



## Para AGU, trecho da minirreforma eleitoral é inconstitucional

Para a Advocacia-Geral da União, um trecho da [minirreforma eleitoral de 2015](#) é inconstitucional. Em [manifestação](#) enviada ao Supremo Tribunal Federal na sexta-feira (10/2) numa ação direta de inconstitucionalidade, a AGU concorda com a argumentação do autor do questionamento, o PSD, de que a previsão de novas eleições sempre que o mais votado for cassado viola o princípio democrático. A ADI é de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, também ministro do Tribunal Superior Eleitoral.

A discussão posta na ADI é das mais importantes em matéria eleitoral. A legenda questiona o parágrafo 3º do artigo 224 do Código Eleitoral, incluído lá pela minirreforma. Com ele, a minirreforma mudou a previsão de que só há novas eleições no caso de o candidato cassado ter sido eleito com mais de 50% dos votos válidos nas eleições. Nos outros casos, assume o segundo colocado.

Na ação, o partido pede que o Supremo defina a tese de que “não se exigirá novas eleições em sistemas de maioria simples”. Para a AGU, a nova previsão do Código Eleitoral viola o princípio federativo, pois é uma lei federal que regula como estados e municípios devem conduzir suas eleições, e o STF já decidiu diversas vezes que o artigo 81 da Constituição, que prevê novas eleições em casos de cassação de presidente e vice, não se aplica aos estados.

O que chama atenção no caso, entretanto, é o parecer da AGU. A possibilidade de o órgão defender a inconstitucionalidade de leis é autorizada pelo Supremo, mas não pela Constituição, e, por isso, não é comum que a AGU concorde com autores de ADIs.

De acordo com o parágrafo 3º do artigo 103 da Constituição Federal, antes de analisar a inconstitucionalidade de uma lei, o Supremo deve citar a AGU, “que defenderá o ato ou texto impugnado”. No entanto, a jurisprudência do Supremo autoriza que a AGU se manifeste pela inconstitucionalidade de uma lei.

No caso da minirreforma, a AGU afirma que tem autonomia para “se contrapor à constitucionalidade das normas submetidas a seu exame na jurisdição concentrada de constitucionalidade, notadamente quando houver precedente no mesmo sentido”.

### Questão de ordem

A possibilidade de a AGU argumentar a inconstitucionalidade de leis já foi discutida algumas vezes pelo Supremo. A mais veemente delas foi em outubro de 2009, quando o ministro Dias Toffoli era o advogado-geral da União e opinou a favor de uma ação direta de inconstitucionalidade.

O ministro Marco Aurélio, então, levantou uma [questão de ordem](#) para explicar por que não consideraria o parecer de Toffoli. Segundo ele, a AGU não pode atuar com “independência absoluta”, como a Procuradoria-Geral da República. “O papel da AGU é o de proteção ao ato normativo atacado”, disse. “O curador não pode atacar o curatelado.”

A explicação veio do ministro Gilmar Mendes, também ex-AGU e na época presidente do Supremo. Segundo ele, a mudança de orientação na atuação da AGU aconteceu porque, “na prática corriqueira”, os



consultores da União se viam obrigados a contrariar entendimento pacífico do STF, ou a preparar uma ação de inconstitucionalidade para ser assinada pelo presidente da República, mas depois dar parecer contrário à ação. “E como fica, então, essa defesa?”

Ele lembrou que, antes de existir a AGU, uma subprocuradoria cuidava das ações de inconstitucionalidade a delegava a um procurador *ad hoc* a função de defender a inconstitucionalidade, se fosse o caso.

Gilmar Mendes, então, votou para que não houvesse a obrigação de defesa do ato impugnado. “Embora o texto seja expresso, temos que, para fazer uma interpretação adequada, optar por uma interpretação sistêmica, que conceda ao AUG um direito de manifestação”, afirmou o ministro. “Talvez não tenha sido a melhor opção do constituinte ter designado o advogado-geral como curador, porque, a rigor, ele é, na verdade, uma parte protagonista dessa cena.”

### **Interesse da União**

Naquela ocasião, o Supremo discutia uma ação de inconstitucionalidade ajuizada pela PGR contra uma lei do Distrito Federal por entender que ela contrariava os interesses da União. E, para o ministro Cezar Peluso, embora o ministro Marco Aurélio estivesse correto em sua manifestação, no caso concreto, Toffoli estava defendendo o interesse da União — e não a inconstitucionalidade da lei.

Peluso explicou que o parágrafo 3º do artigo 103 da Constituição veio com a intenção de criar um lado oposto nas ações de inconstitucionalidade. Como falta uma parte interessada do lado oposto ao autor, disse o ministro, a previsão constitucional “atende à necessidade de instrução do processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, para concretizar contraposição de argumentos que permita à corte examinar com mais profundidade a ação”.

“Pode não ter sido uma boa escolha ou uma boa opção político-jurídico-constitucional, mas, enfim, foi o que o constituinte entendeu como sendo o órgão que deveria exercer essa função de curadoria”, disse Peluso, em resposta a Gilmar. No caso concreto, entretanto, rejeitou a questão de ordem. Além do interesse da União, citou também a falta de sanções aplicáveis pelo Supremo aos casos em que a AGU não exerça “a função que lhe é reservada”.

### **Ausência**

O ministro Eros Grau sugeriu devolver os autos à AGU, e contou com apoio do ministro Marco Aurélio, “para dar efetividade ao texto constitucional”. Eros, contudo, rejeitou a questão de ordem por entender que aquela discussão não cabia naquele momento. E acompanhou o ministro Gilmar.

A ministra Cármen Lúcia, então, lembrou que em três outras ocasiões o Supremo havia discutido o que fazer diante do não comparecimento da AGU em ações de controle concentrado. E ficou definido que não se pode obrigar a União a comparecer à discussão se o órgão técnico, a AGU, também entende que a lei é inconstitucional.

Cármen se referia a casos de inconstitucionalidade formal, em que a lei padece de vício de origem, por exemplo, e aí nem se discute o mérito. E essa jurisprudência já vinha se consolidando quando foi editada a Lei 9.868/1999, que criou o processo de julgamento das ações de controle concentrado de



---

constitucionalidade.

E o artigo 8º da lei, quando prevê a citação da AGU, não fala em defesa do ato impugnado. Diz apenas que AGU e PGR deverão “manifestar-se”. “Até aqui, acho que há realmente uma tentativa de se fazer harmonizar o dito constitucional com a finalidade buscada pela lei”, disse Cármen.

Ao final da discussão, a questão de ordem foi admitida apenas pelo ministro Joaquim Barbosa — além de Marco Aurélio, que a suscitou. O ministro Ayres Britto chegou a dizer que Marco Aurélio estava “forrado de razão”, mas depois se disse “muito impressionado” com a argumentação do ministro Gilmar Mendes.

Gilmar, então, terminou acompanhado pelos ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ricardo Lewandowski. O ministro Celso de Mello não estava presente, e a ministra Ellen Gracie pediu vista e não se manifestou sobre a questão de ordem.

### Obrigações

Por mais que não tenha participado do precedente, em dezembro de 2013, Celso de Mello [reforçou a tese da AGU](#). Ao deferir uma medida cautelar, o ministro disse que, o advogado-geral, “em princípio atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado”, mas “não está obrigado a defender, incondicionalmente, o diploma estatal se este veicular conteúdo normativo já declarado incompatível com a Constituição da República pelo Supremo”.

Celso, então, cita alguns precedentes mais antigos, todos em ações de controle concentrado, segundo os quais a AGU “não é obrigada a defender tese jurídica se sobre ela esta corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade”.

Em março de 2014, o próprio ministro Marco Aurélio [reforçou a tese](#), curvando-se ao Plenário. Segundo ele, embora a vontade do constituinte originário tenha sido a de dar à AGU o papel de defender o ato impugnado, o advogado-geral “não atua como representante judicial da União”.

“Trata-se de função autônoma e extraordinária que, nos termos da atual jurisprudência desta Corte revela-se como um direito de manifestação, devendo o advogado-geral da União apresentar a argumentação que lhe pareça adequada e pronunciar-se em defesa da constitucionalidade, e não do ato impugnado”, escreveu o vice-decano.

Clique [aqui](#) para ler a manifestação da AGU.

**ADI 5.916**

**Date Created**

13/02/2017