

O PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO*

MICHELLE AMORIM SANCHO SOUZA

*Estudante de Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC)*

Sumário: 1. Introdução. 2. Supremacia e Rigidez do texto constitucional. 3. Controle de constitucionalidade concentrado. 3.1. aspectos preliminares. 3.2. definição. 4. Advocacia-Geral da União. 4.1. Inovação da carta de 1988. 4.2. O papel do Advogado-Geral da União no controle concentrado. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO

A temática do controle de constitucionalidade é de extrema relevância para a defesa e, conseqüentemente, efetividade das normas constitucionais. Dessa forma, no ordenamento pátrio, o Supremo Tribunal Federal atuará como Corte Constitucional, por via abstrata, no julgamento do processo da ação direta de inconstitucionalidade.

O escopo primordial de nosso estudo, portanto, será a compulsoriedade da defesa, de lei ou ato normativo, independentemente de sua natureza federal ou estadual, pelo Advogado-Geral da União, em consonância à imposição constitucional do art. 103, § 3º, CF.

* Professor Orientador: Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha.

Palavras-chaves: Controle de Constitucionalidade concentrado, Advogado-Geral da União, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn, Supremo Tribunal Federal – STF.

ABSTRACT

The thematic of the constitutionality control is of extreme relevance for the defense and, consequently, effectiveness of the constitutional rules. So that, in the native order, the Supreme Federal Tribunal will act as a Constitutional Court, for abstract means, in the judgment of the process of the direct action of unconstitutionality. The primordial target of our study, therefore, will be the compulsory defense of law or normative act, independently of its federal or state nature, by the Lawyer-Generality of the Union, in accord with the constitutional imposition of art. 103, § 3º, CF.

Key-words: constitutionality control - lawyer-generality of the union - direct action of unconstitutionality, Supreme Federal Tribunal.

1. INTRODUÇÃO

É inegável o avanço que a nossa atual Constituição teve em relação à aferição do controle de constitucionalidade concentrado, o qual se baseia em expurgar da ordem jurídica a norma *in abstracto* maculada de inconstitucionalidade. Dessa forma, coaduna-se, perfeitamente, com a supremacia e rigidez do texto constitucional bem como com o princípio da hierarquia das

normas jurídicas, adotados no ordenamento pátrio.

O Supremo Tribunal Federal - STF é o guardião máximo de nossa Lei Magna. Ao ser proposta a ação direta de inconstitucionalidade - ADIn *genérica* por algum dos legitimados (art. 103, CF), o Pretório Excelso desempenhará, portanto, a função de Corte Constitucional, por via abstrata.

Diante desse breve exposto, o objetivo desse texto é nos levar à reflexão acerca do papel do Advogado-Geral da União, precípuo defensor das causas da União, nessa forma de controle de constitucionalidade.

2. SUPREMACIA E RIGIDEZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Como *Lex Fundamentalis* é sob a sua égide suprema que se assenta a federação brasileira, representada pela união de seus entes autônomos. É, pois, a Constituição o topo da pirâmide jurídica, idealizada por Hans Kelsen, através de seu estudo sobre a dinâmica jurídica, na qual o ordenamento assume a estrutura escalonada, cujas normas estão dispostas hierarquicamente. O texto constitucional, portanto, por ser “*o fundamento de validade de maior escalão na ordem positivada*”¹, está acima de qualquer outro ato normativo em um determinado país, o que caracteriza o consagrado princípio da supremacia constitucional.

Decorre disso, então, a rigidez, a fim de reforçar a idéia de supremacia, já que, para a modificação da Carta Magna, torna-se necessária a realização de processos especiais, solenidades e exigências formais mais

¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado.

específicas, diferentes e difíceis que os de aprovação de leis complementares e ordinárias, a exemplo brasileiro, de quorum privilegiado e votação em dois turnos nas duas casas legislativas bem como a inclusão de limitações tanto circunstanciais quanto materiais, as cláusulas pétreas, respectivamente, previstas no art. 60, §§ 1º e 4º, CF.

Nesse sentido, a lição de Raul Machado Horta nos revela que não basta o simples reconhecimento teórico da supremacia constitucional. É preciso reconhecer, como ensinam Barthélemy, Duez e Laferrière, as conseqüências que defluem da rigidez constitucional: permanência jurídica da Constituição e superioridade jurídica das leis constitucionais sobre as ordinárias, acarretando **repulsa a toda lei contrária à Constituição. A rigidez sugere o problema da constitucionalidade das leis** (HORTA, 1995, p. 124, *grifou-se*).

Dessa forma, surge a necessidade de se verificar a consonância entre as leis e os atos emanados do Poder Constituído e o Diploma Máximo, para que se impeça o aparecimento de tal anormalidade no ordenamento, por se tornarem essas leis inválidas, incoerentes e inconsistentes frente à disposição jurídica do país.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO

3.1. Aspectos Preliminares

A idéia de tutela da ordem constitucional antecede a noção de proteção do Estado², pois, durante a formação das monarquias nacionais, por volta dos séculos XV e XVI, fortaleceu-se, primeiramente, este ideário, para

que, em seguida, a partir do primado da lei e, conseqüentemente, do surgimento do constitucionalismo, o qual remonta, provavelmente, aos séculos XVII e XVIII, passassem a se definir os contornos da garantia do Estado Democrático Constitucional.

É bem verdade, conforme assevera o autor português, J.J. Canotilho, que é de extrema relevância a existência de “meios, institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”. São as chamadas garantias constitucionais, já que representam “a constituição da própria constituição”³. Essas garantias seriam, portanto, a vinculação que os poderes teriam em relação ao Diploma Máximo e o controle de constitucionalidade.

Tanto o controle de constitucionalidade quanto a rigidez constitucional configuram os elementos estruturantes de uma federação. Paulo Bonavides ratifica tal entendimento ao enunciar que sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental (BONAVIDES, 1996, p. 268).

Além disso, poderíamos ainda afirmar que esses representam os verdadeiros pressupostos da máxima efetividade do princípio da segurança jurídica, o qual garante

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 823.

à “Constituição ser a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”⁴.

Após essas breves considerações sobre a problemática do controle de constitucionalidade, iremos definir o controle de constitucionalidade concentrado como é desenvolvido no Brasil.

3.2. DEFINIÇÃO

O controle de constitucionalidade concentrado, cuja origem se reporta à criação de um tribunal autônomo, na Áustria, em 1920, sob a influência do pensamento kelseniano, em nosso país, é exercido, repressivamente, por um órgão jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal - STF, como preceitua a regra do art. 102, I, a, CF, ao processar e julgar originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Objetiva-se, então, retirar do ordenamento a lei ou o ato normativo eivado de flagrante inconstitucionalidade, que será, diferentemente do modelo difuso, o objeto principal da relação jurídica. A ação direta de inconstitucionalidade – ADIn genérica será o meio idôneo, através do qual poderá ser proposta essa incompatibilidade, conforme elenca a regra do art. 103 da Lei Magna brasileira, por algum dos presentes no seguinte rol: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 267.

Deputado;, IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional. Faz-se de extrema importância lembrarmos o avanço alcançado pelo legislador da Carta de 1988 ao ampliar o número de legitimados a proporem a ação de inconstitucionalidade, não sendo mais apenas monopólio do Procurador-Geral da República, no entanto, essa questão ainda é bastante controversa, uma vez que alguns doutrinadores acreditam ser necessário que a legitimidade seja estendida também aos cidadãos brasileiros⁵.

O instituto processual responsável pela regulamentação do processo e julgamento da ADIn, perante o STF, é a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual prevê, em seu art. 28, parágrafo único, à luz do dispositivo constitucional do art. 102, § 2º, CF, que *a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*. Além de possuir efeito *ex tunc*, isto é, retroativo e *erga omnes*, contra todos. Embora ocorra que o STF possa restringir a eficácia dessa declaração, em

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 54.

alguns casos previstos em lei, e, também haja discussões a respeito da vinculação dessas decisões, em regra geral, ocorrerá aquilo que o preceito constitucional anterior afirma, não sendo, pois, nosso objetivo tecer mais comentários sobre a questão.

A partir dos comentários, discutiremos, nos tópicos seguintes, o alvo principal de nosso artigo, a função desempenhada pelo advogado-geral da União no controle, por via de ação.

4. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

4.1. Inovação da Carta de 1988

Inicialmente, faz-se oportuno destacarmos algumas notas introdutórias acerca dessa instituição, uma das inovações do Poder Constituinte Originário de 1988, a qual está regulamentada no capítulo referente às funções essenciais da Justiça.

Dispõe o art. 131, *caput*, CF que a **Advocacia-Geral da União - AGU** é a instituição responsável por representar a União em juízo ou fora dele bem como por prestar consultoria e assessoria jurídica ao Poder Executivo. Devido à sua natureza, portanto, o seu chefe, o Advogado-Geral da União, deverá ser escolhido, livremente, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, pelo Presidente da República (art. 131, § 1º, CF). Essa livre nomeação é necessária, tendo em vista a relação de confiança que deverá nortear representado e representante. Mesmo que essa forma de processo seja objetiva e unilateral, em que não deverá,

teoricamente, haver contraditório, Schlaich observa que “é certo que, em virtude do conteúdo político dos temas, acabe por assemelhar-se a qualquer processo contraditório”⁶.

Nesse diapasão, José Afonso da Silva, salienta que “a atual Constituição desfez, então, o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público no exercício da advocacia da União”.⁷

Alertamos apenas para que os *Procuradores de Estado e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas*, ao molde da redação do art. 132, CF.

Dessa forma, cabe a nós discutirmos, agora, a função, eminentemente defensiva, desenvolvida pelo advogado-geral no processo de julgamento da ADIn.

4.2. O PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE CONCENTRADO

A partir da propositura da ADIn, da qual não se admitirá desistência (art. 5º, Lei nº 9.868/99), o relator pedirá informação, que será prestada no prazo de trinta dias a contar do recebimento do pedido, à autoridade da qual tiver emanado o ato impugnado, seja do Executivo, Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa, ou ainda do Judiciário, se for o caso (art. 6º, Lei nº 9.868/99). Posteriormente, se ainda pairar alguma dúvida acerca da

⁶ SCHLAICH *Apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado da Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 254.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 558.

impugnação, poderá, excepcionalmente, haver a figura do *amicus curiae*, ou seja, a intervenção excepcional de terceiros, como prevê a letra do art. 7º, § 2º da Lei. nº 9.868/99.

Diante dessa primeira etapa do processo, vemos que o constituinte brasileiro, sabiamente, inovou ao assegurar, desde já, os princípios da ampla defesa e do contraditório, consagrados no título dos direitos e das garantias fundamentais, à lei cuja inconstitucionalidade foi argüida.

Seguidamente, teremos a fase processual em que será ouvido, primeiramente, o Advogado da União, na qualidade de curador, *defensor legis*, especial da presunção de constitucionalidade das leis, em conformidade ao enunciado no dispositivo constitucional do art. 103, § 3º, CF, o qual é o nosso objeto de análise:

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* – grifou-se.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF ratifica tal posicionamento ao afirmar que a função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é **eminentemente defensiva**. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já

atribuída ao Procurador-Geral da República. **Atuando como verdadeiro curador (*defensor legis*) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República (ADI 1.254-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/09/97) – *grifou-se*.**

Dessa forma, há de se verificar, portanto, que a intervenção do Advogado-Geral da União, em consequência, reveste-se de compulsoriedade, não só quanto ao seu chamamento judicial, mas, também, quanto ao seu pronunciamento defensivo em favor da norma impugnada, sob pena de afrontar a regra estabelecida no Diploma Máximo. Por outro lado, o Procurador-Geral da República, que deverá ser ouvido em qualquer um dos processos de competência do Pretório Excelso (art. 103, § 1º, CF), atuará como fiscal da lei, *custo legis*.

A exigência prevista no art. 103, § 3º, CF, nos parece bastante controversa, uma vez que atribuir tal defesa, sobretudo ao Advogado-Geral, por um prisma, é fundamental para o texto impugnado esse amparo em obediência ao

princípio da constitucionalidade das leis. No entanto, por outro, delegar tal função a esse profissional, será, ao nosso ponto de vista, baseado no ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes, “legitimar o entendimento de o Advogado-Geral da União estar obrigado a defender a constitucionalidade da lei questionada, mesmo nos casos de manifesta inconstitucionalidade. Evidentemente, essa conduta haveria de convertê-lo em um advogado da inconstitucionalidade”⁸.

Somamos a isso, ainda que existem decisões, no sentido de que “não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado-Geral da União, fixada no *caput* do art. 131 da Carta Magna, e o de defesa de norma ou ato inquinado, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade”⁹. Somos favoráveis ao pensamento de que a norma constitucional em análise mostra uma incompatibilidade funcional, o que acarreta, de acordo com o magistério de Antonio Cezar Lima da Fonseca, “em uma posição delicada assumida pelo Advogado, pois se obrigam a fazer verdadeiras peripécias jurídicas para defenderem atos manifestamente inconstitucionais (...). Tal obrigatoriedade - de o Advogado-Geral defender a norma a qualquer custo - é, *data venia*, equivocada. À evidência, o Advogado expõe-se em demasia, às vezes ao risível, pelas

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira *Apud* ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.76.

⁹ Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 131/470.

teses mirabolantes que precisa criar, para defender um legislador, muitas vezes, suspeito”¹⁰. Um exemplo bastante significativo o qual vem corroborar a nossa tese de que ocorre conflito entre as funções é aquele formulado por João Carlos Souto, ao dizer que, “quando o Advogado-Geral houver dado parecer pelo veto a um projeto de lei que, posteriormente, foi derrubado pelo Congresso, sendo, então, publicada a lei. Caso o Presidente da República provoque o controle abstrato da constitucionalidade contra esta mesma lei, estaria o Advogado-Geral da União vinculado a opinar em favor da manutenção desta espécie normativa que recentemente condenou?”¹¹.

A partir dos argumentos expostos, percebemos que a ordem constitucional não poderá tolerar uma norma que se mostre incompatível com seus preceitos, deve, de fato, haver uma compreensão teleológica da regra disposta, pois não será, necessariamente, uma defesa arbitrária da norma impugnada, porém uma conclusão feita por esse operador do Direito acerca de tal ação, tanto o é que, caso já haja decisão proferida a respeito da inconstitucionalidade de um determinado texto, não estará este obrigado a defendê-lo, em virtude da “fidelidade constitucional”. Segundo Fernando Ximenes, com o qual compactuamos o

¹⁰ FONSECA, Antonio Cezar Lima *Apud* BARROS, Marcos Ribeiro e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **O Advogado público nas ações diretas de inconstitucionalidade**. Disponível em <http://members.tripod.com/~ibap/artigos/mrbgjpfl.htm> Acessado em 19 de novembro de 2006.

¹¹ SOUTO, Carlos João *Apud* MASCARENHAS, Robson Silva. **O Advogado-Geral da União e o dever de defesa nas ações diretas de inconstitucionalidade**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/lista.asp?assunto=189> Acessado em 19 de novembro de 2006.

mesmo posicionamento, como a defesa desse ato já é feita pelo órgão do poder que o expediu, segundo vimos na primeira fase processual da ADIn, seria desnecessária a mencionada intervenção prevista na disposição constitucional. Observamos, ainda, que a capacidade para melhor explicar por quais razões se deverá inserir tal lei no ordenamento e a sua compatibilidade com a Constituição reside no próprio poder constituído que a editou, conforme já acontece.

Poderíamos sugerir como resolução dessa questão, à luz da análise da Constituição do Estado do Ceará¹², um pronunciamento opinativo por parte do Advogado-Geral da União acerca da matéria impugnada, sem ocorrer, obrigatoriamente, uma menção à defesa, a fim de que não se relegue a este uma função meramente ilustrativa no controle de constitucionalidade. Não haveria, dessa forma, prejuízos na tutela dos interesses da coisa pública, pois permaneceria o contraditório e, a qualquer momento, poder-se-ia requerer a intervenção do Advogado. Na mesma linhagem lógica, a Constituição Paulista expressa, em seu art. 90, § 2º, que caberá ao Procurador do Estado, no que couber, defender o ato ou texto impugnado, “com o que se evitou a reprodução no âmbito estadual da imperfeição técnica existente no texto constitucional federal”¹³.

¹² Vide art. 127, § 1º da Constituição do Estado do Ceará, ao proclamar “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”.

¹³ BARROS, Marcos Ribeiro e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **O Advogado público nas ações diretas de inconstitucionalidade**. Disponível em <http://members.tripod.com/~ibap/artigos/mrbgjpfl.htm> Acessado em 19 de novembro de 2006.

5. CONCLUSÃO

O intuito primordial de nossa reflexão foi procurar uma solução para esse impasse, na constante tentativa de se buscar mais coerência entre o controle de constitucionalidade concentrado e a sua forma de verificação, garantindo assim aos cidadãos brasileiros um efetivo senso de eficácia das normas constitucionais, em nosso ordenamento, além de promover um processo, embora objetivo e unilateral, porém coeso de ajuizamento da ação direta de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

6. REFERÊNCIAS

BARROS, Marcos Ribeiro e **FIGUEIREDO**, Guilherme José Purvin. *O Advogado público nas ações diretas de inconstitucionalidade*. Disponível em <http://members.tripod.com/~ibap/artigos/mrbgjp1.htm> Acessado em 19 de novembro de 2006.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Constituição Federal do Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Brasil: Del Rey, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e **MENDES**, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado da Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MASCARENHAS, Robson Silva. *O Advogado-Geral da União e o dever de defesa nas ações diretas de inconstitucionalidade*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/lista.asp?assunto=189> Acessado em 19 de novembro de 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Advogado geral da União e a ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/agu/htm>. Acessado em 19 de novembro de 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARMENTO, Daniel. *O Controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.