma interpretação menos rígida deste dispositivo poderia ser formulada. Mas qual?

O entendimento de que o Advogado-Geral da União não estaria obrigado a defender a constitucionalidade do ato impugnado quando já houvesse decisão do STF pela inconstitucionalidade da lei em questão (através de controle concreto, é claro) revela-se uma interpretação criativa e razoável. E parecia ser este o entendimento a ser adotado pela Corte a partir da ADI 2101, quando o min. Maurício Correa (relator da ação) havia suscitado a possibilidade de se fazer outra leitura do dispositivo constitucional na “hipótese em que a norma legal atacada tiver sido declarada inconstitucional” (embora, como visto, a posição do Ministro neste mesmo julgado talvez não tivesse sido tão estrita, permitindo já uma leitura mais ampla ao tratar de “jurisprudência *no sentido* da inconstitucionalidade da norma impugnada, o que é coisa diversa).

A rigor, no entanto, a posição consolidada pelo STF na ADI 1616 – e que serviu de precedente para os julgados que se seguiram – foi mais ampla (e potencialmente *bem mais ampla*) do que a leitura razoável sugerida acima. Ao permitir que o AGU não defendesse a constitucionalidade da lei e até apontasse a sua inconstitucionalidade a partir de *teses* ou *entendimentos* firmados pelo STF, a Corte abriu as portas para uma manifestação do AGU pela inconstitucionalidade da norma que deveria, a princípio, defender. E, como o problema com abrir portas é que não se pode controlar o que entra, o AGU passou a trazer aos processos *argumentos pela inconstitucionalidade da norma*, sempre com a cautela de apontar como base um ou outro julgado do STF no mesmo sentido, numa atuação (na melhor das hipóteses) muito próxima à de advogado público da União. Esta atuação é criticável por uma série de motivos. Se for possível identificar uma razão que sustenta a regra (*rule's purpose*) do §3º, do art. 103 da Constituição de 1988, certamente não seria a de uma manifestação do AGU enquanto procurador da União federal. Ao permitir, no entanto, que o AGU atuasse desta forma, o STF criou uma situação de desigualdade em relação aos demais entes da federação, ao menos nos casos em que a lei impugnada fosse estadual (ou distrital). E

isso porque não há previsão de manifestação de Procurador-Geral do Estado, reunindo argumentos jurídicos pela constitucionalidade do ato impugnado.

Além disso, deve-se ainda frisar, no que tange à questão da inconstitucionalidade formal por invasão de competência da União, que em muitos casos a definição do ente federativo competente para legislar sobre determinada matéria é polêmica, não estando clara no texto constitucional, e que a jurisprudência do STF a este respeito é, com a devida vênia, extremamente centralizadora, deixando aos Estados um campo muito registro para o exercício da sua autonomia no campo da auto-legislação (em que pese a ilusão proporcionada pela idéia de que aos Estados cabe legislar sobre *tudo o que não for de competência da União nem dos Municípios...*). Portanto, além de questionável a permissão dada pelo STF ao AGU, ela é ainda prejudicial à interpretação da Constituição em questões relativas à distribuição de competência legislativa na federação brasileira.

Por estas razões, permito-me aqui encaminhar duas propostas, voltadas a um único propósito. E são duas as propostas porque, em respeito ao princípio da separação dos Poderes, cada qual é direcionada exclusivamente ao órgão constitucionalmente competente para o que se propõe.

(i) Ao Congresso Nacional:

Considerando-se o tragicômico histórico do dispositivo constitucional no processo constituinte, as contradições ou inconveniências que a sua aplicação literal enseja, as dificuldades de se encontrar uma interpretação pacífica para o dispositivo, e os problemas que o entendimento firmado pelo STF pode acarretar, entendo que o STF deveria aprovar emenda constitucional revogando o §3º, do art. 103 da Constituição de 1988. Esta supressão não impediria que o próprio Congresso Nacional definisse, por meio de legislação ordinária, um novo procedimento para a ADI, desta vez a partir do democrático e necessário *debate* que não houve no processo constituinte, avaliando pontos positivos e negativos que esta irrefletida atribuição imposta ao AGU trouxe à jurisdição constitucional, incorporando, inclusive, criativas idéias que foram formuladas desde a entrada em vigor da Constituição a fim de atenuar os inconvenientes do dispositivo – como a sugestão da Subprocuradora-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira (ADI 97) de que a defesa dos atos normativos estaduais deveria ficar a cargo das Procuradorias dos Estados.

Agindo desta forma, o Congresso revogaria um dispositivo desnecessário, inconveniente e problemático, sem prejuízo de, por meio de um processo legislativo seguramente mais simples (lei ordinária), definir um procedimento adequado e democrático, aproveitando do dispositivo o que houver de aproveitável.

(ii) Ao Supremo Tribunal Federal:

Enquanto a emenda (acima sugerida) não vem, o STF deve, a princípio, retomar a jurisprudência inicial – clara e segura, e dentro do que a Constituição

permite. As críticas à idéia de defesa incondicional da lei impugnada – críticas corroboradas inclusive pelos ministros que firmaram a jurisprudência inicial – deviam-se ao dispositivo (daí a proposta de emenda, acima sugerida), mas não à sua interpretação. O constitucionalista Clèmerson Clève, como visto, embora tenha dirigido diversas críticas ao dispositivo, em momento algum sugeriu outra leitura que não aquela permitida pela norma, concluindo sua manifestação pela necessidade de uma emenda constitucional que suprimisse o §3º do art. 103 da Constituição. Ao identificar neste dispositivo, a partir de uma questionável leitura sistemática do texto constitucional, um obscuro “direito de manifestação” do AGU, o STF chamou a si as críticas outrora voltadas ao dispositivo, e, na tentativa de resolver um problema, criou outro ainda maior.

Explico.

Se algum mérito pode ser atribuído ao o §3º do art. 103 da Constituição, este há de ser o de viabilizar, numa ação que visa exclusivamente impugnar um ato normativo por alegada inconstitucionalidade, a apresentação de argumentos jurídicos que permitam outra leitura tanto da norma impugnada como da própria Constituição. A idéia de se atribuir este dever a um único órgão, e justamente àquele a quem cabe a defesa da União, foi péssima, ou no mínimo relativiza o valor do mérito identificado no dispositivo constitucional. A interpretação feita pelo STF, sob o pretexto de harmonizar este artigo com o disposto no art. 131 da Constituição, simplesmente fulminou o único ponto positivo identificável no §3º do art. 103. Não houve, a rigor, uma harmonização dos dispositivos (e, ao que tudo indica, é até questionável se seria possível alcançar esta harmonização almejada pela Corte – daí a sugestão da supressão do dispositivo). Sem dizê-lo de forma expressa (embora se possa inferir das manifestações de alguns ministros), o STF basicamente estabeleceu que o art. §3º do art. 103 deveria ser interpretado *de acordo* com o art. 131, o que na prática significa dizer que o AGU vai defender o ato normativo quando for de interesse da União fazê-lo. Ou seja, o AGU deve atuar... como AGU.

A partir desta leitura, pode-se dizer que a idéia de um *curador da norma impugnada* – sem importar a origem do ato normativo ou a quem ele interesse – foi totalmente distorcida. No exercício desta atribuição, o AGU, de acordo com a leitura do STF, não atuará, a rigor, na *defesa da norma*, mas na *defesa da União*, sendo aquela mera consequência desta. Afinal, o que seria um “direito de manifestação” de quem, nos termos do art. 131, tem o dever de defender a União? Se fosse um simples parecer sobre a (e não pela) constitucionalidade da norma, então o AGU não apenas não estaria cumprindo o dever imposto pelo art. §3º do art. 103, nem aquele estabelecido pelo art. 131, como ainda estaria exercendo atribuição que cabe ao Procurador-Geral da República.

Por todas estas razões, verifica-se que a idéia de um “direito de manifestação” (seja como advogado da União, seja como parecerista), com o devido respeito aos Ministros que formaram maioria na ADI 3916, é simplesmente insustentável.

Afirmo que o STF criou um problema ainda maior do que o que pretendeu resolver porque, ao permitir que o AGU exercesse um direito de manifestação, acabou gerando um grande desequilíbrio na apresentação de argumentos a serem considerados para a avaliação da constitucionalidade do ato normativo impugnado por via de ação direta, se não em todos os casos, ao menos naqueles que envolvem leis estaduais que supostamente teriam invadido competência da União. Além disso, esta interpretação assume que em todo e qualquer processo de ADI, independentemente do objeto da ação, haverá a manifestação do Advogado (procurador) da União, ao passo que em absolutamente nenhum destes processos haverá a manifestação dos Procuradores dos Estados. Quando a norma impugnada for estadual, haverá manifestação do Advogado da União (provavelmente pela inconstitucionalidade, se o caso envolver suposta invasão de competência) e do(s) órgão(s) estadual(is) responsável(is) pela edição da norma. Quando a norma impugnada for federal, haverá apenas manifestação do Advogado da União e do(s) órgão(s) federal(is) responsável(is) pela edição da norma (provavelmente pela constitucionalidade, se o caso envolver invasão de competência estadual). E assim, pode-se dizer que a União teria *sempre* seus interesses defendidos por argumentos jurídicos apresentados pelo AGU, ao passo que os Estados, somente quando a norma impugnada fosse estadual e, neste caso, somente pelos órgãos responsáveis pela edição da norma. Nem a mais frágil teoria sobre federação justificaria tamanha desigualdade entre União e Estados.

Reconheço, contudo, a partir de argumentos ou mesmo fatos trazidos em alguns julgados do STF, que a jurisprudência inicial da Corte, firmada a partir de uma interpretação literal do art. 103, §3º, pode ser relativizada em alguns pontos, sem o risco de gerar a desigualdade apontada acima. São estas as sugestões:

a) *Quando a lei impugnada já tiver sido declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, o AGU estaria “dispensado” do dever de defender o referido ato normativo.*

A péssima idéia de se atribuir este dever ao órgão incumbido de defender judicial e extrajudicialmente a União Federal acabou por transformar uma idéia a princípio interessante em um (às vezes, pesado) fardo àquele órgão. Assim, o fato de o próprio STF já haver declarado, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade do ato normativo em questão, relativizando assim a sua presunção de constitucionalidade, poderia autorizar o AGU a não ter que defender a lei impugnada. *Mutatis mutandis*, é o que ocorre quando um órgão fracionário de um tribunal, convencido da inconstitucionalidade de uma lei, encontra-se, por força do que permite o art. 481, parágrafo único do CPC, dispensado de encaminhar a questão constitucional ao Pleno (ou ao órgão especial), por já haver uma decisão deste ou mesmo do STF (em controle difuso) pela inconstitucionalidade da referida lei. Afinal, sendo a *ratio* da cláusula de reserva de plenário justamente a presunção de constitucionalidade das leis, impedindo assim que um simples órgão fracionário declare a sua nulidade, a lei processual considerou que a declaração de inconstitucionalidade já pronunciada pelo Tribunal Pleno (ou órgão especial) ou pelo STF relativizaria ainda mais

aquela presunção (que nunca foi absoluta), afastando, portanto, a razão que sustenta a regra. Reconheço que a analogia não é perfeita, se considerarmos que o mérito do §3º do art. 103 da Constituição é, como dito anteriormente, o de viabilizar a apresentação de argumentos jurídicos que permitam outra leitura tanto da norma impugnada como da própria Constituição.

De todo modo, a leitura aqui proposta pode ser razoável se considerarmos: (i) que o Tribunal que irá julgar a ADI já se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma, (ii) que o AGU estaria apenas “dispensado” do dever imposto pela Constituição, o que não o impediria de exercê-lo, e, por fim, (iii) que o AGU não poderia se manifestar pela inconstitucionalidade da norma.

b) *Quando a lei impugnada for manifestamente inconstitucional, o AGU também estaria “dispensado” do dever de defender o referido ato normativo.*

Esta sugestão decorre de argumentos mais práticos do que teóricos. Reconheço, com a devida vênia dos Ministros que recorreram ou se renderam ao argumento, que a idéia de “inconstitucionalidade manifesta”, “patente” ou “evidente” é problemática. Ainda que se possa cogitar de exceções, em regra a inconstitucionalidade será *manifesta, patente e evidente* diante de determinada interpretação que se faça da Constituição. Vale lembrar que alguns julgados do STF declarando a inconstitucionalidade formal de leis estaduais (por invasão de competência reservada à União) contam com votos vencidos de alguns Ministros. Como falar em inconstitucionalidade manifesta, patente e evidente sem com isso simplesmente *desprezar* outra interpretação do texto constitucional feita por Ministros da mesma Corte?

No entanto, mesmo assumindo que o argumento é falho ou ao menos passível de contundentes críticas, razões de ordem prática (destacadas pelos ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso) levam à conclusão de que em determinados casos seria mais prudente dispensar o AGU do dever imposto pela Constituição. Refiro-me à possibilidade de o AGU apresentar uma defesa “sem consistência” (Min. Gilmar Mendes) ou, nas palavras do Min. Peluso, “exercer um papel puramente formal, alinhando dois ou três argumentos sem nenhuma consistência”. O STF pode determinar que o AGU defenda a constitucionalidade da lei impugnada, tal como determina o §3º do art. 103, mas não pode avaliar a qualidade ou a consistência desta defesa, razão pela qual talvez fosse mais prudente dispensá-lo deste dever. Nestes casos, o AGU, de acordo com o que aqui se propõe, deveria simplesmente informar que não iria exercer a defesa por se tratar de norma manifestamente inconstitucional. E mais nada. Obrigá-lo ou constrangê-lo a fundamentar esta posição implicaria permitir ao AGU praticamente defender a inconstitucionalidade da norma impugnada, o que se daria necessariamente a partir de uma construção argumentativa, uma vez que se deve desconsiderar, ao menos em regra, a existência de normas manifestamente inconstitucionais.

O direito de se manifestar pela inconstitucionalidade da norma, sustentado

expressamente pelos Ministros Cezar Peluso e Carmen Lucia, deve ser em qualquer hipótese afastado. Aliás, a idéia sustentada pelos referidos Ministros de que é melhor uma manifestação do AGU pela inconstitucionalidade da lei (se esta for sua convicção jurídica) do que não haver manifestação alguma não apenas não encontra amparo no que dispõe o §3º do art. 103, como ainda gera a injustificada desigualdade apontada anteriormente, entre a União e os demais entes da federação. Aqui talvez valha o dito popular: *“muito ajuda quem não atrapalha”*.

Pode-se argumentar que a sugestão (b) é mais abrangente e até engloba a sugestão (a), tornando esta desnecessária ou sem sentido. É dizer: se o AGU está dispensado de defender a constitucionalidade da norma porque a seu exclusivo juízo esta seria manifestamente inconstitucional, qual o sentido de se afirmar que ele estaria também dispensado deste dever quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade pelo STF? Reconheço a redundância. A apresentação das duas sugestões, no entanto, deve-se a um destes raros momentos em que a confiança supera o ceticismo. Se o AGU tiver o senso democrático que lhe permita reconhecer que sempre há e sempre haverá argumentos pela constitucionalidade de uma lei, argumentos que ele pode buscar inclusive junto a outros órgãos e entidades³⁰, sem que isso comprometa o seu juízo a respeito da norma (tal como o Procurador-Geral da República, quando, a partir de representação que lhe é encaminhada, ajuíza a ADI e posteriormente defende a constitucionalidade da lei impugnada), e que a apresentação destes argumentos não tem outra consequência a não ser a de tornar mais democrático o processo, então as sugestões (a) e (b) servirão como standards para que o AGU avalie quando estará dispensado do dever imposto pela Constituição, sem com isso sacrificar um processo mais democrático de fiscalização de constitucionalidade das leis.

Reconheço, por fim, que a proposta aqui defendida, voltada ao STF, distancia-se da clara redação do art. 103, §3º da Constituição. Este foi, no entanto, o resultado possível e realista (com uma leve dose de esperança), diante de outras questões que o dispositivo constitucional oculta.

Ademais, é bom lembrar que este é o preço que se paga quando, por razões obscuras, violam-se regras regimentais e um dispositivo constitucional é aprovado sem debate, sem discussão, sem o imprescindível confronto de idéias que toda democracia demanda.

³⁰ Na ADI 1254, que tinha por objeto um decreto legislativo do Estado do Rio de Janeiro, foi interposto um recurso de agravo por uma entidade de direito privado que pretendia juntar uma petição para se somar à defesa feita pelo AGU. O recurso foi indeferido, é claro. Mas os argumentos pela constitucionalidade do ato normativo impugnado, que a entidade tanto insistia em apresentar, poderiam ter sido aproveitados pela AGU, de acordo com o que aqui se propõe.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3.ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COELHO, João Gilberto Lucas. **O Processo Constituinte**. In: GURAN, Milton (coord.). **O Processo Constituinte 1987-88**. Brasília: AGILA, 1988.
- CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. VI (arts. 92 a 144). 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 2 (arts. 44 a 103), São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. Vol. 4, arts. 92-126, São Paulo: Saraiva, 1992.
- LEITE, Fábio Carvalho. **ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta**. In: Revista de Direito do Estado (RDE), vol. 10, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.
- LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris/Editora PUC-Rio, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRUCHINER, Noel. **O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações**. In: RODRIGUEZ, J.R.; COSTA, C.E.B.S.; BARBOSA, S.R. (Org.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010.