

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação Latu Sensu**

Leonardo Raupp Bocorny

**A função do Advogado-Geral da União no
Controle Concentrado de Constitucionalidade:
interpretando o art. 103, § 3º, da Constituição
Federal**

Brasília/DF

2007

Leonardo Raupp Bocorny

**A função do Advogado-Geral da União no
Controle Concentrado de Constitucionalidade:
interpretando o art. 103, § 3º, da Constituição
Federal**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco, Mestre.

Brasília/DF

2007

Leonardo Raupp Bocorny

**A função do Advogado-Geral da União no
Controle Concentrado de Constitucionalidade:
interpretando o art. 103, § 3º, da Constituição
Federal**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Aos meus pais.

A interpretação literal do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, tem gerado incongruências no sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade. Ao mesmo tempo em que se espera do Advogado-Geral da União a chefia da instituição responsável pela representação da União em juízo, tem-se atribuído a ele a função de defensor da presunção de constitucionalidade de normas objeto de controle abstrato. O verdadeiro papel dessa autoridade na jurisdição constitucional há de ser repensado a partir dos princípios constitucionais do federalismo e separação dos Poderes, bem como do significado da nova instituição da República, a Advocacia-Geral da União, de modo que sua atuação não se torne contraditória, tampouco represente mero formalismo sem conteúdo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 – COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.....	9
1.1 – Do constitucionalismo à jurisdição constitucional.	9
1.2 – Precedentes da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil.	12
1.3 – Contornos da ação direta de inconstitucionalidade na Constituição de 1988.....	14
1.4 – O art. 103, § 3º, da Constituição Federal.	16
1.5 – Problemas oriundos da interpretação isolada e literal do art. 103, § 3º, da Constituição Federal.	23
a) ações diretas de inconstitucionalidade contra leis ou ato normativos estaduais	24
b) possibilidade de ataque à norma pelos órgãos responsáveis pela produção da norma	26
c) localização sui generis da Advocacia-Geral da União na Constituição da República .	27
1.6 – Da necessidade de reinterpretação do art. 103, § 3º. Marcos teóricos para uma nova compreensão da norma.	32
2 – A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO: ORIGEM, NATUREZA E ATRIBUIÇÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1.988.	36
3 – INTERPRETANDO O ART. 103, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, FEDERALISMO E SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	44
3.1 – Natureza do processo objetivo.....	44
3.2 – Legitimação política dos participantes no controle jurisdicional de constitucionalidade.	49
3.3 – A União como pessoa política e jurídica necessária e participante do processo de controle concentrado de constitucionalidade.....	54
3.4 – O Presidente da República e o AGU como representantes da União no controle abstrato de constitucionalidade. Nova compreensão do art. 103, 3º, da Carta.	57
3.5 – Repercussão no controle abstrato de normas a partir da nova interpretação do art. 103, § 3º.....	61
CONCLUSÃO.....	64
Referências bibliográficas	66

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar o sentido da participação do Advogado-Geral da União nas ações diretas de inconstitucionalidade, prevista no art. 103, § 3º, da Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência sobre o tema, entende que a missão dessa autoridade é a defesa intransigente da norma objeto de controle abstrato.

Contudo, a referida interpretação literal da norma tem levado a contradições no sistema constitucional. Se, por um lado, ele é o chefe da instituição a qual compete a defesa dos interesses da União em juízo ou fora dele, por outro, segundo essa linha de pensamento, vê-se na obrigação de defender normas que flagrantemente prejudicam essa pessoa jurídica de direito público interno.

Assim, uma nova compreensão sobre a Advocacia pública e seu chefe, sua missão e sua posição na estrutura do Estado hão de ser levados em conta quando do debate em torno da validade de determinada norma.

Neste trabalho, busca-se lançar novas luzes ao dispositivo, de forma a interpretá-lo sob o prisma do federalismo, separação dos poderes e da organicidade da própria Advocacia-Geral da União.

Desse modo, no primeiro capítulo pretende-se fazer breve problematização do tema, apontando os caminhos percorridos até a previsão no Texto acerca da defesa do Advogado-Geral da União nas ações diretas de inconstitucionalidade, bem como as conseqüências malélicas que a interpretação literal tem causado ao sistema constitucional.

No segundo capítulo, far-se-á rápida análise do surgimento da Advocacia-Geral da União como instituição responsável pela defesa da União em juízo e fora dele na ordem de 1988, bem como sua relação com os demais Poderes.

Por fim, a partir das premissas lançadas em torno da natureza jurídica da jurisdição constitucional e da legitimidade da interpretação do Texto, bem como dos apontamentos dos capítulos anteriores, se buscará conferir o adequado sentido da participação do Advogado-Geral da União no controle abstrato de normas.

1 – COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.

1.1 – Do constitucionalismo à jurisdição constitucional.

A partir do movimento constitucionalista¹, havido a partir do séc XVII², o direito encontrou um dos mais valiosos e complexos objetos de estudo de que se tem notícia, de incomensurável repercussão nas ciências humanas.

Desde as primeiras cartas e declarações de direitos, nos primórdios do constitucionalismo, viram-se os juristas obrigados a encontrar os fundamentos que conferissem às constituições a necessária legitimidade para organizar as instituições públicas e regular a vida em comunidade. Limitação e divisão do poder, liberdades individuais, propriedade e segurança jurídica eram – e de certa forma ainda são – os grandes temas que, ao final, levaram o homem a atribuir a um núcleo de normas³ a esperança de estabilidade e racionalidade na complexa relação entre Estado e sociedade.

Ocorreu que, a partir do momento em que direitos foram positivados num estatuto tido como essencial à manutenção da vida no paradigma moderno, surgiu outro problema, correspondente a um dos mais fecundos campos do direito constitucional⁴, qual seja, o atinente à verificação de compatibilidade das demais leis

¹ Entende-se por constitucionalismo o movimento pelo qual o homem, em sua história, buscou regular e controlar o poder soberano, através do primado da lei. Inicialmente voltado às monarquias, o constitucionalismo teve significativo papel na evolução do modelo federal-republicano de organização estatal e consolidação das liberdades individuais. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Ciência Política*. 7ª edição – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, pág. 259).

² São frutos desse movimento a monarquia constitucional instaurada na Inglaterra depois da Revolução Gloriosa de 1688-1689, bem como as constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791.

³ Conforme explica Paulo Gonet, “o constitucionalismo reivindica a segurança jurídica que o regime absolutista negava por definição. Neste contexto, explica-se o impulso que as idéias a respeito a um núcleo mínimo de direitos, como a propriedade e as liberdades de profissão, de ação e de locomoção, obtiveram no período.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. – Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pág. 108).

⁴ Segundo Jorge Miranda, direito constitucional é “a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo,

em face daquele texto.⁵

Foi na experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos que se reconheceu a superioridade da Carta Política em relação às leis ordinárias e, por conseqüência, a necessidade de adequação destas em face das normas daquela. Mauro Capelleti explica que da interpretação conferida ao art. VI, cláusula 2^a, da Constituição daquele país, que se “*fixou, por um lado, aquilo que foi chamado, precisamente, de a supremacia da Constituição e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes de negar a aplicação às leis contrárias à Constituição mesma*”⁶. Conforme célebre passagem do Juiz Marshall, em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*:

“*Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo contrário à Constituição não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo da Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às constituições escritas, e, assim, deve-se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade.*”⁷

A primeira questão que se colocava ante o novel debate acerca do

definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 4^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, pág. 138.)

⁵ Na verdade, o debate acerca da real condição da Constituição no ordenamento jurídico envolve o estudo acerca da natureza desse tipo de norma. Nesse sentido, cabem destacar as correntes *sociológica*, de Ferdinand Lassale, na qual o texto representa tão somente um retrato dos fatores reais de poder ocorridos na sociedade, *política*, cujo expoente, Carl Schmitt, considera a constituição “*como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política*” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 38), e *jurídica*, capitaneada por Kelsen, que considera-a norma pura, puro *dever-ser*, desprovida de qualquer fundamento sociológico, político ou filosófico. É da compreensão em conjunto dessas várias visões que o direito constitucional se desenvolve, porque, em realidade, o movimento constitucionalista, conforme se verificou, é fenômeno cultural de índole multidisciplinar, sendo inevitável sua análise em mais de uma área das ciências humanas.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, pág. 47.

⁷ FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Vol. 1. 6^a edição. – São Paulo: Saraiva, 1983, pág. 97.

controle de constitucionalidade das leis, era saber a quem, de fato, caberia realizar a fiscalização. A respeito, tornou-se célebre a divergência entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Para Schmitt, coerente com sua visão *política* de constituição, a averiguação quanto à adequação das leis caberia ao Presidente, na medida em que tal mister exigira um poder de decisão próprio da função que ocupa, não cabendo aos demais poderes nenhuma intromissão⁸. Ao revés, Kelsen apregoava a necessidade de criação de um Tribunal com a missão precípua de guarda da Constituição, o que permitiria maior racionalidade ao debate e menor interferência dos humores típicos da vida política⁹.

Em verdade, a legitimidade de o Poder Judiciário decidir acerca da compatibilidade de leis em face ao Texto constitucional já vinha sendo admitida, conforme o desenvolvimento da técnica *in concreto* de controle desenvolvida nos Estados Unidos. Tal método, de aceitação inclusive por parte de Carl Schmitt, correspondeu à primeira forma de controle *jurisdicional* havida no direito. A temática a ser enfrentada, na alvorada do séc. XX, dizia respeito à possibilidade de um órgão, também com poderes *jurisdicionais*, apurar a validade de normas legais *in abstracto*. O que se viu foi, com o estopim da 2ª Grande Guerra, o perigo de se conferir ao líder do *Reich* a competência para apurar a validade das leis, de modo que a história, segundo Gilmar Mendes¹⁰, parece ter dado alguma razão a Kelsen, cuja tese se impôs à maioria dos estados democráticos na segunda metade do séc. XX. Como afirma José Baracho¹¹ “nos diversos modelos do sistema de justiça constitucional, aparece a mesma [o *Tribunal Constitucional*] como complemento e garantia do Estado Democrático de Direito”.

Não serão aqui analisadas as diferenças entre as referidas técnicas, porquanto assim se desviaria sobremaneira esse estudo¹². Na realidade, importa ter-se em mente que ambas, fruto da evolução do entendimento acerca da jurisdição

⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁹ KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: _____. *Jurisdição constitucional*. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁰ SCHMITT, Carl. *Op. cit.* Pág. XIV.

¹¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da justiça constitucional* In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. – São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 478.

¹² Recomenda-se, para tanto, a leitura da obra de Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*.

constitucional, foram trazidas ao Brasil e aqui se desenvolveram assumindo características bastante peculiares, conforme se verá a seguir.

1.2 – Precedentes da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil.

Durante o Império, o Brasil não conheceu qualquer espécie de fiscalização de validade de leis em face da Constituição. Em verdade, somente com a primeira Constituição republicana, de 1.891, sob a influência do direito norte-americano, se estabeleceu, nos arts. 59, §1º, *a e b*, e 60, *a*, o sistema *in concreto* de averiguação de constitucionalidade.

Com a promulgação da Constituição de 1934, começaram a ser implantados no país os primeiros institutos que levariam, alguns anos mais tarde, à adoção do modelo concentrado. Especificamente, passou-se a admitir a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade das leis dos Estados-membros, nos casos em que houvesse violação a certos princípios constitucionais da República, para evitar a intervenção federal. Segundo Gilmar Mendes, tratava-se da mais fecunda e inovadora alteração daquela Carta, e “*cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia de lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (art. 12, § 2º)*”¹³.

A Constituição de 1946 imprimiu novas características ao instituto da representação. Segundo o art. 8º, parágrafo único, caberia ao Procurador-Geral da República a titularidade de apresentar ao Supremo Tribunal Federal o pedido de intervenção em Estado-membro que ferisse alguns dos princípios previstos no art. inciso VII do art. 7º.

Com a nova sistemática, novos problemas surgiram em seguida, especialmente os relativos à discricionariedade do Procurador-Geral da República

¹³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei nº 9.868/99*. 2ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 39.

para propor a dita representação, bem como a utilização da medida para obter, não a declaração de inconstitucionalidade, como era de se supor, mas, ao revés, o reconhecimento da constitucionalidade da lei. Daí a percepção de que era preciso criar novos mecanismos de controle que não os até então previstos. Sobre tal conjuntura, pertinente destacar a opinião de Gilmar Mendes¹⁴:

“Toda essa confusão conceitual, se não teve outra virtude, serviu, pelo menos, para aplainar o caminho que haveria de levar à instituição do controle abstrato de normas no Direito Constitucional brasileiro. Deve-se ressaltar, pois, que na prática distorcida do instituto da representação interventiva está o embrião da representação de inconstitucionalidade em tese, da ação direta de inconstitucionalidade e, naturalmente, da ação declaratória de constitucionalidade, positivada agora no art. 102, I, a, da CF.”

Com efeito, a Emenda nº 16/1965, acrescentando a alínea *k* ao inciso I do art. 101, incorporou ao sistema de controle de constitucionalidade de leis a *representação de inconstitucionalidade em tese*, de modo que, além da representação interventiva, que era utilizada apenas quando direito estadual afrontasse certos princípios da Carta, também o direito *federal* passava a ser objeto de análise e os demais dispositivos da Carta serviriam como parâmetro de fiscalização. Entretanto, tal como na representação interventiva, somente o Procurador-Geral da República estava legitimado a propor o novo instituto, o que sempre gerou muitas críticas por parte da doutrina. Ressalte-se que, paralelamente, permanecia ainda a possibilidade de invalidação *in concreto* das normas. Conforme lição de Zeno Veloso¹⁵:

“Sem prejuízo do controle incidental, e ao lado da representação interventiva (destinada a resolver conflitos federativos), a EC 16/65 introduziu, no Brasil, o controle concentrado da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, portanto, controle a ser exercido não apenas incidentalmente, diante de caso concreto, mas fiscalização constitucional genérica, abstrata, da norma em tese, com o escopo de averiguar o vício da inconstitucionalidade e o objetivo precípua de defender a ordem constitucional, garantindo a supremacia da Carta Magna.”

Em 1988, já se havia acumulado experiência o bastante para se elaborar um modelo mais aperfeiçoado de controle, de modo que novas idéias

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 29ª edição. – São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 632

¹⁵ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3ª edição. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pág. 33.

influenciaram a redação da Carta naquele ano promulgada. É certo que o sistema difuso permaneceu no ordenamento, assim como a previsão de intervenção federal nos Estados-membros nos moldes anteriores (julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação proposta pelo Procurador-Geral da República nos casos de violação dos princípios constitucionais sensíveis). Todavia, despontava a ação direta de inconstitucionalidade como um dos mais poderosos instrumentos de fiscalização da validade de normas. É o que se verá a seguir.

1.3 – Contornos da ação direta de inconstitucionalidade na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, em seu art. 102, ao estabelecer que ao Supremo Tribunal compete, precipuamente, a guarda da Constituição, reafirmou a competência desta Corte para a apreciação da validade das leis, seja no controle difuso, seja concentrado. Manteve-se, assim, a tradição do *controle jurisdicional de constitucionalidade*, em que a competência para declarar a compatibilidade da lei fica a cargo do Poder Judiciário. Restou afastada, pois, como já o vinha sendo nas Cartas anteriores, a técnica do *controle político*¹⁶.

Assim, manteve também a cargo do Supremo Tribunal Federal o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Ao contrário do que se verificou na Áustria, berço do controle abstrato, não se criou um novo órgão para esse fim. Dessa forma, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem a dupla função¹⁷ de exercer a fiscalização *em tese* (tal como Corte Constitucional, do modelo austríaco) e *em concreto* (tal como a Suprema Corte norte-americana).

¹⁶ Segundo José Afonso da Silva, “o controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio *Poder Legislativo*, solução predominante na Europa no século passado; ou um órgão especial, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética (constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63).” (SILVA, José Afonso da. *Idem*. Pág. 49.)

¹⁷ Essa cumulação de competências possui vantagens, mas também desvantagens. Por um lado, evita decisões contraditórias, o que seria possível caso houvesse mais um órgão também competente para realização de controle. Todavia, implica em sobrecarga de trabalho à Corte, o que pode comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

Uma das principais inovações que a nova ordem trouxe foi a ampliação do rol de legitimados a propor a ação direta. Com efeito, os ares democráticos inspiraram a Assembléia constituinte a atribuir, não apenas a outras autoridades e órgãos do Estado, mas também a segmentos da sociedade organizada, a possibilidade de discussão da validade em tese de lei ou ato normativo. Em função desse elastecimento, parte da doutrina entende que já não seria mais correto afirmar que no Brasil há um sistema *misto* de fiscalização, pois, em verdade, a técnica concentrada é que viabilizaria os maiores debates de interesse nacional. Para Gilmar Ferreira Mendes¹⁸:

“A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidental, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.”

No que toca ao procedimento, a Carta Política preservou, como ato processual necessário, a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações (art. 103, § 1), o que se aplica inclusive nos casos de ação por ele mesmo proposta, conforme antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, ainda quanto ao *procedimento*, eis uma das grandes novidades da sistemática conferida pela Constituição Federal, qual seja, a previsão de uma etapa em que o Advogado-Geral da União atuaria, nos seguintes termos:

“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.”

Trata-se de dispositivo sem precedentes nas ordens anteriores. Com efeito, até a Constituição de 1967, não havia a atribuição a um órgão com a competência para *defender* a norma objeto de controle pela via direta. Nem o Procurador-Geral da República, nem nenhuma outra autoridade estava assim obrigada. Ademais, sequer havia Advocacia-Geral da União e, por conseguinte, o Advogado-Geral da União.

¹⁸ MARTINS, *Ibidem*. Pág. 78.

1.4 – O art. 103, § 3º, da Constituição Federal.

A previsão de que um órgão estatal procedesse à defesa da norma não constava, inicialmente, no projeto de Constituição apresentado na Assembléia Nacional Constituinte. A título de exemplo, veja-se que nem o projeto de Constituição “A”, de novembro de 1987, da Comissão de Sistematização presidida pelo constituinte Afonso Arinos (art. 127), nem o projeto a Emenda Coletiva nº 2.040 (Centrão), apresentada em 13.1.1988 (art. 125) ¹⁹ previam a defesa da norma objeto de ação direta por qualquer autoridade. De toda sorte, o fato é que a defesa, pelo Advogado-Geral da União, restou prevista no Texto²⁰, em seu art. 103, § 3º. Cabe, agora, ao operador do direito interpretá-lo.

Tomando-se *literalmente* a norma, percebe-se, de início, que ela se destina ao Advogado-Geral da União, isto é, ao ocupante do cargo máximo da Advocacia-Geral da União. É ele, como *órgão constitucional*²¹, o responsável pela defesa da norma, da mesma forma como, no parágrafo primeiro, é da atribuição do Procurador-Geral da República, e não do Ministério Público Federal, a função de opinar nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Em segundo, observa-se que o constituinte utilizou o termo *citará*. No ordenamento jurídico pátrio, há apenas dois atos de comunicação: a citação e a intimação²². Muitos autores, como Barbosa Moreira²³ e Humberto Theodoro Júnior²⁴, com base no art. 213, do Código de Processo Civil, entendem que a citação é

¹⁹ Esta Emenda foi aprovada, conforme consta em: BRASIL. Diário da Assembléia Constituinte de 6 de abril de 1988 (quarta-feira), págs. 8.969-8.973.

²⁰ Ao que parece, somente através de emenda oferecida em poucos meses antes da promulgação da Constituição é que foi prevista a função de defesa da norma impugnada em controle abstrato. Nesse sentido, vide: BRASIL. Diário da Assembléia Constituinte de 27 de agosto de 1988 (sábado), pág. 13.282.

²¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ibidem*. Pág. 250.

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, Vol I. 10ª edição. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 257.

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22ª edição. – Rio de Janeiro, Forense, 2002, pág. 27.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol 1. 40ª edição. – Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 233.

requisito de validade do processo. Fredie Didier Jr, lembrando Nelson Nery Júnior, entende que se trata da “comunicação que se faz ao sujeito passivo da relação processual, de que em face dele foi ajuizada demanda ou procedimento de jurisdição voluntária, a fim de que possa, querendo, vir-se defender ou se manifestar”²⁵. Na mesma linha, Alexandre Freitas Câmara, para quem a citação é “o ato que outorga ao demandado a qualidade de parte do processo, tornando íntegra a relação processual, que até aquele momento estabelecia-se tão somente entre autor e Estado”²⁶.

Interpretando-se à risca o verbo usado e à luz da experiência da doutrina do processo civil, quer o parágrafo 3º do art. 103 indicar que o Advogado-Geral da União é réu na ação direta de inconstitucionalidade? Evidente que não, porquanto é característica desse tipo de ação a *objetividade*, isto é, “um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren*)”²⁷. Muito embora haja um requerente, que propõe a ação e inaugura o processo, não há um requerido contra quem se demanda direito subjetivo específico. Assim, há de tomar o termo *citará* em seu sentido vulgar, aproximando-o de uma *intimação*.²⁸

Por fim, quanto à natureza do ato produzido pelo Advogado-Geral da União, reza a Constituição de 1988 que essa autoridade “*defenderá o ato ou texto impugnado*”. Interpretando-se literalmente o dispositivo, verifica-se que a ele não cabe *concordar* com o autor da ação, tampouco omitir sua opinião. Há que se agir em favor da norma, defendendo sua compatibilidade em face da Carta Política. Tratar-se-ia, pois, de ato processual vinculado, sem margem de discricionariedade.

Ocorre que tal interpretação não é pacífica, pois muitos autores divergem quanto ao verdadeiro sentido da expressão “*defenderá o ato ou texto impugnado*”. Pertinente serem destacadas algumas correntes encontradas na

²⁵ DIDIER JR, Fredie. *Direito Processual Civil*, vol I. 5ª edição. – Salvador: JusPODIVM, 2005, pág. 407.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ibidem.*, pág. 258.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. – São Paulo: Saraiva, 1990, pág. 250.

²⁸ A Lei nº 9.868/99, em seus arts. 8º, 10, §1º e 12, parece ter percebido o equívoco de se utilizar o termo *citará* e evitou-o, preferindo utilizar o verbo *ouvir* (o Advogado-Geral da União).

doutrina e aquela fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

De início, há quem sustente tratar-se, de fato, de uma *defesa* propriamente dita, impondo uma espécie de *princípio contraditório* no âmbito da via abstrata. Alexandre de Moraes, por exemplo, argumenta que o Advogado-Geral da União, na fiscalização abstrata, “atua como curador especial do princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos, não lhe competindo opinar nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República, mas a função eminentemente defensiva”²⁹.

Basicamente, esse é o entendimento que atualmente vigora junto ao Supremo Tribunal Federal³⁰. No julgamento da Questão de Ordem suscitada na ADI nº 97/RO, em 22.11.1989, restou decidido que não poderia o Advogado-Geral da União *opinar* nas ações diretas, cuja tarefa é do Procurador-Geral da República. Nesse sentido:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. EXEGESE DO PARAGRAFO 3º DO ARTIGO 103 DA CONSTITUIÇÃO. - Compete ao Advogado-Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, independentemente de sua natureza federal ou estadual. - não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado da União, fixada no caput do artigo 131 da carta magna, e o da defesa de norma ou ato inquinado, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade. Questão de ordem que se decide no sentido da devolução dos autos a Procuradoria-Geral da República, para que apresente a defesa das normas estaduais impugnadas.”

Nesta ocasião, houve o primeiro debate em torno do alcance do parágrafo 3º do art. 103, discutindo-se o cabimento de defesa, pelo Advogado-Geral da União, em ações diretas³¹ cujo objeto fossem normas *estaduais*. Interpretando o

²⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª edição. – São Paulo: Atlas, 2004, pág. 641.

³⁰ Com alguns temperamentos, como se verá no tópico seguinte.

³¹ Lembre-se que, desde o julgamento da QO-ADI nº 23/SP, em 9.8.1989, sob a relatoria do Min. Sydney Sanches, afastou-se a incidência do parágrafo 3º do art. 103 nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. AUDIÊNCIA DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO (ART. 103, §§ 3º E 2º. DA C.F. DE 1988). A audiência do Advogado- Geral da União, prevista no art. 103, § 3º, da c.f. de 1988, é necessária na ação direta de inconstitucionalidade, em tese, de norma legal, ou ato normativo (já existentes), para se manifestar sobre o ato ou texto impugnado - não, porém, na ação direta de inconstitucionalidade, por omissão, prevista no § 2º do mesmo dispositivo, pois nesta se pressupõe, exatamente, a inexistência de norma ou ato normativo.”

dispositivo, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a atuação do Advogado-Geral da União, na ordem pós-1988, era, além de suas funções “ordinárias”, decorrentes do art. 131, a de um “curador da lei atacada”, no que chamou de atribuição “especial”, “extraordinária” e “anômala”. Nesse sentido, representa, sem poder declinar da função, um “defensor impessoal da validade dos preceitos infraconstitucionais, quer emanados da própria União Federal, quer editados pelos Estados-membros”.

O entendimento acima foi ratificado quando do julgamento da ADI nº 72/ES, em 22.3.90, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, cuja ementa é a seguinte:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Advogado-Geral da União: indeclinabilidade da defesa da lei ou ato normativo impugnado (cf, art. 103, par. 3.). Erigido curador da presunção da constitucionalidade da lei, ao Advogado-Geral da União, ou quem lhe faça as vezes, não cabe admitir a invalidez da norma impugnada, incumbindo-lhe sim, para satisfazer requisitos de validade do processo da ação direta, promover-lhe a defesa, veiculando os argumentos disponíveis.”

Pertinente destacar o seguinte trecho do voto do eminente Relator:

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

Recentemente, reafirmou-se essa linha de interpretação da norma constitucional, como se observa da ementa abaixo (ADI nº 3.590/DF; Rel. Min. Eros Grau; Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio; julgamento em 15.2.2006):

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - MANIFESTAÇÃO - ALCANCE. A audiência do Advogado-Geral da União, na ação direta de inconstitucionalidade, faz-se visando à defesa da norma abstrata autônoma, ou seja, deve ele atuar como verdadeiro curador da lei.”

Como se observa, prevaleceu a interpretação literal do parágrafo 3º do art. 103, isto é, o Advogado-Geral da União deve agir em defesa das normas objeto de ação direta, sejam elas federais ou estaduais, não se comportando qualquer discricionariedade por parte dele neste mister. A ele “não é dado argumentar e concluir pela procedência da ação direta”, tampouco deixar de manifestar-se, de modo que seu papel será sempre positivo, em favor da norma, segundo o voto do Min. Celso de Mello.

Ainda nessa linha de pensamento, registre-se a tese de Gustavo Binenbojm³², para quem a defesa há de ser feita em todos os casos pelo Advogado-Geral da União, inclusive, por exemplo, quando se tratar de normas estaduais que atentem contra a competência da União, na medida em que a regra contida no parágrafo 3º do art. 103 é especial em face das atribuições gerais conferidas pelo art. 131.

Por outro lado, há quem leia que a imposição do dever de defesa não é algo absoluto. Zeno Veloso sustenta que a norma “não está a exigir do Advogado-Geral da União que vá defender a norma legal ou ato normativo impugnado a todo e qualquer preço, em qualquer caso e circunstância, mesmo que a inconstitucionalidade salte aos olhos com toda a evidência, sem margem para qualquer dúvida ou vacilação”³³. Acrescenta que, não se podendo interpretar o parágrafo 3º do art. 103 de maneira que não aflija a lógica e a coerência, “o múnus indisponível de promover a defesa da norma há de ser compatibilizado com o dever fundamental que tem qualquer órgão constitucional de respeitar a Lei Maior como um todo, reverenciando os seus princípios”³⁴. Por fim, observa que a função de curador da norma fica comprometida quando se tratar de ação direta proposta pelo Presidente da República.

Também com reservas vê o prof. Gilmar Ferreira Mendes a referida inovação. Para ele, a imposição de defesa em todo e qualquer processo de natureza abstrata, mesmo naqueles manifestamente inconstitucionais, importa na previsão de

³² BINENBOJM, Gustavo. *Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 218. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, pág. 161.

³³ VELOSO, *Ibidem*, pág. 92.

³⁴ *Id. Ibid.*, pág. 92.

um *advogado da inconstitucionalidade*³⁵, o que certamente vai contra o pensamento jurídico já produzido a respeito. Sustenta, assim, que melhor seria conferir ao Advogado-Geral da União, não uma *defesa* propriamente dita, mas um direito de *manifestação* nos autos.

Preocupação semelhante é encontrada na obra de José Cretella Jr. Para o renomado jurista, o termo “defenderá” merece temperamentos, devendo ser entendido como “‘fará esforço para defender’, porque se a inconstitucionalidade em tese for patente, clara, nítida, falará mais alto o espírito científico do Advogado-Geral da União que, em busca da verdade, admitirá, sendo o caso, a procedência da argüição feita, aceitando a impugnação argüida”³⁶.

Na mesma linha, Wolgran Junqueira Ferreira, que entende ser o Advogado-Geral da União dotado de autonomia no processo de controle abstrato. Na opinião deste autor³⁷:

“Considero o texto parcialmente incorreto. É correto quando determina a audiência prévia do Advogado-Geral da União; incorreto quando diz que ‘defenderá o ato ou texto impugnado’. Trata-se de um absurdo impor-se constitucionalmente que o Advogado-Geral da República tenha que concordar com aquilo que possivelmente também discorde.”

Manoel Gonçalves Ferreira Filho argumenta que não caberia chamar o Advogado-Geral da União para todas as ações diretas de inconstitucionalidade, “já que em muitas o Poder Executivo federal poderá não ter qualquer interesse”³⁸. Desse modo, sua participação só seria admitida quando houvesse algum interesse no feito. Quanto ao ato por ele praticado, não se poderia obrigá-lo a defender os atos que não fossem da responsabilidade do Executivo federal. Nesse sentido³⁹:

“Na verdade, impõe-se aqui uma interpretação restritiva, ao menos para dispensar o Advogado-Geral da União de defender a constitucionalidade de ato contrário aos interesses legítimos do Poder Executivo federal, como

³⁵ MENDES, *Ibidem*, pág. 261.

³⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988, vol. VI*. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, pág. 3.111.

³⁷ FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à constituição de 1988, vol. 2*. – Campinas: Julex Livros LTDA, 1989, pág. 743.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988, vol. 2*. – São Paulo: Saraiva, 1992, pág. 232.

³⁹ FERREIRA FILHO, *Ibidem*, pág. 232.

seria um ato normativo estadual que lhe ferisse a competência. Do contrário, não cumpriria ele o papel de Advogado do Executivo federal.”

Por fim, outros autores, diante da determinação categórica contida no parágrafo 3º do art. 103 da Lei Maior, opinam não ser possível compatibilizar essa norma com as que prevêm as funções institucionais do Advogado-Geral da União e da própria Advocacia-Geral da União (art. 131).

Comentando a participação do Advogado-Geral da União no controle concentrado, Pinto Ferreira declara que “é possível que o legislador constituinte quisesse inovar, instituindo um processo contraditório”⁴⁰. Todavia, discordando da fórmula utilizada, porque ao mesmo tempo em que o Presidente da República legitimado para propor ação direta é, também, assessorado pela Advocacia-Geral da União, conclui o ilustre autor que “o dispositivo peca evidentemente pela sua grave concepção teratológica”⁴¹

Solução mais radical é encontrada na opinião do professor Clèmerson Merlin Clève, que recomenda a supressão do parágrafo 3º do art. 103, da Constituição. Para este doutrinador⁴²:

“O Constituinte não foi inteiramente feliz ao trazer a novidade. A posição difícil na qual remanesce o Advogado-Geral da União ao acumular a representação judicial da União e a consultoria jurídica do Poder Executivo com a de curador da norma impugnada, ainda que estadual, por via de ação direta, a circunstância de, ao processo objetivo desencadeado pela ação de inconstitucionalidade, ser dispensável a presença de um curador especial encarregado de exercer o contraditório e, mais, o direito que possuem os órgãos ou autoridades de apresentar informações em defesa dos seus atos normativos, quando combatidos em sede de jurisdição concentrada, tudo está a indicar a prescindibilidade do encargo atribuído ao Advogado-Geral da União. Não seria demais, então, sugerir-se, de lege ferenda, a supressão do art. 103, § 3º, da Constituição.”

No âmbito da doutrina e da jurisprudência, estas são as principais linhas de interpretação dada ao parágrafo 3º do art. 103, da Carta Política. De um lado, há quem advogue a tese de que essa norma não conflita com aquela contida

⁴⁰ FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*, vol. 2. – São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 341.

⁴¹ FERREIRA, *op. cit.*, pág. 341.

⁴² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 182.

no art. 131, razão pela qual é cabível a interpretação literal. De outra parte, há aqueles que defendem uma atenuação da interpretação gramatical, razão porque admitem, em alguns casos, a possibilidade de o Advogado-Geral da União manifestar-se pela procedência do pedido da ação direta. Por fim, os que entendem desnecessário e até mesmo prejudicial ao sistema um comando como o da norma em questão.

1.5 – Problemas oriundos da interpretação isolada e literal do art. 103, § 3º, da Constituição Federal.

Conforme verificado, o Supremo Tribunal Federal optou pela interpretação literal do art. 103, § 3º, da Lei Maior, muito embora parcela significativa da doutrina não compartilhe do entendimento. De toda sorte, o fato é que, desde o julgamento da Questão de Ordem suscitada na ADI nº 97/RO, em 22.11.1989, a Excelsa Corte espera, do Advogado-Geral da União, uma defesa em prol da compatibilidade da norma objeto de controle concentrado.

A situação evoluiu, ainda que minimamente, a partir do julgamento da ADI nº 1.616/PE, sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa.

É que, desde a promulgação da Carta de 1988, aquele Tribunal passou a ter uma expressiva produção jurisprudencial em matéria de ações diretas. Com efeito, se, de 1966 até a 1988, o número de ações diretas de inconstitucionalidade instauradas não passavam de, em média, 42 por ano, a partir do novo Texto não houve período em que a propositura foi menor que 159 (1989 e 1996), sendo certo que os números apontam uma projeção crescente de novas demandas⁴³.

Considerando ainda os inúmeros acórdãos proferidos em sede de controle *difuso*, constata-se que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição que é, se tornou o responsável por uma vigorosa e ampla jurisprudência, de modo que inúmeros temas que naquela Corte chegavam já

⁴³ De 2.000 até 2.005, a média subiu para 253 novos processos ao ano.

encontravam, de alguma forma, relação com precedentes já firmados.

Nos casos em que a jurisprudência apontasse, de antemão, a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, passou o Excelso Pretório a admitir que o Advogado-Geral da União, ao invés de a qualquer custo *defender*, poderia *atacar* o ato impugnado, ou seja, posicionando-se ao lado do requerente e manifestando-se pela *procedência* do pedido. Nesse sentido, confira-se a ementa do julgamento da ADI nº 1.616/PE, em 24.5.2001, sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa (na parte que interessa):

“4. O munus a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade.”

Infelizmente, foi até esse ponto que a interpretação do Supremo Tribunal Federal permitiu alguma margem maior de atuação do Advogado-Geral da União.

Entretanto, a prevalecer essa tese, algumas situações um tanto contraditórias e, por que não dizer, absurdas, ocorrerão nas ações diretas de inconstitucionalidade. A experiência da Advocacia-Geral da União é rica em exemplos cujo impasse, entre atacar e defender a norma, é flagrante, e, ao que tudo indica, há de ser conferida nova interpretação do art. 103, § 3º, da Lei Maior. É o que se verá a seguir.

a) ações diretas de inconstitucionalidade contra leis ou atos normativos estaduais

Um dos melhores exemplos em que a interpretação literal da norma constitucional leva a consequências desastrosas diz respeito à situação em que se propõe ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo estadual por violação de competência da União.

Nessas hipóteses, algum dos legitimados do art. 103, *caput*, ingressa com a ação objetivando a invalidação da norma estadual sob o argumento de vício

formal, de modo que o Estado-membro teria se arvorado no direito de legislar uma das matérias que o art. 22 da Constituição Federal reserva privativamente ao Ente central.

A se interpretar o art. 103, § 3º, de modo literal, tem-se que o Advogado-Geral da União deverá, sem qualquer margem de discricionariedade, *defender* a constitucionalidade do ato objeto da ação direta (salvo o caso de haver precedente em sentido contrário, conforme visto). Sua tarefa será argumentar pela compatibilidade da norma que, em tese, está inserida no rol de competências legislativas da União.

A pergunta então é inevitável: agindo assim, não irá essa autoridade trabalhar *contra* os interesses da União? Se o Advogado-Geral da União, que é o representante do Ente central em juízo, conforme o art. 131, *caput*, e que, por isso, há de ter sua atuação vinculada de modo a realizar da melhor forma o interesse público, como poderá, então, *defender*, a qualquer custo, a norma estadual? Não seria um contra-senso?

De fato é, e decorre não de uma contrariedade do sistema constitucional, mas da interpretação literal conferida ao parágrafo 3º do art. 103, conforme os precedentes citados. Desde as primeiras ações diretas, cujo objeto eram normas estaduais, o Advogado-Geral da União à época chamou a atenção para o problema, conforme se verifica do seguinte trecho:

“Em tais casos, é manifesta a incompatibilidade da defesa do ato estadual com a função da defesa da União em juízo ou fora dele e, por vezes, com a consultoria, prestados ao Poder Executivo. Por outro lado, dentro do esquema federativo, os Estados têm os seus próprios órgãos de defesa e consultoria, constitucionalmente previstos (art. 132).”⁴⁴

A doutrina também sugere haver uma espécie de contradição entre as funções constitucionalmente previstas, razão porque boa parte, conforme visto anteriormente, condena a interpretação literal. Mas não é apenas essa situação que causa perplexidade ao operador do direito.

⁴⁴ Trecho da manifestação do Advogado-Geral da União na ADI nº 72/ES.

b) possibilidade de ataque à norma pelos órgãos responsáveis pela produção da norma

Um outro dado curioso sobre o processamento das ações diretas de inconstitucionalidade no Brasil, e que ressalta a incongruência quanto à obrigatoriedade de *defesa* pelo Advogado-Geral da União em certos casos, diz respeito ao não comprometimento dos órgãos responsáveis pela produção da norma.

Noutras palavras, quer-se dizer que, quando o Relator da ação direta solicitar as informações de que tratam o art. 6º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1.999⁴⁵, não está o próprio órgão que produziu a norma obrigado a defendê-la. Nem o Presidente da República nem o Congresso Nacional, no plano federal, tampouco os Governadores e as Assembléias Legislativas estão, em suas informações prestadas ao Ministro Relator obrigados a agir em prol da validade do ato objeto da ação direta. O mesmo se diga quanto aos Tribunais e seus Regimentos Internos, por exemplo.

Esclareça-se que, conforme vem admitindo o Supremo Tribunal Federal, o que vem a ser informações, em se tratando de ação direta, é algo bastante amplo, podendo ser tanto a afirmação de que, por exemplo, a lei teve sua tramitação legislativa regular, quanto a uma defesa (política ou técnica) em favor da validade da norma. Poderá ser, também, uma manifestação em desfavor do ato, o que é possível quando novas autoridades, com ideologias contrárias daquelas que vigoravam ao tempo da edição da norma, assumem o Poder. Note-se, por fim, que poderá ainda a autoridade solicitada não prestar informação alguma, sem que nenhum tipo de penalidade lhe recaia, porquanto não há qualquer previsão legal.

Ademais, convém lembrar que muitos dos órgãos prolores da norma podem, imediatamente após a edição do ato, ajuizar ação direta discutindo sua

⁴⁵ “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 30 dias, contado do recebimento do pedido.”

validade, como são os casos do Presidente da República agir contra lei que acabara de sancionar, bem como as Mesas da Câmara ou do Senado proporem ação contra diploma cujo veto recém fora rejeitado.

É intuitivo ao intérprete questionar-se, então, porque, se mesmo os órgãos que aprovaram a norma impugnada não estão veiculados à defesa desta, caberia tal mister, indeclinavelmente, ao Advogado-Geral da União? O papel desta autoridade é um tanto mais conflituoso quando se soma tal situação àquela proposta na subtópico anterior, como, por exemplo, na hipótese a Assembléia Legislativa de Estado-membro de sequer mobilizar-se em favor da validade da norma.

c) localização sui generis da Advocacia-Geral da União na Constituição da República

Talvez um dos fatores que mais levam a controvérsias em torno do papel do Advogado-Geral da União seja a falta de precisão no que diz respeito à situação da Advocacia-Geral da União no Texto de 1988.

Com efeito, se, por um lado, cabe à Advocacia-Geral da União a defesa da União em juízo ou fora dele, o que é intuitivo em razão do nome conferido, por outro, é também de sua atribuição assessorar o Poder Executivo.

Diante de tal quadro, é difícil ao operador do direito afirmar, de imediato, a *natureza jurídica* da Advocacia-Geral da União⁴⁶. A dúvida diz respeito a saber se é ela uma instituição à margem de qualquer dos demais Poderes, tal como ocorre com o Ministério Público, ou se a mesma representaria mais um dentre tantos outros órgãos do Poder Executivo, subordinando-se, assim, em última instância, ao Presidente da República.

A problemática acima interessa por diversas razões.

(a) Primeiro, porque na função de assessoramento do Poder Executivo, é possível que tenha opinado pela invalidade de determinada norma e recomendado

⁴⁶ No capítulo seguinte, a questão será aprofundada.

ao Presidente da República a propositura de ação direta. Como, então, conciliar essa atribuição com a de *defensor incondicional da presunção de validade das leis e atos normativos*, de que trata o art. 103, § 3º?

Gilmar Mendes⁴⁷ destaca nesses termos a questão:

“Como poderá o Advogado-Geral da União defender o ato impugnado, quando se tratar de arguição formulada pelo próprio Chefe do Executivo (art. 103, I)? Nesse caso, ter-se-ia a seguinte situação: enquanto consultor jurídico do Presidente da República (art. 131, caput), caberia ao Advogado-Geral da União desenvolver argumentos e formular pareceres que demonstrassem a inconstitucionalidade da lei a ser impugnada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal. Nos termos do art. 103, § 3º, deveria defender o ato que, enquanto assessor jurídico do Executivo, acabou de impugnar.”

Com a mesma preocupação, Zeno Veloso⁴⁸:

“Muito menos estará obrigado a ser o curador da norma contestada, se o autor da ação direta de inconstitucionalidade for o Presidente da República, quando o paradoxo chegaria ao extremo: o advogado arrazoando contra seu patrono.”

Clèmerson Clève⁴⁹ também ressalta o problema acima:

“A posição do Advogado-Geral da União, diante do entendimento do Supremo, muitas vezes causa espécie. Afinal, como se compatibiliza o exercício da consultoria jurídica do Poder Executivo com a defesa inarredável de todos os atos atacados por via de ação direta genérica? Considere-se uma lei inconstitucional, reconhecida, em parecer oferecido pelo Advogado-Geral da União ao Presidente, para justificar a sua inaplicação pelo Executivo. Imagine-se, ainda, norma legal atacada pelo próprio Presidente da República por via de ação direta, ou a hipótese de lei estadual disposta sobre matéria de competência da União.”

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou acerca da possibilidade de o Advogado-Geral da União agir *ofensivamente* em casos dessa natureza. Isso porque apenas no ano de 2.005 é que houve a primeira ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Presidente da República (ADI nº 3.599) cuja tese, desenvolvida pela Advocacia-Geral da União, foi mantida posteriormente quando da vista dos autos ao Advogado-Geral da União. Espera-se que,

⁴⁷ MENDES, *Controle...* . Pág. 261.

⁴⁸ VELOSO, *Ibidem*. Pág. 92.

⁴⁹ CLÈVE, *Ibidem*. Pág. 181.

enfrentando o problema acima colocado, seja aquela Excelsa Corte sensível às dificuldades hermenêuticas e práticas que uma interpretação literal do art. 103, § 3º, tem acarretado.

(b) Porém não é só. Como se sabe, os Tribunais de Justiça dos Estados-membros também possuem competência para realizar fiscalização concentrada de suas leis em face da própria Constituição. A par disso, observa-se que o papel que estas Cartas têm atribuído às Procuradorias, instituições correlatas à Advocacia-Geral da União naquelas unidades federadas, demonstra a dificuldade que representa conferir a uma autoridade dessa natureza a missão de *defesa* em ações diretas. O que se percebe é justamente uma oscilação entre *autonomia* e *subordinação* ao Poder Executivo, o que repercute na margem de discricionariedade dos Procuradores-Gerais de Estado.

Observe-se, a título de exemplo, o que ocorre na Constituição do Estado de São Paulo, em que o Procurador-Geral do Estado defende, *no que couber*, o ato, *verbis*:

“Art. 90. (...)

§ 2º - Quando o Tribunal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Procurador-Geral do Estado, a quem caberá defender, **no que couber**, o ato ou o texto impugnado.” (Destacou-se)

Parece também ser esse o propósito da Constituição cearense, conforme se lê em seu art. 127:

“Art. 127. (...)

§ 1º Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, citará previamente o Procurador-Geral do Estado, que se pronunciará sobre a lei ou ato impugnado.”

Disciplina mais ampla é a conferida pela Carta do Rio de Janeiro, cujas disposições permitem não somente entender que o dever do Procurador-Geral do Estado é o de *manifestação* nos autos, mas também que possui ele a legitimidade de iniciar o processo de controle concentrado de inconstitucionalidade. Nesse

sentido:

*“Art. 162 - A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembléia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo **Procurador-Geral do Estado**, pelo Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembléia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.*

(...)

*§ 3º - Quando não for o autor da representação de inconstitucionalidade, o Procurador-Geral do Estado nela **oficiará**.” (Destacou-se)*

Também é bastante curiosa a disposição do Texto de Minas Gerais. Naquela unidade federada, a defesa da norma objeto de controle concentrado cabe ao Procurador-Geral do Estado e ao Procurador-Geral da Assembléia Legislativa, em se tratando de norma estadual, e ao Prefeito e ao presidente da Câmara Municipal se de Município:

“Art. 118. (...)

§ 5º - Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo estadual, citará, previamente, o Procurador Geral do Estado e o Procurador Geral da Assembléia Legislativa, que defenderão o ato ou texto impugnado, ou, no caso de norma legal ou ato normativo municipal, o Prefeito e o presidente da Câmara Municipal, para a mesma finalidade.

Ressalte-se que em todas essas constituições, na medida em que se permite maior liberdade ao Procurador-Geral do Estado em sua atuação nas ações diretas, também se confere maior liberdade institucional, de modo que, a Procuradoria-Geral do Estado ora está sobremaneira subordinada ao Gabinete do Governador, ora desvinculada deste, inclusive com autonomia e iniciativa de lei orçamentária.

Todas essas diferentes disciplinas acerca do papel do Procurador-Geral de Estado estão a indicar, por um lado, a dificuldade de se assimilar na ordem constitucional de 1988 a verdadeira posição dessas entidades em face dos Poderes e dos demais órgãos públicos; por outro, permitem identificar um movimento no qual os Procuradores-Gerais de Estado assumem um papel de defender a norma

abstratamente, mas, sim, de defender, no controle concentrado, os interesses da Unidade Federada.

(c) Talvez o maior e mais sério problema oriundo de uma interpretação literal do art. 103, § 3º, da Constituição, seja o de que o Advogado-Geral da União, ao defender incondicionalmente a validade da norma, conflite, não com as funções de assessoramento do Poder Executivo, mas sim com a missão de defender a União em juízo e fora dele.

Um exemplo tornará mais fácil a compreensão desse grave problema. Suponha-se que uma lei federal extremamente prejudicial à União entre em vigor, e, portanto, com grande interesse desta em invalidá-la, mas com forte apelo popular e que conte com o apoio dos legitimados do art. 103, pois beneficiam-se também da disposição⁵⁰.

Nessa situação, que não é difícil de ocorrer, observa-se que jamais uma lei seria declarada inconstitucional pela via da fiscalização abstrata, porquanto o Advogado-Geral da União não se constitui ele próprio num dos legitimados para a propositura de ação direta. É possível, portanto, que, embora se recomende constantemente ao Presidente da República o ajuizamento deste tipo de ação, ele não o faça por razões políticas. Poderia, contudo, ser declarada pela via do controle

⁵⁰ Como exemplo, veja-se o art. 17, § 2º da Lei nº 10.259 (12.7.2001), que cria os Juizados Especiais Federais, *verbis*: “Art. 17. *Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório. (...) § 2º Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.*”

Não é difícil imaginar que a União teria absoluto interesse em discutir a validade desse dispositivo, sob o argumento de que o art. 100 da Carta não abre a possibilidade de seqüestro para os casos de requisição e, sendo o regime de precatórios matéria de índole constitucional, jamais poderia a lei ordinária ampliar, criando a cobrança forçada em análise. Como se vê, questionar essa norma é desinteressante do ponto de vista político de muitos legitimados (Chefes de Poder, Mesas do Legislativo e Partidos Políticos). Tampouco teria qualquer interesse a OAB e entidades de classe de âmbito nacional, porque lhes é favorável uma disposição nesse sentido. Resta o Procurador-Geral da República, mas também o Ministério Público Federal ajuíza ações contra a União e beneficia-se da regulamentação. No exemplo, parece que, embora haja relevantes argumentos quanto à inconstitucionalidade do citado parágrafo, é improvável que algum dos legitimados instaure o processo objetivo. Restaria à União, somente, a via do controle difuso, pois, nesta modalidade, não há como a atuação da Advocacia-Geral da União sofrer grandes interferências políticas e lhe seria permitido argumentar *in concreto* a invalidade da norma.

difuso, pois nessas a União, sendo parte, poderá argüir a inconstitucionalidade da lei em questão.

Assim, quer-se chamar a atenção a um problema de ordem republicano-federativa: não seria recomendado, em nome do interesse público, que pudesse o Advogado-Geral manifestar-se contrariamente à validade da lei ou ato normativo de índole *federal* que, do ponto de vista da União, lhe cause algum prejuízo, ainda que o Congresso Nacional e o Presidente da República, em conjunto, entendam de forma diversa?

Nesses casos, há que se permitir ao Advogado-Geral da União um agir em *ataque* à norma, porquanto essa conduta é que se espera dele a partir das disposições contidas no art. 131 da Constituição Federal⁵¹.

Todavia, inviável uma compreensão com essa latitude a partir da interpretação literal conferida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme visto.

1.6 – Da necessidade de reinterpretação do art. 103, § 3º. Marcos teóricos para uma nova compreensão da norma.

De todo o exposto, se observa que até o momento o Supremo Tribunal Federal determinou uma interpretação *literal, isolada* do art. 103, § 3º, da Carta de 1988. Todavia, há de se compreender a regra contida neste dispositivo à luz dos princípios do *modelo Federativo* (art. 1º) e de *tripartição de Poderes* (art. 2º), além das demais normas relativas à organicidade da Advocacia-Geral da União (art. 131).

Assim, muito embora qualquer interpretação deva iniciar-se com o método gramatical⁵², *in casu*, há de se ter em mente, segundo a moderna

⁵¹ Note-se que tanto parágrafo 3º do art. 103 como o art. 131 são normas *originárias* do legislador constituinte e mantêm-se inalteradas até o momento.

⁵² Conforme ensina o professor Inocêncio Mártires Coelho, em referência a Larenz, “a interpretação de qualquer enunciado normativo há de iniciar-se pelo seu sentido literal – assim entendido o significado de um texto ou de uma cadeia de palavras no uso lingüístico geral –, e que onde for possível constatar usos lingüísticos especiais, valerá o significado emergente dessa linguagem

hermenêutica, o contexto em que a norma está inserida na Carta Magna e os princípios sobre os quais a ordem está fundada.

Com efeito, na atualidade, os princípios não de ser levados em conta no momento da compreensão da norma constitucional, porquanto representam nortes, premissas, pressupostos de interpretação. Assim, a regra do art. 103, § 3º, deve ser interpretada, não isoladamente, mas segundo os princípios da Carta. Sobre a distinção lógica entre regras e princípios, Dworkin observa que⁵³:

“ambos estabelecem standards que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias determinadas, mas distinguem-se quanto ao caráter de direção que estabelecem. Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Se ocorrem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão.”

Conforme defendido por este autor, deve o operador do direito, durante o processo interpretativo, objetivar uma explicação *coerente*⁵⁴ da norma, não desta de forma isolada, mas em conjunto das demais, especialmente compreendendo-a à luz dos princípios que regerem a matéria.

Pretende-se, portanto, deixar bem marcado, apenas, que a interpretação de cada norma constitucional nunca pode ser feita negligenciando-se o conjunto normativo em que a mesma se insere. A Carta Maior passa, assim, a ser entendida como unidade, e tal compreensão deve nortear o hermeneuta em toda e qualquer atividade interpretativa. É muita clara, nesse ponto, a lição de Inocêncio Mártires Coelho⁵⁵:

*“1. Princípio da unidade da constituição
Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria constituição. Em conseqüência, a constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que*

técnica porque a sua adoção, no texto de determinada lei, terá sido intencional e decorrente da necessidade de atingir objetivos que, ao ver do legislador, poderiam não ser alcançados se ele utilizasse a chamada linguagem vulgar”. (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2ª edição. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, pág. 66).

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 53.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. – São Paulo: Martins Fontes, 1999, pág. 17.

⁵⁵ COELHO, *Ibidem*. Pág. 130.

resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.

(...)

Registre-se, ainda, que a rigor esse princípio compreende e dá suporte, se não a todos, pelo menos à grande maioria dos cânones da interpretação constitucional, porque ao fim das contas ele otimiza as virtualidades do texto da constituição, de si naturalmente expansivo, permitindo aos seus aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica.” (Grifou-se).

No mesmo sentido é a doutrina de Eros Roberto Grau⁵⁶:

“Aqui devo salientar, contudo, inicialmente, que, assim como jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.”

Nesta empreitada, compete ao operador do direito elaborar um discurso racional de forma a fundamentar sua interpretação. Como lembra Dworkin, “ao contrário de muito outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa”⁵⁷, razão pela qual se espera do estudioso não apenas a manifestação de seus ideais ou pretensões, mas a explicação lógica que demonstre a validade de sua interpretação.

A teoria proposta pelo professor de Harvard defende que haja constantemente uma interpretação construtiva do Direito de determinado ordenamento. Para tanto, não deverão ser permitidas arbitrariedades e interpretações desarrazoadas; na interpretação construtiva, Dworkin propõe que somente o uso racional dos argumentos jurídicos permitirá observar o Direito na sua *melhor luz*.

A racionalidade passa a ser, então, o pressuposto inicial para que haja aceitação dos argumentos jurídicos que buscam interpretar determinada situação. Em verdade, segundo Jürgen Habermas, é a racionalidade que efetivamente legitima o argumento jurídico e o torna válido como proposição jurídica. A hermenêutica aqui estudada, portanto, “*tem uma posição própria no âmbito da teoria*

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 145.

⁵⁷ DWORKIN, *O império...* Pág. 17.

*do Direito, porque resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição*⁵⁸.

Assim, nas próximas páginas, se pretenderá dar o adequado significado do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, levando em conta os princípios do *pacto federativo*, *tripartição de Poderes* e o *contexto institucional* no qual estão imersos as funções tanto da Advocacia-Geral da União quanto do Advogado-Geral da União. Tal esforço mostra-se necessário na medida em que a interpretação puramente literal, levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, e defendida por parcela da doutrina, conforme se verificou, não soluciona verdadeiramente o problema; pelo contrário, compromete o sistema e sua lógica, gera situações de conflito e prejudica o modelo de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*. Vol. I. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pág. 246.

2 – A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO: ORIGEM, NATUREZA E ATRIBUIÇÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1.988.

A Advocacia-Geral da União é instituição inovadora trazida pela ordem pós-1988. Até então, a função de representação em juízo da União estava a cargo do Ministério Público Federal. Nesse sentido, assim dispunha o art. 137 da Carta de 1967, *verbis*:

“Art. 137. (...)

§ 2º - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.”

A experiência mostrou que era complexo, muitas vezes, superar a incompatibilidade desta atribuição com aquelas tradicionais do *Parquet*. Conforme explica Celso Ribeiro Bastos⁵⁹:

*“A representação judicial da União, ou a advocacia do Estado, vinha tradicionalmente sendo exercida pelo Ministério Público. Cumpria este um *dúplice mister*. De um lado levava a efeito as clássicas funções de defensor da ordem jurídica, de guardião da lei, promovendo a acusação penal, bem como de fiscal da aplicação do direito em processos entre terceiros. De outro, desempenhava o papel de advogado da União, defendendo-a nos processos contra ela movidos ou mesmo quando autora. Essa duplicidade foi motivo de não poucas críticas. Como poderia ser lícito ao mesmo órgão exercer a desinteressada função de *custus legis* e ao mesmo tempo assumir os interesses de uma das partes em juízo?”*

A mesma preocupação vem na obra de Pinto Ferreira⁶⁰:

“Muito se discutiu sobre sua criação, defendendo-se tal inovação por pretender-se que o MP não deve acumular duas funções incompatíveis, a de fiscal da lei e dos interesses e bens da União, que podem ser antagônicos. Quem é parte no processo como advogado e representante da pessoa interessada não poder fiscal da lei e de sua correta aplicação. Daí o relevo institucional do Advogado do Estado.”

⁵⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. Vol. 4, Tomo IV – São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 201.

⁶⁰ FERREIRA, *Ibidem*, pág. 162.

De fato, foram intensos, na Assembléia Nacional Constituinte, os debates acerca da criação de uma nova instituição que absorvesse a representação do Estado em juízo. É de se recordar que, embora já estivessem bastantes avançadas as negociações para a aprovação da nova Carta contendo a previsão de uma advocacia de Estado, foi apresentada a Emenda nº 1.466 pelo então constituinte Roberto Jefferson, objetivando retornar ao modelo de representação da União pelo Ministério Público, nos seguintes termos⁶¹:

“Art. 158.....

VII - ..., salvo quanto ao Ministério Público Federal, a representação judicial da União. A lei disporá sobre o exercício dessa representação, de forma não-cumulativa, com a das demais funções do Ministério Público Federal, podendo atribuí-la, onde não houver Vara da Justiça Federal, mediante delegação, aos procuradores dos Estados ou dos Municípios”

A Emenda, todavia, não foi aprovada. Conforme argumentos defendidos pelo então deputado Nelson Jobim⁶²:

“Esta Constituinte, muito sabiamente, por sua Comissão de Sistematização, por sua Subcomissão e por sua Comissão Temática, optou, de forma inarredável por uma solução que é necessária ser mantida, qual seja, a de separar nitidamente, uma coisa ser Advogado da União, outra, ser Ministério Público Federal. Este Governo faz com que as funções do Ministério Público, que acabamos de votar e aprovar, sejam funções que descolam o Ministério Público do Poder Executivo. O Ministério Público assume uma função altamente relevante, que é exercer, defender e zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e do serviço de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”

Naquele momento, já estava bastante desenvolvida, na mente nacional, a necessidade de segregar, em organismos distintos, as funções de defesa dos interesses do Estado e defesa dos interesses da coletividade, já que nem sempre coexistem.

Assim, a criação de uma nova instituição - Advocacia-Geral da União - foi aprovada, nos seguintes termos:

“CAPÍTULO IV

⁶¹ BRASIL. Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 13 de abril de 1988 (quarta-feira), pág. 9.323.

⁶² *Ibidem*, pág. 9.324.

DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Seção II

DA ADVOCACIA PÚBLICA⁶³

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.

§ 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.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.”

De início, é importante notar que a Advocacia-Geral da União está localizada no capítulo IV (Das funções essenciais à justiça), ao lado do Ministério Público (seção I), da Advocacia privada e da Defensoria Pública (seção III). Com essa observação, passa-se a discutir um dos pontos mais controvertidos da atualidade, a saber, a natureza jurídica da Advocacia-Geral da União e sua relação com demais Poderes.

Muitos doutrinadores, e assim parece estar impregnado no senso comum teórico de muitos juristas, enxergam a Advocacia-Geral da União como um órgão do Poder Executivo, e, de fato, argumentos interessantes não faltam. Com efeito, no “Projeto de Constituição”, de novembro de 1987, da Comissão de Sistematização, presidida pelo constituinte Afonso Arinos, a até então denominada *Procuradoria-Geral da União* constituir-se-ia como “órgão”. Pelas demais disposições, era intuitivo dizer-se que tal “órgão” estaria na estrutura do Poder Executivo.

O principal argumento daqueles que defendem se tratar de órgão do Poder Executivo, contudo, diz respeito à circunstância de que o Advogado-Geral da União é cargo de livre nomeação pelo Presidente da República. Some-se a isso o fato de que é missão institucional da Advocacia-Geral da União o assessoramento

⁶³ Na redação originariamente aprovada em 5.10.1988, o nome da Seção II era “Da Advocacia-Geral da União”. Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, esta passou a ser denominada “Da Advocacia Pública”.

do Poder Executivo, nos termos da parte final do *caput* do art. 131, e parece estar completa a teoria quanto à sua natureza e localização.

Ocorre que há inúmeros equívocos nessa tese, como se demonstrará a seguir.

Em primeiro lugar, o art. 131 atualmente em vigor não se refere à Advocacia-Geral da União como um “órgão”, mas, sim, como uma “instituição”, e isso faz toda a diferença no momento da investigação de sua natureza jurídica.

Enquanto os órgãos representam “centros de competência” da pessoa jurídica a que estão vinculados e “não têm personalidade jurídica nem vontade própria”⁶⁴, a instituição representa um “organismo ou conjunto de órgãos”, uma “unidade de fato, formada por uma ou várias pessoas, cuja formação tem como causa a necessidade da consecução de objetivos bem definidos”⁶⁵

Dessa forma, assim como o Ministério Público Federal, a Advocacia-Geral da União não pertence à estrutura de nenhum Poder. A uma porque ambos estão localizados em capítulo próprio na Carta; a duas porque não são órgãos, mas *instituições*, que, mesmo não tendo personalidade jurídica própria, representam unidades necessárias à preservação do Estado Democrático de Direito e ao bom funcionamento da Justiça.

O interessante é que tal afirmação só encontra respaldo entre os juristas quando se trata do Ministério Público Federal. No caso da Advocacia-Geral da União, contudo, a vinculação ao Poder Executivo é imediata. Mas por que isso ocorre?

Uma possível explicação volta-se para a história do Ministério Público. Com efeito, essa instituição já esteve, equivocadamente, diga-se de passagem, atrelada à estrutura dos Poderes. Celso Bastos⁶⁶ lembra que “a Carta de 1967

⁶⁴ MEIRELLES, *Ibidem*, pág. 63

⁶⁵ CRETELLA, *Ibidem*, pág. 3.337.

⁶⁶ BASTOS, *Ibidem*. Pág. 203.

inseriu o Ministério Público no Poder Judiciário; já a Emenda Constitucional nº 1 colocou o Ministério Público no capítulo do Poder Executivo⁶⁷.”

Após longo processo, tornou-se madura a idéia de que as atribuições que o Ministério Público desempenha, que são da mais alta relevância, não permitem que o vinculem a qualquer Poder. Desse modo, em pleno nascimento do Estado Democrático de Direito, era necessário deixar o mais claro possível que essa importante instituição não poderia subordinar-se a questões de ideologia política, tampouco sofrer com uma estrutura que não lhe garantisse um mínimo de estabilidade e autonomia no exercício de suas funções.

Pela mesma razão, há de ser compreendida a Advocacia-Geral da União, num contexto de desvinculação a Poder, na medida em que sua missão não é defender nem o Governo e sua ideologia, tampouco o Poder Executivo; visa, na realidade, proteger os interesses da *União*, pessoa jurídica de direito público interno, ente muito maior que qualquer Poder, em qualquer que seja o momento político.

Busca-se, pois, uma Advocacia de *Estado*, e não de *Governo*, a contrário do parecem fazer aqueles que argumentam a vinculação ao Poder Executivo.

Esquecem eles que o art. 131 é claro ao dizer que se trata de duas missões: a primeira, a representação judicial e extrajudicial da *União*; a segunda, o assessoramento do *Poder Executivo*. Portanto, cabe à instituição de defender os interesses jurídicos da *União*, em juízo ou fora dele, independentemente do governante ou corrente política vigente. O fato de prestar assessoramento à Administração, não a torna subordinada a esta, porquanto o trabalho feito junto a este Poder, que só existe porque este é o responsável pela concretização de políticas públicas, é o de *orientação, prevenção e esclarecimento*. Políticas essas que, quando realizadas, o serão em nome da *União*, e não do *Executivo*.⁶⁸

⁶⁷ Não se pode deixar de registrar que o engrandecimento do Poder Executivo em face dos demais Poderes e instituições públicas é característica de regimes ditatoriais.

⁶⁸ Parece que uma visão agigantada do Poder Executivo, tradição infeliz de nossa história, contribuiu, muitas vezes, para que se confundam este Poder com o próprio Estado. Por óbvio, essa visão precisa ser reformada.

Ocupando o cargo máximo de chefia, figura o Advogado-Geral da União. Assim, ele é, antes de tudo, aquele quem dirige a instituição responsável pela defesa dos interesses da União.

A doutrina discute a questão da nomeação pelo Presidente da República. Humberto Agrícola Barbi⁶⁹ argumenta que:

“sendo o cargo eminentemente técnico, o critério de apreciação dos requisitos constitucionais para a nomeação foi delegado apenas ao Presidente da República, sem fiscalização de qualquer outro órgão, o que é um mal. Deveria o texto constitucional, a exemplo do que fez com o Procurador-Geral da República, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e outros, ter exigido a aprovação pelo Senado, como forma de controle de que os requisitos constitucionais estarão sendo observados”

Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁰, seguido por Celso Bastos, entende correta a opção de nomeação exclusiva pelo Presidente da República:

“Trata-se de cargo de livre nomeação e (pelo paralelismo das formas) de livre exoneração por parte do Presidente da República. Assim, ao contrário do que se dá com o Procurador-Geral da República, não é reclamada a participação do Senado Federal, seja no procedimento de nomeação, seja no de exoneração. Igualmente, ao contrário do que se passa com este, não precisa ser integrante da carreira, basta que seja maior de trinta e cinco anos, reconhecido como de notável saber jurídico e tenha reputação ilibada. Justifica-se a diferenciação relativamente ao Procurador-Geral da República. Entre o advogado e cliente é necessária uma relação de confiança que não pode ser alcançada senão pela livre escolha. Ora, o Advogado-Geral da União é como que o advogado do Presidente da República enquanto tal.”

Com a devida vênia aos ilustres autores, embora seja discutível a melhor forma de provimento ao cargo de Advogado-Geral da União, não se pode, no atual Estado Democrático de Direito, reduzir a Advocacia-Geral da União à advocacia do Presidente da República. A União não é o Presidente da República e vice-versa.

⁶⁹ BASTOS. *Ibidem*. Pág. 214.

⁷⁰ FERREIRA FILHO. *Ibidem*. Pág. 52.

Com base no que já se disse, parece que parte da doutrina olvida-se que o Presidente da República, assumindo a chefia do Poder Executivo, é a autoridade que representa a União e a República Federativa do Brasil⁷¹ em seu sentido *político*, isto é, orientando e organizando o Estado de acordo com a ideologia que foi melhor acolhida, segundo um processo legítimo de participação popular. Por outro lado, e esse é ponto a que se quer chegar, pretendeu a Constituição de 1988 confiar a representação *judicial e extrajudicial* da União, não ao Presidente da República, mas sim a uma autoridade que estivesse fora do ambiente político, livre das interferências comuns do meio de disputas ideológicas. Sem esta distinção entre representação para *assuntos políticos* e *assuntos jurídicos*, chegaria o intérprete à conclusão de que caberia ao Presidente da República fazer a defesa da União em matéria de direito, o que parece absurdo na atualidade.

E, como a atuação da Advocacia-Geral da União é *técnica*, e nisso concordam ambas as correntes expostas, parece, com mais razão, que a distinção entre representação *política* e representação *de assuntos jurídicos* é necessária, e reforça a compreensão de que esta instituição não se enquadra, a rigor, em nenhum Poder, tal como ocorre com o Ministério Público. Admitir o contrário significaria, senão uma representação judiciária pelo Presidente, ao menos uma admissão de que este é quem passaria a assessorar o Advogado-Geral da União, invertendo a disposição do Texto. Nesse sentido, confira-se a opinião de José Cretella Jr⁷², especialmente sua parte final, *verbis*:

“Representante da União. A União, ao agir por intermédio de sua Advocacia-Geral, diretamente, ou por meio de órgão vinculado, faz-se representar, em juízo ou não, pelo organismo nomeado pela Constituição e disciplinado pela lei complementar. A União é a pessoa jurídica pública representada. A Advocacia-Geral, por procurador de seus quadros, é a pessoa que representa o Poder Executivo, ou melhor, a União.”

É por esta razão que, mais importante que o processo de escolha do Advogado-Geral da União, é a estabilidade que lhe deve ser dada para que, na defesa intransigente dos interesses jurídicos da União, não corra o risco de perder o cargo caso conflite com eventual política do Presidente da República que acarrete

⁷¹ Pois, no Brasil, o Presidente da República é, ao mesmo tempo, chefe de *Estado* e de *Governo*. (SILVA. *Op. cit.* Pág. 540).

⁷² CERTELLA JÚNIOR. *Ibidem*. Pág. 3.338.

prejuízo ao Ente central. Teme-se que, a fim de manter o prestígio e apoio políticos, aja esta autoridade em detrimento da União, razão pela qual é da mais alta importância que exista um Advogado que defenda, não os interesses de ocasião, mas os da pessoa jurídica de direito público, ser permanente, livre de todas as interferências ideológicas.

Assim, um novo olhar sobre a Advocacia-Geral da União é necessário para que se compreenda sua relevante missão de defender os interesses do Ente central, que não se confundem, como se poderia imaginar de imediato, com os interesses das políticas públicas definidas pelo governo vigente e passageiro. Esse é o sentido que se deve ter em mente, a todo o momento, inclusive quando da interpretação do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, pois o Advogado-Geral da União, antes de ser partícipe do processo de controle concentrado é o chefe da Advocacia-Geral da União e, como tal, deve sempre buscar a melhor via que atenda aos interesses do seu “cliente”.

3 – INTERPRETANDO O ART. 103, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, FEDERALISMO E SEPARAÇÃO DOS PODERES.

3.1 – Natureza do processo objetivo.

Verificado no capítulo anterior o real significado da Advocacia-Geral da União e do Advogado-Geral da União, cumpre nas próximas linhas aproximar o estudo do tema inicialmente proposto, avançando-o sobre as questões atinentes à fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Como primeira medida, cabe analisar a natureza e os objetivos da ação direta de inconstitucionalidade e do processo que dela decorre.

Há muito se sabe que pela via da referida ação direta instaura-se um processo objetivo, isto é, sem partes, no qual não se discute a composição de lide alguma, mas sim a adequação, em tese, da norma em face da Constituição Federal. Conforme a jurisprudência consolidada junto ao Excelso Pretório:

O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais.⁷³

A ação direta tem por escopo a defesa da ordem fundamental contra atos com ela incompatíveis⁷⁴, sem envolver questões de direito subjetivo ou relações jurídicas individualizadas. Conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes⁷⁵, “a ação direta de inconstitucionalidade (...) destina-se única e exclusivamente à defesa do ordenamento constitucional”. No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève⁷⁶, para

⁷³ BRASIL. STF – Rcl-MC-QO nº 397/RJ; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 25.11.1992; DJU de 21.05.1993.

⁷⁴ MENDES, *Controle de constitucionalidade...*, pág. 249.

⁷⁵ MENDES, *Op. cit.*, pág. 240.

⁷⁶ CLÈVE, *Ibidem*, 143.

quem “a ação direta de inconstitucionalidade presta-se, antes, para a defesa da Constituição”.

Mas ainda há outro importante dado quanto à natureza da ação direta. É que, apesar do nome, de *ação judicial* propriamente dita não se trata. Em que pese opiniões em contrário⁷⁷, o Supremo Tribunal Federal entende o instituto da *ação direta de inconstitucionalidade* é instituto mais próximo da seara *política* do que *judiciária*. Gilmar Mendes⁷⁸, ao analisar o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato da ordem anterior, ensina que aquela Corte Maior:

“ressaltou que a representação de inconstitucionalidade não era uma ação no sentido clássico, mas um instituto de natureza política. (...) Na decisão de 3 de fevereiro de 1986, ressaltou o Tribunal, uma vez mais, a natureza política do controle abstrato de normas. O processo judicial deveria, por isso, ser considerado simples forma (Emb-RP nº 1.092). Essa orientação tornou-se ainda mais nítida no acórdão de 18 de maio de 1988. O Supremo Tribunal Federal ressaltou a objetividade desse processo, que não conhece parte e outorga ao Tribunal um instrumento político de controle de normas (RP nº 1.405)”.

O interesse individual na manutenção, ou não, da norma não é o que fundamenta, portanto, o “direito de ação” dos legitimados, mas sim “um interesse público de controle”⁷⁹. Desse modo, equivocado compreender o instituto no sentido processual clássico, onde se veicula controvérsia de direito material, mas sim de um impulso de índole política. Conforme explica Marcelo Borges de Mattos Medina⁸⁰:

“Não é impertinente a analogia entre a ação direta de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) e a iniciativa legislativa, a despeito da nomenclatura consagradamente aplicada àquele instituto. Se a fiscalização abstrata da constitucionalidade reveste natureza legislativa, não deixa de ser coerente dizer que o ato que a deflagra assemelha-se à iniciativa de lei, com menos quando se examina a questão desde o ponto de vista da respectiva substância”

⁷⁷ Como Clèmerson Merlin Clève, para quem a “cuida-se, a ação direta genérica, de verdadeira ação” (CLÈVE, *Op. cit.*, pág. 141).

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de normas no direito brasileiro: aspectos relevantes e novas perspectivas*. In: DINIZ, José Janguê Bezerra. *Direito constitucional* – Brasília: Editora Consulex, 1998, pág. 215.

⁷⁹ *Idem Ibidem*, pág. 216.

⁸⁰ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Elementos para uma teoria do processo objetivo de defesa da constituição*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. *Processo nos tribunais superiores*. – São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 345.

Se por um lado, a ação direta de inconstitucionalidade não é, a rigor, uma ação, por outro, a decisão acerca da validade de determinada norma é, tipicamente, jurisdição.

Marcelo Medina, focando especialmente o debate oriundo do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1 (Rel. Min. Moreira Alves; DJ de 16.6.1995), registra que:

“Em acórdãos do Supremo Tribunal Federal, tem-se acentuado que nos instrumentos de controle abstrato da constitucionalidade ‘não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas’, mas, sim, ‘a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados’”⁸¹

Dessa forma, a atividade desenvolvida pela Corte Suprema não seria tipicamente *jurisdicional*, porquanto não acerta lides. Segundo aquele mesmo autor⁸²:

“Todavia, se a fiscalização constitucional objetiva não tem índole jurisdicional, qual será a natureza de que se reveste tal atividade? (...) Para o notável jurista [Kelsen], o órgão a que se confia a anulação dos atos normativos inconstitucionais exerce função materialmente legislativa ou paralegislativa, muito embora o modo porque atua possa ser considerado tipicamente judicial.”

As afirmações acima quanto ao caráter político do sistema de controle concentrado de constitucionalidade devem ser melhores esclarecidas, sob pena de desvirtuar o verdadeiro significado da tese.

Em primeiro lugar, há que se compreender que, na medida em que a decisão acerca da validade de uma lei possui eficácia *erga omnes*, não sendo restrita a determinada relação jurídica apenas, interessa a questão do ponto de vista do Estado e da sociedade. É, nesse sentido, um debate *político*, porquanto todos serão atingidos pela decisão do Tribunal Constitucional.

⁸¹ *Id. Ibid.* Pág. 341.

⁸² *Id. Ibid.* Pág. 342.

Ademais, há que se verificar que a declaração de inconstitucionalidade da lei representa a anulação (nulificação, conforme o ordenamento) de um ato emanado, em nome do Estado, decorrente da divisão de parte de seu poder político. Noutros termos, quer-se atentar para o fato de que, ao se invalidar uma lei, está-se a rejeitar o produto de uma decisão de parcela do Estado, oriunda de suas funções mais típicas, qual seja, a produção legislativa envolvendo os Poderes Executivo e Legislativo. Trata-se, pois, de uma questão de interferência legítima de um Poder sobre ato dos demais, ou seja, de fiscalização do próprio poder político.

Em terceiro, a natureza política do instituto está ligada ao fato de que a decisão proferida pelo Tribunal constitucional repercute diretamente no ordenamento jurídico, entendido este como uma manifestação da própria capacidade de autogoverno e soberania do Estado.

Pretende-se, dessa forma, repelir a equivocada idéia de que no debate caberiam *argumentos* de cunho político, isto é, de intenções, de necessidade, de manutenção de poder. Pelo contrário, a averiguação de compatibilidade da norma objeto de ação direta há ser feita tão somente na perspectiva *técnica*, porquanto o exercício de interpretação, tanto da Constituição como da lei impugnada, deve guiar-se por critérios objetivos e racionais. Esse é o trabalho a ser desenvolvido pela Corte quando da análise da argüição de invalidade. Conforme ensina Kelsen⁸³:

“(...) Todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em linha de conta quando se trata da anulação das leis. (...) É sobre questões de direito que ela [a Corte Constitucional] é chamada a se pronunciar, e ela deve cumprir uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição”

A preocupação com a tecnicidade do processo de controle é tão evidente na obra do mestre de Viena que, sobre a nomeação de membros a compor o Tribunal Constitucional, chega a afirmar⁸⁴:

“Também é importante excluir da jurisdição constitucional os membros do Parlamento ou do governo, já que são precisamente os atos de ambos que

⁸³ KELSEN, *Ibidem*, págs. 154-155.

⁸⁴ *Id. Ibid.* Pág. 155.

ela deve controlar. É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional.”

Nesse momento, chega-se a um ponto bastante peculiar da fiscalização abstrata. É que, muito embora o controle jurisdicional de constitucionalidade não seja, tipicamente, jurisdição, mas uma atividade de cunho político, a *forma* pela qual esta se desenvolve há de seguir um modelo *judicial*. Noutros termos, a despeito de o sistema concentrado ser mecanismo de controle político, *imita* ele a forma de processamento que os Tribunais imprimem quando do julgamento de controvérsias particulares. Sobre o tema, pertinente destacar o voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADC nº 1, *verbis*:

“O controle direto da constitucionalidade, para mim, é o exercício de uma função predominantemente política, para o qual, entretanto, adotaram-se mecanismos jurisdicionais, a partir do órgão de controle, sobretudo quando se dá, como no Brasil, a competência de uma corte tipicamente jurisdicional, como o Supremo Tribunal Federal e, também, da forma de exercício da função que imita o processo de partes.”

Perceber essa diferença entre conteúdo e forma é de suma importância para a matéria. Afinal, afirma Kelsen⁸⁵:

“A questão do modo de introdução do processo diante do tribunal constitucional tem uma importância primordial: é de sua solução que depende principalmente em que medida o tribunal constitucional poderá cumprir sua missão de garante da Constituição.”

A adoção de um processo com rito judiciário justifica-se em razão da oportunidade de debate que este oferece em torno da matéria, o que permite o amadurecimento das idéias e o julgamento mais refletido. A respeito, Kelsen⁸⁶ afirma que:

“É questão de política do direito se o processo através do qual um órgão dotado de independência judiciária examina a constitucionalidade de uma lei deve ser configurado tal como um processo criminal, civil ou administrativo – particularmente, se deve possuir caráter litigioso –, ou seja, se deve ser formulado de modo que os prós e contras da constitucionalidade da lei sejam discutidos o mais publicamente possível. Tal processo não é exclusivo do judiciário; também o processo administrativo pode ser assim formulado. Se a propósito se fala de forma judiciária, é porque historicamente, e até hoje, ele aparece principalmente

⁸⁵ *Id. Ibid.* Pág. 173.

⁸⁶ *Id. Ibid.* Págs. 264-265.

nos tribunais. (...)E justamente aqui é de particular importância que a vontade estatal, que se manifesta na decisão do tribunal constitucional, aconteça dentro de um processo que expresse os conflitos de interesses existentes.”

E prossegue o autor⁸⁷:

“O verdadeiro sentido da assim-chamada forma judiciária e sua utilidade para o processo de uma autoridade que atue como guardião da Constituição, certamente não será compreendido se não se contemplar o fato sociológico básico de onde se origina a instituição do processo litigioso: como em qualquer configuração jurídica, assim também na decisão de um tribunal – e em particular naquela de um ‘guardião da Constituição’ – tomam parte interesses contrastantes, e toda ‘decisão’ versa sobre conflitos de interesses, ou seja, em favor de um ou de outro, ou no sentido de uma mediação entre ambos; de modo que um processo de caráter litigioso, se não para outras coisas, serve pelo menos para expor claramente a real conjuntura de interesses.”

Pelo exposto, chega-se à conclusão de que os processos de fiscalização de constitucionalidade em abstrato diferem-se, na essência, daqueles ordinários, relativos às controvérsias particulares. São processos judiciais em sentido formal, mas veiculam matéria de natureza eminentemente política.

Mas até que ponto a natureza política desse tipo de jurisdição influencia no rito, na condução do debate e vice-versa? Já se analisou que o caráter político do controle jurisdicional de constitucionalidade não deve conduzir a uma discussão com base em argumentos também políticos, pelo contrário, há de se manter a tecnicidade da análise. Mas essa é apenas uma das importantes questões que envolvem a jurisdição constitucional. A partir das conclusões sobre a compatibilização entre *forma* e *conteúdo*, cabe a seguinte questão: qual o critério de legitimação para integração no debate?

3.2 – Legitimação política dos participantes no controle jurisdicional de constitucionalidade.

A discussão em torno da legitimidade no controle concentrado de constitucionalidade possui contornos próprios, diferenciando-se de tema similar

⁸⁷ *Id. Ibid.* Pág. 266.

envolvendo processos de natureza concreta, conflitiva. É que na discussão da constitucionalidade em tese, a objetividade do processo faz com que não se possa falar em partes (no sentido tradicional do termo), e o tema legitimidade é, até certo ponto, uma ficção. Daí ser esse um dos tópicos mais controvertidos da atualidade.

No processo comum, na medida em que estão envolvidos direitos subjetivos (pretensão resistida), é dedutível pensar que, com base na teoria geral do direito processual, os indivíduos interessados no resultado final do conflito estejam presentes e atuem, de alguma forma, no debate.

Ocorre que, nas ações diretas de inconstitucionalidade, não estão em jogo direitos *subjetivos*, mas, sim, direitos *objetivos*, isto é, a própria norma, o próprio direito positivo colocado em face do texto constitucional. Logo, não é possível em se falar em *interesse jurídico* de qualquer pessoa ou ente, pois não há relação jurídica base onde se desenvolvam controvérsias entre eles. A teoria geral do processo aqui não se aplica.

Apesar disso, o controle jurisdicional assume *forma* de processo e, assim, torna-se necessário que, de alguma maneira, *atores processuais* participem da discussão. A dúvida, portanto, é saber que *papéis* assumiriam tais *atores*, de maneira a conduzir um processo racional e lógico, produzindo, ao final, uma decisão legítima, isto é, que seja aceita por toda a sociedade⁸⁸. Noutros termos: se, apesar de existir uma extensa teoria geral, a mesma valida a legitimação de indivíduos no sistema processual comum, *inter partes*, se torna necessário um outro conjunto de fundamentos que dê o adequado suporte a legitimar a participação de pessoas ou instituições em um processo no qual, a rigor, não há partes.

Por muito tempo, a doutrina discutiu o grau de abertura a permitir que *sujeitos processuais* atuassem no controle jurisdicional de constitucionalidade em tese. A depender da visão acerca da constituição e da própria fiscalização, é possível verificar que as propostas de legitimação oscilam entre dois extremos: de

⁸⁸ Para Niklas Luhmann, “uma estrutura jurídica é (...) legítima na medida em que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância.” (LUHMANN, Nicklas. *Legitimação pelo procedimento*. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, pág. 3.)

um lado, aqueles que restringem a participação ao máximo, permitindo a manifestação de uns poucos; de outro, os que ampliam a qualquer núcleo mínimo de interesse, sejam pessoas, órgãos, entidades ou instituições.

No atual estágio do direito brasileiro, conforme visto, o controle jurisdicional de constitucionalidade possui natureza política, na medida em que se trata da manutenção, na ordem jurídica, de uma determinada norma jurídica, fruto de decisão igualmente política, e, portanto, de observância *erga omnes*.

Desse modo, é forçoso concluir que a legitimação de qualquer indivíduo ou entidade no processo de controle abstrato há de levar em conta, não o interesse *jurídico*, pois não se trata de direitos subjetivos, mas o interesse *político* na matéria.

Com efeito, cada indivíduo, cada órgão, cada entidade, porque se sujeita a determinada ordem constitucional estatal, possui o necessário interesse político. Na medida em que a observância às decisões legislativas decorre de uma relação entre Estado e súditos, sendo aquele o que detém a força para impor sua vontade, a questão acerca da manutenção de certa norma no ordenamento representa, do ponto de vista destes, *controvérsia política* e não *jurídica*. Nesse ponto, consenso, sujeição a uma ordem estatal constitucional e validade da norma estão afetos, pois, a um problema de *poder*, da capacidade de impor a outrem sua vontade e fazer com que sua conduta passe a se dirigir conforme a vontade do soberano⁸⁹, e não de direito.

Assim, porque integrantes de um sistema político, no qual todos estão sujeitos à força coatora da lei, e porque há razoável consenso de que o Estado é legítimo para a produção dessas mesmas leis (pois, modernamente, não há Estado

⁸⁹ “Em geral, *poder* ‘designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos’ (Bobbio, Norberto et al., 1993: p. 933). Weber, por sua vez, define o poder como a ‘possibilidade de impor a própria vontade sobre o comportamento dos outros’ (Bendix, 1986: p. 232). Assim, o termo revela a capacidade de controlar os outros, de compelir aos demais a se comportarem da forma que se quer.” (FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de constitucionalidade e política fiscal*. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, pág. 49.

sem um ordenamento e só é direito aquele proveniente do Estado)⁹⁰, a legitimação para o debate no controle jurisdicional de constitucionalidade assume natureza política e desse modo deve ser analisada.

Sob essa perspectiva, a tradicional teoria geral do processo não se presta em matéria de controle jurisdicional, na medida em que os fundamentos de legitimação não estão ligados a pretensões, interesses jurídicos de qualquer natureza, mas sim ao fato de que estão todos sujeitos a uma ordem jurídica proveniente do Estado. E, para que seja total o nível de aceitação por uma comunidade, legitimando definitivamente o poder político do Estado na imposição de determinada norma, deve ser permitida a manifestação democrática de variados setores do Estado e da sociedade. Cada qual oferecendo seu entendimento acerca da norma permitirá o surgimento de um rico debate, de modo que, ao final, o Tribunal, guardião da Constituição, decida-se pela interpretação última, que será fruto da compreensão das várias possibilidades hermenêuticas, de um exaustivo trabalho de reflexão diante das muitas compreensões acerca da norma.

Em suma, na mesma medida em que cidadãos, entes e instituições representam *atores* de uma comunidade política, sujeitando-se, igualmente, à mesma ordem constitucional, há de ser aberta a estes a oportunidade de manifestação nos processos de discussão de compatibilidade de leis em face do Texto.

⁹⁰ A respeito, pertinente as seguintes observações de Rafael Favetti: “O reflexo desse poder político é verificado na relação *unum et idem* entre Direito e Estado, onde o poder político ‘não é mais do que poder que torna real um ordenamento normativo e faz deste ordenamento um ordenamento efetivo e não imaginário’ (Bobbio, Norberto *et al*, 1993: p. 351). Bobbio afirma que Max Weber e Hans Kelsen – os quais crê serem os maiores teóricos do Estado moderno no século XX – interpretam o mesmo fenômeno da convergência entre o Estado e o Direito, mas Weber prima pelo que chama de ‘juridificação do Estado’ e Kelsen olha pelo prisma da ‘estatização do direito’. Isto é, enquanto Max Weber interpreta a relação a partir do poder estatal, racionalizado através de uma complexa estrutura normativa articulada e hierarquizada, Hans Kelsen a interpreta por meio do sistema normativo que se realiza através do exercício do poder. Para Weber, a estrutura normativa (direito) está em função do poder; Kelsen afirma que o poder está em função do direito. Bobbio sintetiza este pêndulo entre Kelsen e Weber ao propor que ‘o direito é a política vista através de seu processo de racionalização, assim como o poder é o direito visto em seu processo de realização’. A relação direito/poder/Estado é típica da modernidade com o surgimento do Estado moderno e a quebra do sistema feudal. Nessa perspectiva, enquanto o direito (*strictu sensu*) cada vez torna-se mais estatal, realçando o monopólio legítimo do Estado para ditar o direito – componente da força – o direito estatal torna-se cada vez mais legislativo (ligado ao consenso).” (*Id. Ibid.* Págs. 51/52)

Peter Häberle, analisando os meios de compreensão constitucional e os sujeitos que dele participam, afirma que o processo de interpretação do ordenamento envolve “todas as forças da comunidade política”⁹¹ e que “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”⁹². Para este autor⁹³:

“Uma constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Offentlichkeit), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.”

Tais premissas apontam para que o procedimento a ser adotado no sistema abstrato de constitucionalidade enseje um certo grau de abertura com relação à possibilidade de participação das várias forças políticas da sociedade, pelo simples fato de que estes, vivendo a própria norma, se legitimam como autênticos intérpretes⁹⁴. Assim, o controle jurisdicional de constitucionalidade, porque envolve, a um só tempo, a interpretação da Constituição e da norma legal, deve conferir um espaço a fim de que as diferentes experiências hermenêuticas sejam levadas em conta pela Corte Suprema.

Somente assim se pode falar em *partes* num processo que, conforme a doutrina, reputa-se *objetivo*. As *partes*, no controle jurisdicional de constitucionalidade, devem representar, na verdade, *intérpretes* legitimados a se manifestarem nos autos, oriundos de diferentes setores de uma comunidade política plural, que, muitas vezes, podem até mesmo concordar com o significado da norma. Não se trata de partes em litígio, de um direito subjetivo invocado em face de outrem, mas de uma complexa orquestração de linhas de pensamento que surgem na sociedade moderna.

⁹¹ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista “procedimental” da constituição*. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, pág. 23.

⁹² *Id. Ibid.* Pág. 43.

⁹³ *Id. Ibid.* Pág. 33.

⁹⁴ *Id. Ibid.* Pág. 15.

3.3 – A União como pessoa política e jurídica necessária e participante do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

O principal problema enfrentado pela corrente doutrinária que sustenta a abertura do controle jurisdicional de constitucionalidade aos variados intérpretes diz respeito ao excessivo volume de trabalho e a inviabilização do funcionamento do Tribunal. Por esta razão, entende parcela da doutrina, que um certo limite há de ser imposto. Conforme registra Kelsen⁹⁵:

“A mais forte garantia consistiria certamente em autorizar uma actio popularis: o tribunal constitucional seria obrigado a examinar a regularidade dos atos submetidos à sua jurisdição, em particular das leis e dos regulamentos, a pedido de quem quer que seja. É incontestavelmente dessa maneira que o interesse político em eliminar os atos irregulares receberia a satisfação mais radical. No entanto, não se pode recomendar essa solução, porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento das funções.”

O problema que ora se apresenta, portanto, é o de eleger mecanismos de filtragem, de seleção de quais *forças políticas* possuem um grau reconhecido de legitimação e que efetivamente contribuirão na atividade de interpretação⁹⁶ da Constituição. Afinal, segundo Härbele⁹⁷, “a questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição”.

Nesse sentido, parece que a participação de entes públicos no processo de fiscalização está de acordo com a tese segundo a qual determinadas forças políticas legitimam-se para o debate em razão da posição que ocupam e da natureza dos interesses que reúne. Segundo Härbele, a interpretação constitucional envolve tanto elementos da sociedade civil como do próprio Estado⁹⁸:

⁹⁵ KELSEN, *Ibidem*, pág. 174.

⁹⁶ Pois, segundo Härbele, “a interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que potencialmente diz respeito a todos” (HÄRBELE, *Ibidem*, pág. 24).

⁹⁷ *Id. Ibid.* Pág. 29.

⁹⁸ *Id. Ibid.* Pág. 13.

“Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos.”

Aplicando a premissa acima ao Estado federal brasileiro, percebe-se que o ente com o maior conjunto de interesses em jogo, razão pela qual torna-se sujeito legitimado para qualquer debate em torno da constitucionalidade de normas, é a União⁹⁹. A respeito, pertinente a anotação de Paulo Bonavides¹⁰⁰:

“A superioridade do Estado federal sobre os Estados federados fica patente naqueles preceitos da Constituição federal que ordinariamente impõem limites aos ordenamentos políticos dos Estados-membros, em matéria constitucional, pertinentes à forma de governo, às relações entre os poderes, à ideologia, à competência legislativa, à solução dos litígios na esfera jurídica, etc. Considerando o Estado federal em face do Estado federado (...), deve sobretudo impressionar-nos a superioridade marcante da organização do Estado federal sobre a organização dos Estados federados. A Constituição federal é o cimento jurídico dessa supremacia imposta através das regras limitativas do ordenamento político das unidades componentes.”

Com efeito, numa federação, a União ocupa posição de destaque, porquanto é a única pessoa jurídica de direito público com força política sobre todo o território nacional. Fruto do pacto¹⁰¹ envolvendo os Estados-membros, a União tem a missão de conferir um mínimo de unidade e homogeneidade no tratamento de determinadas políticas públicas de interesse comum em todo o Estado. A respeito, confira-se a lição de Lucio Levi¹⁰²:

“O princípio constitucional no qual se baseia o Estado federal é a pluralidade de centros de poder soberanos coordenados entre eles, de modo tal que ao Governo federal, que tem competência sobre o inteiro território da federação, seja conferida uma quantidade mínima de poderes, indispensável para garantir a unidade política e econômica, e aos Estados federais, que têm competência cada um sobre o próprio território, sejam assinalados os demais poderes”

⁹⁹ Não há, no presente estudo, a preocupação de análise quanto ao ingresso de outros intérpretes no controle abstrato, pois o objetivo, por ora, é, tão somente, elaborar um discurso de fundamentação que permita à União preservar seus interesses nesse tipo de jurisdição de forma sistemática e regular.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 13ª edição. – São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 198.

¹⁰¹ Ou “compromisso federativo”, como prefere Raul Machado Horta ao analisar o caso brasileiro (HORTA, Raul Machado. *Constituições federais e pacto federativo*. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. – São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 703).

¹⁰² BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. (vários colaboradores) – 7ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, pág. 481.

E, na medida em que é impossível a compreensão de um Estado sem o seu direito positivo e suas instituições políticas¹⁰³, verifica-se que a União, dada a posição singular que ocupa na Federação, em razão de suas competências, instituições e atributos, possui suficiente interesse político em discutir, no foro adequado, a validade de determinada norma legal. Assim, há de ser-lhe conferida, nos processos de controle abstrato de constitucionalidade que tramitam junto ao Supremo Tribunal Federal, um espaço permanente de manifestação, qualquer que seja lei, federal ou estadual.

Por oportuno, confira-se a lição de Kelsen¹⁰⁴, para quem, numa Federação, o controle de constitucionalidade pode servir de meio adequado a manter o equilíbrio do pacto federativo:

“Nos Estados federativos, o direito de apresentar o pedido deve ser concedido aos governos dos estados federados contra os atos jurídicos emanados da União, e ao governo federal contra os atos dos estados federados. De fato, em tais Estados, o controle de constitucionalidade tem por principal objeto a aplicação das disposições de fundo características das Constituições federais, que delimitam a competência respectiva da União e dos estados federados.”

No caso brasileiro, tais argumentos são reforçados porquanto é sabido que a União, na ordem pós-1.988, centralizou boa parte das competências administrativas e legislativas. Segundo enfatiza Maria Garcia¹⁰⁵:

“A Constituição de 1.988 inclinou-se por uma reformulação da repartição de competências, conforme preconizam alguns autores, como Raul Machado Horta, e, embora tenha contribuído para a consolidação do processo de redemocratização do País, sob o ângulo da repartição de competências, não conseguiu encontrar o equilíbrio nas relações federativas pois persiste uma excessiva concentração de poderes na União. Tanto que as matérias de sua competência foram significativamente ampliadas, pouco restando para os Estados no que se refere à sua capacidade legislativa, continuando

¹⁰³ Segundo Dalmo de Abreu Dallari: “Todo Estado implica um entrelaçamento de situações, de relações, de comportamentos, de justificativas, de objetivos, que compreende aspectos jurídicos, mas também contém, ao mesmo tempo, um indissociável conteúdo político. (...) Na verdade, é impossível compreender-se o Estado e orientar sua dinâmica sem o direito e a política, pois toda fixação de regras de comportamento se prende a fundamentos e finalidades, enquanto que a permanência de meios orientados para certos fins depende de sua inserção em normas jurídicas.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 26ª edição – São Paulo: Saraiva, 2007, págs. 127/128).

¹⁰⁴ KELSEN, *Ibidem*. Pág. 175.

¹⁰⁵ GARCIA, Maria. O modelo político brasileiro: Pacto Federativo ou Estado Unitário. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. – São Paulo: Saraiva, 2005, págs. 796-797.

seus poderes remanescentes esvaziados de conteúdo e de significado prático.”

Em suma, o que se pretende dizer é que num Estado que se organiza como federação, há de se presumir, sempre, o interesse da União em debater a matéria objeto de fiscalização abstrata. Sua legitimação é singular em face dos demais intérpretes, pois a União é o único ser capaz de *produzir, modificar e revogar* o ordenamento no plano federal. Logo, possui interesse político *qualificado*, na medida em que acumula as funções de *fonte, intérprete, e aplicador* do direito. Desse modo, deve ser reservado um momento específico no rito para que se proceda a oitiva desse Ente, que não deverá ser considerado mais um *amicus curiae* ou mero *terceiro interessado*, mas, sim, um *sujeito especial* no processo, porquanto se trata da pessoa jurídica de maior envergadura política, aquele responsável pela manutenção do próprio direito positivo.

Desse modo, restam indubitáveis a legitimidade da União e a necessidade de sua participação no trâmite das ações diretas de inconstitucionalidade¹⁰⁶.

3.4 – O Presidente da República e o AGU como representantes da União no controle abstrato de constitucionalidade. Nova compreensão do art. 103, 3º, da Carta.

Verificada a legitimidade da União, cumpre analisar os mecanismos pelos quais ela de fato deve participar do debate acerca da constitucionalidade de normas.

¹⁰⁶ Note-se que já havia, às vésperas da Assembléia Nacional Constituinte, uma corrente defendendo a legitimidade dos entes políticos em matéria de ação direta de inconstitucionalidade. Conforme se verifica em artigo publicado na Folha de São Paulo, de autoria de Sydney Sanches, em 6.10.1985, “a representação de inconstitucionalidade não há de competir apenas ao Procurador-Geral da República, devendo caber também às pessoas jurídicas de direito público, ao Congresso Nacional, aos tribunais judiciários, às assembleias legislativas, aos partidos políticos, entidades de classe e sindicatos (os três últimos segmentos apenas em nível nacional)” (GUTEMBERG, Luiz. *Mapa geral das idéias e propostas para a nova constituição*. – Brasília: Fundação Petrônio Portela/FPP, 1987, pág. 137).

Conforme visto no capítulo anterior, cabe destacar duas modalidades de representação da União. *Politicamente*, cumpre ao Presidente da República atuar em nome do Ente central. *Judicialmente*, porque se exigem conhecimentos técnicos específicos, cabe ao Advogado-Geral da União esse mister. Dessa forma, a premissa indica que tanto a manifestação do Presidente quanto a do Advogado-Geral está ligada ao fato de que ambos, cada um a seu modo, representam, e por isso defendem, os interesses da União.

Portanto, a legitimidade para integrar o debate acerca da constitucionalidade de determinada norma não pertence aos titulares dos cargos em análise, mas sim à pessoa jurídica de direito público interno. Esta sim é a legitimada para atuar no controle concentrado, que o faz através de seus representantes político e judiciário. É em razão dela que os atos reputam-se válidos, produzindo efeitos jurídicos.

Logo, não há como se sustentar uma interpretação literal do art. 103, § 3º, da Constituição, que muitas vezes importará numa atuação do Advogado-Geral em sentido contrário daquilo que convém ao Ente central, instaurando um verdadeiro quadro de *anomia institucional*¹⁰⁷. A norma há de ser compreendida de outra forma.

A melhor interpretação desse dispositivo deve levar em conta o fato de que o Advogado-Geral da União, antes de ser o suposto *curador da constitucionalidade da norma*, é o chefe da instituição que representa judicialmente a União em juízo e fora dele. E, como esse Ente, em razão de seu papel de destaque na federação, sempre terá interesse em debater questões acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos, conclui-se que a manifestação do Advogado-Geral nas ações diretas de inconstitucionalidade há de ser no sentido de apresentar razões técnicas que salvaguadem os direitos da União.

Nessa nova compreensão do papel do Advogado-Geral, com base no art. 103, § 3º, esclareça-se que não será essa autoridade mais um parecerista, ao

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O advogado-geral da União e a ação direta de inconstitucionalidade. *Correio Braziliense*, Brasília, Caderno Direito & Justiça, 20 de novembro de 2.000.

lado do Procurador-Geral da República. Pelo contrário, deverá o AGU, em nome da União, manifestar-se em favor da pessoa jurídica de direito público, sendo, portanto, *parcial* sua intervenção.

É possível que o constituinte tenha tentado estabelecer um momento de *contraditório* nas ações diretas¹⁰⁸. Ocorre que atribuir essa função ao Advogado-Geral da União pode comprometer, conforme visto no capítulo 1, a sua função principal que é a defender os interesses da União.

Com efeito, o pretendido *contraditório* talvez seja obtido se se admitir que a interpretação da Constituição e das leis é uma atividade aberta, na qual todos estão envolvidos e, por isso, seja oportuno que diferentes aspectos sobre o tema se apresentem ao Supremo Tribunal Federal. A União, nesse processo, assume função fundamental, porquanto é impensável imaginar alguma lei, seja da órbita federal, seja estadual, que não lhe afete direta ou indiretamente num Estado organizado sob o modelo federal. Caberá ao Advogado-Geral, com razões jurídicas, explicitar em que medida a União é alcançada pela norma e propugnar, ao final, pela sua validade ou não.

Nesse ponto, comunga-se da tese de Gilmar Mendes que ao Advogado-Geral da União não se atribuiu um dever de defesa da norma, mas o direito de manifestação nos autos. Para este autor¹⁰⁹:

“Em verdade, tais considerações parecem legitimar a idéia de que, a despeito da concepção e formulação gravemente defeituosas, o constituinte somente pode ter assegurado ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação, dentro dos limites impostos pelo próprio ordenamento constitucional.”

Agindo em nome dos interesses da União, percebe-se, pois, a incongruência atribuir ao Advogado-Geral a função de ser o *curador da presunção*

¹⁰⁸ Para Gilmar Mendes, “no caso do disposto no art. 103, § 3º, é difícil imaginar o que pretendeu, de fato, o constituinte, ao designar um órgão da consultoria jurídica do poder Executivo federal para proceder à defesa de atos dos demais Poderes federais, bem como dos atos normativos editados pelos Estados-membros. Se, efetivamente, pretendia criar aqui um autêntico processo contraditório, tem-se de reconhecer que não logrou concretizar o seu intento.” (MENDES, *Controle de constitucionalidade: aspectos...*, pág. 260).

¹⁰⁹ MENDES, *Ibidem*, pág. 261.

de constitucionalidade, especialmente nos casos em que se discute a validade de lei ou ato normativo *estadual*. Nestes casos, parece que eventual função de defensor incondicional da norma deva ser atribuída às autoridades estaduais, jamais ao chefe da Advocacia-Geral da União.

Ademais, veja-se que a União tem absoluto interesse em integrar o debate desse tipo de norma, na medida em que é possível que os Estados-membros ultrapassem os limites de suas competências legislativas e afrontem os dispositivos constitucionais que reservam ao Ente central o direito de regular determinadas matérias. Assim, conforme o caso, a manifestação da União seria ora um ataque, ora uma defesa da norma.

No caso de leis *federais*, convém registrar que, nessa nova perspectiva, isto é, agindo em nome da União no processo de fiscalização concentrada, não estará o Advogado-Geral defendendo interesse de nenhum Poder da República. Logo, em eventuais divergências *políticas* entre o Presidente da República e o Congresso Nacional acerca da validade de determinada norma, não será afetado o Advogado-Geral, que analisa a questão tão somente do ponto de vista técnico e de modo a assegurar, globalmente, os interesses da União.

Por fim, é de esclarecer que o Presidente da República terá o importante papel de ajudar na compreensão da norma. Sendo o representante político da União, caberá a ele apresentar as razões dessa natureza, aumentando o espectro de interpretação da norma. Indicando os motivos de finalidade e necessidade que orientaram a elaboração da norma, se poderá, ao final, ter uma visão mais privilegiada do contexto. Essa é, na verdade, a natureza das *informações*, como se diz hoje na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. O mesmo se diga quanto ao Governador de Estado-membro nos casos de ações diretas impugnando leis estaduais.

Logo, ao que parece, não se mostra necessária a alteração do Texto. Basta apenas que se reconheça, numa interpretação que leve em conta os princípios constitucionais do federalismo e separação dos Poderes, bem como as

normas que norteiam a Advocacia-Geral da União para que se compreenda o nobre e importante papel que deve ser reservado ao Advogado-Geral da União no controle jurisdicional de constitucionalidade, o qual, conforme a questão, ora atacará, ora defenderá a validade da norma.

3.5 – Repercussão no controle abstrato de normas a partir da nova interpretação do art. 103, § 3º.

Verificada que a participação da União na fiscalização em tese é fundamental para a democratização do debate acerca da validade de determinada norma, e que esta, como se viu, em função da sua própria essência no Estado federal, sempre será legítima para intervir em feitos dessa natureza, outras conseqüências, que não apenas a possibilidade de ataque, pelo Advogado-Geral da União, nas ações diretas de inconstitucionalidade, surgem no horizonte.

A primeira delas diz respeito à necessária participação deste Ente nas *arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)* e *ação declaratória de constitucionalidade (ADC)*.

Atualmente, no caso de ADPF, não existe um momento processual para que a União, através de seu Advogado-Geral, aponte as razões técnicas pelas quais defenderá ou atacará a norma impugnada. Com efeito, o que há no plano legal (Lei nº 9.882, de 3.12.1999) é a previsão de faculdade para o Relator dos autos a abrir vista ao Advogado-Geral, nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 5º. (...)

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

Por outro lado, no que se refere a ADC, não há qualquer previsão de manifestação do Advogado-Geral da União. Esse fato representa, se não uma incoerência, pelo menos uma falta de sistematização do constituinte. Falta de sistematização porque o interesse da União, por seu Advogado-Geral, de atuar nas

ações declaratórias de constitucionalidade é exatamente o mesmo de quando se trata de ações diretas de inconstitucionalidade¹¹⁰. Incoerência porque, se pretendia estabelecer uma etapa onde houvesse um contraditório, tal como aponta a interpretação literal do art. 103, § 3º, não o fez em se tratando de ADC. Nesta ação, o debate há de ser tão amplo como o que deve se desenvolver em ADI. Desse modo, representa uma incongruência no sistema o fato de que sequer se preveja alguma manifestação pelo Advogado-Geral da União nessa hipótese¹¹¹.

Contudo, a principal repercussão que uma interpretação ampliada do art. 103, § 3º acarreta, com base nos princípios já invocados, diz respeito à própria iniciativa de propor as ações de controle concentrado, em quaisquer espécies (ADI, ADC e ADPF).

Com efeito, o direito de ação em se tratando de controle jurisdicional de constitucionalidade há de ser compreendido em benefício da União. Dessa forma, o *caput* do art. 103, ao mencionar a legitimidade do Presidente da República, deve ser compreendido como um poder de ação conferido ao próprio Ente central. Todavia, não se justifica, num processo em que, apesar de requerer legitimação política, se resolve com base em argumentos técnicos, que apenas o Presidente da República possa deflagrar o debate. Com efeito, da mesma forma que o Presidente, talvez até com mais razão, é de se compreender como representante da União autorizado a dar início à jurisdição constitucional o Advogado-Geral da União.

Poder-se-á argumentar que o Advogado-Geral da União, na qualidade de chefe da instituição que assessora o Poder Executivo, tem a possibilidade de recomendar ao Presidente da República a propositura de eventual ação de controle

¹¹⁰ Como se sabe, a natureza ambivalente dessas duas ações faz com que se diferenciem apenas quanto ao pedido, se negativo ou positivo de validade. No entanto, as conseqüências de eventual declaração, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade, são exatamente as mesmas em ambas as ações.

¹¹¹ Registre-se que, na ADC nº 16, proposta pelo Governador do Distrito Federal, em que se discute a compatibilidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 com a Constituição, não restou outra solução à União senão requerer sua inclusão no feito na qualidade de *amicus curiae*. A relevância desse tipo de ação exige que a União manifeste-se sempre. Lembre-se, ainda, que se for confirmada a jurisprudência do STF no sentido de admitir a presença de *amici curiae* em sede de ADC (ADC nº 12), ainda assim estará a União sujeita ao juízo do Relator de admiti-la nos autos, o que, segundo a tese desenvolvida no presente estudo, não deveria acontecer, porquanto há de se entender presumido o interesse desta pessoa jurídica, sempre, no controle abstrato.

concentrado. Todavia, como se afirmou, trata-se de mera *recomendação*, de modo que este tem poder suficiente para rejeitar a sugestão ou jamais analisar o problema. É de se questionar, então, se não seria interessante permitir *também* ao Advogado-Geral da União, autor intelectual da ação e autoridade representante da União no plano técnico, o poder de iniciativa para propor a ação. Note-se que a tese não é de todo descabida, na medida em que, conforme se verificou no capítulo 1, os Estados-membros autorizam o seu Procurador-Geral a ingressarem em juízo com ações de fiscalização abstrata.

Mais uma vez, uma mudança de postura hermenêutica em relação ao tema seria suficiente para permitir uma participação mais intensa da União no controle concentrado, através de seu Advogado-Geral. Todavia, em face das dificuldades de se compreender tantas propostas de interpretação, que conflitam, em grande medida, com a interpretação literal dos textos constitucional e legal, parece que, se não se alterar a compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, somente através de reformas no ordenamento se poderá precisar a verdadeira missão da Advocacia-Geral da União na ordem pós-1.988 e as funções que seu chefe desempenha no Estado federal, tripartite e democrático.

CONCLUSÃO

A partir da análise realizada em torno do art. 103, § 3º, verifica-se que é necessária, para que a jurisdição constitucional ganhe legitimidade, a participação da União nos feitos desse tipo.

Não se trata de atribuir à União uma função de *amicus curiae*. Tampouco de mera intervenção de terceiros. Cuida-se, em verdade, de, no rito a ser desenvolvido para análise da compatibilidade da norma em face do Texto, se institucionalizar um momento de oitiva da União em face de sua peculiar posição do regime federativo. Nesse sentido, caberia ao Presidente da República a manifestação das razões políticas e ao Advogado-Geral da União aquelas de índole técnica. Esses são os seus verdadeiros papéis no controle jurisdicional.

Com efeito, nenhuma dessas autoridades legitimam-se *de per se* no controle abstrato, razão pela qual um novo olhar sobre a função desses agentes há de ser feito. Como se verificou, é a União o verdadeiro sujeito interessado da discussão a ser feita junto à Suprema Corte, especialmente no regime federal, de modo que é em razão dos interesses desta que agem o Presidente da República e o Advogado-Geral da União.

Compreendendo-se o fenômeno dessa forma, se mostra equivocada a interpretação literal do art. 103, 3º, da Carta. Nem sempre representará o interesse da União a defesa da validade da norma pelo seu Advogado-Geral. Ademais, muitos casos ocorrerão em que a inconstitucionalidade é manifesta, razão por que o Advogado-Geral, ao invés de contribuir para a higidez do sistema jurídico tornar-se-ia seu maior vilão.

Nas linhas acima, viu-se ser possível uma nova interpretação sem reforma do Texto. Entretanto, uma vez que certas disposições legislativas parecem ser tão categóricas, parece que, salvo uma mudança de postura hermenêutica do Supremo Tribunal Federal, que não se avista no horizonte, é recomendada a

mudança da redação das leis que tratam do assunto (Leis nº 9.868/99 e 9.882/99), de modo a permitir que o Advogado-Geral da União, no controle jurisdicional de constitucionalidade, atue de forma harmônica às suas demais atribuições.

Referências bibliográficas

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. – São Paulo: Saraiva, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. Vol. 4, Tomo IV – São Paulo: Saraiva, 1997.
- BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 218. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. – Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BRASIL. Diário da Assembléia Constituinte de 6 de abril de 1988 (quarta-feira), págs. 8.969-8.973.
- _____. Diário da Assembléia Constituinte de 27 de agosto de 1988 (sábado), pág. 13.282.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Ciência Política*. 7ª edição – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13ª edição. – São Paulo: Malheiros, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, Vol I. 10ª edição. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2ª edição. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988, vol. VI*. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 26ª edição – São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil*, vol I. 5ª edição. – Salvador: JusPODIVM, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O império do Direito*. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de constitucionalidade e política fiscal*. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

- FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Vol. 1. 6ª edição. – São Paulo: Saraiva, 1983.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988, vol. 2*. – São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à constituição de 1988, vol. 2*. – Campinas: Julex Livros LTDA, 1989.
- GARCIA, Maria. O modelo político brasileiro: Pacto Federativo ou Estado Unitário. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. – São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUTEMBERG, Luiz. *Mapa geral das idéias e propostas para a nova constituição*. – Brasília: Fundação Petrônio Portela/FPP, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*. Vol. I. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista “procedimental” da constituição*. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HORTA, Raul Machado. Constituições federais e pacto federativo. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. – São Paulo: Saraiva, 2005.
- KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: _____. *Jurisdição constitucional*. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LUHMANN, Nicklas. *Legitimação pelo procedimento*. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei nº 9.868/99*. 2ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 29ª edição. – São Paulo: Malheiros, 2006.
- MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. Elementos para uma teoria do processo objetivo de defesa da constituição. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. *Processo nos tribunais superiores*. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. – São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. Controle abstrato de normas no direito brasileiro: aspectos relevantes e novas perspectivas. In: DINIZ, José Janguê Bezerra. *Direito constitucional* – Brasília: Editora Consulex, 1998.
- _____. O advogado-geral da União e a ação direta de inconstitucionalidade. *Correio Braziliense*, Brasília, Caderno Direito & Justiça, 20 de novembro de 2000.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª edição. – São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22ª edição. – Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol 1. 40ª edição. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3ª edição. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.