



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA

**CURADORIA DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE
DA NORMA NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE:
Revisitando o papel do Advogado-Geral da União**

**Brasília
2017**

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA

**CURADORIA DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE
DA NORMA NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE:
Revisitando o papel do Advogado-Geral da União**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional.

Orientador: Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco

**Brasília
2017**

Mc

Mendonça, Grace Maria Fernandes

Curadoria da presunção de constitucionalidade da norma na ação direta de inconstitucionalidade: revisitando o papel do Advogado-Geral da União / Grace Maria Fernandes Mendonça; orientador Paulo Gustavo Gonet Branco - Brasília, 2017.

78 p.

Dissertação (Mestrado - Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2017.

1. Curadoria da constitucionalidade das normas. 2. Ação Direita de Inconstitucionalidade. 3. Advogado-Geral da União. 4. Supremo Tribunal Federal. 5. Identidade do sujeito constitucional. I Branco, Paulo Gustavo Gonet, orient. II Título.

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA

**CURADORIA DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE
DA NORMA NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE:
Revisitando o papel do Advogado-Geral da União**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional.

Brasília, 16 de dezembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (Presidente)
Programa de Pós-Graduação em Direito – IDP

Prof. Dr. GILMAR FERREIRA MENDES (Examinador)
Programa de Pós-Graduação em Direito – IDP

Prof. Dr. DANIEL GUSTAVO FALCÃO PIMENTEL DOS REIS (Examinador Externo)
Programa de Pós-Graduação em Direito – USP

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. **Curadoria da presunção de constitucionalidade da norma na ação direta de inconstitucionalidade**: revisitando o papel do Advogado-Geral da União. 78f. 2017. Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2017.

RESUMO

Esta pesquisa busca analisar o papel do Advogado-Geral da União no desempenho da função de curadoria da presunção de constitucionalidade da norma no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade. A avaliação parte dos contextos constitucionais histórico e atual acerca da previsão do Advogado-Geral da União, traça a sua identidade constitucional e fixa como os três principais eixos de sua competência: (i) curadoria da presunção e constitucionalidade da norma; (ii) defesa dos interesses da União em juízo e fora dele; e (iii) assessoramento jurídico do Poder Executivo federal e do Presidente da República. Com base nesse contexto, a dissertação traz a compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca do alcance do papel de curador da norma. A pesquisa propõe uma ponderação entre as atribuições constitucionais a fim de se evitar que a defesa irrestrita da constitucionalidade da norma viole a identidade constitucional do Advogado-Geral da União. O trabalho apresenta ainda dados quantitativos acerca da atuação do Advogado-Geral da União nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade no período de abril de 2012 a abril de 2017.

Palavras-chave: Curadoria da constitucionalidade das normas; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Advogado-Geral da União; Supremo Tribunal Federal; Identidade do sujeito constitucional.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. Curator of the presumption of constitutionality of the norm in the direct action of unconstitutionality: revisiting the role of the Advocate General of the Union. 78pp. 2017. Dissertation (M.Sc.) – Brazilian Institute of Public Law, Brasília, 2017.

ABSTRACT

This research intends to analyze the role of the Attorney General of the Union in the performance of the curating function of the presumption of constitutionality of the norm in the scope of the Direct Unconstitutionality Action. The appreciation starts on the historical and current constitutional contexts of the Attorney General of the Union outlines its constitutional identity and sets out three main areas of competence: (i) curating the presumption and constitutionality of the rule; (ii) defense of the Union interests in and out of court; and (iii) legal advice from the Federal Executive and the President of the Republic. Based on this context, the dissertation brings the understanding of the Federal Supreme Court about the scope of the role of curator of the norm. The research proposes a balance between the constitutional attributions in order to avoid that the unrestricted defense of the constitutionality of the norm violates the constitutional identity of the Attorney General of the Union. The work also presents quantitative data about the action of the Attorney General of the Union in the Actions Of Unconstitutionality between April of 2012 and April of 2017.

Keywords: Curation of constitutionality of norms; Direct Action of Unconstitutionality; Advocate General of the Union; Federal Court of Justice; Identity of the constitutional subject.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
Art.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Tabela 1 – Ações ajuizadas, manifestações encaminhadas e decisões finais	60
Tabela 2 – Ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas por ano	61
Tabela 3 – Natureza do ato impugnado	62
Tabela 4 – Manifestações encaminhadas ao STF por ano	63
Tabela 5 – Manifestações encaminhadas ao STF subdivididas em estaduais e federais	65
Tabela 6 – Manifestações pela inconstitucionalidade do ato subdivididas em estaduais e federais	66
Tabela 7 – Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal	66
Tabela 8 – Resultado das decisões do STF	67
Tabela 9 – Manifestação do Advogado-Geral da União	68
Tabela 10 – Ações estaduais	69
Tabela 11 – Ações federais	69
Tabela 12 – Posicionamento do Advogado-Geral da União	70
Gráfico 1 – Ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal	61
Gráfico 2 – Natureza do ato impugnado	62
Gráfico 3 – Manifestações encaminhadas ao STF por ano	63
Gráfico 4 – Decisões por origem do ato impugnado	64
Gráfico 5 – Manifestações encaminhadas ao STF	65
Gráfico 6 – Quantitativo de decisões em ações estaduais e federais	66
Gráfico 7 – Resultado das decisões do STF	67
Gráfico 8 – Número de manifestações analisadas em relação às decisões proferidas	68
Gráfico 9 – Posicionamento do Advogado-Geral da União	70

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Percurso Metodológico	15
Capítulo I – O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NOS REGIMES CONSTITUCIONAL E LEGAL PÁTRIOS	17
1.1 Antecedente histórico	17
1.2 Contexto normativo	19
1.3 Identidade constitucional e principais eixos de competência	22
Capítulo II – CURADORIA DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA	25
2.1 A curadoria da norma e o texto constitucional	25
2.2 A curadoria da norma e o Supremo Tribunal Federal	26
Capítulo III – O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E OS INTERESSES DA UNIÃO	34
3.1 Advogado-Geral da União: defesa dos interesses da União em juízo ou fora dele	34
3.2 Defesa dos interesses da União e ausência de precedente	39
Capítulo IV - O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO: ÓRGÃO MÁXIMO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO PODER EXECUTIVO E DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA	44
4.1 Assessoramento jurídico do Advogado-Geral da União no âmbito das informações presidenciais prestadas na ação direta de inconstitucionalidade	44
4.2 Assessoramento jurídico do Advogado-Geral da União na elaboração da peça inaugural do controle abstrato de normas	50
4.3 Assessoramento jurídico do Advogado-Geral da União na elaboração de parecer nas hipóteses de veto ou sanção presidencial	55
Capítulo V – QUANTIFICANDO AS MANIFESTAÇÕES DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	60
5.1 Ações Diretas ajuizadas	60

5.2 Manifestações apresentadas	62
5.3 Ações diretas julgadas	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

Um dos aspectos capazes de evidenciar a magnitude de uma Constituição para determinado Estado soberano reside no modelo de controle de constitucionalidade por ele perfilhado.

A criação de mecanismos aptos a elidir leis ou atos normativos editados em contrariedade ao disposto no texto constitucional denota a reverência prestada pela sociedade à sua Lei Maior, porquanto uma Constituição “só se torna viva, só permanece viva, quando o empenhamento em conferir-lhe realização está em consonância (não só intelectual, mas, sobretudo, afectiva e existencial) com o sentido essencial de seus princípios e preceitos.” (MIRANDA, 2007, p. 93).

Para Walter Burckhardt, “aquilo que é identificado como vontade da Constituição, deve ser honestamente preservado (...)”, pois “quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação e um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.” (apud HESSE, 1991, p. 22).

E a vontade da Constituição é resguardada mediante um substancial sistema de controle de constitucionalidade, sem o qual a Constituição torna-se vazia. Conceber a Constituição como a norma fundamental de um Estado de Direito “implica não apenas o reconhecimento da supremacia da Constituição na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) essa referida qualidade.” (CLÈVE, 1995, p. 20-21).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) foi prodigiosa ao dispor sobre o tema. O dever de compatibilidade vertical, o qual figura como essência da higidez da ordem constitucional nacional, revela que ingresso de nova norma no ordenamento jurídico pátrio somente se legitima caso irrestritamente observados os comandos constitucionais.

Nesse contexto, amplas são as espécies de controle preventivo hábeis a afastar eventual tentativa de ofensa à Constituição Republicana, assim como robustos são os meios de controle de natureza repressiva quando configurada afronta ao regime constitucional brasileiro.

Entre os mecanismos repressivos de controle de constitucionalidade, figura a ação direta de inconstitucionalidade¹, por meio da qual leis ou atos normativos federais ou estaduais podem ser objeto de questionamento, em tese, perante o Supremo Tribunal Federal (STF). A legitimidade ativa foi conferida a um amplo rol de legitimados, a evidenciar que o legislador constituinte originário de 1988 pretendeu, de fato, fortalecer o controle abstrato de normas como instrumento de correção do sistema geral incidente (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1178).

Nesse contexto, ao ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade, desencadeando típica jurisdição constitucional, determinado legitimado apresenta à Suprema Corte os fundamentos pelos quais compreende que a Constituição restou malferida. O ajuizamento, portanto, tem por escopo elidir da ordem jurídica norma que, em tese, não guardou o mencionado dever de compatibilidade vertical com a Lei Maior.

Não obstante, se por um lado os argumentos de ataque à norma são expostos na peça inaugural, por outro surge a figura que fará o contra-ataque, verdadeira defesa da norma impugnada. Esse papel foi expressamente conferido pelo legislador constituinte originário ao Advogado-Geral da União, e assim o fez nos termos dispostos do art. 103, § 3º, segundo o qual “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.”.

Trata-se, nas palavras do saudoso Ministro Maurício Corrêa, de “inovação processual no sistema de controle concentrado”, que impôs a intervenção obrigatória do Advogado-Geral da União “para exercer, em nome do ato impugnado, a sua defesa.”²

O Advogado-Geral da União, portanto, é chamado a intervir no processo de controle concentrado de normas para o exercício de uma missão predefinida pelo legislador constituinte originário: a de promover a defesa do ato ou texto impugnado.

Verifica-se que a intenção do legislador constituinte foi a de dotar o processo da ação direta de inconstitucionalidade da robustez necessária para a tomada segura de decisão por parte da Suprema Corte do país, considerando a intensidade dos desdobramentos dela decorrentes.

A Corte precisa estar devidamente subsidiada acerca das diversas percepções a respeito do tema discutido, mormente considerando que a finalidade última da ação direta de

¹ Segundo estabelece o art. 102, I, alínea a, da CR/88, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

² Conforme decisão proferida na ADI 1616, p. 311 do acórdão.

inconstitucionalidade é a de eliminar da ordem jurídica a lei ou o ato normativo objeto de impugnação.

Com o desempenho pelo Advogado-Geral da União do papel de *defensor legis*³, o modelo procurou fechar um ciclo lógico. Se a peça inaugural apresenta os fundamentos no sentido da inconstitucionalidade, mostra-se razoável que venham considerações em sentido inverso, porquanto só assim o processo estará completamente aparelhado para o firme julgamento do tema pelo Colegiado do STF.

Imprescindível que a Corte Constitucional esteja dotada de substrato essencial para a tomada da decisão acerca da problemática constitucional enfrentada. Com isso, são reduzidos os espaços de vácuo informativo e, em decorrência, de equívocos interpretativos por parte do Colegiado, afinal, quando um Tribunal Constitucional vacila, a Constituição resta morta (ROSTOW, 1953).

O adequado enfrentamento da matéria constitucional submetida à Corte passa, desse modo, pelo acurado exame de argumentos favoráveis e contrários ao afastamento da lei ou do ato normativo do ordenamento jurídico.

Não obstante a referida lógica que permeou a inserção da figura do Advogado-Geral da União no processo de controle abstrato de normas – com o encargo predeterminado de desempenhar a defesa do ato normativo impugnado –, a experiência em torno desse modelo foi demonstrando que a missão atribuída ao Advogado-Geral da União, mais precisamente em sede de ação direta de inconstitucionalidade, deveria ser compreendida com algum temperamento.

Isso porque, partindo do pressuposto de que o sistema precisa ser congruente, algumas ocorrências foram colocando em evidência o papel do Advogado-Geral da União. Nesse contexto, se a Suprema Corte já declarou a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, seria razoável exigir, ainda assim, do Advogado-Geral da União a defesa de ato normativo semelhante em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada posteriormente?

A indagação restou devidamente examinada pelo Supremo Tribunal Federal. Entendeu o Colegiado que o *múnus* a que se refere o imperativo constitucional (art. 103, § 3º, CR/88), deve ser compreendido com parcimônia, de tal sorte que a manifestação do Advogado-Geral da União não se converta em “gesto insurrecional” nos casos em que a jurisprudência do Tribunal se consolidara em favor da inconstitucionalidade da norma. A participação do Advogado-Geral no processo de controle abstrato deve ser dotada de “lógica e de bom senso”⁴.

³ ADI 1.254-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 14.08.1996, DJ 19.09.1997.

⁴ Conforme decisão proferida na ADI nº 1616.

À luz dessa nova perspectiva de atuação, o Advogado-Geral da União passou a ter autorização da Corte Suprema para, em sua manifestação no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, posicionar-se no sentido da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado, presente jurisprudência iterativa do Colegiado nesse sentido. Faltaria, dessa forma, significado lógico e razoabilidade exigir-se do Advogado-Geral da União a defesa do ato normativo em tais situações.

O entendimento vem sendo reafirmado desde então, ou seja, desde a primeira reflexão sobre o tema, ocorrida em 24 de maio de 2001, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1616, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa.

Esse avanço interpretativo acerca da figura do Advogado-Geral da União, contudo, pode não ter esgotado todas as situações ensejadoras de dúvida em torno do encargo desse curador da constitucionalidade da norma.

É possível a conformação de cenários outros que igualmente clamam pelo adequado equacionamento quando se tem em vista a curadoria da norma e as competências do Advogado-Geral da União.

Nesse sentido, a mesma premissa sobre a qual se fundou o temperamento promovido pela Suprema Corte ao § 3º do artigo 103 da Constituição da República poderia servir de amparo a outros questionamentos: teria significado lógico e razoabilidade exigir-se do Advogado-Geral da União a defesa da norma objeto da ação direta de inconstitucionalidade quando o aludido ato configura invasão da competência privativa da União para legislar sobre o tema e não há precedentes a respeito do assunto?

O *mínus* inserto no § 3º do art. 103 da Constituição Republicana, também ausente precedentes do Colegiado pela inconstitucionalidade, mantém-se firme mesmo quando a norma impugnada é flagrantemente contrária à Constituição Republicana?

Na ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Presidente da República, devidamente elaborada e assinada pelo Advogado-Geral da União no exercício da representação judicial que lhe é atribuída, a manifestação do mesmo Advogado-Geral, agora no exercício da curadoria da norma, deve ser no sentido da defesa do ato impugnado?

Quando, em parecer devidamente fundamentado, e no exercício de sua função de prestar assessoramento jurídico ao Chefe do Poder Executivo federal, o Advogado-Geral da União sugere ao Presidente da República o veto a determinada lei ou ato normativo que veio a ser sancionada e, no futuro objeto ação direta de inconstitucionalidade, ainda assim deverá o Advogado-Geral da União promover a defesa do ato normativo impugnado no processo de controle concentrado?

Em outros termos, é possível, com base em uma interpretação sistemática da Constituição Republicana, admitir-se a ocorrência de outras hipóteses legitimadoras de manifestação do Advogado-Geral da União, na ação direta de inconstitucionalidade, no sentido do ataque da norma impugnada? Ou a interpretação ao dispositivo constitucional somente o permitiria à luz da existência de precedentes semelhantes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema?

Nessa perspectiva, esse trabalho procura revisitar o papel do Advogado-Geral da União no exercício da curadoria da presunção de constitucionalidade da norma objeto de ação direta de inconstitucionalidade, trazendo reflexões sobre aspectos da missão constitucional que lhe fora atribuída – alguns verdadeiros dilemas diante da extensão de suas atribuições. Isso se justifica tendo em vista que, quanto mais refinado estiver o processo de controle concentrado de normas, com a definição precisa acerca dos papéis e limites de atuação de cada um dos atores, maior reverência se prestará à Constituição Federal – razão maior da existência do próprio sistema de controle de constitucionalidade.

Percurso metodológico

Como percurso metodológico, diante da escassez de trabalhos que abordassem o tema aqui proposto, partiu-se inicialmente de uma pesquisa exploratória sobre a temática, a qual possibilitou uma visão mais abrangente e a constatação da necessidade de aprofundamento em tema tão relevante e, ao mesmo tempo, tão pouco discutido na academia. As pesquisas exploratórias, por constituírem, muitas vezes, “a primeira etapa de uma investigação mais ampla”, “têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e idéias, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores” (GIL, 2010, p. 27).

A revisão da bibliografia foi realizada durante todo o trabalho, justamente pelo fato de que “não é possível interpretar, explicar e compreender a realidade sem um referencial teórico”, e que “é a realidade que aperfeiçoa freqüentemente a teoria” (TRIVIÑOS, 2011, p. 104).

Foi também feita uma análise documental acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal que versem o papel do Advogado-Geral da União na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Esse tipo de pesquisa, por se utilizar “de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos

da pesquisa” (GIL, 2010, p. 51), adequa-se a trabalhos como o presente, cujo objeto de pesquisa ainda resta pouco explorado.

Foi feito ainda um levantamento quantitativo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no período de abril de 2012 a abril de 2017 acerca (i) das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas; (ii) das manifestações do Advogado-Geral da União apresentadas; e (iii) das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas.

Como metodologia, foi utilizada a técnica da análise de conteúdo do documento jurisprudencial, a qual “visa a manipulação da mensagem expressa na decisão (conteúdo é expressão desse conteúdo) para evidenciar os indicadores que permitam inferir sobre uma outra realidade que não a da mensagem.” (XIMENES, p. 6).

CAPÍTULO I

1. O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NOS REGIMES CONSTITUCIONAL E LEGAL PÁTRIOS

1.1. ANTECEDENTE HISTÓRICO

Para a adequada compreensão acerca do papel do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade e dos desdobramentos dele decorrentes, revela-se salutar o registro do contexto histórico que norteou a sua inserção na ordem jurídica nacional e o tratamento dado pelo legislador constituinte originário ao cargo, com fundamento no qual é possível serem extraídos os três principais eixos de sua competência.

A figura do Advogado-Geral da União, introduzida na ordem jurídica pátria pela Constituição da República de 1988, está diretamente ligada à criação da Advocacia-Geral da União, instituição formada para consolidar a necessária cisão de tarefas até então simultaneamente desenvolvidas pelo Ministério Público: a defesa dos interesses da União e a defesa dos interesses da sociedade.

Até regime constitucional pretérito, o Ministério Público detinha a competência para atuar na qualidade de representante judicial da União, enquanto à Advocacia Consultiva da União – cujo órgão máximo era a Consultoria-Geral da República – cabia o desempenho de atividades de índole consultiva e de assessoramento jurídico no âmbito da Administração Pública Federal⁵. Paralelamente, defendia também o Ministério Público em juízo os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Esse modelo propiciava muitas vezes alguns embaraços à eficiente atuação do Ministério Público, mormente quando se revelava inconciliável o exercício simultâneo do duplo

⁵ Conforme estabelecido no art. 1º, inciso I, do Decreto nº 93.237/1986.

⁶ Além da Consultoria-Geral da República, a Advocacia Consultiva da União era formada (i) pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no Ministério da Fazenda, (ii) pelas Consultorias Jurídicas dos demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e da Secretaria de Administração da Presidência da República; (iii) pelas Procuradorias-Gerais ou os Departamentos Jurídicos das autarquias; (iv) pelos órgãos das empresas públicas, sociedades de economia mista, das fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União (art. 3º, incisos I a IV, do Decreto nº 93.237/1986). Embora sujeitos a disciplina normativa própria, faziam parte da Advocacia Consultiva da União os órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional e do Serviço Nacional de Informações (art. 3º, § 1º, do Decreto nº 93.237/1986).

encargo institucional: defesa dos interesses da União e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em outros termos, a melhor defesa dos interesses da União por vezes não coincidia com a adequada defesa dos interesses individuais indisponíveis ou os interesses sociais.

O legislador constituinte originário, atento a esse histórico institucional, inaugurou modelo fundado em bases distintas. Manteve no espectro de competências do Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁷, além da titularidade da ação penal pública. Vedou-lhe, contudo, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas⁸.

Em decorrência, criou uma nova Instituição – a Advocacia-Geral da União, vocacionada ao desempenho da representação judicial e extrajudicial da União, bem como das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo⁹, posicionando-a no Capítulo dedicado às Funções Essenciais à Justiça, tal como o fez com o Ministério Público¹⁰.

Até a efetivação da nova Instituição, o legislador constituinte determinou que a representação judicial da União, nas causas de natureza fiscal, ficasse sob a responsabilidade da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), permanecendo o Ministério Público da União com o encargo de representar judicialmente o Ente nas demais matérias¹¹.

No tocante ao desempenho da função de curador da norma no controle de constitucionalidade, “após a Constituição de 1988 e até a regulamentação da Advocacia-Geral da União cabia, em virtude de designação do Procurador-Geral da República, a um membro do Ministério Público Federal desempenhar as funções de Advogado-Geral da União no que diz

⁷ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

⁹ Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

¹⁰ O Título IV, intitulado “Da organização dos Poderes”, foi dividido em quatro capítulos: I – Do Poder Legislativo, II – Do Poder Executivo, III – Do Poder Judiciário, IV – Das Funções Essenciais à Justiça, sendo este último subdividido em quatro seções: I – Do Ministério Público, II – Da Advocacia Pública, III – da Advocacia, IV – Da Defensoria Pública.

¹¹ Estabeleceu também, ainda no âmbito das disposições de natureza transitória, que, enquanto não fossem aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuassem a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições (art. 29, *caput*, ADCT).

respeito com a ação direta de inconstitucionalidade”. (CLÈVE, 1995, p. 130, nota de rodapé 51)

A Advocacia-Geral da União veio a ser efetivamente criada com a edição da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica da AGU. Na qualidade de chefe da nova Instituição, figura o Advogado-Geral da União, conforme preceitua expressamente o § 1º do artigo 131 da Constituição da República.

Apesar da importância da missão constitucional atribuída à nova instituição, o legislador constituinte originário foi conciso ao fazer alusão à figura do Advogado-Geral da União, fazendo menção direta ao dirigente máximo da AGU apenas em quatro dispositivos constitucionais: art. 52, inciso II; art. 84, inciso XVI e parágrafo único; art. 103, § 3º; e art. 131, § 1º.

Diante do impacto que o tratamento a ele conferido traz para as reflexões do presente trabalho, passa-se à análise dos dispositivos constitucionais alusivos ao cargo e que denotam os eixos das competências exercidas pelo Advogado-Geral da União.

1.2. CONTEXTO NORMATIVO

A primeira referência ao novo agente foi consignada pelo legislador constituinte no artigo 52, inciso II, ao inserir, no âmbito da competência privativa do Senado Federal, o processo e julgamento do Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

A segunda, restou pontuada no inciso XVI e no parágrafo único do artigo 84 da Constituição Republicana. Referido inciso estabelece que compete privativamente ao Presidente da República nomear o Advogado-Geral da União. Já o parágrafo único do mesmo artigo autorizou o Presidente da República a delegar três de suas atribuições ao Advogado-Geral da União:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União; (...)

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

A terceira referência veio registrada no § 3º do artigo 103, contemplando o encargo do Advogado-Geral da União de promover a curadoria da presunção de constitucionalidade da norma, quando esta for objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo dispõe o referido comando constitucional, o Advogado-Geral da União deve ser citado para a defesa do ato ou texto impugnado na mencionada ação direta:

Art. 103. (...) § 3º 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

A quarta menção veio expressa no § 1º do artigo 131 da Constituição da República, acima referido, quando o legislador constituinte atribuiu ao Advogado-Geral da União a chefia da Advocacia-Geral da União, destacando que o cargo seria de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e de reputação ilibada:

Art. 131. (...) § 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Esse contexto normativo constitucional permite algumas reflexões e constatações a respeito da nova figura inserida na ordem jurídica nacional pelo legislador constituinte de 1988, em especial quanto ao papel do Advogado-Geral da União e seus desdobramentos no processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Primeiramente, se o legislador constituinte inseriu o Advogado-Geral da União no rol das autoridades que devem ser processadas e julgadas pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade, é porque lhe atribuiu identidade de agente político, detentor, portanto, de papel diferenciado no cenário político nacional. Com efeito, os agentes políticos são, segundo a doutrina, aqueles que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias

políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja seus fins (MELLO, 2010, p. 297).

Esse papel de índole política resta também evidenciado pela possibilidade, expressamente prevista no transcrito parágrafo único do artigo 84 da Constituição da República, de receber do Presidente da República delegação para a prática de alguns atos próprios da chefia do Poder Executivo federal.

Na qualidade de Chefe da Advocacia-Geral da União, compete-lhe conduzir a Instituição ao melhor desempenho de sua missão constitucional. Segundo preceitua a Constituição da República, essa atribuição consiste em diretamente ou através de órgão vinculado representar a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Em decorrência, é missão do Advogado-Geral da União dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação¹².

Precisamente quanto à atuação no âmbito do contencioso judicial, é atribuição própria do Advogado-Geral da União a representação da União perante o Supremo Tribunal Federal, assim como a defesa, nas ações diretas de inconstitucionalidade, da norma legal ou do ato normativo objeto de impugnação, sendo-lhe facultado representar o ente central perante qualquer juízo ou Tribunal¹³.

Igualmente é atribuição do Advogado-Geral desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente¹⁴.

Extrai-se também do artigo 131 da Constituição da República, a tarefa da Advocacia-Geral da União de prestar a consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo. Por conseguinte, é atribuição do Advogado-Geral da União despachar com o Presidente da República, prestando-lhe assessoria em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes, bem como apresentar as informações a serem prestadas pelo Chefe do Poder Executivo, relativas a medidas impugnadoras de ato ou de omissão presidencial¹⁵.

¹² Conforme expressamente estabelece o inciso I, do art. 4º da Lei Complementar nº 73/93, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

¹³ Conforme estabelecem os Incisos III e IV, assim como o § 1º do art. 4º da LC nº 73/93.

¹⁴ Inciso VI do art. 4º da LC nº 73/93.

¹⁵ Incisos II, V e VII do art. 4º da LC nº 73/93.

Também como consequência do assessoramento jurídico, compete-lhe assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração, além de sugerir-lhe medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público¹⁶.

No espectro dessa vertente consultiva de atuação, também é do Advogado-Geral da União a competência para a fixação da interpretação da Constituição da República, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal. Do mesmo modo, cabe-lhe unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal, bem como editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais¹⁷.

Ao assessorar juridicamente o Presidente da República, o Advogado-Geral da União pode: (i) sugerir-lhe veto a norma aprovada pelo Congresso Nacional; (ii) indicar-lhe a viabilidade jurídica quanto à edição de medida provisória; (iii) elaborar informações a serem prestadas pelo Presidente da República nas ações de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade; (iv) apor assinatura ministerial quando da sanção ou do veto presidencial; (v) praticar atos por delegação do Chefe do Poder Executivo, na forma prevista no parágrafo único do artigo 84 da CR/88, entre outras atribuições.

1.3 IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E PRINCIPAIS EIXOS DE COMPETÊNCIA

Do tratamento dado pelo legislador constitucional, com fundamento no qual o legislador infraconstitucional retrata a escala de atribuições do Advogado-Geral da União, é possível extrair alguns eixos de sua competência: (i) defesa dos interesses da União em juízo ou fora dele; (ii) assessoramento jurídico do Poder Executivo e, por consequência, do Presidente da República; (iii) curadoria da presunção de constitucionalidade da norma no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade.

Os dois primeiros eixos são extraídos do art. 131, no qual o legislador constituinte discorre sobre a Advocacia-Geral da União e sobre o Chefe da Instituição. O terceiro dos eixos de competência destacados acima decorre, por outro lado, da função de curadoria da presunção de constitucionalidade da norma prevista no art. 103, § 3º, da CR/88.

¹⁶ Incisos VIII e IX do art. 4º da LC nº 73/93.

¹⁷ Incisos X, XI e XII do art. 4º da LC nº 73/93.

Isso posto, antes do avanço na análise de cada um desses eixos de competência, mostra-se necessário perquirir acerca da identidade constitucional do Advogado-Geral da União a fim de se compreender qual a sua essência, sua razão de existência. Em outras palavras, cabe verificar a natureza constitucional própria da figura do Advogado-Geral da União a fim de que toda a sua atuação possa ser avaliada com base nessa moldura.

Ao abordar a identidade do sujeito constitucional (*constitutional subject*), Michel Rosenfeld (2003) aponta a sobrecarga de dificuldade em torno do conceito da expressão. *Subject* tanto pode se referir àqueles que se sujeitam à Constituição, aos próprios elaboradores ou ainda à matéria que é objeto da Constituição.

A identidade do sujeito constitucional tende a se alterar com o tempo, associando-se a complexas relações com outras identidades relevantes, como as nacionais, étnicas e culturais. Essa identidade constitucional, assim, não está expressamente definida no seio de uma Constituição, mesmo que escrita, já que o texto será sempre incompleto e demandará ampla atuação interpretativa dos Tribunais Constitucionais (ROSENFELD, 2003):

(...) ainda que a real intenção dos constituintes fosse plena e claramente acessível, permaneceria em discussão o quanto e em qual medida e extensão ela deveria ser relevante ou vinculante para uma determinada geração subsequente. E, dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída. (ROSENFELD, 2003, p. 17).

O autor conclui que a identidade do sujeito constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração. Trata-se de conceito incompleto, parcial e fragmentado, que permite ser amoldado à luz da evolução das relações sociais e que deve respeitar a pluralidade, valor inerente ao constitucionalismo.

Com base dessas premissas, é possível analisar a identidade constitucional do Advogado-Geral da União, sujeito concebido pelo legislador constituinte originário, a quem foram conferidas missões constitucionais específicas.

Nesse contexto, cabe trazer à baila as razões expostas pelo legislador constituinte originário quando da elaboração do artigo 103, § 3º, da Constituição da República de 1988.

Analisando arquivos da Assembleia Nacional Constituinte¹⁸, verifica-se que, no anteprojeto da Constituição da República de 1988, não havia qualquer referência à defesa da

¹⁸ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/assembleia-nacional-constituente>. Acesso em: outubro de 2017.

norma a ser feita pelo Advogado-Geral da União. Da mesma forma, também na subcomissão que se debruçou sobre o Título IV, não houve menção à essa específica atuação, tendo apenas discutido dispositivo que versava sobre a eficácia do ato declarado inconstitucional e a necessária comunicação devida ao Senado Federal.

Já na fase de apresentação de emendas, o constituinte Nelson Seixas apresentou sugestão de texto que incorporava ao dispositivo citado acima a necessidade de citação do Advogado-Geral da União sob o fundamento de que seria necessária uma defesa da norma e deixando claro que ali não se estaria no desempenho de função consultiva, por isso o instituto processual adequado seria a citação.

Na sequência, o constituinte Antonio Mariz apresentou emenda prevendo a necessidade de citação do Advogado-Geral da União para a defesa restrita do ato normativo impugnado federal. O argumento apresentado foi no sentido de se evitar o avanço do Advogado-Geral na defesa de normas estaduais e municipais que, como sabido, não entram na sua competência constitucional específica da União.

O texto aprovado, todavia, não fez a restrição proposta, vigorando ainda hoje a previsão no sentido de que o Advogado-Geral será citado para a defesa do ato normativo impugnado, seja ele federal ou estadual.

Como visto, o fundamento que embasou a previsão no texto constitucional da atuação do Advogado-Geral da União como curador da norma foi o desempenho de sua função de defesa dos interesses da União. De fato, a razão de existir do agente político Advogado-Geral da União é o desempenho da defesa dos interesses da União.

Por conta disso, o exame de cada um dos principais eixos de atuação do Advogado-Geral da União deverá ocorrer à luz dessa sua essência de defensor dos interesses da União.

A partir dessas considerações acerca da identidade constitucional do Advogado-Geral da União, passa-se a discorrer, no capítulo seguinte, sobre o eixo de competência referente à curadoria da presunção de constitucionalidade da norma para, na sequência, verificar-se como essa atuação se compatibiliza com os dois demais eixos de competência listados acima (defesa dos interesses da União e assessoramento jurídico do Poder Executivo).

CAPÍTULO II

2. CURADORIA DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA

2.1. A CURADORIA DA NORMA E O TEXTO CONSTITUCIONAL

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. Eis o comando por meio do qual o legislador constituinte originário literalmente outorgou ao Advogado-Geral o título de curador da norma impugnada na ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, caso determinada lei ou ato normativo estadual ou federal seja objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, caberá ao Advogado-Geral da União o desempenho de uma missão precisa: a defesa do ato normativo questionado.

A atividade de defesa implica o encargo de formular teses e de apresentar argumentos capazes de revelar a higidez e legitimidade de permanência do ato na ordem jurídica nacional. O Advogado-Geral da União deve zelar para que a norma mantenha sua presunção de constitucionalidade. Daí o título de curador que lhe foi atribuído no processo da ação direta de inconstitucionalidade pelo próprio Supremo Tribunal Federal¹⁹.

Do ponto de vista etimológico, o termo curadoria encontra raízes no latim *curator*, que significa aquele que cuida, administra e tem apreço.

Portanto, o Advogado-Geral da União é aquele encarregado de desenvolver o ofício de defender ou de cuidar para que a presunção de constitucionalidade da norma objeto da ação direta de inconstitucionalidade seja resguardada. Compete-lhe atuar como verdadeiro guardião da norma impugnada.

Essa é a regra.

Sem qualquer outro juízo de ponderação ou interpretação, por meio da análise literal do dispositivo constitucional, significa dizer que o Advogado-Geral da União deverá posicionar-

¹⁹ “Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a Constituição de 1988 erigiu o Advogado-Geral da União (ou quem lhe faça as vezes) em curador da norma impugnada ou em ‘curador da presunção de constitucionalidade da lei’.” (CLÉVE, 1995, p. 130).

se de modo parcial no processo da ação direta de inconstitucionalidade, isto é, a favor da improcedência do pedido formulado na ação.

A partir da Constituição da República de 1988, assim, um novo agente passou a fazer parte do processo no controle concentrado de constitucionalidade. Um agente vocacionado a trabalhar pela declaração de constitucionalidade da lei ou do ato normativo questionado.

Sua participação no processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade é obrigatória, já que o texto constitucional é expresso ao fazer uso da expressão citação. Deverá, assim, ser citado para figurar no processo, com o encargo de defender o ato normativo impugnado na ação. Logo, “a finalidade da citação – e por isso é citação – é a de chamá-lo ao processo para a defesa do ato ou do texto impugnado. Sua missão é, pois, diversa da do procurador-geral da República. Este tomará a posição que melhor lhe parecer, porque a sua função é a de *custos legis*.” (SILVA, 2014, P. 572).

Como será visto a seguir, o desempenho do mister, contudo, foi demonstrando ao longo do tempo que o dever imposto pelo legislador constituinte seria merecedor de algum nível de conformação e essa calibragem coube ao Supremo Tribunal Federal.

2.2. A CURADORIA DA NORMA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao adentrar no tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal ao papel do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade, em especial diante das incoerências que o modelo acabou revelando no curso de sua execução, fundamental relembrar o conteúdo do dispositivo constitucional. Nesse sentido, 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 impugnado²⁰. É essa a literalidade do preceito constitucional que convoca o Advogado-Geral da União para participar do processo de controle abstrato de constitucionalidade de normas.

A imperatividade das expressões constantes no artigo revela que não se está diante de uma faculdade de participação. O Advogado-Geral da União não é aquele que poderá ser citado para participar do processo objetivo. Ele é o agente que será citado. Sua presença é, portanto,

²⁰ Artigo 103, parágrafo 3º da Constituição da República de 1988.

obrigatória em todas as hipóteses em que a Suprema Corte do país vier a apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou de ato normativo.

O comando constitucional não apenas contempla a participação obrigatória do Advogado-Geral da União ao exigir a sua citação, como também aponta, de modo explícito, os contornos da aludida participação no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Cabe-lhe assim, como mencionado, a defesa do ato. O Advogado-Geral da União defenderá o ato ou texto normativo impugnado.

A obrigatoriedade quanto à defesa foi motivo de questionamento antes mesmo da instalação da Advocacia-Geral da União, quando o Ministério Público ainda desempenhava a missão consignada no § 3º do artigo 103 da Constituição da República, a qual, aliás, foi objeto de delegação pelo Procurador-Geral da República aos Subprocuradores-Gerais da República.

Nesse sentido, na ADI nº 97, em que se discutiu a constitucionalidade de lei estadual, diante do encargo de promover a defesa do ato normativo impugnado, a Subprocuradora-Geral da República restituiu o processo sem manifestação, sob o fundamento de que caberia ao Advogado-Geral da União a obrigatoriedade quanto à defesa da constitucionalidade apenas dos atos normativos federais. Considerou a representante do Ministério Público – ali exercendo as funções do Advogado-Geral da União – que, muitas vezes, os interesses constantes da legislação estadual, objeto das ações diretas, poderiam se contrapor àqueles a serem defendidos pelo Advogado-Geral da União no exercício de seu papel de defensor dos interesses da União.

A alegação, contudo, restou rechaçada pelo Supremo Tribunal, sob o fundamento de que o Advogado-Geral da União não estaria atuando no exercício de sua função normal de chefe da Instituição responsável pela representação judicial e extrajudicial da União²¹.

Assim, diante da força imperativa das expressões utilizadas pelo legislador constituinte originário, o Supremo Tribunal Federal, ao longo dos primeiros questionamentos acerca da natureza e da extensão da atuação do Advogado-Geral no controle concentrado de constitucionalidade de normas, reconhecia, sem qualquer ressalva, ser de incumbência obrigatória do Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade em qualquer hipótese.

Nesse sentido, posicionado como curador da presunção da constitucionalidade da lei, ao Advogado-Geral da União “não cabe admitir a invalidez da norma impugnada, incumbindo-lhe, sim, para satisfazer os requisitos de validade do processo da ação direta, promover-lhe a defesa, veiculando os argumentos disponíveis”²². Para a Corte, portanto, revelava-se

²¹ ADI nº 97, Relator Ministro Moreira Alves, julgamento 25.06.1993.

²² ADI nº 72, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 131/958.

inadmissível o ataque à norma por quem está no exercício das funções previstas no parágrafo 3º do artigo 103 da Constituição²³.

Assim, as primeiras reflexões da Suprema Corte acerca da participação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade levaram à constatação de que não haveria espaço para a imparcialidade. Outro posicionamento que não fosse aquele voltado à manutenção da norma na ordem jurídica não seria sequer admissível. Desse modo, não lhe caberia, no exercício de seu encargo constitucional, a emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir, em sua manifestação, pela pecha de inconstitucionalidade.

Com isso, estabelecia-se nítida distinção entre o escopo da participação do Advogado-Geral da União e o espaço de atuação próprio do Procurador-Geral da República, presença também obrigatória no processo de controle abstrato de constitucionalidade²⁴.

Apenas o Procurador-Geral da República poderia emitir parecer sobre o tema debatido na ação, expressando sua percepção acerca da melhor interpretação, com total imparcialidade. O Advogado-Geral da União, por seu turno, deveria atuar nos estritos limites delineados pelo legislador constituinte originário, promovendo a defesa irrestrita do ato ou texto objeto de impugnação.

Essa compreensão inicial da Corte restou bem demonstrada no acórdão proferido quando do julgamento da ADI nº 1254:

(...) 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 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 *mínus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República.²⁵

Portanto, nos primeiros questionamentos a respeito dos limites e espaços de manifestação do Advogado-Geral da União no controle abstrato, a Suprema Corte não o reconhecia como autoridade competente para promover qualquer ataque à lei ou ato normativo

²³ ADI 242, Relator Ministro Paulo Brossard, julgamento em 20.10.1994, DJ 23.03.2001.

²⁴ Segundo estabelece o § 1º do artigo 103 da Constituição da República, “O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”.

²⁵ ADI 1254-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 14.08.1996, DJ 19.09.1997.

objeto de impugnação. Competia-lhe, em sua manifestação, ater-se exclusivamente à apresentação de argumentos voltados à demonstração da constitucionalidade da lei ou texto impugnado, sem qualquer ressalva.

A primeira oportunidade em que a Suprema Corte cogitou a possibilidade de construção de algum nível de atenuação ao papel do Advogado-Geral da União de defensor da lei impugnada, no processo de controle abstrato de constitucionalidade, foi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2101²⁶. O objeto da ação consistia em lei estadual que tornara obrigatória a notificação pessoal e imediata dos condutores de veículos em casos de infrações de trânsito oriundas da utilização de celular, com veículo em movimento, e da não utilização do cinto de segurança.

O relator do caso, Ministro Maurício Corrêa, apresentou ao Colegiado a seguinte reflexão: quando norma semelhante já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ainda assim é obrigatória a defesa do ato impugnado pelo Advogado-Geral?

O Ministro destacou que seria um contrassenso exigir do Advogado-Geral da União que ele permanecesse inarredável da posição contrária ao requerente da ação direta de inconstitucionalidade quando o Supremo Tribunal Federal já tivesse decidido em sentido contrário. Nessa hipótese, destacou o relator, o Supremo Tribunal estaria “impingindo ao Advogado-Geral exercer missão impossível: defender perante o Tribunal tese declarada inconstitucional.”

Aliás, o então Advogado-Geral da União, Ministro Gilmar Mendes, já vinha sustentando que a “obrigatoriedade de defesa do ato impugnado em havendo decisão anterior da Suprema Corte cujos fundamentos determinantes indicam a ilegitimidade do ato impugnado implicaria admitir a existência de um ‘advogado da inconstitucionalidade’.” Exigência dessa natureza configuraria o que denominou “anomalia institucional”. (MENDES, 2001, p. 22).

Não obstante as razões apresentadas pelo Ministro Maurício Corrêa na mencionada ação, e considerando não estar completa a composição do Colegiado, destacou o relator que a questão deveria ser decidida em outra oportunidade. Antecipou, porém, seu entendimento no sentido de que o Advogado-Geral não estaria vinculado à defesa do ato quando o Supremo Tribunal Federal tivesse firmado a inconstitucionalidade da norma em outros precedentes.

²⁶ Até então havia apenas algumas decisões que interpretavam restritivamente o § 3º do art. 103 da Constituição da República para compreender que o Advogado-Geral, como curador da presunção da constitucionalidade da lei, deveria impreterivelmente oferecer os meios de que dispusesse para promover a defesa do ato impugnado na ação direta. Nesse sentido: ADI-QO n. 72, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 131/ 470; ADI-MC 1434, Relator Ministro Celso de Mello. DJ 22.11.1996.

O enfrentamento do tema só veio à lume novamente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1616, o que ocorreu no dia 24 de maio de 2001. A ação teve por objeto resolução administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, que determinara o pagamento integral de substituições de servidores, conforme previsão do artigo 38 da Lei nº 8.112/1990, na forma de sua redação anterior às alterações introduzidas pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 1522/1996, reeditada por várias medidas provisórias e que se converteu na Lei nº 9.527/1997. Em última análise, trazia como questionamento a eficácia de medida provisória reeditada no prazo de validade de trinta dias.

Em sua manifestação, o então Advogado-Geral da União limitou-se a se reportar à farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrada do entendimento da eficácia da medida provisória quando reeditada no prazo de validade de trinta dias, bem como a pontuar que, diante da jurisprudência iterativa, não lhe caberia exercer a atribuição prevista no § 3º do artigo 103 da Constituição da República. A existência de jurisprudência do Tribunal, ressaltou, “elide a presunção de constitucionalidade a ser defendida”.

O relator, novamente o Ministro Maurício Corrêa, foi o responsável por conduzir a reflexão sobre o tema. Apesar de partir do pressuposto de que a inovação processual no sistema de controle concentrado quanto à intervenção do Advogado-Geral da União para promover a defesa da norma configuraria uma “inutilidade total”, tendo em vista que a presença do Procurador-Geral da República no processo já seria suficiente, o Ministro pontuou o seguinte:

(...) a obrigatoriedade a que se submete o Advogado-Geral da União 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 sua jurisprudência já se firmou de modo iterativo, contudo contrário ao ato cuja defesa a Constituição lhe cometeu o encargo de promover. Tem-se, aqui no caso, aquela situação em que o Supremo Tribunal Federal, conforme mencionei nos precedentes indicados, já firmou posição exegética *ex abundantia* e de modo repetitivo, de que a medida provisória reeditada no prazo de sua validade, não perde a sua eficácia. Ora, se o Supremo Tribunal Federal exerce a altíssima competência de guarda da Constituição (CF, artigo 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.

Abriu-se, dessa forma, a via necessária para que algum temperamento fosse realizado em torno do imperativo constitucional do artigo 103, § 3º, da Constituição da República. Em resumo, não haveria significado lógico ou razoabilidade em se exigir do Advogado-Geral da União a defesa do ato impugnado quando precedentes do Supremo Tribunal Federal

consolidaram a correta interpretação da matéria em sentido contrário, ou seja, na linha da inconstitucionalidade da tese.

O Advogado-Geral da União continuará a ser citado para a defesa, porém não estará violando o comando constitucional inserto no dispositivo supramencionado, caso, respaldado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sua manifestação seja no sentido da inconstitucionalidade do ato.

Não se trata de abstenção ou omissão quanto ao exercício da curadoria da norma. O Advogado-Geral, na verdade, curva-se ao entendimento da Corte, soberana quanto à adequada compreensão acerca da matéria constitucional.

Em momento posterior, a missão do Advogado-Geral da União foi novamente discutida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, de relatoria do Ministro Eros Grau.

O Ministro Marco Aurélio suscitou questão de ordem específica sobre o tema, destacando que as letras consignadas no § 3º do artigo 103 da Constituição levariam a uma única conclusão: o curador não poderia atacar o curatelado. O papel do Advogado-Geral da União seria o de proteger o ato normativo atacado.

Como na ação o então Advogado-Geral da União havia se manifestado pela inconstitucionalidade do ato, o Ministro Marco Aurélio compreendeu que o processo não estaria aparelhado para julgamento, porquanto ausente a “defesa querida pela Carta da República a cargo da Advocacia-Geral da União”. Assim, propôs ao Colegiado o retorno dos autos ao Advogado-Geral para que fosse observado o disposto no comando constitucional.

A questão de ordem foi amplamente discutida pelos integrantes da Corte Suprema. Naquela assentada, o Ministro Gilmar Mendes, agora integrante da Corte, destacou a necessidade de uma interpretação sistêmica que concedesse ao Advogado-Geral da União o “direito de manifestação”, porém, sem a obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, aludindo a situações de potencial conflito, a exemplo daquelas situações em que o Advogado-Geral da União prepara a petição inicial da ação direta a ser ajuizada pelo Presidente da República.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por seu turno, destacou situações em que a inconstitucionalidade residiria em uma invasão, pela norma, na esfera de competência própria da União. Como o defensor da União poderia manifestar-se favoravelmente em uma situação em que se detecta que a competência da União está sendo usurpada? indagou o Ministro.

O Ministro Cezar Peluso destacou a importância de se ter preservada a função do Advogado-Geral da União de concretizar a contraposição de argumentos, de modo a permitir à

Corte o exame com mais profundidade da alegação de inconstitucionalidade. Essa função seria própria do processo objetivo, e distinta das demais atribuições do Advogado-Geral. O Ministro, porém, entendeu que a observância do comando previsto no § 3º do art. 103 ficaria sujeita à ponderação do Advogado-Geral, tendo em vista a ausência de qualquer sanção constitucional, caso não obedecido o mandamento nele consignado.

Após larga discussão a respeito dos pontos supramencionados, por maioria, o Tribunal rejeitou a questão de ordem que buscava determinar o retorno dos autos para que o Advogado-Geral da União apresentasse defesa da lei impugnada.

Esse posicionamento, que admite a possibilidade de manifestação do Advogado-Geral no sentido da inconstitucionalidade da norma quando presente precedente na mesma linha, vem sendo reafirmado desde então.

Novamente a questão foi suscitada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4843. O Ministro Celso de Mello, na qualidade de relator, reafirmou a jurisprudência já consolidada no sentido de que o Advogado-Geral da União atua, em princípio, como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado²⁷. Todavia, não está obrigado a defender incondicionalmente o diploma estatal, caso o conteúdo do ato normativo já tenha sido declarado incompatível com a Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal em precedentes sobre o tema.

A Compreensão também pode ser extraída do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 351, com a reafirmação do Ministro Celso de Mello no sentido de ser “inteiramente legítima a posição jurídica adotada, nesta sede de fiscalização normativa abstrata, pelo Senhor Advogado-Geral da União.” Com entendimento divergente, o Ministro Marco Aurélio compreendeu que “A ordem jurídico-constitucional não oferece opção. Cumpre ao Advogado-Geral da União, ante a norma imperativa, defender o ato.”²⁸

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119, o Ministro Dias Toffoli, ao proferir voto acerca da exclusividade da representação dos entes federados pelos procuradores de Estado, consignou que, quando o advogado-geral da União é instado a se manifestar, com base no art. 103, § 3º, da Constituição, atua mediante o exercício de uma função autônoma e extraordinária que, nos termos da atual jurisprudência da Corte, conforme decidido em questão de ordem na ADI nº 3.916/DF (rel. Min. Eros Grau, DJ de 14/5/10), revela-se como um direito de manifestação. Por conseguinte, deve o advogado-geral da União apresentar a argumentação

²⁷ RTJ 131/470; RTJ 131/958; RTJ 170/801.

²⁸ DJ nº 150 de 05/08/2014

que lhe pareça adequada e pronunciar-se em defesa da constitucionalidade, e não do ato impugnado²⁹.

Ou seja, o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal acerca da posição a ser adotada pelo Advogado-Geral da União no exercício de seu *múnus* é no sentido de que não estará obrigado a promover a defesa do ato impugnado, caso a Suprema Corte já tenha firmado precedente reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma tese.

Extrai-se, assim, como pressuposto para manifestação em sentido contrário à defesa do ato normativo impugnado, a existência de posicionamento do Colegiado pela inconstitucionalidade da norma em situação análoga.

A construção interpretativa realizada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da escorreita extensão do comando inserto no parágrafo 3º do artigo 103 da Constituição da República revela que seu caráter imperativo se concentra na obrigatoriedade quanto à citação do Advogado-Geral da União para participar do processo objetivo de constitucionalidade. É, portanto, obrigatória e inafastável a participação do Advogado-Geral da União, que deverá ser citado.

Não obstante, quanto ao papel que desempenhará nesse processo, o dispositivo constitucional admite temperamento – atualmente restrito à existência de precedente no sentido da inconstitucionalidade. Ou seja, na jurisdição concentrada de constitucionalidade, o Advogado-Geral da União pode contrapor-se à constitucionalidade da norma submetida a seu exame, precisamente quando houver precedente nesse mesmo sentido. É essa, portanto, a posição atual do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Todavia, a gama de situações em que pode haver uma incongruência prática vai além da possibilidade de manifestação pela inconstitucionalidade quando houver precedente específico da Corte. Com efeito, no desempenho de sua missão constitucional, poderá o Advogado-Geral da União se deparar com situações outras que o impeçam de defender a constitucionalidade do ato normativo sob pena de desnaturar sua própria identidade constitucional.

Por conta disso, salutar se faz analisar, na sequência, o desempenho da função e curador da constitucionalidade da norma com as atribuições de defesa dos interesses da União e de assessoramento do Poder Executivo.

²⁹ DJ nº 62 de 28/03/2014

CAPÍTULO III

3. O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E OS INTERESSES DA UNIÃO

3.1 ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO: DEFESA DOS INTERESSES DA UNIÃO EM JUÍZO OU FORA DELE

É intrínseca à missão constitucional do Advogado-Geral da União, enquanto Chefe da Advocacia-Geral da União, a promoção da defesa judicial ou extrajudicial dos interesses da União. Se essa é uma tarefa expressa na Constituição, cabe-lhe zelar para que todos os interesses da União sejam resguardados, inclusive no que concerne ao âmbito de suas competências legislativas.

Esse aspecto merece destaque na medida em que, não obstante a precisa distribuição constitucional de competências legislativas entre os entes da Federação, não são raras as situações em que os Estados-membros avançam no espaço de competência legislativa da União. Quando tais leis estaduais passam a ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante a Suprema Corte, como fica o exercício do *múnus* do Advogado-Geral da União de curador da presunção de constitucionalidade da norma?

Se o escopo maior do encargo atribuído ao Advogado-Geral da União pelo legislador constituinte na ação direta de inconstitucionalidade foi o de permitir a formação de um processo de controle abstrato bem instruído, com base larga de fundamentos no sentido da inconstitucionalidade – expressos na peça inicial da ação direta –, e da constitucionalidade – extraídos da manifestação do Advogado-Geral da União, no exercício da referida curadoria –, como equacionar o dilema?

Em outras palavras: o Advogado-Geral da União deve abrir mão de seu dever constitucional de defender os interesses da União em juízo, mantendo-se fiel ao seu papel de curador da norma na ação direta de inconstitucionalidade? Ou o papel de curador deve ceder espaço para que a manifestação a ser apresentada perante a Corte seja no sentido da inconstitucionalidade por invasão da competência legislativa da União?

Numa interpretação sistemática da Constituição Federal, seria possível afirmar que o conteúdo inserto no § 3º do artigo 103 merece novos temperamentos por parte do Supremo Tribunal Federal, além daquele já procedido ao permitir ao Advogado-Geral da União

manifestar-se pela inconstitucionalidade da norma uma vez presente jurisprudência nesse sentido?

São inúmeras as situações dessa ordem. Quando há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade da lei estadual por invasão da competência privativa da União para legislar sobre o tema, a solução é simples. O Advogado-Geral da União pode invocar a interpretação e autorização dada pela Suprema Corte e, em consequência, manifestar-se pela inconstitucionalidade do diploma estadual objeto de impugnação na ação direta. Este é inclusive o temperamento permitido pela Corte, conforme visto no capítulo anterior.

A título de exemplo, relembrem-se os precedentes da Corte Suprema no sentido da inconstitucionalidade de leis estaduais que dispõem sobre o pagamento parcelado de multas decorrentes de infrações de trânsito. O Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade de tais diplomas por invasão da competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte, prevista no artigo 22, inciso XI, da Constituição da República³⁰.

Em situações dessa ordem, quando é objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal determinada lei estadual que dispõe, por exemplo, sobre parcelamento de multas ou sobre o estabelecimento de novas penalidades no âmbito da unidade federativa, o Advogado-Geral da União pode manifestar-se pela inconstitucionalidade do diploma hostilizado, por invasão da competência privativa da União para dispor sobre trânsito e transporte, largamente reconhecida na jurisprudência do Tribunal.

Igualmente como exemplificação, o entendimento da Corte acerca da inconstitucionalidade de leis estaduais que estabelecem feriados civis e religiosos, tendo em vista a invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, prevista no artigo 22, inciso I, da Carta da República. Para o Colegiado, “implícito ao poder privativo da União de legislar sobre direito do trabalho está o de decretar feriados civis, mediante lei federal ordinária, por envolver tal iniciativa consequências nas relações empregatícias e salariais”³¹.

³⁰ ADI nº 5883, Relatora Ministra Rosa Weber. DJe 30/05/2017; ADI 4.734/AL, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 16.5.2013, DJe-182 17.9.2013; ADI 3.708/MT, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 11.4.2013, DJe-086 09.5.2013; ADI 3.196/ES, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 21.8.2008, DJe-211 07.11.2008; ADI 3.444/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 16.11.2005, DJ 03.02.2006; ADI 2.432/RN, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 09.3.2005, DJ 26.08.2005; ADI 2.814/SC, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 15.10.2003, DJ 05.12.2003; ADI 2.644/PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 07.8.2003, DJ 29.08.2003, entre outras.

³¹ ADI 3069, Relatora Ministra Ellen Gracie. DJe 16/12/2005.

Nesse contexto, se uma lei estadual instituir feriado civil em sua extensão territorial e vier, referido diploma, a ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, o Advogado-Geral da União, ao ser citado no processo de controle concentrado, poderá manifestar-se no sentido da inconstitucionalidade do texto objeto de impugnação, uma vez já consolidada jurisprudência da Corte pela invasão, em tais hipóteses, da competência exclusiva da União para dispor sobre direito do trabalho.

Registre-se, ainda para ilustrar, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentada a partir da análise da constitucionalidade de leis estaduais que vedam a cobrança de valores a título de assinatura básica em face de serviços de telefonia fixa e móvel, ou mesmo que estabeleceram obrigações adicionais às empresas de telefonia. Para a Suprema Corte, diplomas dessa natureza padecem de inconstitucionalidade por invasão da competência da União para explorar os serviços de telecomunicações, bem como por violar sua competência privativa para legislar sobre o tema, na forma prevista no artigo 21, inciso XI, e artigo 22, inciso IV, da Constituição da República³².

Dessa forma, estando sob apreciação da Corte Suprema ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto lei ou ato normativo estadual que tenha imposto, por exemplo, a gratuidade da instalação de ponto adicional de acesso à internet pela concessionária, o Advogado-Geral da União estará autorizado a manifestar-se pela inconstitucionalidade do diploma legal editado pelo Estado-membro, por restar configurada afronta à competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, devidamente reconhecida nos precedentes da Corte Suprema.

Em situações dessa ordem, portanto, quando a jurisprudência já se consolidou no sentido da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais por invasão da competência privativa da União para dispor sobre o tema, a manifestação do Advogado-Geral da União em linha de convergência com o posicionamento da Corte não encontra questionamentos, mormente diante da já citada autorização dada pela Suprema Corte ao Advogado-Geral da União em tais hipóteses.

A situação torna-se mais complexa, todavia, quando se está diante de hipótese em que resta evidente a invasão da competência da União para tratar sobre o tema, seja sob o ponto de vista da sua competência privativa para dispor sobre a matéria, seja no contexto de seu espaço

³² A título de exemplo: ADI 3322, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 02.08.2006, DJ 19.12.06; ADI 4349, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento 23.06.2010, DJ 04.05.2011; ADI 3596, Relator Ministro Eros Grau, julgamento 02.08.06, DJ 06.10.2006.

legislativo quando a questão está inserida no rol das matérias próprias da competência legislativa concorrente.

Ou seja, determinada lei ou ato normativo objeto de ação direta de inconstitucionalidade pode ter ingressado na ordem jurídica em franca invasão da competência privativa da União para legislar sobre o tema, ou da competência, também da União, para editar normas gerais em matéria inserida no âmbito da competência legislativa concorrente.

Aliás, sobre a invasão do espaço legislativo atribuído à União para dispor sobre normas gerais em determinado tema, veja-se, a título de exemplo, a situação configurada na ação direta de inconstitucionalidade nº 4351.

O autor alegou que a lei impugnada seria formalmente inconstitucional, porquanto o Estado teria extrapolado os limites da competência suplementar conferida ao ente estadual pelo artigo 24 da Lei Maior. Isso porque a lei estadual proibia o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em ambientes coletivos, sem conter previsão acerca da possibilidade de destinação de áreas devidamente isoladas para uso por parte dos fumantes.

Segundo o disposto na Constituição da República, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre “produção e consumo” e sobre “proteção e defesa à saúde” (incisos V e XII, artigo 24).

A competência concorrente prevista no *caput* do referido dispositivo constitucional, contudo, encerra atribuição dirigida à União para a edição de normas gerais, bem como as competências suplementar e supletiva aos Estados-membros – a primeira denominada também de competência não cumulativa.

Como é sabido, a competência supletiva somente resta configurada mediante a inexistência de normas gerais, situação que abre a possibilidade de o ente federado exercer a função legislativa plena, dispondo, até mesmo, sobre normas gerais.

Dessa forma, o artigo 24 da Constituição da República compreende competência estadual concorrente não-cumulativa ou suplementar (artigo 24, parágrafo 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (artigo 24, parágrafo 3º). Na primeira hipótese, quando há lei federal sobre normas gerais (artigo 24, parágrafo 1º), os Estados e o Distrito Federal podem, no uso da atribuição suplementar, preencher os vazios da lei federal sobre normas gerais, com o objetivo preciso de aperfeiçoar a aludida lei às peculiaridades locais. Já na segunda hipótese, os Estados e o Distrito Federal poderão exercer a função legislativa plena, uma vez ausente a lei federal de normas gerais. Todavia, em tal hipótese, sobrevindo a lei federal de normas gerais,

deverá restar suspensa a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (artigo 24, parágrafo 4º)³³.

Assim, no uso da competência concorrente suplementar, o Estado-membro está autorizado apenas a preencher os vazios ou lacunas deixadas pela lei federal ao dispor sobre normas gerais, sendo-lhe vedado estabelecer regra diametralmente oposta a esta³⁴.

Na situação acima mencionada, considerando que a proibição do uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em ambiente coletivo, privado ou público, revelava matéria de interesse geral, pertinente à proteção à saúde de toda a população brasileira, a União editou a Lei federal nº 9.294/96, a qual proíbe o uso dos referidos produtos em recinto coletivo, privado ou público. A lei federal, contudo, ressalva área destinada exclusivamente para esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente³⁵.

A lei estadual objeto da ação direta, por sua vez, igualmente continha a aludida proibição, porém deixava de prever a possibilidade de destinação de áreas devidamente isoladas para uso de pessoas fumantes. Dessa forma, a lei hostilizada não se limitou a suplementar a norma geral existente sobre a matéria, mas avançou dispendo de forma contrária à ressalva expressamente estabelecida pelo legislador federal, em situação em que não seria o Estado-membro o detentor da competência legislativa plena.

Tendo em vista a presença de precedentes da Suprema Corte no sentido da inconstitucionalidade formal de leis estaduais que disponham de modo contrário ao estabelecido na norma geral, o Advogado-Geral da União manifestou-se na ação direta pela inconstitucionalidade formal da lei impugnada.

Não avançou, contudo, no exame da inconstitucionalidade material, ou seja, se seria compatível ou não com a Constituição da República a proibição absoluta do uso dos produtos em ambientes coletivos, isto é, sem a previsão de ambientes destinados a fumantes, diante justamente da ausência de precedente específico sobre o tema.

O exemplo retrata típica hipótese de invasão da competência da União para editar normas gerais sobre o tema, situação que autoriza a apresentação, pelo Advogado-Geral, de manifestação no sentido da inconstitucionalidade formal da norma, tal como ocorre nas situações em que se configura invasão da competência privativa da União para legislar sobre o tema, consignadas no artigo 22 da Constituição da República.

³³ ADI 3098. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento 24.11.2005.

³⁴ ADI 2396. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgamento 08.05.2003.

³⁵ Artigo 2º da Lei nº 9.294/96.

Quando, porém, não há precedente específico do Supremo Tribunal Federal e a lei ou ato normativo impugnado retrata hipótese de invasão do espaço de competência da União, o Advogado-Geral ainda assim deve exercer a curadoria da norma na ação direta de inconstitucionalidade?

3.2 DEFESA DOS INTERESSES DA UNIÃO E AUSÊNCIA DE PRECEDENTE

Se é ínsita à figura do Advogado-Geral da União a defesa dos interesses da União em juízo ou fora dele, seria consentâneo com a própria finalidade perseguida pelo legislador constituinte originário exigir-lhe a defesa de ato que contrarie os interesses do Ente Central no processo abstrato de constitucionalidade?

Na situação cogitada, portanto, o Advogado-Geral da União estaria diante de uma situação altamente complexa, em que lhe estaria sendo imposta a tarefa de desempenhar dois deveres de envergadura constitucional: o dever de defender a constitucionalidade da norma e a atribuição de proteger os interesses da União.

Com efeito, se é importante, para o adequado aparelhamento do processo objetivo de constitucionalidade, que os argumentos voltados à demonstração da incompatibilidade vertical da norma com a Constituição da República sejam contraditados pelo Advogado-Geral da União no exercício da curadoria da norma, também é inerente à própria existência do Advogado-Geral da União a defesa dos interesses da União em juízo.

Nesse contexto, imprescindível em situações que colocam em linha de contraposição dois deveres de envergadura constitucional do Advogado-Geral da União o exercício de necessária ponderação ou sopesamento de normas. Qual o dever, à luz da melhor interpretação da Constituição da República, deve ceder espaço para o outro?

Pretender que o Advogado-Geral da União defenda, na ação direta de inconstitucionalidade, lei ou ato normativo contrário aos interesses da União, pode consubstanciar afronta à sua própria identidade constitucional, esvaziando sua razão de existência, daí a importância de se desenvolver certa ponderação, inclusive à luz do temperamento já realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, nessa ponderação de deveres, o Advogado-Geral da União, ao defender a lei estadual que foi editada em invasão da competência legislativa da União, estaria contrariando sua própria natureza, sua razão de existência, sua identidade constitucional.

O dever de desempenhar a curadoria da norma, sem qualquer temperamento, acabaria quase que por convolar o Advogado-Geral da União em advogado dos interesses do Estado-membro em detrimento daqueles constitucionalmente inseridos na esfera da União, desnaturando sua identidade. Essa conduta resultaria em uma curadoria às cegas, desvencilhada da própria Constituição da República, já que o espaço de competência legislativa constitucionalmente conferido à União estaria sendo usurpado pelo ente federado.

Por outro lado, ao apontar a inconstitucionalidade da referida lei ou ato normativo estadual estaria o Advogado-Geral abstendo-se de seu encargo de promover a curadoria da norma em sede de ação direta de inconstitucionalidade, deixando a Corte sem os argumentos de defesa da norma. Referida tarefa reveste-se de especial importância no processo objetivo, conforme destacou o Ministro Cezar Peluso no julgamento da questão de ordem na ADI nº 3.916, ao afirmar que o exercício da curadoria pelo Advogado-Geral da União “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.”³⁶ Ou seja, a essência da necessidade de defesa da norma residiria na relevância do papel desempenhado pelo Advogado-Geral de “contraditor do processo objetivo”.

Nesse ponto, merece ser lembrado que o processo de controle abstrato “trata-se, fundamentalmente, de um processo objetivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva).” Não se trata de um “processo contraditório.” (CANOTILHO, 1995, p. 1068).

Não se configura, dessa forma, um processo que encerra o contraditório como um de seus princípios. Todavia, a participação do Advogado-Geral da União na qualidade de curador da norma traz, como um de seus pontos centrais, exatamente a contra-argumentação aos aspectos constantes da peça inaugural, imprimindo à manifestação contornos de “contestação” aos pedidos de declaração de inconstitucionalidade formulados na ação.

Cabe destacar que a ausência de manifestação do Advogado-Geral em defesa da norma impugnada, quando esta claramente configurar contrariedade aos interesses da União, não deixaria a Corte desassistida de bases esclarecedoras acerca da inserção da norma questionada na ordem jurídica, as quais viriam aos autos por intermédio das informações dos atores responsáveis pela edição do ato normativo impugnado. Considerando que o processo de

³⁶ Acórdão proferido na ADI nº 3.916, p. 7.

controle abstrato de constitucionalidade não se alicerça no princípio do contraditório, sua missão fiscalizadora da ordem jurídica não restaria comprometida.

Assim, a manifestação do Advogado-Geral alinhada aos interesses da União e, em decorrência, no sentido da eliminação da norma do ordenamento jurídico, não elide ou macula o processo de fiscalização abstrata, que permanece hígido.

O Advogado-Geral da União, por sua vez, estaria atuando em harmonia com sua identidade constitucional, prestando reverência e mantendo-se leal à sua razão de existência, selada na própria denominação do cargo. Em outras palavras, estaria agindo em estrita relação de fidelidade aos interesses da União, chamando a atenção da Corte para a presença, na hipótese, de invasão da esfera de competência do ente central, zelando, em decorrência, pela preservação da intenção do legislador constituinte originário ao atribuir à União e não ao ente federado a competência para dispor sobre a matéria.

O Supremo Tribunal Federal não contaria, em tal situação, com manifestação do curador da norma no sentido da constitucionalidade da lei ou do ato normativo objeto de impugnação, quando tal ato fosse claramente violador da competência privativa da União para dispor sobre o tema, mas não deixaria de ter ciência dos argumentos de defesa do ato na medida em que contaria com a participação e com as informações dos atores responsáveis pela sua edição.

Nesse caso, por certo, os membros da Corte teriam que se valer de outros mecanismos aptos a acomodar a situação, de modo a promover a necessária calibragem do processo objetivo. Essa conformação parece ser plenamente viável seja através dos termos das informações prestadas pelos agentes responsáveis pela inserção do ato no ordenamento, seja pela livre convicção de cada um dos integrantes da Corte.

Aliás, ressalte-se a circunstância de se estar diante de uma ação cuja causa de pedir é aberta, em que não há qualquer vinculação dos integrantes do Colegiado aos fundamentos apresentados pelo requerente, tampouco pelo Advogado-Geral da União, ou ainda por meio do auxílio oriundo do trabalho desenvolvido no processo de controle concentrado de constitucionalidade pela figura do *amicus curiae*, admitida para colaborar com o Colegiado no controle concentrado de constitucionalidade³⁷.

Em outros termos, caso fosse possível admitir algum temperamento em torno da manifestação a ser apresentada pelo Advogado-Geral da União quando se está diante da apreciação de ação direta de inconstitucionalidade (i) que tenha por objeto lei ou ato normativo estadual, (ii) editado em frontal usurpação da competência privativa da União para legislar

³⁷ Artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

sobre o tema, (iii) ausente precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, indispensável seria o desenvolvimento, em algum nível, de conformação por parte dos Ministros integrantes da Corte.

Essa acomodação teria a virtude de preservar a identidade constitucional do Advogado-Geral da União.

Portanto, quando o Advogado-Geral da União se encontra diante de situação que lhe imponha o dever constitucional de exercer a curadoria da norma na ação direta de inconstitucionalidade, porém o desempenho de seu mister implicará violação a seu dever constitucional de defender o espaço de competência legislativa da União, revela-se indispensável o exercício de uma verdadeira ponderação de deveres.

Os desdobramentos da prevalência de um desses deveres em face do outro, na forma acima apontada, parecem apontar para alguma precedência daquele que não macula a natureza e a identidade constitucional do Advogado-Geral da União, ou seja, parece merecer prevalência o dever de defesa dos interesses da União. Exigir-lhe o contrário, ainda que estritamente em sede de ação direta de inconstitucionalidade, desnaturaria sua essência.

Ademais, o processo objetivo de constitucionalidade subsistiria solidamente, ainda que sem a manifestação do Advogado-Geral da União no sentido da defesa do ato normativo impugnado configurador de invasão da competência legislativa da União. Por outro lado, exigir do Advogado-Geral da União manifestação em defesa do aludido ato implicaria, como mencionado, esvaziamento de sua identidade constitucional, daí a importância de, nesse juízo de ponderação de deveres, prestigiar-se a efetiva intenção do legislador constituinte originário ao criar a figura do Advogado-Geral, sem elidir a existência do controle concentrado de constitucionalidade.

Não se quebra o controle abstrato de constitucionalidade, precisamente na ação direta de inconstitucionalidade, quando se admite uma ação direta destituída de manifestação do Advogado-Geral da União pela constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado, mas quebra-se a identidade constitucional do Advogado-Geral da União quando lhe é exigido promover a defesa de interesses contrários aos inseridos pela Constituição da República na esfera da União.

Enfim, ao exercer o juízo de ponderação entre deveres de estatura constitucional do Advogado-Geral da União, merece ser dada primazia àquele que não lhe subtraia sua identidade constitucional, admitindo-se manifestação do Advogado-Geral da União pela inconstitucionalidade da norma, na ação direta de inconstitucionalidade, quando não há precedente específico da Suprema Corte a respeito do tema, e quando a lei ou o ato normativo

impugnado configurar invasão da competência privativa da União para legislar sobre o tema, solução que não gera o aniquilamento do processo objetivo.

CAPÍTULO IV

4. ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO: ÓRGÃO MÁXIMO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO PODER EXECUTIVO E DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

4.1 ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO ÂMBITO DAS INFORMAÇÕES PRESIDENCIAIS PRESTADAS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Conforme se extrai do disposto no artigo 131 da Constituição da República, compete à Advocacia-Geral da União prestar a consultoria e o assessoramento jurídico ao Poder Executivo federal e, em decorrência, a seu chefe máximo Presidente da República.

A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, acompanhando a diretriz dada pelo legislador constituinte, elencou diversas atribuições de índole consultiva próprias do Advogado-Geral da União, a exemplo da competência para despachar com o Presidente da República; para dar-lhe assessoramento em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes; para sugerir-lhe as medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público, assim como para apresentar informações a serem por ele prestadas, relativas a medidas impugnadoras de ato ou omissão presidencial, além, entre outras, de competência para assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração³⁸.

Nesse sentido, é inerente ao exercício da missão atribuída pelo legislador constituinte originário ao Advogado-Geral da União a tarefa de também assessorar juridicamente o Presidente da República, aprovando as informações que são por ele prestadas ao Supremo Tribunal Federal nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Para dar efetividade aos comandos constitucional e legal, o regramento interno da Advocacia-Geral da União, estabelece que, uma vez solicitadas informações presidenciais pelo Ministro Relator em sede de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja lei ou o ato normativo federal que tenha contado com a participação do Presidente da República, caberá à Consultoria-Geral da União – órgão da Advocacia-Geral da União –, após ouvidas as pastas

³⁸ Art. 4º e incisos da LC nº 73/1993.

respectivas, elaborar sugestão de informações. Em seguida, tais informações são encaminhadas ao Advogado-Geral da União para prévia aprovação, por força do exercício da atribuição prevista no inciso V do art. 4º da Lei Complementar nº 73/1993³⁹. Somente a partir de então, as informações são submetidas ao Presidente da República, bem como por ele assinadas para posterior envio ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, o questionamento que se apresenta é o seguinte: quando as informações presidenciais são apresentadas à Corte no sentido da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, a manifestação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade deve guardar relação de coerência com o posicionamento adotado pelo Chefe do Poder Executivo federal ou, na qualidade de curador da presunção de constitucionalidade da norma, pode manifestar-se em sentido oposto, pela constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal?

O conteúdo das informações presidenciais tem a força de vincular os termos da manifestação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade? Ou o Advogado-Geral da União tem seu espaço de atuação preservado quando se trata do exercício da curadoria da norma?

A adequada resposta passa pela necessária análise da natureza e finalidade das informações presidenciais e de seu cotejo frente à missão do Advogado-Geral da União de exercer a curadoria da presunção de constitucionalidade da norma.

A Suprema Corte, ao receber uma ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto ato normativo inserido no ordenamento jurídico nacional mediante atuação direta do Presidente da República, a exemplo das medidas provisórias ou dos decretos, solicita ao Chefe do Poder Executivo federal as correspondentes informações. É o que preceitua expressamente o artigo 6º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999⁴⁰.

As informações presidenciais têm, assim, finalidade precisa, isto é, servem para dar conhecimento à Suprema Corte acerca das circunstâncias e razões ensejadoras da prática do ato, municiando o Colegiado de elementos de compreensão em torno de seu ingresso no ordenamento jurídico, pressuposto fundamental para o adequado tratamento da questão constitucional a ser enfrentada.

³⁹ V - apresentar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República, relativas a medidas impugnadoras de ato ou omissão presidencial;

⁴⁰ Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Ínsita à natureza e ao escopo das informações do Presidente da República, portanto, a apresentação de aspectos por ele considerados quando de sua participação na formulação e edição do ato, indicando-se o amparo não somente fático como também jurídico para a prática. Os elementos são, portanto, de natureza meramente informativa, em especial quanto à motivação e ao correspondente substrato constitucional e legal.

As informações presidenciais não avançam a ponto de conformarem-se a uma peça jurídica de defesa do ato hostilizado na ação direta de inconstitucionalidade. Seu papel não é o de contra argumentar as abordagens constantes da peça inaugural da ação. Fosse essa a intenção do legislador, o Presidente da República seria citado para contestar o pedido formulado na ação direta e não para apresentar informações. Servem as informações, assim, para dar ciência aos integrantes da Corte a respeito das circunstâncias que conduziram o Chefe do Poder Executivo a fazer uso de sua competência constitucional para inovar diretamente na ordem jurídica ou para desencadear o processo legislativo que culminou com a edição do ato impugnado.

Se compete à Suprema Corte elidir ou manter na ordem jurídica nacional determinada lei ou ato normativo federal, imprescindível se revela a ciência prévia acerca de aspectos importantes cogitados pelo Presidente da República no momento de sua participação no processo legislativo que culminou com a inserção do ato impugnado no ordenamento jurídico nacional. Eis, portanto, evidenciada a natureza informativa do documento apresentado pelo Chefe do Poder Executivo na ação direta de inconstitucionalidade e da missão conferida às informações presidenciais.

A manifestação do Advogado-Geral da União no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, por sua vez, tem finalidade preestabelecida pelo legislador constituinte originário. Deve subsidiar a Corte de argumentos inclinados a demonstrar a relação de compatibilidade mantida entre a lei ou ato normativo objeto da ação e o teor da Constituição da República. Trata-se de peça jurídica de tutela destinada a promover a curadoria da presunção de constitucionalidade da norma.

Nesse sentido, oportuna a referência ao comando legal que disciplina o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, especificamente ao se referir aos passos posteriores ao decurso do prazo para as informações. Impõe a Lei nº 9.868 de 1999 a oitiva do Advogado-Geral da União em quaisquer dos ritos escolhidos pelo relator para a tramitação da ação, conforme se observa:

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciarem-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Diante do caráter cogente da participação do Advogado-Geral da União e da natureza distinta das informações presidenciais em relação à manifestação por ele apresentada no exercício da curadoria da norma no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, bem como de seu singular objetivo, é possível afirmar que o fato de o Advogado-Geral da União aprovar previamente as informações a serem apresentadas pelo Presidente da República na referida ação não implica seu dever de guardar a similitude de seus termos na manifestação a ser igualmente apresentada nos autos.

Assim, é possível a configuração de situação fática em que o Advogado-Geral da União venha a aprovar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República na ação direta de inconstitucionalidade no sentido da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado e, na mesma ação, apresente manifestação pela constitucionalidade da mesma lei ou ato normativo impugnado, no exercício da curadoria da norma. Os papéis desempenhados pelo Advogado-Geral da União nas referidas participações são distintos e, por conseguinte, inconfundíveis.

Não se pode admitir que o desempenho de seu dever de prestar assessoramento jurídico ao Presidente da República reste comprometido pelo fato de ser ele, o Advogado-Geral da União, um dos participantes do controle abstrato de normas detentor do papel de curador da norma impugnada.

O referido ato de assessoramento, exteriorizado pelo Advogado-Geral da União ao aprovar as informações presidenciais a serem prestadas na ação direta de inconstitucionalidade não impulsiona o curador da norma, também o Advogado-Geral da União, a percorrer o mesmo caminho. Fundamental, nesse contexto, a cisão dos papéis desempenhados pelo mesmo agente público.

A revelar a correção do que ora é afirmado, veja-se, a título de exemplo, a situação configurada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5038, que tem por objeto o artigo 3º da Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. O dispositivo impugnado tratou das compensações financeiras devidas aos municípios considerados sede de pontos de entrega de gás natural.

Na ação, como é do Advogado-Geral da União a atribuição de apresentar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República na forma prevista no artigo 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73/93, a ele coube o assessoramento jurídico à Chefe do Poder Executivo para fins de elaboração e apresentação das informações presidenciais nos autos, as quais foram prestadas no sentido da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo hostilizado na ação direta.

Consignou a Chefe do Poder Executivo que o pagamento dos *royalties* aos municípios que abrigavam as instalações de embarque e desembarque se justificaria pelo impacto decorrente de sua exploração sobre o território de tais municípios, porém, o mesmo raciocínio não valeria em relação aos pontos de entrega de gás natural, deixando evidente, segundo sua posição, que a disputa pelos novos pontos de entrega, em decorrência da hipótese de pagamento de *royalties*, afastaria a utilização de critérios técnicos e econômicos para a definição de sua localização.

Merece registro, por oportuno, a circunstância de que a então Presidente da República já havia vetado o dispositivo impugnado no âmbito da ação direta. O veto presidencial, contudo, restou derrubado pelo Congresso Nacional.

Os autos da ação contavam, dessa forma, com informações presidenciais no sentido da inconstitucionalidade do comando legal impugnado e com informações do Senado Federal em sentido inverso, ou seja, em defesa da norma impugnada por considerar que a regulação dos critérios de distribuição dos *royalties* do petróleo e do gás natural decorreria de processo político democrático.

O Advogado-Geral da União, por sua vez, manifestou-se, no mérito, pela constitucionalidade do preceito legal objeto de impugnação, desempenhando o exercício da curadoria da presunção de constitucionalidade da norma impugnada, papel que lhe fora atribuído expressamente pelo legislador constituinte no processo de controle abstrato de normas. Entendeu o Advogado-Geral da União que a lei impugnada, ao tratar dos critérios de distribuição do gás natural e daqueles entes que teriam direito ao recebimento dos *royalties* seria constitucional. Exerceu nos autos a curadoria da norma impugnada, externando posicionamento contrário àquele contido nas informações apresentadas pela Presidente da República na mesma ação direta.

A conduta adotada evidencia exatamente que o assessoramento dado pelo Advogado-Geral da União ao Presidente da República no tocante à elaboração das informações não compromete os termos da manifestação a ser por ele apresentada na qualidade de curador do ato normativo impugnado na ação direta de inconstitucionalidade.

Também para ilustrar situações dessa natureza, merece apontamento a ação direta de inconstitucionalidade nº 5525, a qual tem por objeto o artigo 224, §3º e §4º, incluídos pelo artigo 4º da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015.

O autor da ação invocou a inconstitucionalidade dos referidos preceitos por entender, entre outros aspectos, que estes teriam violado a soberania popular, o pacto federativo, o acesso à jurisdição, o devido processo legal substancial, os princípios da moralidade e da proporcionalidade.

O Presidente da República posicionou-se nos autos pela procedência dos pedidos formulados na ação, contando, para tanto, com o assessoramento jurídico do Advogado-Geral da União. Atento à ausência de precedente específico da Corte Suprema a respeito de toda a discussão travada, o Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência parcial do pedido veiculado pelo requerente. Ou seja, não seguiu integralmente as razões e conclusões constantes das informações presidenciais.

Resta claro, dessa forma, que a tarefa conferida ao Advogado-Geral da União, quando presta o assessoramento jurídico ao Chefe do Poder Executivo no que se refere à elaboração e apresentação das informações nos autos da ação direta de inconstitucionalidade, não se confunde ou embaraça o exercício da curadoria da lei ou do ato normativo hostilizado. O exercício de uma atribuição de natureza consultiva não determina a construção da base argumentativa própria do exercício da curadoria.

Assim, viável e sem qualquer obstáculo constitucional ou legal a coexistência, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade, de informações em um sentido e de manifestação do Advogado-Geral da União em outro, ausente, reitere-se, qualquer obrigatoriedade legal de convergência entre instrumentos dotados de escopos distintos. As peças têm conformações específicas, ou seja, as informações presidenciais têm natureza e finalidade distintas da manifestação do Advogado-Geral da União.

O mesmo ator, Advogado-Geral da União, desempenha papéis igualmente distintos: assessora juridicamente o Presidente da República no que concerne às informações a serem prestadas na ação direta de inconstitucionalidade e exerce a curadoria da presunção da constitucionalidade da norma na mesma ação direta.

É possível, como aliás se constata na maioria dos casos, que as posições sejam convergentes, ou seja, a manifestação do Advogado-Geral da União guarde efetiva relação de compatibilidade ou de similitude com a posição expressada nas informações presidenciais.

Todavia, é plenamente viável que as informações presidenciais sejam prestadas em um sentido e a manifestação do Advogado-Geral da União em outro, forte na premissa de que as naturezas e finalidades de cada qual são inconfundíveis e de que as atribuições do mesmo Advogado-Geral da União em cada uma delas também são diversas.

A ocorrência de situação dessa ordem, em que a manifestação do Advogado-Geral se apresenta em linha argumentativa divergente da posição consubstanciada nas informações do Presidente da República não merece ser vista com estranheza ou compreendida como uma contradição. A clareza acerca de cada um dos papéis desempenhados pelo Advogado-Geral da União, bem como a finalidade de cada uma das peças por ele apresentadas na ação direta de inconstitucionalidade, permitem a plena convivência, na mesma ação, de posicionamentos dissonantes sem que tal ocorrência configure sinal de inconsistência ou, até mesmo, de incoerência do posicionamento adotado pelo Advogado-Geral da União.

Portanto, para as indagações acima apresentadas, (i) se a manifestação do Advogado-Geral da União deve guardar relação de identidade com o posicionamento adotado pelo Chefe do Poder Executivo nas informações presidenciais, ou (ii) se, na qualidade de curador da presunção de constitucionalidade da norma, pode manifestar-se em sentido oposto, pela constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, ou, em outros termos, se o conteúdo das informações presidenciais tem a força de vincular os termos da manifestação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade, a resposta merece ser negativa.

Não há relação de vinculação estabelecida entre as informações presidenciais e a manifestação do Advogado-Geral da União. O exercício da missão de prestar assessoramento jurídico ao Chefe do Poder Executivo, aprovando as informações presidenciais, não tem a força de embaraçar seu dever de exercer a curadoria da norma. Os espaços inconfundíveis de cada uma dessas participações, próprias do Advogado-Geral da União, estão constitucionalmente definidos. Não há, desse modo, razão para cogitar-se de comprometimento do exercício de uma atribuição em face do desempenho de outra.

4.2 ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NA ELABORAÇÃO DA PEÇA INAUGURAL DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

A Constituição da República de 1988 traz, em seu artigo 103, o rol dos autores legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, figurando entre eles o Presidente da República⁴¹. Assim, compete-lhe, tal como os demais legitimados, desencadear o processo de controle concentrado de constitucionalidade de normas. Trata-se de legitimado universal, tendo em vista que, à semelhança de parte dos listados no rol, não se lhe exige a demonstração de pertinência temática quanto ao objeto impugnado.

Cabe ressaltar a compreensão da Suprema Corte no sentido de que o rol de legitimados previsto na Carta Maior é *numerus clausus*, ou seja, não pode sofrer ampliação. Dessa forma, a legitimidade do titular do cargo não poderá ser estendida ao vice, salvo quando este estiver no exercício daquela função, tampouco ao Advogado-Geral da União.

Para tanto, conta o Presidente da República com seu mais elevado órgão de consultoria e assessoramento jurídico: o Advogado-Geral da União, conforme dispõem os arts. 2º, VIII, e 18 da Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017⁴². Assim, caberá ao Advogado-Geral da União não apenas orientar o Presidente da República acerca do eventual ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante a Suprema Corte do país, como também elaborar a peça inaugural, uma vez tomada a decisão nesse sentido.

Como decorrência lógica, também no desempenho de seu papel de prestar assessoramento jurídico ao Presidente da República, é possível a configuração de situação concreta em que o Advogado-Geral da União tenha elaborado a inicial a ser apresentada pelo Chefe do Poder Executivo, apresentando à Corte suporte argumentativo destinado a demonstrar a incompatibilidade vertical da norma impugnada com o teor da Carta da República, seja na perspectiva formal ou na material.

O Advogado-Geral da União, inclusive, apõe sua assinatura juntamente com a do Presidente da República, deixando evidente que, de alguma forma, participou da construção dos termos da peça inaugural.

O Advogado-Geral foi, na situação cogitada, o responsável pela elaboração dos termos da inicial que desencadeou o processo objetivo de constitucionalidade por parte do Presidente

⁴¹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República;

⁴² Art. 18. Ao Advogado-Geral da União incumbe: I - assessorar o Presidente da República nos assuntos de natureza jurídica, por meio da elaboração de pareceres e de estudos ou da proposição de normas, medidas e diretrizes; II - assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da administração pública federal; III - sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico de interesse público; IV - apresentar ao Presidente da República as informações a serem prestadas ao Poder Judiciário quando impugnado ato ou omissão presidencial; e V - exercer outras atribuições estabelecidas na Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993.

da República. A peça contém, dessa forma, fundamentos voltados a elidir da ordem jurídica pátria determinada lei ou ato normativo e segue assinada, como já mencionado, pelo Chefe do Poder Executivo e pelo Advogado-Geral da União.

Nesse caso, como restará conformada a participação do Advogado-Geral da União na ação direta, especificamente no que concerne à sua missão de exercer a curadoria da presunção de constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado?

Quando há precedente específico da Suprema Corte reconhecendo a inconstitucionalidade do ato impugnado em hipótese semelhante, o problema se resolve pelo temperamento interpretativo dado pelo Colegiado, ou seja, o Advogado-Geral da União está autorizado a curvar-se ao entendimento exarado no precedente e, com isso, pode manifestar-se pela inconstitucionalidade da norma – hipótese em que restará configurada sintonia da participação do Advogado-Geral com a finalidade expressa na inicial.

Foi o que se constatou no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade nº 5296, em que o Chefe do Poder Executivo federal impugnou a Emenda Constitucional nº 74, de 06 de agosto de 2013, cujo teor conferiu às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal a autonomia funcional e administrativa que já possuíam as Defensorias Públicas Estaduais.

Na peça exordial, argumentou-se que a ausência de participação do Poder Executivo no projeto violava a competência privativa do Presidente da República de dar início ao processo legislativo sobre a matéria veiculada na emenda constitucional em exame. Por conseguinte, em discussão, igualmente, eventual afronta ao princípio da separação dos Poderes.

Tais aspectos, portanto, seriam merecedores de exame por parte do Supremo Tribunal Federal, daí a submissão do tema à Corte por meio da ação direta.

Na aludida ação, em que a então Presidente da República exerceu sua legitimação para o ajuizamento da ação direta, o Advogado-Geral da União, no exercício do comando constitucional de defesa da norma, manifestou-se pelo deferimento da medida cautelar, a fim de que fosse suspensa a eficácia da Emenda Constitucional nº 74 de 2013. Para tanto, invocou os precedentes da Suprema Corte que autorizam o ataque da norma impugnada, a exemplo da Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator Ministro Eros Grau, da Medida Cautelar na ADI nº 4843, Relator Ministro Celso de Mello, da ADI nº 351, Relator Ministro Marco Aurélio, e da ADI nº 119, Relator Ministro Dias Toffoli.

Em situações dessa ordem, em que os termos da manifestação do Advogado-Geral coincidem com os constantes da inicial, não há maiores questionamentos em torno do trabalho desenvolvido pelo Advogado-Geral da União no processo da ação direta de

inconstitucionalidade, muito embora no caso específico citado o Supremo Tribunal Federal tenha se posicionado pela constitucionalidade da Emenda Constitucional impugnada.

O problema reside na hipótese em que não há posicionamento antecedente do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo e a peça inaugural da ação direta de inconstitucionalidade vem assinada pelo Presidente da República e pelo Advogado-Geral da União. Como fica a curadoria da norma nessa ação direta? A manifestação do Advogado-Geral da União está vinculada aos termos da inicial por ele elaborada e assinada pelo Presidente da República? Ou é possível manifestação que se contraponha a seus termos, apresentando à Corte argumentos voltados à manutenção da lei ou do ato normativo impugnado na ordem jurídica?

O enfrentamento do problema passa novamente pela análise da natureza jurídica de cada ato praticado pelo Advogado-Geral da União. Seu papel, ao produzir os argumentos consubstanciados na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade tem suporte no seu dever de prestar assessoramento jurídico ao Presidente da República, tal como disciplina a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, ao inserir entre as atribuições do chefe da Instituição a função de assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes⁴³.

Da mesma forma, dá amparo à atuação do Advogado-Geral nesse assessoramento sua atribuição de sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público⁴⁴. Uma dessas medidas pode ser, perfeitamente, o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Ao subscrever a peça inaugural assinada pelo Chefe do Poder Executivo, o Advogado-Geral da União atua, por conseguinte, em estrita observância a seu dever constitucional e legal. Por outro lado, sua manifestação na ação direta de inconstitucionalidade, na forma prevista no parágrafo 3º do artigo 103 da Constituição da República, tem escopo já delineado pelo legislador constituinte originário, razão pela qual deve o Advogado-Geral exercer a curadoria da norma, apresentando ao Colegiado os elementos que embasam a manutenção da norma no ordenamento jurídico.

Observa-se, dessa forma, que se trata de desempenho de atribuições com amplitudes e finalidades bem definidas e diferenciadas entre si. Com efeito, o suporte técnico jurídico dado pelo Advogado-Geral da União ao Presidente da República quando este faz uso de sua legitimação para o ajuizamento de ações no controle concentrado de constitucionalidade de

⁴³ Artigo 4º, inciso VII da LC 73/93.

⁴⁴ Artigo 4º. Inciso IX da LC 73/93.

normas não se confunde com a análise, também técnica jurídica, a ser desenvolvida pelo Advogado-Geral da União ao exercer a curadoria da norma.

Mais uma vez, os papéis desempenhados por esse mesmo ator – o Advogado-Geral da União – são distintos, embora presentes na mesma ação direta de inconstitucionalidade. Os espaços de atuação de cada um deles não se confundem, e são passíveis de convivência harmônica no mesmo processo de controle abstrato de constitucionalidade.

A contradição quanto à participação do Advogado-Geral da União é apenas aparente. Isso porque o Advogado-Geral da União não figura entre as autoridades dotadas de legitimação para desencadear o processo concentrado de constitucionalidade de normas, previstas em rol exaustivo, conforme os artigos 103 da Constituição de 1988⁴⁵ e 2º da Lei nº 9.868 de 1999.⁴⁶ A legitimação para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade é atribuída ao Presidente da República e não ao Advogado-Geral da União.

Aliás, sobre esse aspecto, pacífico no âmbito do Supremo Tribunal Federal a distinção entre a legitimação para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade e a capacidade postulatória.

A Corte ressalta que às figuras arroladas no artigo 103, incisos I a VII da Constituição da República, além de ativamente legitimadas à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante o ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, *ex vi* da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado⁴⁷.

A compreensão reforça a afirmação de que o detentor da legitimidade para dar início ao processo objetivo de controle de constitucionalidade é exclusivamente o Presidente da República.

Logo, se a legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade é conferida com exclusividade ao Presidente da República, a participação do Advogado-Geral da União na elaboração da peça inaugural não compromete sua atuação na qualidade de curador da norma. Os termos constantes da inicial não têm a força de vincular a manifestação posterior no processo objetivo quando do exercício da referida curadoria.

⁴⁵ CR/88. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; (...).

⁴⁶ Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; (...).

⁴⁷ ADI nº 127 – MC-QO, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 10.11.1993.

Como os papéis são distintos, é possível admitir-se uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Presidente da República contendo manifestação do Advogado-Geral da União, no exercício da curadoria da presunção de constitucionalidade da norma, no sentido da constitucionalidade do ato normativo impugnado.

Nesse cenário, o espectro de atuação de cada um dos atores no processo de natureza objetiva encontra-se devidamente respeitado. Ainda que a peça tenha sido assinada pelo Advogado-Geral da União, a aposição da aludida assinatura não merece ter, como desdobramento necessário, o comprometimento de sua missão de promover a curadoria da norma. São atuações conciliáveis na medida em que uma se destina a respaldar o exercício pelo Presidente da República de sua legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade e a outra tem por finalidade subsidiar a Suprema Corte quanto aos aspectos jurídicos que justificariam a manutenção da norma ou do ato impugnado na ordem jurídica.

Nesse sentido, diante da precisão técnica em torno de cada uma das atribuições do Advogado-Geral da União, é possível o convívio pacífico de cada participação – o assessoramento jurídico ao Presidente da República quando da elaboração da peça inicial apresentada pelo Presidente da República e a manifestação para fins do exercício da curadoria da norma –, sem que se tenha qualquer comprometimento ao bom desenvolvimento do processo da ação direta de inconstitucionalidade.

4.3 ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NA ELABORAÇÃO DE PARECER NAS HIPÓTESES DE VETO OU SANÇÃO PRESIDENCIAL

Ainda na perspectiva do assessoramento jurídico ao Presidente da República, cabe ao Advogado-Geral da União proceder ao exame da juridicidade e constitucionalidade de leis ou atos normativos⁴⁸. Assim, compete-lhe subsidiar a decisão a ser tomada pelo Presidente da República acerca do veto ou da sanção a projetos de lei aprovados no âmbito do Poder Legislativo federal.

⁴⁸ LC n° 73/1993. Art. 4° - São atribuições do Advogado-Geral da União: (...) VII - assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes; (...)

Nesse sentido, encontra-se regularmente inserida entre as atribuições do Advogado-Geral da União a tarefa de recomendar ao Presidente da República o veto a determinada lei quando restar constatada sua contrariedade a comando inserto na Constituição da República. Igualmente, tem o Advogado-Geral da União a competência para apontar, ao Chefe do Poder Executivo federal, a presença na hipótese examinada de razões de interesse público que recomendariam o veto presidencial.

Assim, no exercício do assessoramento ao Presidente da República, destinado a subsidiar a decisão relativa à sanção ou veto de projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional, o Advogado-Geral da União observa estritamente os termos do artigo 131 da Constituição da República combinado com o disposto na Medida Provisória nº 782, de 31 de maio de 2017, bem como o § 4º do artigo 52 do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002⁴⁹.

A Consultoria-Geral da União é o órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União encarregado de colaborar com o Advogado-Geral da União, em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República, produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição⁵⁰.

Assim, está inserido no espaço de competência da Consultoria-Geral da União a análise de anteprojeto de lei, de medidas provisórias e de outros atos normativos, bem como de propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional, além da análise de projetos de lei submetidos à sanção do Presidente da República, de modo a subsidiar o Advogado-Geral da União no exercício de sua competência constitucional de prestar assessoramento jurídico ao Presidente da República⁵¹.

Merece enfrentamento a hipótese em que o Advogado-Geral da União, embora tenha recomendado ao Presidente da República o veto a determinada lei, apontando os argumentos pelos quais compreende que aquele ato normativo padeceria de vício de inconstitucionalidade, e, não obstante, o Chefe do Poder Executivo tenha promovido a sanção e, posteriormente, a lei ou ato normativo sancionado tenha resultado objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse caso, antes mesmo do ingresso formal da norma na ordem jurídica nacional, no desempenho de sua missão de prestar assessoramento jurídico ao Presidente da República, o

⁴⁹ Art. 52. Na apreciação de projetos de lei, enviados pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para sanção, compete à Secretaria de Assuntos Parlamentares da Secretaria-Geral da Presidência da República solicitar aos Ministérios e aos demais órgãos da Administração Pública Federal as informações que julgar convenientes, para instruir o exame do projeto. § 4º A Secretaria de Assuntos Parlamentares da Secretaria-Geral da Presidência da República encaminhará à Advocacia-Geral da União cópia dos projetos de lei referidos no *caput*.

⁵⁰ Conforme dispõe o artigo 2º, I, alínea c, bem como artigo 10 da Lei Complementar nº 73/93 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União).

⁵¹ Artigo 15 do Anexo I do Decreto nº 7.392/2010.

Advogado-Geral da União vislumbrou a inconstitucionalidade do projeto de lei aprovado e submetido à sanção presidencial. O Presidente da República, todavia, entendeu por bem sancioná-lo.

Alguns questionamentos podem ser suscitados em situações dessa natureza. O Advogado-Geral da União, no exercício de seu *munus*, uma vez ausente precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade em caso semelhante, deve manifestar-se pela inconstitucionalidade da norma, mantendo coerência com seu posicionamento antecedente? Ou tem o dever de defender a constitucionalidade da norma contrariando sua compreensão a respeito do tema?

Novamente o exame exige clareza em torno da finalidade de cada uma das atuações. Ao recomendar o veto presidencial, o Advogado-Geral da União está no pleno exercício de sua missão de assessorar o Chefe do Poder Executivo. Ao exercer a curadoria da presunção de constitucionalidade da norma, o Advogado-Geral da União desenvolve seu dever constitucional de apresentar ao Colegiado os elementos que dão sustentabilidade constitucional ao ato impugnado.

As esferas de atuação mais uma vez são inconfundíveis. O fato de o Advogado-Geral da União ter vislumbrado a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, em momento antecedente a seu efetivo ingresso no ordenamento jurídico – compreensão que agora coincide com a suscitada por um dos legitimados ativos e é apresentada à Suprema Corte em sede de ação direta de inconstitucionalidade – não conduz ao afastamento de seu dever de promover a curadoria da norma no processo objetivo de constitucionalidade.

Cabe-lhe, ao contrário, manter-se fiel à sua missão constitucional, desempenhando o encargo de curador da presunção de constitucionalidade da norma da forma mais eficiente possível, mormente diante da ausência de precedente do Supremo Tribunal Federal em sentido inverso.

Não seria razoável admitir-se que o comando constitucional que lhe impõe o ônus de defender a constitucionalidade da norma, comando este emanado do próprio legislador constituinte originário, tivesse que ceder espaço à sua compreensão anterior acerca da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo objeto de impugnação.

Em outros termos, a curadoria da norma não merece ser elidida por força da relação de coincidência estabelecida entre sua percepção prévia a respeito da inconstitucionalidade da norma e os argumentos constantes da peça inaugural do processo da ação direta de inconstitucionalidade.

A primazia, naturalmente, deve ser estabelecida em favor da determinação constitucional de defesa da lei ou do ato normativo objeto da ação direta de inconstitucionalidade.

Em decorrência, não seria possível ao Advogado-Geral da União atuar numa postura abdicatória de seu dever constitucional, sob o fundamento de que teria firmado convicção prévia a respeito do tema no sentido da inconstitucionalidade, quando exercera o assessoramento jurídico ao Presidente da República. A ausência de precedente específico do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, nessa situação, impõe-lhe a fidelidade a seu *mínus* constitucional.

Justamente para que não se tenha qualquer embaraço a respeito dessa prévia concepção do Advogado-Geral da União no exercício de seu legítimo assessoramento ao Presidente da República e sua futura atuação no processo da ação direta de inconstitucionalidade, é que o procedimento administrativo pertinente à análise e parecer acerca das hipóteses de veto ou sanção presidencial tramita mediante sigilo, na forma prevista na legislação de regência, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, combinado com o art. 22 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Internamente, a restrição encontra-se no art. 19, inciso XVI, da Portaria AGU nº 529, de 23 de agosto de 2016.

Ou seja, se de um lado exige-se do Advogado-Geral a defesa da constitucionalidade das normas, a teor do disposto no § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, de outro, na atribuição de assessoramento jurídico ao Presidente da República, compete-lhe dirigir sua opinião ao Chefe do Poder Executivo sobre a sanção ou veto a projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional.

A diversidade de funções desempenhadas pelo Advogado-Geral com escopos específicos e a necessidade de defesa da constitucionalidade das normas nos moldes do texto constitucional sem afetar o controle abstrato exigem, necessariamente, um aparato jurídico que confira proteção à manifestação.

Daí a previsão do sigilo profissional do advogado, presente no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994)⁵², aplicável igualmente ao Advogado Público, que impõe restrição ao acesso do parecer exarado pelo Advogado-Geral da União sobre o tema. Dever de sigilo que também se observa com fundamento no artigo 22 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011⁵³, o qual independe da classificação de grau.

⁵²Art. 34. Constitui infração disciplinar: (...) VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional; (grifos não originais).

⁵³ Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

De molde a reforçar a importância de se revestir o procedimento de análise e parecer do correspondente sigilo, a Advocacia-Geral da União também dispõe de regulamento interno a respeito da matéria, classificando como de acesso restrito as manifestações jurídicas elaboradas com a finalidade de apreciar projeto de lei submetido a veto ou a sanção do Presidente da República.⁵⁴

Portanto, tratando-se de hipótese em que o Advogado-Geral da União tenha se posicionado previamente, em procedimento administrativo, recomendando ao Presidente da República o veto a determinada lei ou ato normativo, tal circunstância não elide seu dever de defender a constitucionalidade da mesma lei ou ato normativo, quando objeto de ação direta de inconstitucionalidade, uma vez ausente precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade em hipótese análoga.

⁵⁴ Art. 19. Poderão ter acesso restrito na AGU e na PGF, em decorrência da inviolabilidade profissional do advogado, prevista no art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e independentemente de classificação, na forma do art. 22 da Lei nº 12.527, de 2011, as informações, documentos e dados que versem sobre: (...) XVI - manifestações jurídicas elaboradas com a finalidade de apreciação de projeto de lei submetido à sanção ou veto do Presidente da República.

CAPÍTULO V

5. QUANTIFICANDO AS MANIFESTAÇÕES DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO EM AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Quando se trata da atuação do Advogado-Geral da União no exercício da curadoria da presunção de constitucionalidade da norma, revela-se de importância singular a apresentação de alguns dados estatísticos, aptos a demonstrar a extensão de sua atuação no processo objetivo, mais precisamente em sede de ação direta de inconstitucionalidade, tendo como parâmetro as ocorrências do período de abril de 2012 a abril de 2017.

Para se obter um padrão de tratamento quanto aos dados, os números constantes dos gráficos apresentados retratarão os registros constantes do período de abril de 2012 a abril de 2017. Nesse sentido, foram encontrados os seguintes quantitativos: i) 923 (novecentos e vinte e três) ações ajuizadas; ii) 887 (oitocentos e oitenta e sete) manifestações do Advogado-Geral da União e iii) 566 (quinhentos e sessenta e seis) ações com decisão final.

AÇÕES AJUIZADAS	MANIFESTAÇÕES ENCAMINHADAS	DECISÕES FINAIS
923	887	566

Tabela 1 – Ações ajuizadas, manifestações encaminhadas e decisões finais

Os números se apresentam diferentes, porque nem todas as ações ajuizadas necessariamente já contam com manifestação do Advogado-Geral da União ou foram decididas pela Suprema Corte. O mesmo se diga do número encontrado de manifestações, em observância ao art. 103, § 3º, da Constituição Federal, que podem se referir a ações ajuizadas antes de abril de 2012 e que não contam com decisão dentro do lapso temporal definido para a pesquisa. E, em relação às decisões proferidas nas ações diretas, o número de manifestações é diverso do número de decisões porque em uma única manifestação o Advogado-Geral muitas vezes se posiciona quanto ao conhecimento da ação, analisando preliminares, e também sobre o mérito, caso o Tribunal entenda pelo conhecimento e adentre no exame da matéria de fundo. Feitas tais observações, passa-se a detalhar a pesquisa quantitativa da presente dissertação.

5.1 AÇÕES DIRETAS AJUIZADAS

Inicialmente, será apresentado o quantitativo de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal no período de abril de 2012 a abril de 2017. Trata-se de números absolutos considerados independente de já contarem com manifestação do Advogado-Geral da União ou com decisão final proferida.

Nesse sentido, foram ajuizadas no período supramencionado 923 (novecentos e vinte e três) ações diretas de inconstitucionalidade, a revelar a intensa atividade da Corte quando o assunto é o processo de fiscalização normativa abstrata. Abaixo a classificação considerou apenas o ano de ajuizamento⁵⁵.

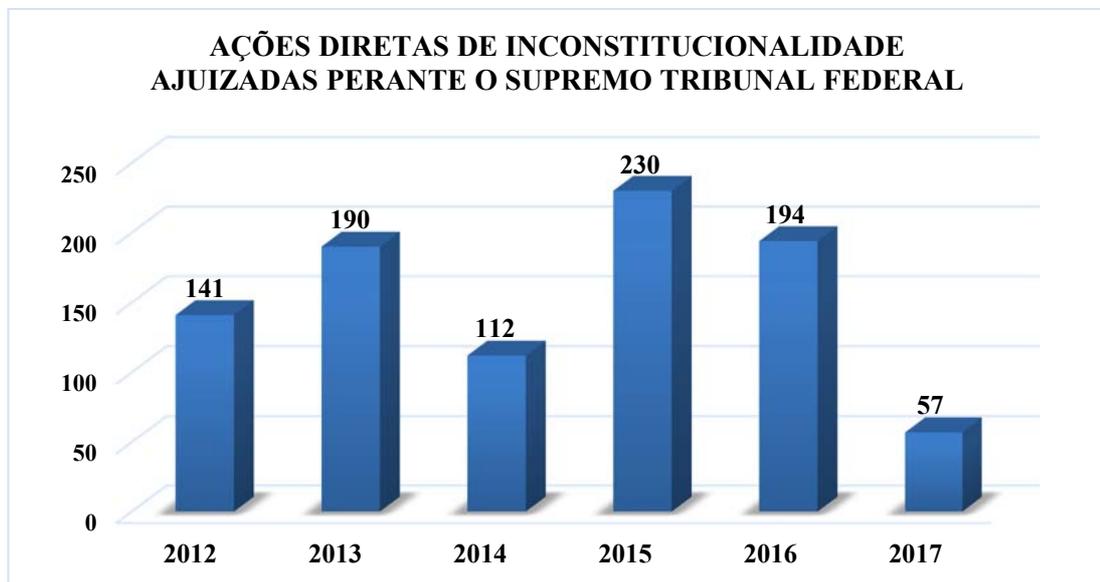


Gráfico 1 – Ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal

ANO	AÇÕES AJUIZADAS
2012	141
2013	189
2014	112
2015	230
2016	194
2017	57
Total	923

Tabela 2 – Ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas por ano

⁵⁵ Gráficos elaborados com base em dados extraídos do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Quando se desdobra o número acima tendo como parâmetro a origem do ato objeto de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade – se ato normativo federal ou ato normativo estadual –, o que se pode observar é a superioridade do número de ações diretas em que são discutidos leis ou atos normativos estaduais, aspecto natural diante da estrutura do federalismo pátrio.

Assim, das 923 (novecentos e vinte e três) ações ajuizadas no período eleito, 587 (quinhentos e oitenta e sete) têm por objeto atos normativos oriundos dos Estados-membros e, por conseguinte, 331 (trezentos e trinta e uma) se referem a questionamentos acerca de atos normativos federais. Eis o gráfico demonstrativo:

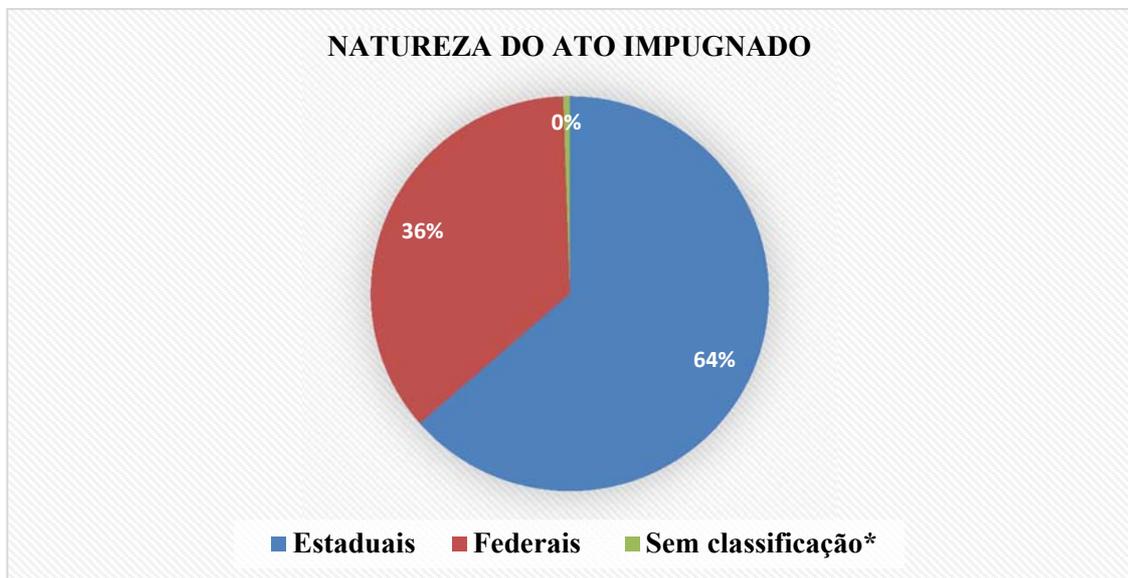


Gráfico 2 – Natureza do ato impugnado

NATUREZA DO ATO IMPUGNADO	QUANTITATIVO
Estaduais	587
Federais	331
Sem classificação⁵⁶	5
Total	923

Tabela 3 – Natureza do ato impugnado

5.2 MANIFESTAÇÕES APRESENTADAS

⁵⁶ Em 3 ações o ato impugnado era municipal e em 2 não há interessados (uma foi reatuada e a outra cancelada).

Levando-se em consideração o número de manifestações apresentadas pelo Advogado-Geral da União no exercício da curadoria da presunção da constitucionalidade da lei ou do ato normativo objeto de ação direta de inconstitucionalidade no período de abril de 2012 a abril de 2017, já referido, os dados demonstram a intensidade da atividade desempenhada.

Os números têm a aptidão de revelar, assim, o alcance da missão do Advogado-Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade, mais precisamente em sede de ação direta de inconstitucionalidade. E, como mencionado, as manifestações aqui examinadas não guardam correlação numérica obrigatória com o número de ações ajuizadas (item 5.1) ou com o número de ações que já foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal (item 5.3), porquanto cada ação tramita em ritmo próprio a depender da complexidade da matéria em discussão.

Assim, tomando como parâmetro os números registrados no período estabelecido na metodologia, constata-se que o Advogado-Geral da União se manifestou em 887 (oitocentos e oitenta e sete) ações diretas de inconstitucionalidade.

Importante consignar que o número não contempla todo o acervo de manifestações exaradas pelo Advogado-Geral no controle abstrato de constitucionalidade, porquanto não foram levadas em consideração aquelas apresentadas no âmbito das ações declaratórias de constitucionalidade, das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e das arguições de descumprimento de preceito fundamental. Eis o gráfico demonstrativo:



Gráfico 3 – Manifestações encaminhadas ao STF por ano

ANO	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Total	111	225	115	184	202	50

Tabela 4 – Manifestações encaminhadas ao STF por ano

Cotejando as manifestações de acordo com a origem do ato impugnado, tem-se a apresentação à Suprema Corte de 587 (quinhentos e oitenta e sete) manifestações em ações diretas de inconstitucionalidade que tiveram por objeto lei ou ato normativo estadual. As manifestações enviadas em sede de ações em que se discutiam leis ou atos normativos federais somaram 300 (trezentas), ou seja, 66% (sessenta e seis por cento) das manifestações apresentadas pelo Advogado-Geral da União ao STF no período referiam-se a ações diretas em que se discutiam atos normativos estaduais e 33% (trinta e três por cento) atos normativos federais. O demonstrativo abaixo retrata exatamente esse percentual de participação:

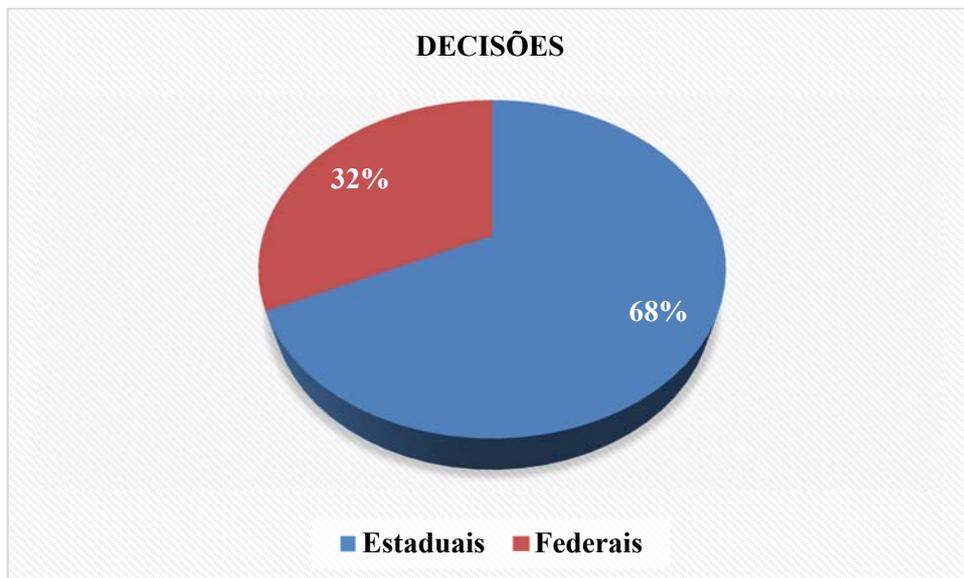


Gráfico 4 – Decisões por origem do ato impugnado

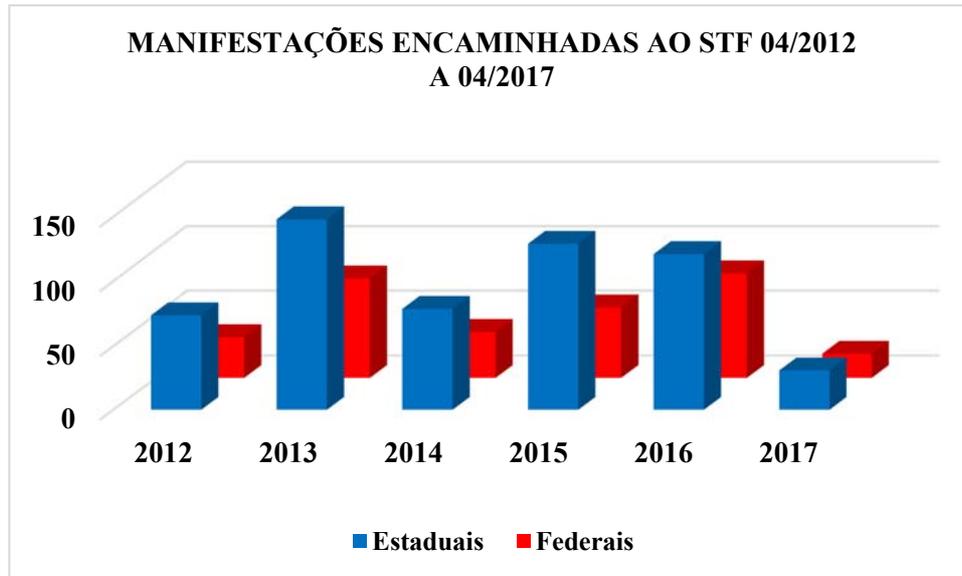


Gráfico 5 – Manifestações encaminhadas ao STF

AÇÕES	2012	2013	2014	2015	2016	2017	
Estaduais	79	148	79	129	121	31	587
Federais	32	77	36	55	81	19	300
Total	111	225	115	184	202	50	887

Tabela 5 – Manifestações encaminhadas ao STF subdivididas em estaduais e federais

Do total de manifestações enviadas ao Supremo Tribunal Federal no período apontado, em 80 (oitenta) o Advogado-Geral da União manifestou-se pela inconstitucionalidade do ato impugnado na ação direta. O dado é importante por revelar justamente que o Advogado-Geral da União vem prestando reverência ao entendimento da Corte acerca de sua atuação como curador da presunção de constitucionalidade da norma. O Advogado-Geral fez uso da excepcionalidade admitida pelo Colegiado, isto é, posicionou-se pela procedência dos pedidos, não exercendo seu encargo de *defensor legis* apenas em oitenta ações, sempre amparado em precedente do STF no sentido da inconstitucionalidade.

O quadro abaixo retrata que das 80 (oitentas) manifestações, 76 (setenta e seis) diziam respeito a ações diretas que tinham por objeto leis ou atos normativos estaduais. Denota-se do aludido número que o Advogado-Geral tem apontado à Corte, em suas manifestações, situações de descompasso da lei ou do ato normativo estadual com a jurisprudência firmada pelo STF.

MANIFESTAÇÕES PELA INCONSTITUCIONALIDADE	
Estaduais	76

Federais	4
Total	80

Tabela 6 – Manifestações pela inconstitucionalidade do ato subdivididas em estaduais e federais

5.3 AÇÕES DIRETAS JULGADAS

Quando o parâmetro reside no quantitativo de decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no período avaliado⁵⁷, em um primeiro recorte verifica-se o já mencionado predomínio das ações cujos atos impugnados são oriundos dos Estados-membros.

Em números absolutos o demonstrativo abaixo revela exatamente a predominância das ações diretas que têm por objeto leis estaduais, dado, aliás, que guarda relação de coerência com o número de entrada, isto é, são ajuizadas mais ações diretas contra leis ou atos normativos estaduais do que ações diretas contra leis ou atos normativos federais, como atestou o primeiro gráfico.

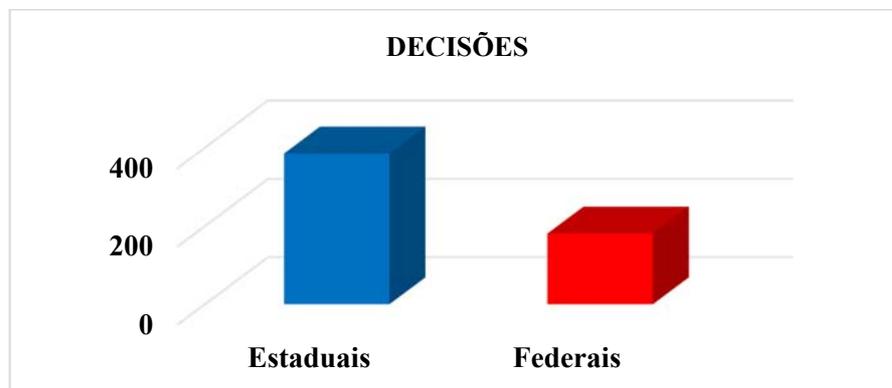


Gráfico 6 – Quantitativo de decisões em ações estaduais e federais

DECISÕES PROFERIDAS	
Estaduais	385
Federais	181
Total	566

Tabela 7 – Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal

⁵⁷ Os números referem-se a ações que foram julgadas monocraticamente ou pelo colegiado, independentemente de publicação do acórdão.

Prosseguindo na análise dos números, o próximo demonstrativo retrata que 27% das ações diretas foram julgadas procedentes pelo Supremo Tribunal Federal no período escolhido e 14% improcedentes. O maior número, contudo, concentrou-se no grupo referente às decisões que julgaram prejudicadas as ações diretas.

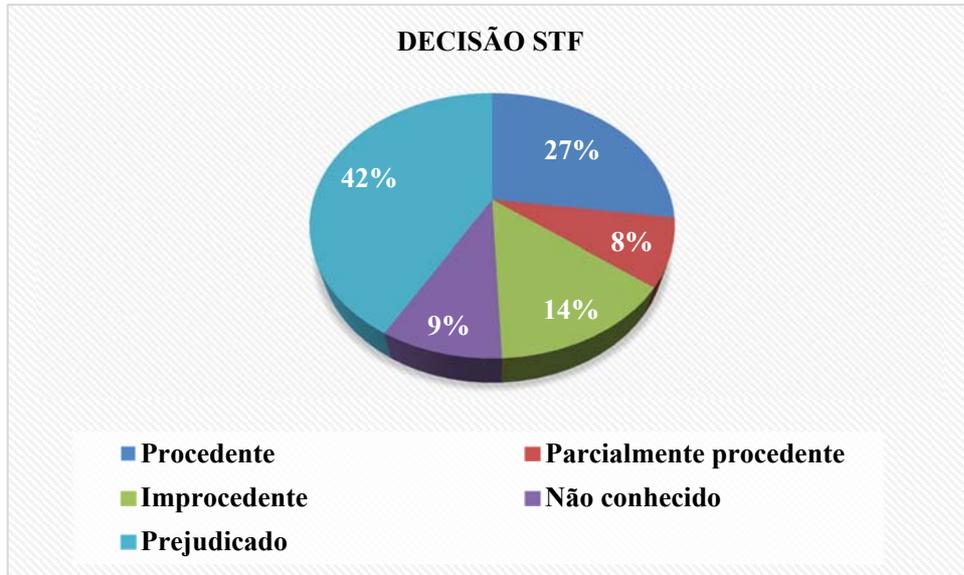


Gráfico 7 – Resultado das decisões do STF

DECISÃO DO STF	Total
Procedente	154
Parcialmente procedente	46
Improcedente	79
Não conhecido	51
Prejudicado	236
Total	566

Tabela 8 – Resultado das decisões do STF

Estabelecendo-se uma correlação entre as decisões proferidas pela Corte e as manifestações do Advogado-Geral da União, é possível afirmar que a curadoria da norma vem sendo exercida com responsabilidade. Isso porque em 237 (duzentos e trinta e sete) ações o resultado do julgamento definitivo da Corte guardou relação de equivalência com a manifestação do Advogado-Geral, isto é, em 42% dos casos. Em 50 (cinquenta) casos a decisão foi parcialmente equivalente. O descompasso entre a manifestação e a decisão proferida pelo Colegiado foi registrado em 67 (sessenta e sete) casos. Eis o quadro demonstrativo:

Importante destacar que foram analisadas 566 (quinhentas e sessenta e seis) decisões. No entanto, ao quantificar as manifestações encaminhadas pelo Advogado-Geral da União, adotou-se não o número de peças protocoladas, mas sim o posicionamento do Advogado-Geral. Isso porque em muitas petições se procede ao exame primeiramente do cabimento da ação e, nessa perspectiva, o Advogado-Geral pode apresentar ao Tribunal preliminares que levariam ao não conhecimento da ação e, na mesma oportunidade, à apresentação dos argumentos de defesa ou não da norma – já no contexto de análise do mérito, isto é, de procedência ou improcedência do pedido formulado na ação.

DECISÃO STF X MANIFESTAÇÃO AGU	
Favorável	237
Parcialmente favorável	50
Desfavorável	67
Não se aplica⁵⁸	212
Total	566

Tabela 9 – Manifestação do Advogado-Geral da União

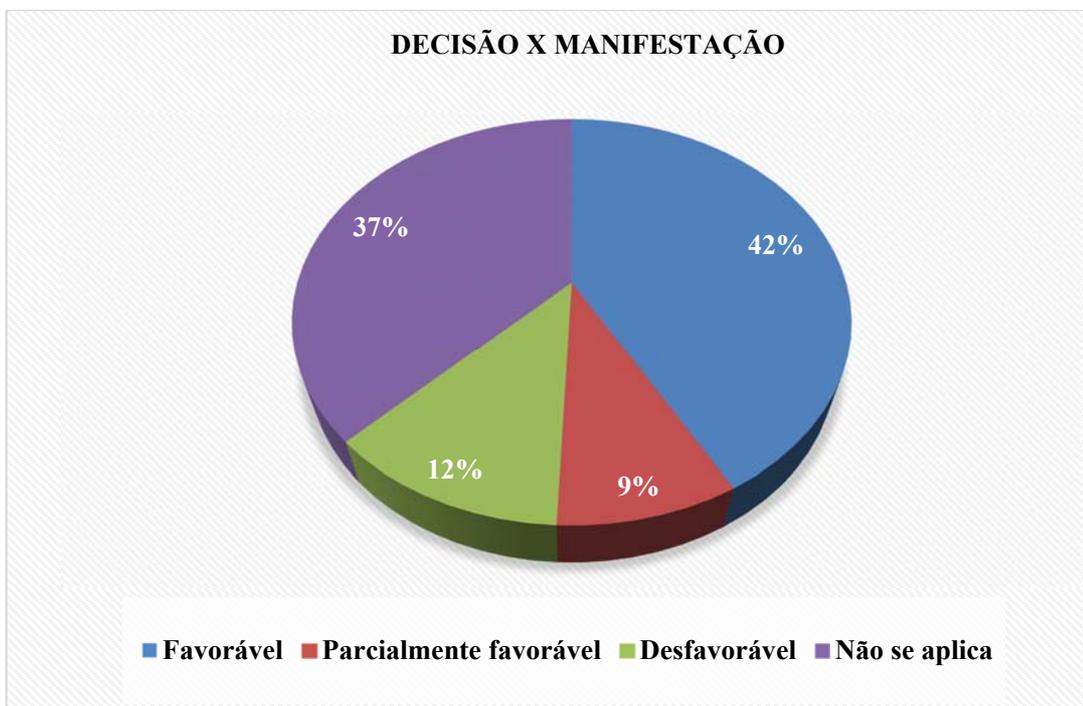


Gráfico 8 – Número de manifestações analisadas em relação às decisões proferidas

⁵⁸ Sem manifestação da AGU; norma revogada; alteração do parâmetro constitucional; prejudicialidade por perda superveniente do objeto; alteração substancial da norma; norma não mais apta a produzir efeitos.

Abaixo um desdobramento dos números supramencionados considerando a origem do ato impugnado:

ESTADUAIS	TOTAL
Favorável	163
Parcialmente favorável	37
Desfavorável	52
Não se aplica	133
Total	385

Tabela 10 – ações estaduais

FEDERAIS	TOTAL
Favorável	74
Parcialmente favorável	13
Desfavorável	15
Não se aplica	79
Total	181

Tabela 11 – ações federais

Esses dados são importantes porque retratam situações em que o Advogado-Geral da União, mesmo vislumbrando vício de inconstitucionalidade formal ou material a macular a lei ou o ato normativo objeto de impugnação, encontra-se, pelo comando constitucional e pela interpretação jurisprudencial atual, obrigado a realizar a defesa do diploma hostilizado.

Ou seja, o dever de promover a curadoria do ato normativo impugnado, uma vez ausente precedente específico sobre o tema, conduz muitas vezes o Advogado-Geral ao ônus de apresentar argumentos de defesa de lei ou de ato normativo que não guardou o necessário dever de compatibilidade vertical com a Constituição da República, aspecto que justifica, em alguma medida, o descompasso entre a manifestação e a decisão.

Isso porque há hipóteses em que a inconstitucionalidade é flagrante, mas a ausência posicionamento prévio da Corte constitucional acerca do tema impede o Advogado-Geral da União de apresentar argumentos no sentido da inconstitucionalidade, mantendo-se fiel a seu dever de exercer a curadoria da presunção de constitucionalidade da lei ou do ato normativo hostilizado.

Também é possível extrair dos demonstrativos o considerável número de acolhimento, pela Suprema Corte, da posição adotada pelo Advogado-Geral da União nas ações diretas de inconstitucionalidade, em especial naquelas que têm por objeto leis ou atos normativos emanados da esfera federal.

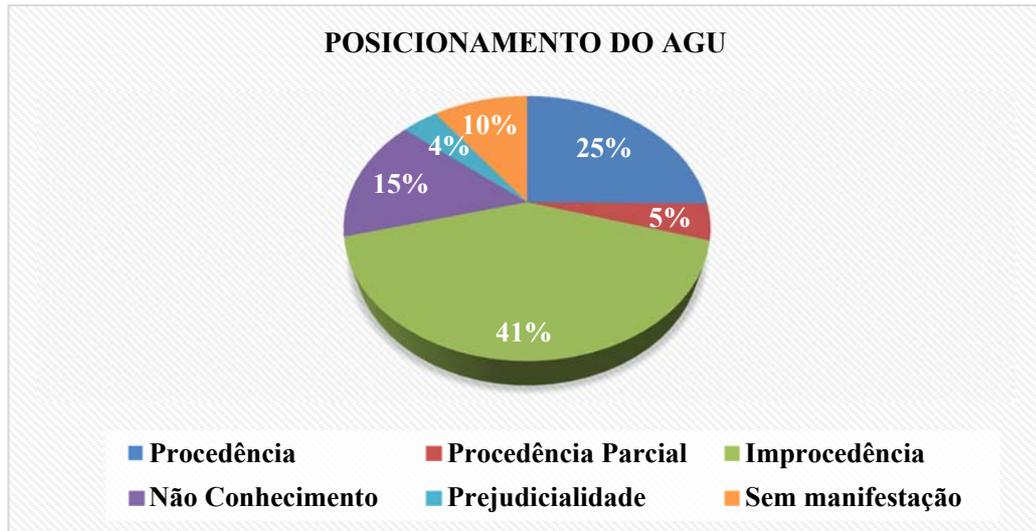


Gráfico 9 – Manifestação do Advogado-Geral da União

POSICIONAMENTO DO AGU	TOTAL
Procedência	170
Procedência parcial	30
Improcedência	279
Conhecimento	1
Conhecimento parcial	7
Não conhecimento	103
Não conhecimento parcial	5
Prejudicialidade	26
Prejudicialidade parcial	1
Sem manifestação	68
Reconsideração	1
Total	691

Tabela 12 – Posicionamento do Advogado-Geral da União

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação direta de inconstitucionalidade constitui um dos instrumentos constantes do sistema constitucional pátrio capaz de desencadear típica jurisdição constitucional. Sua função precípua é a de zelar pela Carta da República e, em última análise, pela própria higidez da ordem constitucional, já que configura mecanismo por meio do qual um dos legitimados ativos pretende elidir lei ou ato normativo que tenha ingressado no ordenamento jurídico sem guardar o denominado dever de compatibilidade vertical.

A peça inaugural do processo da ação direta de inconstitucionalidade encerra, assim, argumentos tendentes a demonstrar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo objeto de impugnação.

O legislador constituinte originário, por sua vez, atento à importância de se aparelhar adequadamente o processo de controle abstrato de normas – já que a decisão declaratória de inconstitucionalidade implica o afastamento do ato normativo impugnado –, reputou relevante a presença nos autos de elementos de defesa da norma.

Assim, se por um lado os argumentos de ataque à norma constam do pedido inicial, por outro surge a figura que fará o contra-ataque, aquele que funcionará no processo objetivo como o curador da presunção de constitucionalidade da norma: o Advogado-Geral da União, na forma expressa no artigo 103, § 3º, da Constituição da República.

Embora detentor de missão predefinida pelo legislador constituinte originário, encarregado de apresentar à Corte os fundamentos que embasariam a declaração de constitucionalidade e, em decorrência, a improcedência dos pedidos formulados na ação, o fato certo é que algumas distorções em torno do desempenho desse papel por parte do Advogado-Geral da União levaram o Supremo Tribunal Federal a interpretar o *mínus* constitucionalmente a ele imposto com algum temperamento.

Assim, não seria razoável e até mesmo harmônico com todo o sistema exigir do Advogado-Geral da União manifestação em defesa de ato normativo reconhecidamente inconstitucional em precedentes do Colegiado em hipóteses análogas. O Advogado-Geral da União seria, nesse sentido, aquele que passaria a ser o defensor da inconstitucionalidade e essa não seria, certamente, a intenção do legislador constituinte.

O Supremo Tribunal Federal, então, interpretando o alcance do dispositivo constitucional supramencionado, delineou a participação do Advogado-Geral da União no processo da ação direta de inconstitucionalidade, dando-lhe maior racionalidade e coerência.

Autorizou-lhe apresentar manifestação pela procedência dos pedidos formulados, desde que presente posicionamentos do Colegiado nesse sentido em hipóteses semelhantes.

Não obstante o avanço interpretativo, outras situações vivenciadas pelo Advogado-Geral da União no processo objeto merecem reflexões. O temperamento que ensejou a estipulação de um modelo mais consentâneo com a finalidade do sistema de controle pode servir de amparo para outras hipóteses.

Assim, necessário o enfrentamento a respeito da melhor solução e do mais adequado posicionamento do Advogado-Geral da União no exercício de seu mister de promover a defesa do ato hostilizado em ação direta de inconstitucionalidade em algumas situações excepcionais. É o que se vislumbra, por exemplo, quando a ação direta de inconstitucionalidade é ajuizada pelo Presidente da República mediante peça subscrita pelo Advogado-Geral no exercício de sua missão de assessorar o Chefe do Poder Executivo.

Também quando há a emissão pelo Advogado-Geral da União de parecer sugerindo ao Presidente da República a aposição de veto a projeto de lei aprovado no Congresso Nacional, que vem a ser sancionado e posteriormente objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Igualmente, na hipótese de lei estadual editada mediante invasão da competência privativa da União para legislar sobre o tema e não há precedente da Suprema Corte reconhecendo a inconstitucionalidade em caso semelhante, entre outras.

À luz das mesmas premissas que deram guarida à interpretação do artigo 103, § 3º, da Constituição da República, é possível reconhecer a plausibilidade de eventual alargamento interpretativo para autorizar o Advogado-Geral da União a promover o ataque de norma flagrantemente inconstitucional, em especial quando esta invade espaço legislativo da União, seja para a edição de normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente, seja para exercer sua competência privativa em quaisquer dos temas insertos no artigo 22 da Constituição da República.

Do mesmo modo, mostra-se coerente a distinção necessária entre os múltiplos papéis desempenhados pelo Advogado-Geral da União quando exerce o trabalho de consultoria e assessoramento do Presidente da República na elaboração e apresentação das informações presidenciais na ação direta de inconstitucionalidade ou mesmo na elaboração da petição inicial da ação. A natureza e a finalidade de cada participação do Advogado-Geral no mesmo processo de controle abstrato atesta a ausência de paradoxo.

O suporte técnico-jurídico oferecido pelo Advogado-Geral da União ao Presidente da República para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não resvala no aniquilamento do exercício da curadoria da norma. Seu dever constitucional mantém-se firme

e, uma vez ausente precedente da Suprema Corte no sentido da inconstitucionalidade em situação análoga, deverá exercer sua vocação constitucional.

O mesmo desfecho parece ser o mais adequado quando se está diante de hipótese em que o Advogado-Geral da União presta assessoramento jurídico ao Presidente da República nas informações presidenciais. Caso estas sejam apresentadas no sentido da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, a ausência de precedente da Corte conduzirá o curador da norma a desempenhar seu *múnus*, sem qualquer contrassenso.

Dos principais eixos de atuação do Advogado-Geral, examinados à luz do exercício de sua missão de exercer a curadoria da presunção de constitucionalidade da norma, possível constatar a razoabilidade quanto ao alargamento das bases interpretativas da Corte para admitir manifestação do Advogado-Geral da União pela inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado em situações configuradoras de afronta aos interesses da União, ainda que diante da ausência de precedente do Colegiado. Essa solução manteria hígida a identidade constitucional do Advogado-Geral da União, sem inviabilizar o processo objetivo de fiscalização abstrata de normas.

Os dados estatísticos relativos às ações diretas de inconstitucionalidade, por sua vez, extraídos do período de abril de 2012 a abril de 2017, exibem aspectos importantes quanto ao tema objeto do estudo, seja no tocante ao volume de manifestações do Advogado-Geral da União em ações diretas de inconstitucionalidade que têm por objeto leis federais e estaduais, seja no que concerne à relação entre o conteúdo da manifestação apresentada e o resultado definitivo do julgamento pela Suprema Corte.

Assim, possível atestar que o Advogado-Geral da União vem exercendo com responsabilidade sua missão constitucional, mantendo-se fiel aos limites estabelecidos pelo STF no tocante à curadoria da norma, ou seja, manifestando-se no sentido da inconstitucionalidade da norma exclusivamente quando houver precedente da Corte nesse sentido. Igualmente, os números apontam o grau de êxito do Advogado-Geral no exercício da referida curadoria quando o objeto da ação direta é o ato normativo federal.

Como contribuição, e após a detida pesquisa sobre o tema ora enfrentado, a despeito da mencionada responsabilidade com a qual o Advogado-Geral da União vem atuando nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, entende-se que a compreensão sobre a possibilidade de posicionamento pela inconstitucionalidade da norma questionada pode abarcar outras situações, ainda que não haja precedente da Suprema Corte.

Tal conclusão se justifica, em especial, ao se analisar a matéria sob a ótica da identidade do sujeito constitucional. A razão de ser do Advogado-Geral da União é a defesa irrestrita dos

interesses da União, seja em juízo ou fora dele. Desnaturaria sua essência eventual manifestação aposta em ação direta de inconstitucionalidade na qual fosse ele obrigado a defender norma que, por exemplo, violasse a competência da União para legislar sobre determinado tema.

E a suposta necessidade de contraditório no processo subjetivo é suprida, como foi demonstrado, por meio das informações exaradas pelos órgãos responsáveis pela edição do ato questionado. Ora, pressupor que o Advogado-Geral da União deva posicionar-se pela constitucionalidade de uma norma somente para que fosse exercido o contraditório processual seria desconsiderar sua identidade constitucional.

Dessa forma, compreende-se que poderá o Advogado-Geral da União manifestar-se no sentido da inconstitucionalidade do ato impugnado, ainda que não haja precedente da Suprema Corte, também nas seguintes situações:

- (i) ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Presidente da República mediante peça subscrita pelo Advogado-Geral no exercício de sua missão de assessorar o Chefe do Poder Executivo;
- (ii) emissão pelo Advogado-Geral da União de parecer sugerindo ao Presidente da República a aposição de veto a projeto de lei aprovado no Congresso Nacional, que vem a ser sancionado e posteriormente objeto de ação direta de inconstitucionalidade;
- (iii) invasão do espaço legislativo da União, seja para a edição de normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente, seja para exercer sua competência privativa em quaisquer dos temas insertos no artigo 22 da Constituição da República;
- (iv) exercício do trabalho de consultoria e assessoramento do Presidente da República na elaboração e apresentação das informações presidenciais na ação direta de inconstitucionalidade ou mesmo na elaboração da petição inicial da ação.

REFERÊNCIAS

Obras e textos

ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. Ratio Juris, v.13, n.3. p. 294-304, set. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1995.

DIJK, Teun A. Van. **Discurso e Poder**. 2ª edição. São Paulo: Contexto, 2015.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de análise de decisões**. Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. v. 19, p. 5238-524, 2010.

FONSECA, D.M.; CIARALLO, G.; CRUZ, T. C. **Epistemologia do Campo Jurídico: Reflexões Acerca do Papel da Pesquisa Jurídica**. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. p. 3969-3983.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

JANCSÓ, István. **Brasil Formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec, Unijuí, Fapesp, 2003.

KERLINGER, Fred N. **Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais: Um Tratamento Conceitual**. São Paulo: Pedagógica e Universitária LTDA, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Advogado-geral da União e a ação direta de inconstitucionalidade. **Revista Justiça e Cidadania**, p. 22-23, 2001.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional Alemã e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Estudos de direito público em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso**. São Paulo: Lex Magister, 2012, p. 185-219.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. V. II, 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II Constituição. 6ª edição. Coimbra Editora, 2007.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSTOW, Eugene. **El Caracter Democratico del Control Judicial de la Constitucionalidad**. Artigo publicado originariamente em inglês em Harvard Low Review, vol. 66, num. 2, dezembro de 1953 (The democratic character of judicial review).

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

SWEET, Alec Stone; SHAPIRO, Martin. **Abstract and Concrete Review in the United States**, Oxford University Press: On Law, Politics, and Judicialization, 2006.

THIRY-CHERQUES, H. R. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. **Revista de Administração Pública**, v. 40, n. 1, p. 27- 55, jan./fev. 2006.

TRIVIÑOS, Augusto N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

XIMENES, Julia Maurmann. **O Processo de Produção Científico-Jurídica**: o problema é o problema. Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília, p. 4791-4805.

_____. **Levantamento de dados na pesquisa em direito**: a técnica da análise de conteúdo. Disponível em: <www.idp.org.br>. Acesso em: março de 2017.

Legislação

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

_____. Decreto nº 93.237, de 8 de setembro de 1986. Regula as atividades de Advocacia Consultiva da União no Poder Executivo. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 abr. 1990. Seção 2, p. 1858.

_____. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1993.

Decisões judiciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1254**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 14 de agosto de 1996. Data da publicação: 19 de setembro de 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 72**. Relator Ministro Moreira Alves. Data do julgamento: 22 de março de 1990. Data da publicação: 25 de maio de 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1434**. Relator Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 29 de agosto de 1996. Data e publicação: 22 de novembro de 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5283**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 18 de maio de 2017. Data de publicação: 31 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4734**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 16 de maio de 2013. Data de publicação: 17 de setembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3708**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 11 de abril de 2013. Data de publicação: 09 de maio de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3196**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 21 de agosto de 2008. Data de publicação: 07 de novembro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3444**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 16 de novembro de 2005. Data de publicação: 03 de fevereiro de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2432**. Relator: Ministro Eros Grau. Data de julgamento: 09 de março de 2005. Data de publicação: 26 de agosto de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2814**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data de julgamento: 15 de outubro de 2003. Data de publicação: 05 de dezembro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2644**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 07 de agosto de 2003. Data de publicação: 29 de agosto de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3069**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 24 de novembro de 2005. Data de publicação: 16 de dezembro de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3322**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data de julgamento: 02 de agosto de 2006. Data da publicação: 19 de dezembro de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4349**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 23 de junho de 2010. Data de publicação: 04 de maio de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3596**. Relator: Ministro Eros Grau. Data de julgamento: 02 de agosto de 2006. Data da publicação: 06 de outubro de 2006.

Páginas da internet consultadas

Advocacia-Geral da União: <http://www.agu.gov.br>

Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br>

Câmara dos Deputados: <http://www2.camara.leg.br>