AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO — CURADOR DA LEI

— Ação direta de inconstitucionalidade. Advogado-Geral da União: Indeclinabilidade da defesa da lei ou ato normativo impugnado (CF, art. 103, § 3º).

Erigido curador da presunção de constitucionalidade da lei, ao Advogado-Geral da União, ou quem lhe faça às vezes, não cabe admitir a invalidez da norma impugnada, incumbindo-lhe, sim, para satisfazer requisito de validade do processo da ação direta, promover-lhe a defesa, veiculando os argumentos disponíveis.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 72 (Questão de Ordem)
Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo
Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo
Relator: Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer da Questão de Ordem e determinar a devolução dos autos ao Procurador-Geral da República, a fim de ser proferido pronunciamento de defesa da lei impugnada.

Brasília, DF, 22 de março de 1990. — *Néri da Silveira,* Presidente. *Sepúlveda Pertence,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: 1. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei Estadual n 4.240/89, do Espírito Santo, proposta pelo Governador do Estado.

2. Prestadas as informações pela Assembléia Legislativa (fl. 43), despachei (fl. 58):

"Vista sucessivamente à Advocacia-Geral da União e ao Ministério Público Federal."

3. Pela Advocacia-Geral, manifestou-se a il. Subprocuradoria-Geral da República, Profª Odylia da Luz Oliveira, sustentando —a exemplo do que fez em numerosos casos similares —, não ser de aplicar o art. 103, § 3º, da Constituição, quando se trata de ação de inconsttiucionalidade de lei estadual (fls. 61-4).

4. Na linha da orientação firmada pelo Plenário, em 22.11.89, na ADIN (QO) 97, devolvi os autos à Procuradoria Geral da República, "para, na qualidade de AGU, proceder à defesa do ato impugnado".

5. Agora, em 2 de março corrente, a mesma e ilustre Subprocuradoria Geral oficiou, "no exercício da função prevista no art. 103, § 3º, da Constituição", concluindo, à luz dos argumentos que expendeu, no sentido de que "a ação deverá ser julgada procedente".

6. Em questão de ordem sobre o procedimento a adotar, trago os autos ao Plenário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): 1. Ao decidir a questão de ordem na ADIn nº 97, seguiu o Plenário, por unanimidade, em 22.11.89, o voto do Relator, o em. Ministro Moreira Alves, que assentara:

"Reza a Constituição no § 3º do art. 103:

'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.'

Pela interpretação literal, compete ao Advogado-Geral da União a defesa, em ação direta de inconstitucionalidade, da norma legal ou do ato normativo, independentemente de sua origem federal ou estadual, uma vez que o texto constitucional em causa não faz qualquer distinção a esse respeito.

E a esse mesmo resultado conduzem os elementos lógicos da exegese desse parágrafo. Com efeito, sendo o processo da ação direta de inconstitucionalidade um *processo objetivo*, e, portanto, sem partes que defendam interesse jurídico próprio, não há que se pretender que nele, por causa do dispositivo constitucional em exame, o Advogado-Geral da União atue na sua função normal — como prevista no art. 131, *caput*, da Carta Magna — de chefe da instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União Judicial ou extrajudicialmente. O § 3º do art. 103 lhe dá uma competência especial em face dessa geral: a da defesa da constitucionalidade da norma que, em tese, é inquinada de inconstitucional, o que implica dizer que lhe atribui o papel, nesse processo objetivo, de verdadeiro *curador da lei atacada*. E essa função que lhe é atribuída é explicável. No sistema de controle difuso de constitucionalidade de ato normativo vigora indiscutivelmente o princípio da presunção da constitucionalidade do ato normativo impugnado como inconstitucional, princípio esse que as nossas Constituições têm consagrado com a regra de que a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais só pode ser feita com o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (nesse sentido, ainda agora, o art. 97 da Constituição). Com o § 3º do art. 103, inequivocamente, se estendeu esse princípio à ação direta de inconstitucionalidade, dando-se à presunção de constitucionalidade do ato normativo — e ela existe quer quanto à norma federal, quer quanto à norma estadual — um curador especial, que, assim, nesse processo objetivo tem papel diverso do da Procuradoria Geral da República, embora ambos

defendam relevantes interesses públicos. De feito, o Advogado-Geral da União, como curador especial, defende a presunção de constitucionalidade do ato normativo, ao passo que o Procurador-Geral da República defende a rigorosa observância da Constituição, ainda que, como fiscal da aplicação da lei, tenha que manifestar-se pela inconstitucionalidade do ato normativo objeto da ação direta. E — note-se — essa posição de imparcialidade do fiscal da aplicação da lei que é o Procurador-Geral da República está preservada ainda quando é ele o autor da ação direta, certo como é que, mesmo ocupando essa posição nesse processo objetivo, pode ele, afinal, manifestar-se contra a inconstitucionalidade que argüiu na inicial. Ademais, houve por bem a Constituição atual dar esse curador especial à presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado porque, não raras vezes, o legitimado passivamente não assume a defesa da constitucionalidade desse ato, adstringindo-se a prestar informações objetivas de andamento do processo de sua elaboração, ou — o que, vez por outra, ocorre — se desinteressa de sua defesa, ou, até, sustenta sua inconstitucionalidade, por motivos políticos de mudança de governo.

Aliás, a figura de curador especial em processo em que funciona o Ministério Público, em que cada um desempenha papel próprio na defesa de interesses públicos que não se identificam, não é estranha ao nosso sistema jurídico. Em direito de família, parte do direito privado em que o interesse público da preservação do casamento como instituição social tem particular relevo, preceitua o art. 222 do Código Civil: 'A nulidade do casamento processar-se-á por ação ordinária, na qual será nomeado curador que o defenda." Comentando esse dispositivo, Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 2ª ed., p. 268-9) faz estas oportunas observações:

'Curador e Ministério Público, na hipótese, não defendem o interesse particular de nenhum cônjuge. Ambos defendem o alto interesse social. Um defende o casamento, a sua validade que é, como explicou Clóvis, um dos meios de defender o próprio interesse da sociedade, que tem a sua base na organização jurídica da família, e, por isso, tem interesse na persistência do vínculo nupcial. O outro defende também os interesses sociais, mas sob outro aspecto, visando antes de tudo a exata aplicação da lei, a sua rigorosa observância, se bem que disso resulte a anulação do casamento. Como fiscal da aplicação da lei, a sua ação é de defesa também dos interesses sociais.' "

2. À luz dessa orientação tomada pela Corte, estou, *data venia*, em que ao Advogado-Geral da União ou a quem lhe faça as vezes — instituído "curador especial à presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado" —, não é dado argumentar e concluir pela procedência da ação direta.

3. "A indeclinabilidade do exercício dessa atividade constitucionalmente deferida ao Advogado-Geral da União" — advertia, naquela assentada, o em. Ministro Celso de Mello —, "não lhe permite, em conseqüência, exonerar-se desse *especial* encargo constitucional que lhe foi cometido. Trata-se, aí, de uma função anômala e extraordinária do Advogado-Geral da União, que não atua, no processo de ação direta, como representante judicial dessa pessoa estatal, mas como defensor da validade dos preceitos infraconstitucionais, quer emanados da própria União Federal, quer editados pelos Estados-membros."

4. Corretamente, a meu ver, a decisão referida assimilou o papel constitucional do Advogado-Geral da União ao do curador ao vínculo na ação de aulação de casamento.

5. Cuida-se, em ambas as hipóteses, não de curatela a uma das partes, mas a um princípio, cuja defesa, com os argumentos disponíveis, se reputou imprescindível em razão do interesse público, nos processos respectivos: lá, como dizia Clóvis, o da "persistência do vínculo nupcial" (Código Civil, 1956, art. 222, 2/77); aqui, o da presunção de constitucionalidade da lei.

6. Ora, ao *defensor vinculi*, a opinião dominante não reconhece a faculdade de admi-

tir a nulidade do matrimônio, ainda quando assim manifestamente lhe parecer.

7. Caso contrário, "já não seria defensor", como adverte Pontes de Miranda (*Trat. Dir. Privado*, 7/424, § 815).

8. "Ademais" — ponderou Guilherme Estellita (*O Ministério Público e o Processo Civil*, 1956, p. 46) — "exercendo o Ministério Público, em tais hipóteses, o patrocínio de um interesse social, é-lhe vedado desamparálo (...) A nosso ver, só pode o órgão do Ministério Público concordar, opinar pelo desfazimento do vínculo matrimonial, quando lhe caiba simplesmente dizer de direito, isto é, quando no processo tenha apenas o dever geral de velar pela observância das leis. Investido da defesa do vínculo não o pode desamparar."

9. Informa o mesmo autor que, no processo canônico — de onde nos adveio a instituição, acolhida em nosso direito desde o decreto de 17 de abril de 1863 (Lafayette, *Direitos de Família*, 1869, v. 55) —, podia o defensor opinar contra a subsistência do vínculo, quando fosse o próprio Ministério Público o autor da ação anulatória, "fundado que o faz em razão de ordem pública". Mas, ainda aí, não lhe parece que, entre nós, lhe caiba essa faculdade.

10. "Cada órgão do Ministério Público" — argumenta Estellita — "estará, na hipótese, desempenhando uma função própria e específica: um, atacando o vínculo; o outro, defendendo-o. Se eles tendem a fins opostos, esses fins devem ter seus defensores especiais sustentá-los em toda a linha, pois ao Judiciário é que compete resolver qual deles deverá prevalecer."

11. 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 pela inconstitucionalidade do ato questionado. Não, porém, ao Advogado-Geral da União: a este se reclama que seja o vínculo 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 contraditoriedade da discussão do problema consttiucional posto. Missão nobre, que a ninguém pode diminuir.

12. Assim, Sr. Presidente, entendendo, na linha do precedente, que a efetiva defesa pela Advocacia da União do Ato normativo de constiucionalidade controvertida é requisito essencial de validade do processo de ação direta, sou pela devolução dos autos ao em. Procurador-Geral da República para que designe outro membro do Ministério Público Federal para satisfazê-lo: é o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: O Advogado-Geral da União exerce, no processo de controle jurisdicional concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos, uma atribuição anômala, que excede os limites das funções institucionais para as quais foi concebido e criado o órgão que dirige.

Trata-se de uma atividade processual indisponível e vinculada, que lhe não permite senão a defesa objetiva do ato impugnado. A norma inscrita no art. 103, § 3º, da Constituição, veicula comando incontrastável, a que não se pode subtrair o Chefe da Advocacia-Geral da União: "Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo" — prescreve o texto constitucional — "citará, previamente, o Advogado-Geral da União, *que defenderá o ato ou texto impugnado*" (grifei).

Essa atuação processual vinculada ao fim indicado pela própria Constituição — *a defesa do ato impugnado* — revela-se, por isso mesmo, imprescindível e insuprimível, mesmo em se cuidando de lei estadual (ADIn nº 97 — Questão de Ordem, rel. Min. Moreira Alves).

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.

O Advogado-Geral da União, nesse contexto, intervém como sujeito das relações processuais objetivas que se formam em sede jurisdicional concentrada. Não atua ele como um simples colaborador do órgão judiciário, que possa agir com a independência do Chefe do Ministério Público.

É preciso enfatizar que a causa *única* da atuação processual do Advogado-Geral da União é a defesa, perante o Supremo Tribunal Federal, do ato normativo impugnado em sede de ação direta.

A atuação processual do Advogado-Geral da União, nas ações diretas de declaração de inconstitucionalidade, na condição de curador especial, não pode efetivar-se em detrimento da norma cuja impugnação elas materializam.

A intervenção do Advogado-Geral da União — ainda que a muitos isso possa parecer descaracterização da natureza objetiva do processo de controle concentrado — reveste-se de compulsoriedade, não só quanto ao seu chamamento judicial mas, também, quanto ao seu pronunciamento defensivo em favor da norma impugnada.

Essa intervenção, que é de ordem pública, possui extração constitucional. Não pode efetivar-se em desfavor do ato normativo cuja inconstitucionalidade é postulada pelo autor da Ação Direta.

Atuando como verdadeiro curador da norma infraconstitucional — *defensor legis* — e velando pela preservação de sua presunção de consttiucionalidade e de sua integridade no âmbito do sistema jurídico, não cabe ao Advogado-Geral da União ostentar posição processual a ela contrária, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição.

Estou, assim, de acordo com o douto voto do eminente Relator.

VOTO

(s/ questão de ordem)

O Sr. Ministro Paulo Brossard: Sr. Presidente, parece-me que o Advogado-Geral da União, por cláusula expressa da Constituição, veio a ter uma atribuição nova, uma atribuição especial que decorre da natureza do julgamento, em tese, da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei federal ou estadual, por parte do Poder Judiciário; é um reflexo, como já foi acentuado, do princípio segundo o qual a lei se presume constitucional, por motivos de todos conhecidos.

De modo que, por essas razões cabalmente desenvolvidas pelo eminente Relator, parece-me que é uma atribuição, não diria anômala, mas uma atribuição nova, especial e específica, conferida ao Advogado-Geral da União.

Assim, acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

ADIn 72-1-ES (Questão de Ordem) — Rel.: Ministro Sepúlveda Pertence. Reqte.: Governador do Estado do Espírito Santo (Adv.: Ary Queiroz da Silva). Reqda.: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo.

Decisão: o Tribunal, por unanimidade, conheceu da Questão de Ordem que lhe foi submetida pelo Sr. Ministro Relator e a decisão no sentido de determinar a devolução dos autos ao Procurador-Geral da República, a fim de ser proferido pronunciamento de defesa da Lei impugnada, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votou o Presidente. Plenário, 22.3.90.

Presidência do Sr. Ministro Néri la Silveira. Presentes os Srs. Ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.

Procurador-Geral da República, o Dr. Affonso Henriques Prates Correia, substituto.