

RECEBIDO EM: 08/03/2017

APROVADO EM: 04/08/2017

**AUTONOMIA TÉCNICA DO AGU À LUZ  
DO DEVER DE DEFESA DA LEI OU ATO  
NORMATIVO IMPUGNADO EM CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O STF**

***TECHNICAL AUTONOMY OF THE PUBLIC ATTORNEY IN SIGHT  
OF THE DUTY OF DEFENSE OF A NORMATIVE ACT CONTESTED  
IN CONSTITUTIONALITY CONTROL BEFORE THE BRAZILIAN  
SUPREME COURT***

*Renato Saeger Magalhães Costa*

*Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Bacharel em  
Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado de Direito Público em  
Urbano Vitalino Advogados.*

**SUMÁRIO:** Introdução ; 1 O que é a Advocacia-Geral da União?; 2 Autonomia técnica do advogado público e independência funcional da advocacia de estado; 3 Do dever de defesa da lei ou ato normativo impugnado em sede de controle concentrado de constitucionalidade de acordo com o Supremo Tribunal Federal; 4 Proposta de outras hipóteses nas quais a defesa da lei ou ato normativo impugnado em sede de controle de constitucionalidade poderá ser dispensada; 5 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O Advogado-Geral da União, de acordo com o texto constitucional, deve defender as leis impugnadas em controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, tal imposição foi fruto de várias discussões perante a Corte Suprema, o que revelou a possibilidade de flexibilização do comando constitucional. Analisa-se, pois, todos os aspectos que circundam a AGU como instituição independente e autônoma tecnicamente, com o intuito de se enxergar as hipóteses possíveis na qual o AGU não estará obrigado a defender o ato normativo impugnado em sede de controle de constitucionalidade perante o STF.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia-Geral da União. Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Autonomia Técnica. Independência Funcional.

**ABSTRACT:** The General Public Attorney, according to the Brazilian Constitution, is always meant to defend the laws that are contested in constitutionality control before the Brazilian Supreme Court. However, that imposition was fruit of several discussions in the Supreme Court, and that revealed the possibility of the flexibilization of that constitutional command. The aspects of the General Public Attorney's Office are, therefore, analyzed in order to understand it as a independent institution with technical autonomy, so that we can see some other hypothesis where the General Public Attorney isn't obligated to defend the normative act that is contested in the realm of a constitutionality control before the STF (Brazilian Supreme Court).

**KEYWORDS:** General Public Attorney's Office. Constitutionality Control. Brazilian Supreme Court. Technical Autonomy. Functional Independence.

## INTRODUÇÃO

Tratar sobre a Advocacia-Geral da União – AGU é abordar um assunto não somente relevante, mas também extremamente atual. Os temas que circundam as atribuições e prerrogativas da AGU estão presentes nos noticiários, além de, no âmbito jurídico, permearem projetos de lei, emendas constitucionais e debates jurisprudenciais. Tal sorte de evidenciação do tema reflete diretamente nos limites da atuação da Advocacia Pública como um todo, que, como consequência inafastável, resvala na apreciação da matéria por parte do Supremo Tribunal Federal – STF.

Quais são, pois, as prerrogativas do Advogado-Geral da União? E quais os limites e obstáculos que os advogados públicos enfrentam quanto à sua atuação e liberdade técnicas?

Especificamente, e no que se refere ao assunto ora proposto, observa-se que a jurisprudência do STF se alternou com frequência no tratamento sobre a matéria da autonomia técnica do AGU quanto à obrigatoriedade de suas manifestações em sede de controle de constitucionalidade, o que exige um estudo mais aprofundado das decisões que implicaram a mudança de entendimento da Corte.

No presente estudo, pretende-se conceituar a Advocacia-Geral da União como ente dotado de autonomia técnica e jurídica, desvinculada de qualquer dos Poderes da República, cujos integrantes possuem independência funcional, para, a partir de tais fundamentos, identificar-se as hipóteses nas quais a defesa, por parte do Advogado-Geral da União, em controle de constitucionalidade, não necessariamente deverá ser concretizada; permitindo-se o direito de manifestação do AGU em consonância com sua autonomia técnica.

### 1 O QUE É A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO?

O nascimento da Advocacia-Geral da União, pode-se dizer, deu-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que anteriormente à promulgação, “a representação da União era exercida pelo Ministério Público da União, que, até então, cumulava as funções de defensor dos interesses da sociedade e do ente político federal”<sup>1</sup>.

---

1 COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União – AGU*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 19.

Foi somente a Constituição Federal de 1988 que, inovando em relação ao regime anterior, segregou a Advocacia Pública em sentido lato e entregou suas funções a *instituições distintas*. O Ministério Público passou a exercer somente a *advocacia da sociedade*, enquanto a *advocacia do Estado* começou a ser atribuição da Advocacia Pública em sentido estrito (Advocacia-Geral da União, Procuradorias do Estado e do Distrito Federal e Procuradorias do Município) e a advocacia dos necessitados, da Defensoria Pública.<sup>2</sup>

Sendo assim, e conforme atual expressão do artigo 131 da Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União é a instituição que 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. A instituição tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, que não precisa ser membro da carreira, mas tão somente cidadão maior de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Hodiernamente, entende-se que a Advocacia-Geral da União possui 4 carreiras jurídicas distintas: os Advogados da União, os Procuradores Federais, os Procuradores da Fazenda Nacional e, de modo um tanto quanto peculiar, os Procuradores do Banco Central do Brasil.

Tendo em vista o que preceituado no artigo 131 da CRFB, em cotejo com o artigo 133 da Constituição, nota-se que os advogados públicos, assim como os advogados privados, são indispensáveis à administração da justiça, sendo invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Diante de tal introito, resta visível que os membros da Advocacia-Geral da União não são apenas servidores públicos fora dos Poderes da República (visto que desempenham função pública em Instituição independente)<sup>3</sup>, como também advogados tecnicamente autônomos cuja atuação restringe-se a apenas um “cliente”: a União.

---

2 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime jurídico da advocacia pública*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 18.

3 A Advocacia-Geral da União está prevista no art. 131 da Constituição Federal, e integra o Capítulo IV, do Título IV, da CRFB, de modo que deve ser considerada como “Função Essencial à Justiça”. Nesse esteio, resta visível que a AGU não pertence a nenhum dos três Poderes da República, pois não integra nenhum dos outros capítulos do Título IV da Constituição.

## 2 AUTONOMIA TÉCNICA DO ADVOGADO PÚBLICO E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DA ADVOCACIA DE ESTADO

Não obstante a previsão constitucional, ainda se verifica parcela da doutrina afirmando que a AGU pertence ao Poder Executivo, baseando-se no já revogado art. 32 do Decreto Lei n. 200 de 1967, que assinalava que a Consultoria-Geral da República integrava o Poder Executivo. Entretanto, e afastando-se de tal posicionamento, insiste-se em afirmar que a Advocacia-Geral da União é instituição desvinculada de qualquer um dos Poderes da República, apesar de aparentemente estar mais próxima do Poder Executivo. Nesses termos, é inegável que:

não se pode conferir a essa instituição o status de Ministério ou de órgão da Presidência da República, como se observa infelizmente no sítio da Presidência da República e no Diário Oficial da União. Que a Lei Ordinária 10.683, de 2003, trate o Advogado-Geral da União como “Ministro”, colocando-o como órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República, sem que esse tratamento decorra necessariamente dos termos constitucionais, é circunstância que não autoriza de qualquer forma os órgãos oficiais de informação a tratar a instituição AGU como um órgão integrante da estrutura do Poder Executivo.<sup>4</sup>

Outro ponto que merece destaque para que se ateste ainda mais que a Advocacia-Geral da União não integra o Poder Executivo é justamente o fato de os seus membros exercerem a advocacia para a União como um todo, ou seja, para a pessoa jurídica de direito público interno em sua integralidade, e não de um de seus poderes/funções. Com efeito, apenas as atividades de consultoria e assessoramento jurídico são exclusivas do Poder Executivo.

Diante do afastamento da Advocacia-Geral da União do Poder Executivo, é imprescindível perceber que há uma certa autonomia e independência dada à instituição; autonomia esta inerente ao desempenho das suas funções constitucionais.

A título de esclarecimento, e antes de se prosseguir no tema, faz-se imprescindível conceituar a independência funcional e a autonomia técnica. Para a doutrina:

---

4 LÚCIANO, Pablo Bezerra. A Advocacia-Geral da União é instituição transversal aos poderes. *Conjur – Consultor Jurídico*, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/advocacia-geral-uniao-instituicao-transversal-aos-poderes>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

autonomia funcional consiste na liberdade de exercer o ofício em face de outros órgãos e instituições do Estado, enquanto que a independência funcional é a liberdade com que estes exercem o seu ofício agora em face de outros órgãos da própria instituição<sup>5</sup>.

Nesse sentido, portanto, “a independência funcional restringe-se à relação do agente com os titulares de órgãos superiores da mesma instituição no sentido de inexistência de subordinação técnica ou funcional”<sup>6</sup>.

De fato, conjugando-se todos os entendimentos acima expostos, é inevitável afirmar quando se fala sobre AGU se está a tratar de uma estrutura pública que contém, dentre outros, um corpo de advogados dotados de autonomia técnica. Sendo assim, é incompatível exigir-se determinadas condutas profissionais dos advogados públicos, mormente quando tais exigências se relacionam a entendimentos técnicos.

No ponto, é preciso ponderar que o advogado, em qualquer circunstância (mesmo que sujeito a uma relação de emprego), deve manter sua autonomia técnica e independência profissional durante toda a sua atuação. É isso, aliás, o que prevê o Parecer GQ n. 24/1994 da AGU<sup>7</sup>, e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>8</sup>, Lei n. 8.906/94, mais especificamente nos seus artigos 7º, inciso I, e 18. Também é esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no recente julgamento da lavra do Ministro Roberto Barroso:

A constituição Federal e a Estadual reservam aos advogados públicos o desempenho das atividades de representação, assessoria e consultoria jurídica e que, tais cargos serão ocupados por servidores previamente aprovados em concurso público. Tal conclusão, calcada na literalidade dos textos constitucionais, é reforçada pela própria natureza dos cargos da advocacia pública, afinal, mais do que servidores públicos, os ocupantes de tais cargos são advogados e, para o pleno exercício de seu

---

5 CASTRO, Caterina Vasconcelos de; ARAUJO, Francisca Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. *Revista da Procuradoria-Geral do Acre*, Rio Branco, n. 3, p. 213-253, jan./dez. 2003.

6 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime jurídico da advocacia pública*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 61.

7 Mais especificamente no item 10, que afirma que o advogado público possui “isenção técnica ou independência da atuação profissional”.

8 Válido afirmar que o EOAB é aplicável aos advogados públicos, conforme se extrai do artigo 3º, §1º, da Lei.

mister, é fundamental a preservação da isenção técnica e independência funcional, inerentes à advocacia, seja ela pública ou privada.<sup>9</sup>

Ainda, como bem delineado por Ricardo Cavalcante Barroso:

Para elucidar ainda mais a pertinência e a adequação da autonomia para os advogados públicos basta enunciar que o elemento determinante da autonomia dos membros das procuraturas públicas é o propósito de representar os interesses públicos e políticas públicas a eles atreladas no sentido de viabilizar a missão dos entes estatais. Eis o discrimen e o diferencial que fortalece e limita a autonomia do advogado estatal. Ou seja, no exercício desse mister, o procurador estatal não pode ser corrompido por pressões ou desvios advindos de quem quer que seja, membros de outras funções essenciais ou gestor ímprobo. 10

Sumarizando o entendimento ora esposado, Mônica de Melo assevera que “A peculiaridade de ter por cliente o ‘Estado’ ao contrário de reduzir a independência e liberdade do Advogado Público, deveria garanti-las, em respeito ao princípio da moralidade e defesa do interesse público, que torneiam a ação desse ‘cliente’”<sup>11</sup>.

Não se pode olvidar, portanto, que a Advocacia-Geral da União necessariamente possui uma autonomia técnica que a resguarda de sofrer quaisquer influências técnico-jurídicas por parte do seu cliente<sup>12</sup>: a União. Com efeito, pode-se afirmar que a independência funcional, bem como a autonomia técnica do advogado público, é “prerrogativa implícita da Advocacia de Estado”<sup>13</sup>.

9 STF – ARE 759931 ES – Rel. Min. Roberto Barroso – Publicado em 12/12/2014.

10 BARROSO, Ricardo Cavalcante. Autonomia e independência são inerentes à Advocacia Pública. *Conjur – Consultor Jurídico*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2014-jun-15/ricardo-barroso-autonomia-independencia-inerente-advocacia-publica#\\_ftn6](http://www.conjur.com.br/2014-jun-15/ricardo-barroso-autonomia-independencia-inerente-advocacia-publica#_ftn6)>. Acesso em: 8 abr. 2016.

11 MELO, Mônica. *Ética na Advocacia Pública*. Tese aprovada por unanimidade no XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado de 24 a 28 de outubro em Alagoas - MA.

12 O mesmo se repete para os advogados públicos municipais e estaduais, conforme entendimento do STF esposado na apreciação da medida cautelar na ADI 4843 / PB: “A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefê do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais”.

13 ROCHA, Mário Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 169-197, jan./mar. 2001.

Nesse contexto, e mais detidamente no aspecto jurisprudencial que trata sobre o tema, vê-se que o Supremo Tribunal Federal, por anos, estabeleceu a inexistência de independência funcional ao advogado público. Tal posicionamento da Corte restou sedimentado nos julgamentos da ADI MC n. 291, da ADI n. 470 e da ADI n. 217.

No mesmo sentido que a ADI n. 217, foi o julgamento da ADI n. 470, que definiu que a independência funcional de Procuradoria Estadual desvirtuaria a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional. Neste julgamento, porém, o então Ministro Sepúlveda Pertence – que se mostrou contrário à independência funcional – afirmou a importância do reconhecimento da “independência profissional da qual terá que dispor, sobretudo, quando atue em função de consultoria”, abrindo uma flexibilização para a pertinência da autonomia técnica do advogado público.

Mais recentemente, em lamentável decisão no bojo do julgamento de mérito da ADI n. 291, o STF teve a oportunidade de analisar a autonomia técnica em conjunto com a independência dos advogados públicos, ocasião na qual sedimentou o entendimento que os advogados públicos apenas possuem autonomia técnica ou profissional, inexistindo a independência funcional da AGU.

Nesse ínterim, e diante da certeza que o advogado público possui ao menos a autonomia técnica, merece destaque a querela existente acerca do dever de defesa da lei ou ato normativo impugnado em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

### **3 DO DEVER DE DEFESA DA LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ACORDO COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Uma das funções expressamente previstas na Constituição, para o Advogado-Geral da União, é encontrada no artigo 103, §3º, que prevê que quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará o Advogado-Geral da União para que defenda o ato ou texto impugnado (“Art.103, § 3º, CRFB - 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”).

Interessante notar, que na Lei Complementar n. 73/93, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, em seu artigo 4º, IV, também dispõe como atribuição do Advogado-Geral da União “defender, nas ações

diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou o ato normativo, objeto de impugnação”, revigorando a previsão constitucional.

Em tese, então, o AGU teria o dever de defender a lei ou o ato impugnado em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Esta interpretação pura e simples do dispositivo constitucional foi o que levou o STF a julgar no sentido de se exigir a defesa do ato ou lei impugnada pela Advogado-Geral da União.

O entendimento que restou primariamente sedimentado no Supremo Tribunal Federal, portanto, foi o de que o AGU sempre deveria defender o ato ou a lei impugnada, independentemente de qualquer outro aspecto jurídico ou político. Assim, ao julgar a Questão de Ordem da ADI n. 72 / ES, o STF se posicionou pela obrigatoriedade da defesa da lei por parte do AGU, conforme se verifica da ementa abaixo colacionada:

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. (STF - ADI 72 ES – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Tribunal Pleno - DJ 25.5.1990)

Conforme julgado acima, “Não havia, portanto, espaço para o AGU opinar pela procedência do pedido no controle em tese da constitucionalidade da norma em sede de ação direta”<sup>14</sup>.

Em importante julgamento da ADI n. 242 de 1994, o STF novamente estabeleceu que o AGU deveria defender o ato, independentemente de seu entendimento particular sobre o tema, ou de prévia análise do STF.

A partir daí pode-se dizer que se consolidou a jurisprudência do STF no sentido de que ao Advogado-Geral da União, nos processos de ação direta de inconstitucionalidade, cabe, sempre e sem qualquer exceção, defender

14 ARAÚJO, Fábíola Souza. A atuação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade: compreensão inicial do Supremo Tribunal Federal. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 08 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43795&seo=1>>.

o ato impugnado. Consolidou-se, assim, a idéia de que (i) a ação direta de inconstitucionalidade demanda um contraditório, e (ii) o constituinte atribuiu esta função ao Advogado-Geral da União, sem que isso tenha qualquer relação com as suas funções de representação judicial e extrajudicial da União e de assessoria e consultoria jurídica ao Presidente da República.<sup>15</sup>

Entretanto, e em que pese o firme posicionamento acima exposto, o próprio Supremo Tribunal Federal passou a admitir, em nova circunstância, que o AGU não defendesse o ato ou a lei impugnada em sede de controle concentrado de constitucionalidade; mitigando-se, assim, a literalidade do artigo 103, §3º, da Constituição Federal, e conferindo-lhe uma nova interpretação.

Com efeito, o entendimento do STF evoluiu, conforme exame do *leading case*, a ADI n. 1.616 / PE, permitindo-se que o Advogado-Geral da União deixasse de defender a tese jurídica caso o próprio STF já houvesse se manifestado pela sua inconstitucionalidade. Vide parcela da ementa do referido julgado:

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. (STF – ADI 1616/PE – Rel. Min. Maurício Corrêa – Tribunal Pleno – DJ 24.8.2001)

Visível, pois, que o STF admitiu ser prescindível a defesa, por parte do AGU, para as leis cujo teor já tivesse sido considerado inconstitucional por parte do próprio Supremo Tribunal Federal. Trocando-se em miúdos, todas as vezes que o STF já tivesse se manifestado pela inconstitucionalidade da lei ou ato impugnado, o Advogado-Geral da União estaria isento de seu dever de defender tal ato.

Em importantíssimo debate no bojo da ADI n. 3.916, o STF passou a discutir a questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, no que tange ao que previsto no artigo 103, §3º da Constituição Federal, se seria um dever de defesa do ato impugnado, ou um direito de manifestação do AGU no controle de constitucionalidade.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio defendeu a literalidade do texto constitucional, afirmando ser imprescindível que o Advogado-Geral da União defendesse o ato impugnado, sem exceções. Para o Ministro, “a Advocacia-

15 LEITE, Fábio Carvalho. O papel do Advogado-Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou parecerista? In: Nomos. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. 30.2, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2010/2. p. 36.

Geral da União só interfere com essa finalidade: buscar-se esse equilíbrio, ter-se uma ótica no sentido da permanência, no cenário normativo, abstrato e autônomo, do ato atacado na Ação Direta de Inconstitucionalidade”<sup>16</sup>.

Instaurou-se, portanto, um debate, no qual o Ministro Gilmar Mendes chega a afirmar que não apenas quando o Supremo Tribunal Federal já houver decidido sobre a inconstitucionalidade da lei o AGU poderá deixar de defender o ato, como também quando for a própria União (em nome do Presidente da República) quem ajuizar a ADI, tendo em vista que, nesses casos, “essa defesa fica sem consistência”:

Não há uma obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, até porque, em muitos casos, nós podemos ter uma situação quase que de conflito. O Advogado-Geral da União poderá eventualmente suscitar uma ação direta em nome do Presidente da República e, depois, ter que defender em relação ao ato estatal. (STF – Voto do Ministro Gilmar Mendes (Presidente) – Questão de Ordem na ADI 3.916/DF).

Nesse sentido, o então presidente do STF afirmou ser necessário realizar-se uma interpretação “adequada” e “sistêmica”, garantindo-se ao Advogado-Geral da União um “direito de manifestação”, e não somente um dever de defesa.

Ainda no bojo dos debates sobre a questão de ordem suscitada, o Ministro Ricardo Lewandowski lembrou que o artigo 131 da Constituição Federal assinala que a AGU é instituição que defende os interesses da União, de modo que seria incoerente impor ao Advogado-Geral a defesa, sempre, da lei impugnada em controle de constitucionalidade, mormente quando esta afronte diretamente os interesses ou a competência da própria União.

Nesse íterim, o então Ministro Cezar Peluso afirma haver uma distinção entre a função do AGU como defensor da União e a função objetiva deste no processo da ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto, ressaltou que, em determinados casos, exigir que o Advogado-Geral sempre defenda o ato, mesmo que contrário à União, significaria “retirar da Advocacia-Geral da União a sua posição primordial, que é defender os interesses da União”<sup>17</sup>. Em brilhante conclusão, então, o Ministro afirma: “a mim me parece que seria demais criar um constrangimento,

16 Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, na Questão de Ordem suscitada no bojo da ADI n. 3.916/DF.

17 Trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, na Questão de Ordem suscitada no bojo da ADI n. 3.916/DF.

determinando que o Advogado-Geral se manifeste em sentido contrário, quando a sua convicção jurídica é outra”<sup>18</sup>.

Volvendo-se a palavra ao Relator do caso, o Ministro Eros Grau, deixou-se assentado que os autos retornariam ao Advogado-Geral da União, para uma nova análise. Entretanto, o Ministro fez consignar que: “A mim, constava a existência da ADI n. 1.616, em que se teria dito que o múnus a que se refere o imperativo constitucional do §3º do art. 103 deve ser entendido com temperamentos”<sup>19</sup>.

Nesse esteio, e por fim, o Ministro Ayres Britto defendeu, com certas cautelas, a literalidade do texto constitucional, nos termos do que aventado pelo Ministro Marco Aurélio; oportunidade na qual o Ministro Ricardo Lewandowski o interrompeu lembrando que “a expressão ‘defender a lei’ deve ser interpretada *cum grano salis* [...] parece-me que esta expressão ‘defender a lei impugnada’ comporta uma interpretação, uma hermenêutica dentro dos quadros da razoabilidade”<sup>20</sup>.

A Ministra Cármen Lúcia também se manifestou trazendo um histórico dos julgamentos da Corte sobre a matéria, e afirmando, ao final, 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”<sup>21</sup>.

Concluindo o seu entendimento, o Ministro Ayres Britto afirma a possibilidade da mera manifestação por parte do Advogado-Geral da União, sem que seja constrangido ou obrigado a defender o ato, mormente nos casos que entender estar flagrante a sua inconstitucionalidade, deixando claro que a literalidade do texto pode ser interpretada finalisticamente.

Em suma, a questão de ordem na ADI n. 3.916 foi rejeitada, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, definindo-se que o Advogado-Geral da União sempre deverá apresentar defesa da lei impugnada.

Novamente, em julgamentos mais recentes, a Corte Suprema debateu acerca de tal *munus* do AGU. Enquanto o Ministro Marco Aurélio permanece seguindo o seu primeiro entendimento, segundo o qual é dever do Advogado-

---

18 Idem.

19 Trecho do voto do Ministro Eros Grau, na Questão de Ordem suscitada no bojo da ADI n. 3.916/DF.

20 Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, na Questão de Ordem suscitada no bojo da ADI n. 3.916/DF.

21 Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, na Questão de Ordem suscitada no bojo da ADI n. 3.916/DF.

Geral da União sempre defender o ato normativo impugnado em sede de controle abstrato de constitucionalidade, os demais Ministros vêm realizando ressalvas. Foi o que ocorreu, por exemplo, na ADI n. 351 / RN, na qual o Ministro Celso de Mello relembra outros precedentes do STF<sup>22</sup> no sentido de que o Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade.

No mesmo trilho, e ainda mais recentemente, os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber também dissentiram do Ministro Marco Aurélio (Relator da ADI n. 2.433/RN) quanto ao dever de defesa, asseverando, novamente, que, em relação à natureza da manifestação do AGU, a jurisprudência do Supremo é majoritária num sentido distinto daquele asseverado pelo Ministro.

Assim, conforme entendimento atual da majoritária composição do STF, o Advogado-Geral da União não precisa sempre defender o ato ou a lei impugnada em controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que se revela inviável impor tal ônus ao AGU, em razão de sua autonomia técnica inata à atividade da advocacia pública.

Entretanto, as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo que o AGU apenas se manifeste, sem defender o ato impugnado, devem ser ampliadas. É isso o que se demonstrará a seguir.

#### **4 PROPOSTA DE OUTRAS HIPÓTESES NAS QUAIS A DEFESA DA LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PODERÁ SER DISPENSADA**

Em que pese a decisão final da ADI n. 2.433 ter sedimentado a imperiosidade da defesa da norma impugnada pelo Advogado-Geral da União, com uma certa flexibilização, o debate havido na Corte no âmbito da ADI n. 3.916 suscitou questões periféricas relativas ao tema que merecem ser melhor analisadas posto se relacionarem com a autonomia técnica da própria instituição da AGU.

Primeiramente, restou demonstrado que a norma do artigo 103, §3º, da Constituição Federal deve ser interpretada com temperamentos, tendo em vista que o Advogado-Geral da União poderá deixar de defender o ato normativo ou lei impugnada perante o STF quando a norma já houver sido debatida no âmbito da Suprema Corte. É dizer, em outros termos, que havendo súmula ou entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal contrário

22 Cita-se: ADI n. 2.681-MC / RJ; ADI n. 1.616 / PE; ADI n. 2.101/MS; ADI n. 4.843/PB; e a ADI n. 3.916/DF.

ao dispositivo impugnado, poderá o Advogado-Geral da União apenas se manifestar nos autos, sem, necessariamente, defender a lei questionada.

Entretanto, entende-se que em outras situações o AGU também poderá deixar de defender a lei combatida em sede de controle concentrado de constitucionalidade quando baseado na sua própria convicção técnica. Como já exposto, os membros da Advocacia-Geral da União são dotados de autonomia técnica, logo, o AGU tem a prerrogativa de não defender a lei impugnada em ADI, se a entender inconstitucional.

É essa a problemática exposta por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>23</sup>:

Em tese, não caberia chamar para todas as ações diretas de inconstitucionalidade o Advogado-Geral da União, já que em muitas o Poder Executivo federal poderá não ter qualquer interesse. A sua citação, portanto, a sua chamada à ação, deveria ser exigida apenas quando existisse interesse do Poder Executivo no feito. Mesmo porque, de acordo com o §1º deste artigo, em todas as ações diretas é ouvido o Procurador-Geral da República, ao qual compete “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Pior, a norma em exame, ao pé da letra, obriga o Advogado-Geral a defender o ato ou texto impugnado. Ou seja, está ele obrigado a sustentar a constitucionalidade, mesmo de atos ou textos que não sejam da responsabilidade do Executivo federal, eventualmente contra os interesses deste Poder, ou contra o seu senso jurídico. 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 seria um ato normativo estadual que lhe ferisse a competência. Do contrário, não cumpriria ele o papel de Advogado do Executivo federal.

Além do dever de manifestação quando o STF já houver decidido pela inconstitucionalidade da lei ou texto normativo questionado em controle concentrado de constitucionalidade, o Advogado-Geral da União também não precisará defender a lei quando esta for contrária aos interesses da União.

Na já exposta ADI n. 3.916, o Ministro Ricardo Lewandowski assinalou que haveria aparente conflito de interesses do AGU ao ter que

---

23 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 2 (arts. 44 a 103), São Paulo: Saraiva, 1992. p. 232.

defender uma lei de um Estado que invadiu a competência legislativa da União. Ora. Se o Advogado-Geral da União é o defensor dos interesses da União (e não do Governo ou de partidos políticos), há flagrante contrassenso em se permitir que o AGU defenda uma lei que ofenda a própria União.

A questão já foi problematizada, há muito, pela doutrina:

Acontece então a seguinte situação singular: o Presidente da República é um dos órgãos dotados de legitimação ativa, para provocar o pedido de apreciação do controle abstrato de normas no STF (art. 103, I), mas na forma do art. 131, caput, o advogado-geral da União presta serviços e exerce atividade de consultoria e assessoramento jurídico ao Presidente. Como é possível que, por um lado, preste serviço na elaboração de uma lei pelo Presidente da República, como seu assessor jurídico, e, por outro lado, seja obrigado a impugnar [sic] o ato que ele ajudou a editar e formular? O dispositivo peca evidentemente pela sua grave concepção teratológica.<sup>24</sup>

De fato, são inúmeros os exemplos em que o AGU poderia ter que redigir uma ação direta de inconstitucionalidade (a ser proposta pelo Presidente da República), e, posteriormente, ser obrigado a defender a lei impugnada. De fato, em tais casos, não há necessidade do AGU defender o ato normativo, mas, tão somente, se manifestar no bojo do controle de constitucionalidade.

Seguindo o mesmo caminho, tem-se indubitável que o AGU, como chefe da Advocacia-Geral da União, não deverá defender lei ou texto normativo contrário aos interesses da instituição a que pertence. Por óbvio, havendo lei que atinja as prerrogativas e direitos da advocacia pública ou da própria Advocacia-Geral da União, não deveria se poderá exigir do AGU a sua defesa. Como representante maior da advocacia pública, seria um enorme contrassenso ao AGU tutelar o ato que lhe tolhesse ou limitasse direitos.

Além das hipóteses acima referenciadas, deve-se assinalar ainda, que o AGU não está obrigado a defender o texto impugnado quando este afrontar seu entendimento técnico pessoal. Aí reside a expressão máxima da autonomia técnica do advogado público.

Com efeito, não apenas o AGU estará dispensado de defender a lei questionada perante o STF quando (i) o próprio Supremo já tiver afirmado ser inconstitucional a lei; (ii) a lei for contrária aos interesses da União; ou (iii) a

---

24 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 1992. p. 341.

lei for contrária aos interesses da própria AGU, mas também quando possuir entendimento técnico contrário ao que disposto na lei ou ato normativo.

Nesse sentido,

[...] o Advogado-Geral da União não se encontra, em princípio, obrigado a opinar favoravelmente à constitucionalidade questionada, quando entender que o ato realmente ofende norma inserida na Carta Magna. Caso contrário, estaria afrontando sua consciência jurídica e, sobretudo, a própria Constituição!<sup>25</sup>

Por isso não se pode olvidar da possibilidade do Advogado-Geral da União discordar tecnicamente da lei ou ato normativo impugnado em controle concentrado de constitucionalidade, e, assim, deixar de defender tal texto. Haveria uma ofensa à inerente autonomia técnica do AGU como advogado, o que afrontaria diretamente a Constituição Federal de 1988.

José Cretella Júnior, em caminho semelhante, assenta que:

Se o exame de norma legal (lei) ou de ato normativo, em tese, isto é, ainda sem efeitos concretos, revelar choque evidente da medida com regra jurídica constitucional, o Supremo Tribunal Federal apreciará a inconstitucionalidade argüida e, ato contínuo, citará previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o texto impugnado (=norma legal) ou o ato (=o ato normativo). “Defenderá” ou “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.<sup>26</sup>

Em virtude, de tais contradições, inclusive, a doutrina tem cogitado até mesmo a supressão do artigo 103, §3º, da Constituição Federal de 1988, conforme se verifica na lição de Clèmerson Merlin Clève:

Não foi feliz o constituinte ao trazer essa novidade. A posição difícil na qual permanece o Advogado-Geral da União ao acumular as atividades de representação judicial da União e consultoria jurídica

25 TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 107-108.

26 CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. VI (arts. 92 a 144). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 3111

do Poder Executivo com a de curador de normas impugnadas, ainda que estaduais, por via de ação direta; o fato de que o processo objetivo desencadeado pela ação de inconstitucionalidade prescinde da atuação de um curador especial encarregado de exercer o contraditório (trata-se, em princípio, de um processo não 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 desnecessidade 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.<sup>27</sup>

Não se vislumbra, pois, outra alternativa senão o reconhecimento de que o Advogado-Geral da União possui o dever de se manifestar nos autos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, sem, contudo, defender em todas as hipóteses o ato normativo impugnado.

Por fim, e fulminando qualquer entendimento contrário, destaca-se o que prescrito no artigo 12, da Lei n. 9.868/99, denominada de Lei do Controle de Constitucionalidade, que dá o direito de manifestação ao AGU, *ipsis litteris*:

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

Conclui-se, pois, que há sim um verdadeiro dever de manifestação, e não propriamente de defesa, por parte do Advogado-Geral da União, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, resta visível que a Advocacia-Geral da União é instituição independente de qualquer um dos Poderes da República

---

27 CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 131-132.

que exerce função essencial à justiça e, por isso, seus membros gozam de certas liberdades e prerrogativas, tais como a autonomia técnica. Com efeito, o advogado público, assim como o advogado privado, é plenamente dotado de autonomia técnica.

Nesse ínterim, a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 103, §3º, em uma interpretação literal, determina que o Advogado-Geral da União defenda a lei ou texto impugnado em controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, independentemente de suas convicções técnicas.

Cotejando-se, porém, a autonomia técnica do advogado público com o dever de defesa do ato normativo questionado por Ação Direita de Inconstitucionalidade constante do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem entendido pela flexibilização do dever de defesa, permitindo que, na hipótese de já existir prévia orientação do próprio STF sobre o tema ou diante da flagrante inconstitucionalidade da lei questionada, o AGU possa apenas se manifestar sem, necessariamente, defender o texto impugnado.

Entretanto, e não obstante a literalidade do dispositivo constitucional constante do artigo 103, §3º, da Constituição Federal de 1988 e do já esposado entendimento do STF, deve-se firmar que o Advogado-Geral da União, em razão de sua autonomia técnica e das prerrogativas e deveres inerentes às suas atribuições, possui, sempre, o direito de manifestação e não de defesa propriamente dita.

Em resumo, sempre que se deparar com (i) leis manifestamente inconstitucionais, (ii) com normas já declaradas inconstitucionais pelo STF, com textos normativos que (iii) afrontem o interesse da União, (iv) da Advocacia-Geral da União, ou (v) que sejam contrários ao próprio entendimento técnico e pessoal do AGU, poderá ele se abster de defender a lei ou ato normativo impugnado em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

**REFERÊNCIAS**

- ARAÚJO, Fabíola Souza. *A atuação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade: compreensão inicial do Supremo Tribunal Federal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43795&seo=1>>.
- BARROSO, Ricardo Cavalcante. Autonomia e independência são inerentes à Advocacia Pública. *Conjur – Consultor Jurídico*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2014-jun-15/ricardo-barroso-autonomia-independencia-inerente-advocacia-publica#\\_ftn6](http://www.conjur.com.br/2014-jun-15/ricardo-barroso-autonomia-independencia-inerente-advocacia-publica#_ftn6)>. Acesso em: 8 abr. 2016.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. GG – 24, de 09 de agosto de 1994*. Publicado no DOU em 10 de agosto de 1994.
- CASTRO, Caterina Vasconcelos de; ARAUJO, Francisca Rosileide de Oliveria; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. *Revista da Procuradoria-Geral do Acre*, Rio Branco, n. 3, p. 213-253, jan./dez. 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União – AGU*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. VI (arts. 92 a 144). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime jurídico da advocacia pública*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 2 (arts. 44 a 103), São Paulo: Saraiva, 1992.
- LEITE, Fábio Carvalho. O papel do Advogado-Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou parecerista? In: Nomos. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. 30.2, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2010/2.

LENZA, Pedro. O “direito de manifestação” do AGU no controle concentrado. *Jornal Carta Capital*, 03 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-direito-de-manifestacao-do-agu--no-controle-concentrado/8102>>.

LUCIANO, Pablo Bezerra. A Advocacia-Geral da União é instituição transversal aos poderes. *Conjur – Consultor Jurídico*, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/advocacia-geral-uniao-instituicao-transversal-aos-poderes>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

MELO, Mônica. *Ética na Advocacia Pública*. Tese aprovada por unanimidade no XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado de 24 a 28 de outubro em Alagoas - MA.

TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.