

VIRADA JURISPRUDENCIAL SOBRE O PAPEL DA AGU NAS ADIs: CONTEXTO E LIÇÕES

The “jurisprudential turn” concerning the function of the Attorney General (AGU) Direct Action of Unconstitutionality (ADIs): contexts and lessons

Igor Aragão Brilhante

Procurador da Fazenda Nacional. Mestre em Direito.

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais. 2 A expressa função do AGU de defesa da constitucionalidade das leis impugnadas em ADIs e os casos extremos de inviabilidade ou irrazoabilidade da defesa. Flexibilização do entendimento do STF. 3 Mesmo texto, novo sentido – à luz da linguística e do direito constitucional. 4 Análise Crítica do Discurso Jurídico: do entendimento original do STF sobre do § 3º do artigo 103 da CF/1988. 4.1 O incômodo do discurso mais livre. 4.2 A metáfora do defensor técnico no processo criminal. 5 Os diferentes contextos que alteraram o sentido do texto do § 3º do artigo 103 da CF/1988. 5.1 Questão cronológica. Sistema de controle de constitucionalidade radicalmente redesenhado em 1988. 5.2 Novo contexto social e jurídico – o AGU como metonímia da Advocacia Pública. 6 Profundando o paralelo entre Advogado-Geral da União e advogados públicos. 7 Considerações finais. 8 Referências.

RESUMO: O presente estudo fará a análise da “virada jurisprudencial” do Supremo Tribunal Federal a respeito da função do Advogado-Geral da União nas Ações Direta de Inconstitucionalidade (função de defesa da norma impugnada, prevista no § 3º do artigo 103 da CF/1988). Originalmente obrigado à defesa irrestrita de todas as normas, o AGU passou a ter reconhecida a possibilidade de manifestação mais flexível em casos extremos. Serão examinados os discursos dos Ministros da Suprema Corte e os diferentes contextos que justificaram a substancial mudança no sentido do

§ 3º do artigo 103 da CF/1988. E essa análise será especialmente útil para demonstrar a necessidade de mudança também na atuação dos advogados públicos em geral, em sua função de defesa do interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado público; defesa; interesse público; contextos; discursos.

ABSTRACT: This study will analyze the “jurisprudential turn” of the Supreme Court concerning the function of the Attorney General (AGU) in the Direct Action of Unconstitutionality (defense function of the challenged act laid down in Article 103 § 3 of the CF / 1988) . Originally, the AGU was obliged to the unconditional defense of all acts. After the turn, the possibility of more flexible argumentation in extreme cases was granted. The speeches of the Supreme Court Justices and the different contexts that justified the substantial change on the interpretation of § 3 of Article 103 of the CF- 1988 will be examined. This analysis aims to be helpful in the demonstration of the need for a similar jurisprudential turn on the matter of the “public interest’s defense”.

KEYWORDS: Attorney; defense; public interest; contexts; speeches.

1 Considerações iniciais

O sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade conta com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) como instrumento central de exame da validade das leis. Nessa via jurisdicional, tem-se a excepcional possibilidade de o Supremo Tribunal Federal (STF) retirar do ordenamento jurídico norma que nele entrara ordinariamente através da deliberação e aprovação dos parlamentares, representantes eleitos do povo.

O exercício dessa atividade contramajoritária do STF dá-se segundo peculiar processo com previsão constitucional, interessando-nos particularmente para os fins deste estudo a função atribuída pela Constituição Federal de 1988 ao Advogado-Geral da União (AGU). A estipulação constitucional é de que, nas ações que visem à declaração de inconstitucionalidade, cabe ao AGU a defesa da norma impugnada. Ou, na literalidade do § 3º do artigo 103 da CF/1988: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

A especial relevância dessa disposição constitucional está no fato de o texto dessa norma ter sido objeto de progressiva e substancial mudança de sentido por obra exclusiva da alteração do contexto em que a Suprema Corte o interpretava. É dizer, sem alteração alguma do texto, houve radical mudança na determinação do sentido dele extraído.

Além disso, a análise dessa “virada jurisprudencial” através dos discursos contidos nos votos dos ministros do STF permitirá investigarmos os matizes ideológicos que embasavam o posicionamento original e que não mais conseguiram prevalecer diante da nova conjuntura que se apresentava. Com efeito, o que moverá este estudo é a tentativa de desvelar, por trás dos tecnicismos jurídicos, aquilo que, oculta ou inconfessadamente, embasou essa particular revisão de jurisprudência.

2 A expressa função do AGU de defesa da constitucionalidade das leis impugnadas em ADIs e os casos extremos de inviabilidade ou irrazoabilidade da defesa. Flexibilização do entendimento do STF

Antes de voltarmo-nos à específica análise dos contextos, motivos e consequências das diferentes interpretações que o STF deu ao §3º do artigo 103 da Constituição Federal, convém discriminar objetivamente essa progressiva alteração de entendimento. Nesse sentido, o estudo dos enfrentamentos do tema pela Suprema Corte desde 1988¹ permite divisarem-se três sucessivas interpretações para a função do AGU nas arguições de inconstitucionalidade.

O primeiro entendimento, que se manteve incólume por mais de década, era de rigor irredutível: a norma do artigo 103, § 3º, era incontornável na atribuição ao AGU do encargo de curador da lei atacada. Eventuais dificuldades no cumprimento dessa função não teriam o condão de afastar ou reduzir o alcance do comando constitucional expresso. Servem de exemplo da adoção dessa interpretação as ADIs 72/ES, 97/RO e 242/RJ.

Tendo como marco a ADI 1.616/PE, julgada em 2001, a Suprema Corte fez uma tímida ressalva à obrigatoriedade absoluta de defesa da lei impugnada, mas a restringiu a uma única hipótese: “o Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade”. Embora já flexibilizas-

¹ Essa anômala atribuição de tutela das leis impugnadas ao Advogado-Geral da União, acrescida a suas funções ordinárias de representação e defesa dos interesses da União, é obra do Constituinte de 1988.

se minimamente o formalismo anterior, o STF o fez com exclusivo fundamento no caráter vinculante de suas decisões, sem enfrentar a questão em si da existência de casos sem defesa viável.

Vem, com a ADI 3.916/DF, em 2009, a terceira e realmente inovadora interpretação. É com esse julgamento, e só com ele, que a questão dos casos extremos é verdadeiramente reconhecida. A nova leitura do mesmo texto do artigo 103, § 3º, passa a ser que “a Advocacia Geral da União defenderá o ato ou texto impugnado quando possível, quando viável” (nas palavras do Ministro Ayres Brito) e que “prevaleceria a possibilidade de o Advogado-Geral da União se manifestar segundo o que lhe parecesse de conveniência da defesa da constitucionalidade, digamos, e não da lei propriamente” (nos dizeres da Ministra Carmen Lúcia). Agora, de fato, a mudança interpretativa foi radical.

3 Mesmo texto, novo sentido – à luz da linguística e do direito constitucional

Como já registrado, a revisão da jurisprudência sobre o § 3º do artigo 103 da CF/1988 serve de modelo bastante interessante para estudos calados na filosofia da linguagem e na análise crítica do discurso. Isso porque, sem prejuízo de outros pontos a serem mais à frente abordadas, essa modificação no papel do AGU pelo STF pode servir de móvel especialmente didático de questões linguísticas fundamentais.

De pronto, apenas o relato já feito permite extrair a primeira lição básica nessa sorte de estudo – a diferença essencial que há entre o simples texto, as palavras em si, e seu significado; entre os signos isoladamente considerados e aquilo que se quis dizer com eles. Foi o que, pondo foco na “dependência que o sentido tem da interpretação”, Norman Fairclough (2001, p. 103) assim esclareceu em sua teoria do discurso:

Outra distinção importante em relação ao significado é entre o significado potencial de um texto e sua interpretação. Os textos são feitos de formas às quais a prática discursiva passada, condensada em convenções, dota de significado potencial. O significado potencial de uma forma é geralmente heterogêneo, um complexo de significados diversos, sobrepostos e algumas vezes contraditórios (ver Fairclough, 1990a), de forma que os textos

são em geral altamente ambivalentes e abertos a múltiplas interpretações. Os intérpretes geralmente reduzem essa ambivalência potencial mediante opção por um sentido particular, ou um pequeno conjunto de sentidos alternativos. Uma vez que tenhamos em mente a dependência que o sentido tem da interpretação, podemos usar ‘sentido’ tanto para os potenciais das formas como para os sentidos atribuídos na interpretação.

Entendido isso, podemos avançar ampliando a lição pondo foco na circunstância de estarmos, no caso particular do papel do AGU, diante do mesmo e incólume texto original do artigo 103, § 3º, da CF/1988; mas com seu significado alterando-se profundamente ao longo do tempo, por influência determinante do novo contexto (social, político, ideológico...) em que estava inserido. É este o ponto: As mesmas expressões podem ganhar sentidos absolutamente distintos apenas pela modificação das condições e circunstâncias em que são empregadas.

Note-se que não era outra a constatação de Ludwig Wittgenstein (2009, p. 72) ao lembrar, em tom de advertência, que era o uso que dava significado às palavras:

117. Alguém me diz: “Você entende esta expressão? Ora – também eu a uso no significado que você conhece.” – Como se o significado fosse uma penumbra que acompanha a palavra e é transferida para todos os seus empregos.

Se alguém, por exemplo, diz que a proposição “Isto está aqui” (apontando para um objeto diante de si) tem sentido para ele, então ele poderia perguntar-se, em que condições específicas se emprega realmente esta proposição. Nestas é que ela tem sentido.

Posto isso, vale ainda salientar – até como forma de confirmação do que já foi dito – que o próprio Direito Constitucional foi levado a construir específico arcabouço teórico para, digamos, melhor assimilar no âmbito de suas normas esse mecanismo informal de alteração de sentidos. Com efeito, diante da inexorabilidade desse fenômeno e, sobretudo, do poder que os intérpretes acabavam ganhando com ele, parecia imprescindível justificá-lo e dar-lhe os exatos contornos. Para tanto, a doutrina constitucionalista assim apresentou aquilo que se convencionou chamar *mutação constitucional* (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 130):

Assentadas essas premissas, as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza sua aplicação (...).

Vistas a essa luz, portanto, as mutações constitucionais são decorrentes – nisto residiria a sua especificidade – da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia –, intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte.

Na mesma senda, o Supremo Tribunal Federal também já teve (outra) interessante oportunidade de expor essa implacável influência dos contextos, para em seguida – e naturalmente – frisar sua plena legitimidade. Foi o que ocorreu, em 23/09/2008, no julgamento do Habeas Corpus 90450/MG, ocasião na qual prevaleceu a tese de que haveria de ser revisto o entendimento, então consolidado, que permitia a prisão civil do depositário infiel no direito brasileiro. O seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello sintetiza bem o prévio esclarecimento de natureza hermenêutica que antecedeu o exame do mérito propriamente dito do processo (os destaques são todos do original):

Em uma palavra, Senhores Ministros: a interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da Constituição, revelando-se plenamente legítima a adequação da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

Daí a correta observação feita pelo eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES, ao reconhecer “que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional”, para enfatizar, a partir dessa constatação, que “A afirma-

ção da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. **Elá reconhece e reafirma**, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo” (grifei).

Vencendo então essa questão preliminar, o julgamento pôde prosseguir levando o mesmo texto constitucional, formalmente intacto, para significado substancialmente novo. Em uma palavra: concretizou-se legítima mutação constitucional.

4 Análise Crítica do Discurso Jurídico: do entendimento original do STF sobre do § 3º do artigo 103 da CF/1988

Ao delinearmos a suma influência que contextos diversos aportam para gerar interpretações também distintas, já antecipamos o muito que há de elementos inconfessos e extrajurídicos influenciando concretamente na determinação jurisprudencial do sentido de textos normativos. A investigação desses tais aspectos ocultos é exatamente o foco da Análise Crítica do Discurso, daí porque nos utilizaremos neste tópico dessa específica abordagem para tentar desvelar as entrelinhas, por assim dizer, dos discursos jurídicos no caso da interpretação do § 3º do artigo 103 da CF/1988.

Já nos valendo da terminologia típica dos analistas críticos do discurso, conforme transcrição a seguir, podemos também expor essa investigação sob a ideia de desconstrução ideológica dos textos – os quais, mais particularmente, trechos de votos dos Ministros do STF nas ADIs 1.616/PE e 3.916/DF:

Então, a desconstrução ideológica de textos que integram práticas sociais pode intervir de algum modo na sociedade, a fim de desvelar relações de dominação. Fairclough (2001a, p. 28) explica que a abordagem “crítica” implica, por um lado, mostrar conexões e causas que estão ocultas e, por outro, intervir socialmente para produzir mudanças que favoreçam àqueles(as) que possam se encontrar em situação de desvantagem.

No fim das contas, com uma ou outra especificidade de nomenclatura, o que nos move aqui nada mais é do que saber compreender *plenamente* a arte de interpretar, o que exige a noção firme sintetizada por Deleuze – ao comentar Nietzsche (DELEUZE, s/a, p. 11): “Vemos que a arte de interpretar deve ser também uma arte de penetrar nas máscaras, e descobrir quem se mascara e porquê, e com que fim se conserva uma máscara remodelando-a”.

4.1 O incômodo do discurso mais livre

Conforme mais acima explicado, o reconhecimento de certa margem de discricionariedade e decisão ao AGU – para defender ou não as normas – traz consigo o natural ganho de relevância política e jurídica do cargo. De fato, uma função de defensor meramente autômato não lida com o mesmo poder – e riscos – de quem pode funcionar com um discurso mais livre. Nesse sentido, é preciso o alerta de Foucault (1996, p.10) quando omentava as interdições que afetam a produção dos discursos: “Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder”.

Pode-se, portanto, ver – no posicionamento “interditório” anterior, é dizer, no entendimento de que ao AGU não era dada opção alguma na defesa da norma – a ocultação do desejo preordenado de negar poder àquele sujeito processual, para mantê-lo concentrado no próprio STF. Essa visão de centralização e exercício de poder pela Suprema Corte pode ser divisa da com considerável clareza em algumas manifestações do Ministro Marco Aurélio na ADI 3.916/DF², em especial em sede de debates orais, via naturalmente mais transparente que o voto escrito³.

A seguir, com destaques nossos, as manifestações acima anunciadas:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – (...) Agora, Senhor Presidente, estou muito impressionado com a argumentação de

² Como já vimos, a ADI 3.916/DF marca a virada no entendimento do STF, com a maioria do colegiado abandonando a obsoleta interpretação anterior. O Ministro Marco Aurélio, no entanto, permaneceu vencido (exatamente por seu apego à noção ultrapassada), sendo, por isso, seu discurso de grande valia para a análise crítica ora realizada.

³ Como sói acontecer nos julgamentos colegiados, o inteiro teor do acórdão da ADI 3.916/DF é formado por votos previamente elaborados pelos Ministros acrescidos de manifestações oralmente feitas no plenário da Corte e registradas a partir das notas taquigráficas da sessão.

Vossa Excelência no sentido de que o Advogado-Geral da União, tendo vista do processo, tendo a oportunidade de se manifestar, já realizou o desígnio do § 3º, ou seja, a norma constitucional incide também quando o Advogado tem oportunidade e não defende o ato, no sentido rigoroso da expressão, porque também não podemos colocar o Advogado-Geral da União numa situação constrangedora.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – *Ministro, como ministro é um título que não é simplesmente pomposo, comete crime de responsabilidade.*

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Estou pensando, num primeiro momento, *que não se pode constranger o Advogado-Geral da União a ponto de, para defender o ato atacado, agredir a própria Constituição*; ou seja, ele sairá em defesa da lei menor e em combate da Lei Maior, porque há situações em que a inconstitucionalidade é patente, é evidente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - *Ele não tem o poder de nenhum julgamento, Ministro. Ele não integra o Colegiado.*

Outro discurso que permite entrever esse mesmo pano de fundo de afirmação e reafirmação do STF como egoísta detentor de poder é aquele que, curiosamente, fundamentou a primeira flexibilização da obrigatoriedade de defesa das normas pelo AGU, ocorrida no julgamento da ADI 1.616/PE. Isso porque, como já oportunamente exposto neste trabalho, a liberação de defesa ali se restringiu só e só a matérias já com jurisprudência firmada no STF, e, sobretudo, a justificativa da decisão era exatamente o respeito e a valorização à palavra da Suprema Corte. É o que está bem sintetizado na seguinte transcrição do voto do Ministro Maurício Corrêa, o relator da ação:

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

A mensagem parece clara. O AGU poderia deixar de defender a norma impugnada, mas não por prerrogativa ou poder próprio, senão pelo respeito à altíssima palavra do STF. Ou por outra: em revelador exercício de poder, o STF lembra que ao AGU só é dado aquilo que ele, STF, lhe permite.

4.2 A metáfora do defensor técnico no processo criminal

Primeiramente, cabe conferir a lição de John B. Thompson (2009, p. 85) sobre a metáfora como um dos modos clássicos de operação da ideologia:

A ideologia como **dissimulação** pode ser expressa através de outra estratégia, ou grupo de estratégias, que podemos colocar debaixo do rótulo geral de tropo. (...) Entre as formas mais comuns de tropo estão a sinédoque, a metonímia e a metáfora. (...) A **metáfora** pode dissimular relações sociais através de sua representação, ou da representação de indivíduos e grupos nelas implicados, como possuidores de características que elas, literalmente, não possuem, acentuando, com isso, certas características às custas de outras e impondo sobre elas um sentido positivo ou negativo.

Entendido isso, perceba-se como a seguinte provocação do Ministro Marco Aurélio, a certa altura da discussão na ADI 3.916/DF, pode ser descontruída sob esse prisma crítico, para, ao final, acabar funcionando no próprio sentido da tese vencedora. Confira-se:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Ministro, Vossa Excelência me permite uma pequena observação?
Penso que a expressão “defender a lei” deve ser interpretada *cum granus salis*. O eminente Presidente acaba de dizer que há situações em que a lei é indefensável – quando há jurisprudência pacífica, assentada, do Supremo Tribunal Federal num determinado sentido –, como é o caso, por exemplo, de leis estaduais ou outras leis, leis federais que criem encargos ou despesas na área administrativa e que tenham sido gestadas no âmbito do Parlamento, do Poder Legislativo. E como defender uma lei dessa natureza?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Levada à última consequência, também teríamos imputações criminais indefensáveis! O defensor técnico pode pedir a condenação?

Com efeito, ao trazer a defesa técnica no processo criminal como argumento metafórico, o ministro tenta atrair para o julgamento daquela específica ADI as mesmas impressões e sentimentos que caracterizam o exame daquela outra hipótese. Em melhores palavras – fere o mais básico senso de justiça imaginar o advogado criminal requerendo expressamente a condenação de seu constituinte, mesmo quando o sabe culpado; daí a utilidade dessa sorte de apelo retórico, notadamente a um auditório menos cauteloso.

Note-se, ainda, que, no melhor estilo de um operador ideológico, a metáfora é utilizada de modo parcial, de maneira a ocultar o que não convém ser agregado ao discurso. Com efeito, a simplificada alusão ao defensor criminal faz parecer que a ele só há duas opções no processo: pedir a absolvição ou a condenação de seu cliente. Omite-se convenientemente que, em verdade, nas imputações indefensáveis em termos de declaração de inocência, caberá sempre se lançar mão de defesa voltada à garantia de um julgamento justo, ao reconhecimento de circunstâncias atenuantes ou minorantes, à busca por benefícios legais, etc.

Mais – nessa sorte de casos, o desapego à defesa intransigente da inocência do réu dispensa até a análise da postura do advogado segundo seus deveres éticos, sabidamente mais brandos na esfera criminal (embora, queremos crer, não inexistentes). A questão é realmente de ordem bem mais prática, na medida em que a defesa que se centra em pedido inviável – mais do que ser apenas inútil – pode vir a concretamente prejudicar o réu, o qual pode ver desperdiçadas oportunidades de êxito em pretensões menos ambiciosas, e mais realistas (como ocorreria, por exemplo, em caso de crime com autoria e materialidade cabalmente comprovadas, mas cujo potencial ofensivo permitisse a transação penal).

5 Os diferentes contextos que alteraram o sentido do texto do § 3º do artigo 103 da CF/1988

Já assentado que a mudança de sentido do texto do § 3º do artigo 103 da CF/1988 teve influência determinante da alteração dos contextos em que as distintas interpretações se inseriam, cabe agora discriminá-los, indicando que substancial mudança foi essa que ocorreu ao longo dos anos

que separam os entendimentos original e atual da Suprema Corte. É o que se passa a fazer.

Como visto, o entendimento primeiro do STF sobre a função do AGU nas ADIs era de rigor formal máximo – o texto constitucional dispunha indistintamente que o Advogado-Geral da União *defenderá o ato ou texto impugnado*, então não seria dado ao intérprete excepcionar ou flexibilizar esse comando imperativo⁴. O apelo argumentativo da *literalidade do texto* não cedia nem mesmo ao reconhecimento da infelicidade dessa opção legislativa ou à expressa admissão da dificuldade de defesa de uma norma absolutamente inconstitucional, conforme se vê nestas manifestações do Ministro Sepúlveda Pertence e, em seguida, do Ministro Sydney Sanches na Questão de Ordem levantada na ADI 97/RO (destacou-se):

- A norma do art. 103, § 3º, é incontornável. Evidente que a considero um *desarranjo sistemático* da Constituição. (...) Por mais que se diga que a União não se faz representar, fazem-se presentes, e far-se-ão presentes, constantemente, relevantes interesses do Governo, na qual está vinculada, por um dever estrito de lealdade, a instituição da Advocacia-Geral da União. É um *cochilo* essa atribuição, a meu ver, mas, enquanto não alterada, ela cabe ao Advogado-Geral da União.

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

⁴ A percepção do excesso desse rigor é facilitada quando se pensa nas chamadas inconstitucionalidades formais, quando não se discute a invalidade da lei pelo seu teor (material), mas apenas vícios de forma, referentes a descumprimento de regras do próprio processo legislativo de sua elaboração. De fato, essa sorte de inconstitucionalidade é emblemática por envolver defeitos tão inequívocos como insuficiência de quórum ou de maioria dos parlamentares, violação à iniciativa exclusiva de projeto de lei (p. ex., do Presidente da República para criação de cargos na Administração direta) ou invasão de competência legislativa exclusiva (da União pelo Estado ou vice-versa).

Essa formalista interpretação original vinculava-se a um contexto que, a nosso sentir, tem dois pontos fundamentais a defini-lo e cuja modificação no tempo foi que permitiu (ou exigiu) a virada jurisprudência em referência. Segue seu detalhamento.

5.1 Questão cronológica. Sistema de controle de constitucionalidade radicalmente redesenhado em 1988

O primeiro ponto refere-se ao próprio momento cronológico em que se estava. De fato, esse entendimento inicial formou-se logo após a promulgação da Constituição de 1988, é dizer, na alvorada de um sistema de controle de constitucionalidade com formato e personagens novos. Assim, era perceptível – e compreensível – o receio de interpretações mais frouxas acabarem desnaturando as funções de cada sujeito processual ou desconfigurando o desenho constitucionalmente estabelecido para a apreciação de inconstitucionalidades em abstrato pelo STF.

Corroborando essa tese, pode-se mencionar que a posterior regulamentação legal do controle abstrato de constitucionalidade pela Lei 9.868/1999, tendo ocorrido apenas mais de uma década depois do advento da Constituição de 1988, já se restringiu a falar em o Advogado-Geral da União *ser ouvido e dever manifestar-se*, em eloquente substituição ao fechado *defenderá o ato ou texto impugnado* previsto na Constituição⁵.

Perceba-se que essa linha de raciocínio se ajusta plenamente à ulterior modificação de entendimento do STF, que passou a, enfim, reconhecer a inegável existência de casos extremos de inconstitucionalidade patente, cuja exigência de defesa formal era, no mínimo, artificial e inútil. Com efeito, em um momento já maduro do controle de constitucionalidade brasileiro, aquela, digamos, insegurança de neófito não mais influenciava – seja consciente, seja inconscientemente – o colegiado da Suprema Corte. A análise da real função do AGU nos processos de inconstitucionalidade já podia ser feita sem aquela significativa sombra inicial, e a radical mudança de entendimento documentada na ADI 3.916/DF, em 2001, ilustrou emblematicamente essas novas circunstâncias.

⁵ Lei 9.868/1999, Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

5.2 Novo contexto social e jurídico – o AGU como metonímia da Advocacia Pública

O segundo ponto a ser destacado na mudança de contextos de que se está falando refere-se à Advocacia Pública como um todo, funcionando o exemplo do Advogado-Geral da União como uma espécie de metonímia de sua carreira (parte pelo todo). Explica-se.

Durante muito tempo, a atuação judicial da Advocacia Pública norteou-se por um paradigma que lhe parecia exigir a defesa irrestrita e inflexível do Estado nos processos judiciais. Embora regra expressa impondo ao advogado público o dever de opor-se formalmente a todas as pretensões ajuizadas contra o Estado, a noção de indisponibilidade do interesse público serviu tradicionalmente para naturalizar essa obrigatoriedade de maneira tal que parecia não importar minimamente o teor daquilo contra que se resistia – a ação deve ser contestada e os posteriores recursos em tese cabíveis, sempre esgotados. Essa noção, já questionável até em sua origem remota, mostra-se cada vez mais desconectada do renovado desenho do Direito (também) Administrativo, marcado que vem sendo pelo inevitável abandono da busca, no caso concreto, de uma resposta única que o subsuisse ao rígido conceito predeterminado que regesse a matéria. Com efeito, o caráter plurívoco e difuso que vem se acentuando na conceituação de *interesse público*, há de ter concreta influência na postura a ser adotada na sua defesa judicial. Ou por outra: é preciso compreender-se efetivamente que, muitas vezes, na resposta em um processo judicial, o real interesse público significa não resistir à pretensão inicial da parte autora ou não insistir na interposição de recursos.

A esta altura, já fica mais palpável o liame que queremos traçar entre a atuação do AGU nas ADIs e a dos advogados públicos na defesa cotidiana do interesse público – são obsolescências irmãs, para o AGU, a exigência fria de sempre defender a constitucionalidade da norma, sem atenção alguma ao seu conteúdo e à real viabilidade dessa atuação; para a atuação judicial dos advogados públicos em geral, a exigência da defesa indistinta e irrefletida.

De fato, o novo contexto social e jurídico, com relações mais numerosas e mais complexas, deu outra proporção ao potencial nocivo desse sempre existente no paradigma da resistência processual automática e

acrítica⁶. A quantidade de processos judiciais⁷ e os reclamos por celeridade (estes ampliados pelo maior imediatismo da própria vida contemporânea) não são mais os mesmos, o que escancarou os defeitos e amplificou as anomalias daquela postura tradicional. Em uma palavra: excessos antes toleráveis – ou, melhor dizendo, tolerados – hoje não mais se aceitam.

6 Profundando o paralelo entre Advogado-Geral da União e advogados públicos

Construído o paralelo acima, é possível profundá-lo para que sirva de amparo retórico e teórico para a renovação da face da Advocacia Pública em juízo. Com efeito, o assentamento dos reais contornos da função de defesa atribuída ao AGU nas ADIs pode ser lido na seguinte forma de argumento metonímico: a demonstração de que a obrigatoriedade de defesa da validade das normas pelo AGU sofre temperamentos, não valendo indistintamente e intransigentemente, prova o mesmo em relação ao geral dos advogados públicos na representação do Estado em juízo.

Mais – na verdade, essa demonstração servirá até como espécie de argumento *a fortiori*. Explica-se: se uma função atribuída de forma expressa, direta e específica (defender a norma impugnada) permite o reconhecimento da existência de casos excepcionais para sua flexibilização, com muito mais razão, o plurívoco e fluido “interesse público indisponível” não pode levar à exigência do exaurimento indobrável das defesas processuais.

Perceba-se agora como, na senda da proximidade entre esses dois casos de mudanças de postura institucional, os receios delas advindos são igualmente muito próximos. Também nesse particular exame o paralelo (a metonímia) nos será sumamente útil, conforme passamos a expor.

⁶ André Vasconcelos Roque (2011), faz referência à explosão de litigiosidade após a Constituição de 1988, “como resultado não apenas da intensificação dos fluxos de pessoas, bens e informações e do processo de redemocratização no Brasil, mas também pela progressiva universalização do acesso à justiça e pelo fortalecimento gradual – mas insuficiente – da assistência judiciária gratuita; existência de um Estado demandista, que não atende de forma voluntária as pretensões dos jurisdicionados, ainda que sobre temas já pacificados na jurisprudência, interessando-se mais em protelar suas obrigações, o que ocasiona congestionamentos sobretudo na Justiça Federal”.

⁷ Embora estejamos mostrando o contexto mais largo, vale lembrar a peculiaridade da ADIs: antes de 1988, sua precursora, a arguição de inconstitucionalidade, tinha legitimado único para proposição, o Procurador-Geral da República, em contraposição à vasta legitimação que a CF/1988 trouxe para o controle concentrado de constitucionalidade. O reflexo no volume de ações foi sabidamente profundo.

Observe-se primeiramente como o “incômodo do discurso mais livre” também é perceptível como óbice à efetiva renovação do advogado público em juízo. Incômodo inclusive, e sobretudo, interno na própria carreira. Isso porque, na mesma linha explicada ao falarmos sobre o AGU, o maior poder que viria com essa relativa margem de discricionariedade (para resistir ou não nos autos) traria consigo maior responsabilidade para o cargo. E certa crise de autoestima por que parece passar a Advocacia Pública apenas amplifica a desconfiança quanto a esse novo critério de responsabilidade, em lugar do tradicional e cômodo efeito liberatório do cumprimento formal do dever de ofício de sempre contestar e recorrer.

Em estudo concentrado na discricionariedade administrativa, ao falar dos atos administrativos vinculados⁸, Juarez Freitas (2009, p. 14) detectou essa mesma crença – um tanto melancólica, acrescentemos – nas vantagens que se buscam na submissão a uma “vinculação robotizada”:

Crença, não menos equivocada, de que em dadas circunstâncias, normativamente estabelecidas, o agente público operaria como singelo vassalo da lei, preso à vinculação “robotizada”, cuja suposta inevitabilidade o liberaria de qualquer responsabilidade ético-jurídica.

Ao lado disso, tal qual vimos com o AGU, há o receio quanto à desnaturação da função, neste caso da função de defesa do Estado em juízo. Na verdade, assim como não houve com o papel do AGU nas ADIs (valendo ressaltar que a virada jurisprudencial já conta com quase cinco anos de ocorrência), fundamentalmente porque a ausência de defesa processual se dará apenas em hipóteses excepcionais e, sobretudo, sempre reconhecidas e sempre fundamentadas no caso concreto. Jamais poderá haver a eliminação, já em tese, já em linha de princípio, da marca da parcialidade da atuação do advogado público – sob pena de, aí sim, desnaturar-se sua função. Dito de outra forma, é plenamente possível que as circunstâncias do caso concreto acabem levando à não-resistência fazendária em determinados feitos; mas, por mais numerosas que venham a ser na prática as hipóteses em que isso ocorra, permanecerá incólume, em princípio, a parcialidade essencial da Advocacia Pública.

⁸ “Atos administrativos vinculados são aqueles editados sem margem de escolha, pois a legislação já predetermina o seu teor, se atendidas as especificações aí fixadas” (MEDAUAR, 2011, p.157)

Nesse ponto, cabe ainda uma palavra quanto a possível receio de que a desnaturação da função de defesa venha em razão da perda de controle sobre atividade do advogado público, já que agora estaria livre para decidir, caso a caso, se defenderia ou não o Estado. À parte a natural lembrança de que se está diante de carreira de Estado, técnica e que presumidamente há de atuar corretamente, à parte isso, é importante esclarecer que a nova postura ora defendida mantém – e melhora – o controle da atividade do advogado público. Com efeito, as ausências de resistência hão de ser sempre formalmente fundamentadas, evitando inéncias que não se possam justificar tecnicamente e permitindo o moderno controle funcional a partir dessas razões jurídicas, em lugar da precária noção de esgotamento do dever de ofício pela simples apresentação formal de uma petição em juízo.

7 Considerações finais

Após guiarmo-nos pela virada jurisprudencial sobre o papel do AGU nas ADIs, parece não haver dúvida quanto ao pleno respaldo técnico e jurídico para a renovação da postura dos advogados públicos em juízo, abandonando definitivamente o paradigma tradicional da máxima e indobrável resistência processual. Vimo-nos também que, no entanto, há receios compreensíveis que acompanham toda mudança de paradigma e que explicam, em grande medida, a persistência da forma de atuação tradicional dos advogados públicos até os dias de hoje. Ocorre que também eles foram objeto de devido esclarecimento ao final deste trabalho.

A esta altura, portanto, o que parece mais importante é chamar atenção para a conjuntura em que está ocorrendo – ou em que deveria estar ocorrendo – essa mudança na face da Advocacia Pública. Com efeito, no contexto atual em que a persistência do paradigma tradicional tem levado a constantes sancionamentos processuais fazendários, tem gerado uma autofágica sobrecarga da máquina estatal (Estado-Juiz pelo Estado-Administração, ao fim e ao cabo o mesmo Estado) e tem-se dado em meio à severa precariedade de quadros e estrutura no âmbito da Advocacia Pública, a questão de, ainda assim, prevalecerem receios de mudança aproxima-se muito de certa anedota contada no filme *Annie Hall* por Woody Allen, como referência a seu sentimento diante da vida, e que ora nos serve de provocativo arremate:

Há uma velha piada. Duas velhinhos estão num *resort* nas Montanhas Catskill e uma delas diz: “Nossa, a comida aqui nesse lugar é realmente horrível.” A outra diz: “Sim, eu sei E as porções são tão pequenas!”

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DELEUZE, Gilles. **Nietzsche e a Filosofia**. Tradução de António M Magalhães. Porto: Rés.
- FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Tradução de Izabel Magalhães. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**: Aula Inaugural no Collège de France. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5ª edição. São Paulo: Loyola, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ROQUE, André Vasconcelos. **A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução**. Revista eletrônica de direito processual, v. 7, p. 237-263, 2011. Disponível em <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/51-v1-n-4-outubro-de-2011-/152-a-luta-contra-o-tempo-nos-processos-judiciais-um-problema-ainda-a-busca-de-uma-solucao>>. Acesso em: 10 mar. 2012.
- THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. 8ª edição. Petrópolis: Vozes, 2009.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009.