

10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
ARGÜENTE(S) : PARTIDO PROGRESSISTA - PP
ADVOGADO(A/S) : HERMAN BARBOSA E OUTRO(A/S)
ARGÜIDO(A/S) : JUIZ FEDERAL DA 16ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO (PROCESSO Nº 2009.51.01.018422-0)
INTERESSADO(A/S) : JOÃO PAULO BAGUEIRA LEAL LINS E SILVA
INTERESSADO(A/S) : DAVID GEORGE GOLDMAN
INTERESSADO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

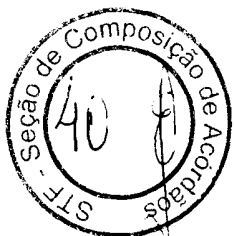
PODER DE CAUTELA - JUDICIÁRIO. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito - parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal -, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é insito ao Judiciário.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - SUBSIDIARIEDADE. Ante a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o cabimento pressupõe a inexistência de outro meio judicial para afastar lesão decorrente de ato do Poder Público - gênero.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - INSUBSISTÊNCIA. Uma vez assentada a inadequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, fica prejudicado o exame da medida acauteladora deferida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em não conhecer da arguição de descumprimento de preceito fundamental e em não referendar a cautelar, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão

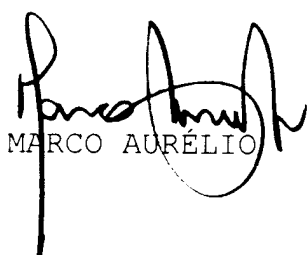


Handwritten signature inside an oval.

ADPF 172-REF-MC / RJ

presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 10 de junho de 2009.


MARCO AURÉLIO

-

RELATOR

10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
ARGÜENTE(S) : PARTIDO PROGRESSISTA - PP
ADVOGADO(A/S) : HERMAN BARBOSA E OUTRO(A/S)
ARGÜIDO(A/S) : JUIZ FEDERAL DA 16ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO (PROCESSO Nº 2009.51.01.018422-0)
INTERESSADO(A/S) : JOÃO PAULO BAGUEIRA LEAL LINS E SILVA
INTERESSADO(A/S) : DAVID GEORGE GOLDMAN
INTERESSADO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Em caráter de urgência, implementei a seguinte decisão (folha 179 a 183):

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - CRIANÇA - PERMANÊNCIA NO BRASIL VERSUS VOLTA AO PAÍS DE ORIGEM - CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS - DECRETOS 79/99, DO LEGISLATIVO, E 3.413/2000, DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - TUTELA ANTECIPADA - RETORNO IMEDIATO AOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - AFASTAMENTO.

1. O Partido Progressista - PP formalizou esta arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro no Processo nº 2009.51.01.018422-0, que tem, como autora, a União e, como réu, João Paulo Bagueira Leal Lins e

3

Silva. Fê-lo ante a conclusão sobre o retorno do menor Sean Richard Goldman aos Estados Unidos, implicando a sentença a ordem de busca e apreensão caso, presente a tutela antecipada, o menor não venha a ser apresentado ao Consulado Americano na cidade do Rio de Janeiro, no dia de amanhã, até às 14h.

Consta da inicial:

a) capítulo referente à prevenção considerado o Agravo de Instrumento nº 728.785-8/RJ;

b) exposição da controvérsia em face da Convenção de Haia, do texto constitucional e da situação envolvendo o menor Sean;

c) a viabilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental presente a tutela antecipada;

d) a ocorrência de transgressão à Constituição Federal mediante o ato formalizado pelo Juízo;

e) ser fundamento da República a dignidade da pessoa humana.

Discorre-se sobre o quadro, apontando-se haver prevalecido o interesse político, nas relações internacionais, em vez das garantias constitucionais. Com isso, em plano secundário vieram a ficar, segundo as razões expendidas, a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos, mitigando-se o interesse do próprio menor.

Articula-se com o disposto no artigo 3º, cabeça e inciso IV, artigo 4º, cabeça e incisos I e II, artigo 5º, cabeça e incisos X, XI, XV, XLI, XLVII a LI, LIV e LV e § 1º, do Diploma Maior, asseverando-se que, a preponderar a decisão proferida, ficará prejudicado o menor diante da privação da convivência com a irmã e os avós maternos. Alude-se ao direito social à proteção à infância previsto no artigo 6º, cabeça, da Carta da República, evocando-se, mais, o artigo 227 nela contido. Menciona-se lição do saudoso Professor Celso de Albuquerque Mello sobre a obrigação de o Estado proteger os nacionais, buscando-se demonstrar a lesão específica, a lesão concreta, a direitos fundamentais do menor decorrente de ato do poder público.

A peça veicula enfoque considerado c alcance da Constituição Federal, salientando-se a circunstância de, quando da entrevista com sociólogos, o menor haver afirmado preferir morar neste País. Pretende-se revelar a percepção da criança, hoje com nove anos, e a permanência no Brasil por quase cinco anos. Cita-se como precedente o Habeas Corpus nº 31.449-DF, no qual foi designado redator para o acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki, deixando-se ressaltado o dever de resguardar os interesses da criança, isso presente a interpretação sistemática da Convenção de Haia e da Lei Fundamental. No mesmo sentido é feita referência ao desprovimento do Recurso Especial nº 900.262/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, registrando a ementa, em cautelar a envolver o próprio menor Sean, o fato de a Convenção de Haia possuir o viés do interesse prevalente do

menor no que voltada a proteger crianças quanto a condutas ilícitas. Aborda-se a necessidade de ponderarem-se princípios - o da cooperação internacional e os relativos aos direitos fundamentais -, vindo-se a interpretar a Convenção de Haia em conformidade com o texto constitucional.

Sob o ângulo da liminar, após se dizer da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o quadro, aponta-se o caráter irreversível do alcance da tutela antecipada, com prejuízo para a formação psicossocial do menor. Afirma-se a existência de quadro assemelhado ao sequestro que a Convenção de Haia busca impedir. O pleito de concessão de medida acauteladora visa a sustar a eficácia da sentença prolatada bem como de qualquer ato ou pronunciamento judicial a implicar a observação da Convenção de Haia e a contrariedade à vontade e aos interesses do menor, reconhecendo-se, alfim, a prevalência do direito fundamental deste de ver respeitada a vontade de permanecer no Brasil.

A petição inicial veio subscrita pelo Presidente do Diretório Nacional do Partido Progressista - PP, Senador Francisco Dornelles, e pelo profissional da advocacia Herman Barbosa. O processo deu entrada no Gabinete no dia de hoje, às 18h08 (folha 175). À folha 176, formalizei a seguinte decisão:

1. Segue em fita magnética a fundamentação deste ato.
2. A sentença proferida revela ordem de apresentação de criança, ao Consulado Americano na cidade do Rio de Janeiro, para encaminhamento aos Estados Unidos da América, com a maior brevidade possível, no dia de amanhã - quarta-feira, 3 de junho de 2009, até às 14 horas.
3. Aciono, ante a exiguidade de tempo, o artigo 5º, § 1º, da Lei 9882/99 e suspendo a eficácia da sentença proferida, no processo 2009.51.01.018422-0 do Juízo da 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro.
4. Providenciem as comunicações cabíveis.

Brasília, Gabinete do Supremo, 2 de junho de 2009 - 20h30.

2. Dispõe a Constituição Federal ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão - artigo 227.

Sob o aspecto da dignidade do menor, a Segunda Turma do Tribunal concedeu, em 30 de junho de 1992, ordem no *Habeas Corpus* nº 69.303-2/MG - no qual fui designado redator para o

acórdão, publicado no Diário da Justiça de 20 de novembro de 1992 -, assentando que, em idade viabilizadora de compreensão suficiente dos conturbados caminhos da vida, assiste ao menor o direito de ser ouvido e de ter as opiniões levadas em conta quanto à permanência neste ou naquele lugar, neste ou naquele meio familiar, e, por consequência, de continuar na companhia deste ou daquele ascendente, se inexistirem motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Consignou-se configurar constrangimento ilegal a determinação de, peremptoriamente, como se coisa fosse, voltar o menor a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. Constatou da ementa que o direito à guarda não se sobrepõe ao dever do próprio titular de preservar a formação do menor que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Então, a ordem foi concedida para emprestar à manifestação de vontade dos menores envolvido efeito maior, sobrepujando a definição da guarda, que sempre possui color relativo e, por isso mesmo, passível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem.

Pois bem, o fato de cuidar-se de criança de nove anos que mora no Brasil - trazida pela genitora, falecida após parto - há praticamente cinco anos, a completarem-se em 16 do corrente mês, a qual revelou o desejo de ficar com a família materna, indica a relevância da articulação, estando o risco de manter-se o quadro decisório, presente a tutela antecipada para a entrega do menor, até às 14h de amanhã, no Consulado Americano na cidade do Rio de Janeiro, não na irreversibilidade de encaminhamento imediato aos Estados Unidos da América, mas nas repercussões psicossociais que as idas e vindas podem ocasionar. De qualquer forma, o poder de cautela insito ao Judiciário, além de visar ao afastamento de lesão a direito fundamental, tem como base garantir campo propício à concretude de eventual pronunciamento do Supremo favorável ao pedido formulado.

Se, de um lado, veio o Juízo a formalizar tutela antecipada com a imediatidade vista, fazendo-o para observação após 48 horas do julgamento da ação de busca e apreensão, de outro, com maior fundamento, impõe-se, no âmbito do Supremo, providência que viabilize a manutenção do menor no seio da família onde se encontra há praticamente cinco anos para, no exame final desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, dizer-se da procedência, ou não, do que asseverado quanto à impossibilidade de potencializar-se o que previsto na Convenção de Haia, de 25 de outubro de 1980, aprovada mediante o Decreto Legislativo nº 79/99 e promulgada pelo Decreto da Presidência da República nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Vale notar que o objetivo maior do entendimento entre os países não é outro senão preservar o interesse do menor presente a respectiva formação. Contando a discussão sobre a guarda com cinco anos e com pronunciamentos favoráveis, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, à permanência do menor no Brasil, não haverá prejuízo algum se prevalecer a manifestação da criança de continuar com a família brasileira, o que, aliás, autoriza, ante a própria Convenção de Haia, conclusão no sentido de afastar-se o retorno à origem - artigo 13, letra "b", parte final -, tudo isso visando ao crivo da mais alta Corte do País no tocante ao alegado conflito entre o ato formalizado pelo Juízo e os ditames constitucionais.

3. Sem adentrar, por ora, o acerto ou o desacerto da longa e cuidadosa sentença proferida pelo Juízo - de 82 laudas - considerados preceitos fundamentais da Constituição Federal e até mesmo o enquadramento do caso nas exceções contempladas na referida Convenção de Haia, defiro a liminar pleiteada. Suspendo, submetendo este ato ao Plenário, a eficácia da aludida sentença.

4. Deem conhecimento desta decisão aos envolvidos no Processo nº 2009.51.01.018422-0, da 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Colham, após possíveis manifestações dos interessados, o parecer do Procurador-Geral da República.

5. Imprimam preferência ao trânsito desta arguição, visando, em prazo razoável, ao julgamento final do Plenário.

6. Publiquem.

Brasília, Gabinete do Supremo, 2 de junho de 2009, às 20h30.

Já agora, trago o processo à bancada para o crivo do Colegiado presente, inclusive, o fato de o § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, preceituar a inadmissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Ressalto, mais uma vez, que, ante o contexto, incumbia, até mesmo para essa definição pelo Plenário, acionar o poder de cautela, considerado o alcance imediato da sentença proferida - prazo de 48 horas para apresentação da criança, no Consulado americano, sob pena de busca e apreensão a ser feita com o auxílio das Polícias Federal e Militar a Constituição Federal, a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança e a Convenção de Haia referida, alfim o valor maior em jogo, ou seja, a dignidade do menor Sean.

É o relatório.

ADPF 172-REF-MC / RJ

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O quadro está suficientemente delineado. O ato do poder público atacado mediante esta arguição de descumprimento de preceito fundamental encontra-se consubstanciado em sentença que implicou julgamento de mérito e tutela antecipada para apresentação, em 48 horas, do menor no Consulado americano na cidade do Rio de Janeiro. Então, deve-se ter presente a viabilidade de impugnação mediante recurso próprio, o recurso por excelência, que é a apelação. Se, de um lado, existe a possibilidade do recebimento apenas no efeito devolutivo, de outro, surge adequado, contra a decisão do Juízo primeiro de admissibilidade em tal sentido, o agravo de instrumento - artigo 522 do Código de Processo Civil. Eis o preceito:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de dez dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Parágrafo único: O agravo retido independe de preparo.


Mais do que isso, a teor do disposto no artigo 527, inciso III, do Código de Processo Civil, o relator pode adentrar o campo da liminar, atendendo à pretensão recursal e comunicando a decisão ao juízo.

A par desse aspecto, a União, em petição protocolada no Supremo, noticiou haverem os interessados nesta ação impetrado *habeas*

ADPF 172-REF-MC / RJ

corpus e mandado de segurança bem como ajuizado ação cautelar - *Habeas Corpus* nº 2009.02.01.008630-3, Mandado de Segurança nº 2009.02.01.008575-0 e Ação Cautelar nº 2009.02.01.008648-0 -, tendo o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no tocante aos dois primeiros, remetido cópia das decisões formalizadas. No mandado de segurança, chegou-se, até mesmo, a conceder liminar para que o período de transição - adaptação do menor à nova convivência - ocorra não nos Estados Unidos da América, mas no Brasil, tal como preconizado pelo Ministério Público.

A esta altura, pronunciando-me no Colegiado, não posso olvidar o óbice ao curso desta arguição de descumprimento de preceito fundamental. Existem remédios jurídicos, dotados de eficácia, para sanar a lesividade maior que vislumbrei no campo precário e efêmero, presente o interesse do menor, o qual visam a resguardar a Constituição Federal e ambas as Convenções, de Haia e das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança - esta última não subscrita apenas pelos Estados Unidos e pela Somália, segundo artigo do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Siro Darlan, publicado sob o título "Vontade da criança deve ser considerada nas ações", na Revista Consultor Jurídico - Conjur de 8 de junho de 2009. Voto no sentido da extinção do processo sem julgamento do mérito, reafirmando, mais uma vez, a necessidade de observância irrestrita à legislação instrumental no que consagra a segurança jurídica.



10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, sinto-me a esta altura lisonjeado, no que o ilustre advogado que assomou à tribuna - Dr. Sérgio Tostes - acaba de asseverar que a liminar por mim implementada, sob o ângulo emergencial, abriu caminho a uma decisão positiva, muito embora também precária e efêmera, no mandado de segurança em curso no Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Ao término do relatório, Senhor Presidente, busquei sinalizar o conteúdo do voto - que é breve - ao fazer referência ao § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

**REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜICÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE
JANEIRO**

V O T O

A Senhora Ministra Ellen Gracie – Senhor Presidente, se Vossa Excelência me conceder a palavra e os colegas que me antecedem permitirem, gostaria de tecer algumas considerações, concordando, embora, com a conclusão do eminente Ministro Marco Aurélio. Sua Excelência propõe a extinção do processo, sem julgamento do mérito, e estou de pleno acordo com isso.

No entanto, Senhor Presidente, gostaria – e sinto que isso seja meu dever – de tecer algumas considerações sobre a Convenção da Haia e a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro.

2. Sabem todos que a página inicial do Supremo Tribunal Federal na rede mundial de computadores estampa um *link* de acesso ao texto da Convenção sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças, a chamada Convenção da Haia, de 1980. Ali estão reproduzidos o texto propriamente dito, os comentários ao texto elaborados por um grupo de trabalho especial, textos jurisprudenciais e acesso a *links* de doutrina nacional e estrangeira, além da indicação dos contatos da autoridade central administrativa brasileira para cumprimento da Convenção, a saber, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

Data de minha gestão na Presidência desta Corte a deliberação de reunir um grupo de trabalho onde estivessem representados todos os órgãos que tem atuação na fase judicial desses casos em território brasileiro. A motivação para essa iniciativa decorreu das constantes observações recebidas por intermédio de diversos representantes diplomáticos acreditados em nosso país, relativamente à delonga na aplicação e na apreciação judicial de tais pedidos, o que colocava o país em situação de descumprimento das regras pactuadas na convenção.

ADPF 172-REF-MC / RJ

Recebemos a adesão imediata do Ministério das Relações Exteriores, da Procuradoria-Geral da República, da Advocacia-Geral da União, da Justiça Federal e da Autoridade Central, que designaram seus membros representantes no Grupo. Pois a primeira tarefa desempenhada pelo Grupo Especial foi a de propor medidas que favorecessem o melhor desempenho do Poder Judiciário Brasileiro naquilo que lhe toca no tipo de procedimento peculiar previsto pela Convenção. Seguiu-se um amplo e aprofundado estudo do texto-base a que o grupo fez juntar seus comentários baseados na interpretação já pacificada de cada um dos dispositivos. E, afinal, o resultado desse trabalho foi colocado à disposição dos operadores do Direito, a fim de que, de forma rápida e segura pudessem esclarecer suas dúvidas a respeito da matéria.

Tudo porque, embora firmada em 25 de outubro de 1980, a convenção somente veio a ser internalizada em 1º de outubro de 2000, pela edição do Decreto nº 3.413/2000, vale dizer, vinte anos após a sua aprovação na esfera internacional. E, apenas em 4 de outubro de 2001 houve designação formal da autoridade central brasileira, (no caso a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, que após veio a se desligar deste Ministério e vincular-se diretamente à Presidência da República). Disso tudo decorre o desconhecimento generalizado dos objetivos da convenção, bem como das responsabilidades assumidas pelo Brasil e a serem desempenhadas por seus agentes em todos os poderes da República.

A primeira observação a ser feita, portanto, é a de que estamos diante de um documento produzido no contexto de negociações multilaterais a que o País formalmente aderiu e ratificou. Tais documentos, em que se incluem os tratados, as convenções e os acordos pressupõem o cumprimento de boa-fé pelos Estados signatários. É o que expressa o velho brocardo "*Pacta sunt servanda*". A observância dessa prescrição é o que permite a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre são coincidentes. Os tratados e outros acordos internacionais prevêm em seu próprio texto, a possibilidade de retirada de uma das partes contratantes se e quando não mais lhe convenha permanecer integrada no sistema de reciprocidades ali estabelecido. É o que se chama de denúncia do tratado, matéria que, em um de seus aspectos, o da necessidade de integração de vontades

ADPF 172-REF-MC / RJ

entre o Chefe de Estado e o Congresso Nacional, está sob o exame do Tribunal.

A Convenção da Haia que é invocada neste caso, ou melhor, o Decreto que a inseriu na ordem jurídica interna, foi recentemente questionada mediante uma ADI, promovida por outra agremiação política que não a ora requerente. O feito foi distribuído à relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que aplicou os preceitos do artigo 12, da Lei nº 9.868/99. Quando vier a julgamento, a Corte terá oportunidade de retornar ao debate sobre a natureza dos tratados de direitos humanos, sobre a aplicação do princípio constitucional da proibição de retrocesso e outros temas de igual relevo.

Atualmente, porém, a Convenção é compromisso internacional do Estado brasileiro em plena vigência e sua observância se impõe. Mas, apesar dos esforços em esclarecer conteúdo e alcance desse texto, ainda não se faz claro para a maioria dos aplicadores do Direito o que seja o cerne da Convenção. O compromisso assumido pelos Estados-membros, nesse tratado multilateral, foi o de estabelecer um regime internacional de cooperação, tanto administrativa, por meio de autoridades centrais como judicial. A Convenção estabelece regra processual de fixação de competência internacional que em nada colide com as normas brasileiras a respeito, previstas na Lei de Introdução ao Código Civil. Verificando-se que um menor foi retirado de sua residência habitual, sem consentimento de um dos genitores, os Estados-partes definiram que as questões relativas à guarda serão resolvidas pela jurisdição de residência habitual do menor, antes da subtração, ou seja, sua jurisdição natural. O juiz do país da residência habitual da criança foi o escolhido pelos Estados-membros da Convenção como o juiz natural para decidir as questões relativas à sua guarda.

A Convenção também recomenda, que a tramitação judicial de tais pedidos se faça com extrema rapidez e em caráter de urgência, de modo a causar o menor prejuízo possível ao bem-estar da criança. O atraso ou a demora no cumprimento da Convenção por parte das autoridades administrativas e judiciais brasileiras tem causado uma repercussão negativa no âmbito dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, em razão do princípio da reciprocidade, que informa o cumprimento dos tratados internacionais.

ADPF 172-REF-MC / RJ

Infelizmente, o caso concreto que subjaz à presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, desatende a todas essas recomendações. Por desconhecimento do texto da Convenção, a Justiça Estadual do Rio de Janeiro foi induzida a, repetidas vezes, dispor sobre caso que lhe foge inteiramente à jurisdição. Com isso e a seqüência de recursos e medidas defensivas de uma das partes o caso se alonga para além de todo o razoável. Para o Estado brasileiro, nos termos do compromisso internacional representado pela Convenção, a única decisão válida, porque proferida por juízo competente será a da jurisdição original do menor, a saber, a do Estado de *New Jersey*, onde ambos os pais residiam, anteriormente ao afastamento com ânimo definitivo e sem autorização paterna. Vivessem os pais e o menor no Brasil e a competência seria a normal das nossas Varas de Família. Vivessem os pais e a criança na França, é lá que se resolveriam as questões de guarda. É este o verdadeiro alcance das disposições da Convenção.

3. Sobre o referendo propriamente dito, encontro, tal como o relator, o eminente Ministro Marco Aurélio, óbice intransponível ao conhecimento desta argüição proposta pelo Partido Progressista.

Ninguém discorda que o Poder Judiciário, sendo manifestação do Poder Público, possa provocar lesão a preceito fundamental no exercício da atividade jurisdicional. Também não se ignora que o Judiciário, tanto quanto os demais Poderes, deva estrita obediência à Constituição Federal e às leis do País.

Isso não significa, contudo, que toda e qualquer decisão proferida por órgão judiciário brasileiro possa ser submetida, *per saltum*, a esta Suprema Corte por meio de argüição de descumprimento de preceito fundamental. Tal entendimento levaria ao completo desvirtuamento da sistemática de distribuição orgânica da jurisdição traçada pela Constituição Federal.

Em outras palavras, a ADPF não pode ser utilizada para transformar a mais alta Corte do País num mero órgão de revisão, apenas qualificado por sua posição de cúpula e pelo conseqüente peso de suas decisões. A propósito, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, ao apreciar a ADPF 145, asseverou, com

ADPF 172-REF-MC / RJ

extrema precisão, que esse instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas *“não pode ser utilizado para a solução de casos concretos, nem tampouco para desbordar os caminhos recursais ordinários ou outras medidas processuais para afrontar atos tidos como ilegais ou abusivos”*.

4. A presente ADPF 172 tem por objeto sentença legitimamente proferida, em ação ordinária de busca, apreensão e restituição de menor, por Juízo Federal no enfrentamento de caso concreto permeado de circunstâncias particulares.

Ao apreciar, em primeira instância, lide dotada de partes subjetivas bem definidas, aquele Juízo nada mais fez que aplicar, após toda a instrução probatória, a legislação pertinente ao caso concreto, qual seja, o Decreto 3.413, de 14.04.2000, que, há mais de nove anos, incorporou ao ordenamento jurídico pátrio a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 25.10.1980.

Esse Tratado, conforme já destaquei, foi celebrado pelo Brasil e oitenta outros países e representa um indispensável instrumento de cooperação judicial e administrativa entre Estados estrangeiros, pois fixa um importante padrão de procedimento nas disputas de guarda de menores quando há interesses divergentes, quase sempre entre os genitores, no tocante ao local de permanência de seus filhos: a submissão do conflito quanto à guarda e visitação às varas de família do Judiciário do país de residência habitual das crianças.

A agremiação partidária argüente tenta trazer a esta Suprema Corte, portanto, sentença proferida pela primeira instância da Justiça Federal, contra a qual se mostra cabível, com toda a eficácia que lhe é inerente, a interposição das medidas recursais e cautelares previstas na legislação processual civil vigente, com a real possibilidade de devolução de toda a matéria de fato e de direito à instância revisional constitucionalmente competente, ou seja, o egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região. E conforme notícia a Advocacia-Geral da União em seu memorial, parece já terem sido submetidos ao TRF-2 pelo menos três diferentes instrumentos de contenção dos efeitos da sentença ora atacada: um *habeas corpus*, uma ação cautelar e um mandado de segurança.

ADPF 172-REF-MC / RJ

Ressalte-se que a sentença argüida, proferida pela 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro, ateve-se na análise de todos os fatos trazidos à causa e na verificação meticulosa da incidência, ao caso concreto, das normas que, num cenário de transferência ou retenção ilícita de uma criança e conseqüente violação do direito de guarda de um dos genitores, autorizam ou impedem o retorno do menor ao local onde tinha sua residência habitual imediatamente anterior ao seu deslocamento. Em nenhum momento aquele Juízo adentrou na interpretação da compatibilidade desses dispositivos com a Constituição Federal. Em suma, não se está diante nem de caso de ilegítima interpretação judicial do texto constitucional nem de decisão judicial desprovida de base legal ou fundada em base legal falsa.

O partido argüente busca então, num caso subjetivo ordinário apreciado apenas em primeira instância da Justiça Federal, deflagrar perante o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro não só o exame da constitucionalidade das normas envolvidas como também do próprio acerto da decisão no que diz respeito à aplicação dessa mesma legislação federal ao caso concreto. Chega-se, ao meu ver, às raias do absurdo ao se tentar, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, demonstrar os equívocos das conclusões do laudo pericial de avaliação psicológica utilizado na fundamentação da manifestação decisória em tela. O que está evidente, assim, é a pretensão de rediscussão e de reforma do julgado, não a demonstração do descumprimento de preceitos fundamentais. Busca-se, de forma imediata, tutela jurisdicional de resguardo de situação individual pela mera indicação da existência de controvérsia constitucional sobre a aplicação de determinado diploma normativo.

5. Acredito que melhor teria andado o partido político argüente se tivesse valido de sua legitimidade ativa constitucional para propor nesta Suprema Corte específica ação de controle abstrato de normas. Assim o fez, por exemplo, o Democratas, que seis dias antes do ingresso da presente ADPF nesta Casa (em 27.05.2009, portanto) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face de vários artigos da própria Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Trata-se da ADI 4.245, de relatoria do eminente Ministro Joaquim Barbosa.

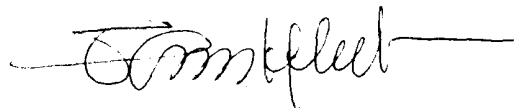
ADPF 172-REF-MC / RJ

Se não cabe a este Supremo Tribunal Federal, revolvendo matéria de fato e de direito, reformar sentença proferida pela Justiça Federal, que nem mesmo é de única ou de última instância, o anterior ajuizamento da ação direta acima mencionada já cumpre o papel de trazer a esta Corte, em sede de controle concentrado, a discussão à respeito da compatibilidade da Convenção de Haia com os preceitos insculpidos na Carta Magna. E se já há, portanto, instrumento de controle concentrado de normas apto a sanar, em tese e de maneira eficaz, a alegada situação de lesividade, o presente feito mostra-se essencialmente incompatível com a cláusula de subsidiariedade que norteia o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ressalte-se, por fim, que a própria Constituição Federal, em seu art. 109, III, atribui expressamente aos juízes federais a competência para processar e julgar as causas fundadas em tratados da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional. A apreciação revisional da atuação jurisdicional do magistrado federal no caso concreto não compete a esta Suprema Corte, mas sim ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

6. Diante, portanto, do manifesto descabimento desta arguição para a apreciação do objeto nela trazido e, ainda, levando em conta a existência de obstáculo intransponível ao conhecimento da presente arguição, relativo ao requisito de admissibilidade exigido pelo disposto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, acompanho o eminente relator para, deixando de referendar a medida cautelar concedida, **não conhecer** do pedido formulado na presente arguição de preceito fundamental.

É como voto.



10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, apenas para registrar, quanto ao objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que estaria em melhores mãos tivesse sido distribuída à Ministra Ellen Gracie.

10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, acompanho o Relator exatamente no óbice do art. 4º, § 1º, e na esteira da jurisprudência.

Já tivemos ADPF's nº 3, nº 11, nº 18, todas elas enfatizando, nos agravos interpostos, precisamente a impossibilidade de, havendo outros meios eficazes, ter-se o seu prosseguimento.

Portanto, rigorosamente, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, eu o acompanho. *J*

10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

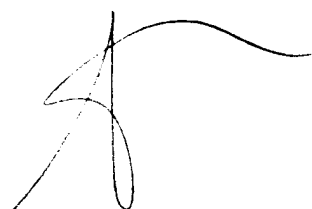
REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, também acompanho o eminente Relator, porque, igualmente, entendo que ADPF é um instrumento nobilíssimo de controle de constitucionalidade objetivo e que serve para preservar - como todos sabemos - um preceito fundamental da Constituição, ou seja, um preceito nuclear da Carta Magna. Ela não se presta para dirimir qualquer controvérsia que diga respeito a uma parte determinada, ela não tem - e nem pode ter - um caráter subjetivo.

A ADPF, como já foi dito aqui, tanto da tribuna, reiterado pelos Colegas e também pelo eminente Procurador-Geral da República, rege-se pelo princípio da subsidiariedade. Não pode ser utilizada em lugar do recurso competente, não serve para acessar o Supremo Tribunal Federal *per saltum*. E há notícia, inclusive, de que a Justiça Federal do Rio de Janeiro concedeu uma liminar, no dia dois de junho do corrente ano, para manter a criança no Brasil.

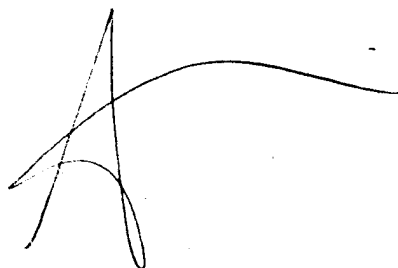
Ou seja, a máquina judiciária está



ADPF 172-REF-MC / RJ

funcionando perfeitamente e não há por que, a meu ver, de a Suprema Corte intervir no feito, pelo menos neste momento processual.

Então, Senhor Presidente, por essas razões singelas, acompanho o eminente Relator.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'A' with a long horizontal stroke extending to the right.

10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Acompanho o relator e não conheço desta argüição de descumprimento de preceito fundamental.

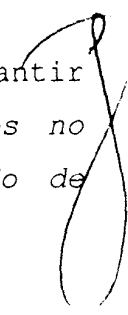
Sem me comprometer de pronto com as teses de fundo argüidas, considero que o ordenamento jurídico brasileiro oferece inúmeros instrumentos processuais, todos eles de ampla eficácia, capazes de sanar a suposta lesividade apontada pelo partido-autor. Noutras palavras, tenho como não respeitado, no caso, o princípio da subsidiariedade constante do art. 4º, § 1º da Lei 9.882/1999, segundo o qual a ADPF não será conhecida quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

O partido-autor apresenta três razões para justificar o cabimento desta ação excepcionalíssima de que lançou mão para imiscuir em um litígio jurídico de cunho puramente privado.

Em primeiro lugar, aponta não existir outro meio capaz de "dar efetividade imediata ao direito constitucional do cidadão brasileiro de ficar, de permanecer em seu País" (Fls. 11).

Em segundo lugar, entende que a ADPF é a forma mais intensa para "obrigar que Magistrados e Procuradores obedeçam e cumpram os direitos do cidadão" (Fls. 11).

Por último, argumenta que não haveria como garantir que "algum Magistrado nesse País, especialmente envolvidos no caso Sean, acolham os argumentos de advogados no sentido de



manter a criança em sua pátria até que se decida a questão à luz do interesse da criança e da melhor interpretação constitucional" (Fls. 12).

A expressão "meio eficaz" constante do art. 4º, § 1º da Lei 9.882/1999 pode ser lida como medida ou recurso com **eficácia jurídica**, isto é, instrumento previsto pelo ordenamento para suspender temporariamente a execução de determinada norma ou reformar ato que a tenha como suporte. Pode igualmente ser interpretada como medida ou recurso com **eficácia social** (efetividade), isto é, instrumento cuja observância factual pelos jurisdicionados e pelo próprio Judiciário não seja posta em dúvida.

Não vejo como qualquer dessas interpretações possa contornar o obstáculo criado pelo art. 4º, § 1º da lei 9.882/99.

Como já afirmei, há no ordenamento outros instrumentos com **eficácia jurídica**, para hipoteticamente suspender a tutela antecipada deferida por ocasião da prolação de sentença.

Por outro lado, não há, a priori, qualquer indicação de que os órgãos jurisdicionais de primeira e de segunda instância ou os advogados públicos estejam inclinados a deixar de observar decisões prolatadas por instâncias de revisão imediatamente superiores, se, porventura, fossem elas favoráveis à suspensão dos efeitos da tutela que fora antecipada (**eficácia social**).

O papel desta Corte como guardiã da Constituição e os instrumentos destinados a estabilizar expectativas por meio da consolidação de precedentes certamente conferem-lhe posição central no sistema jurídico e relevante intensidade às decisões que profere. Essa circunstância, contudo, é insuficiente para atrair, para a competência **originária** desta Corte, todo e qualquer pedido que tenha como meta a declaração incidental de

invalidade constitucional de dada norma ou interpretação que a torne compatível com a Constituição, por mais relevante que tal arguição seja para as **partes envolvidas no litígio**. O Brasil, dada a sua complexidade organizacional, tem um sistema judicial complexo, composto por órgãos jurisdicionais vinculados a mais de uma esfera de poder, distribuídos em diversos juízos que devem ser respeitados e valorizados, sob pena de cedermos a uma indesejável e perigosa tentação centralizadora e totalitária.

Em situações como a relatada nos autos, marcadas pela densidade do quadro fático insito ao litígio trazido ao conhecimento do Judiciário, a submissão do processo aos poderes instrutórios e à cognição dos órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instâncias reveste-se de crucial importância, tanto em função da necessidade de maturação dos conceitos jurídicos envolvidos no caso quanto em razão do imperativo consistente em ter-se o mais amplo e confiável acervo probatório possível.

No caso em exame, a própria petição inicial já revela os riscos inerentes a essa incerteza probatória, ao indicar a existência dúvidas quanto ao desejo do menor em retornar aos Estados Unidos da América e quanto às "*reais condições de adaptação ao novel país*".

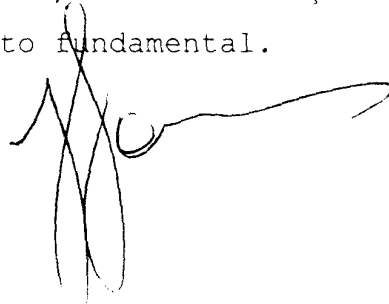
Portanto, ao menos neste momento de juízo inicial, entendo que não está completamente definido se as supostas violações aos preceitos fundamentais invocadas são originárias de equivocada interpretação de normas constitucionais e das normas da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Internacional de Crianças ou dos dados do quadro fático.

Ademais, a circunstância de não haver certeza quanto ao acolhimento de eventual pedido de suspensão da execução da tutela que fora antecipada pelo juiz de primeira instância, por parte dos demais órgãos jurisdicionais, é situação comum,

ordinária e até imperativo do nosso complexo sistema de prestação jurisdicional.

Ante o exposto, não conheço desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

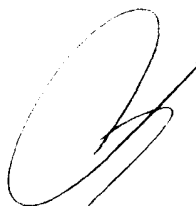
REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, eu estava disposto - para lembrar Seabra Fagundes - a ver com generosidade, com elasticidade esta preliminar, na perspectiva de afastar a preliminar de inadequação do meio processual de que se valeu o arguente.

A ação de descumprimento de preceito fundamental é de base constitucional e, pelo seu objeto, da mais alta relevância: reparar ou evitar lesão a preceito fundamental. Quer dizer, preceito que a própria Constituição qualifica como fundamental é uma ação que merece da nossa parte esse olhar mais aberto, esse olhar mais generoso no plano da admissão do seu cabimento.

Mas, como o eminente Relator nos informa da existência de uma liminar concedida em mandado de segurança pelo Tribunal Regional Federal competente, para suspender a antecipação de tutela concedida pelo Juiz Federal da 16ª Vara - quero crer -,



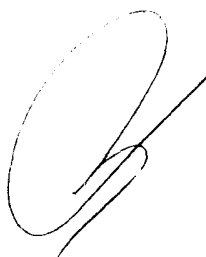
ADPF 172-REF-MC / RJ

também entendo que a regra do § 1º do art. 4º da Lei da ADPF é de incidir, é de ser aplicada, **verbis**:

"Art. 4º
§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade."

De outra parte, parece-me que o Ministro Joaquim Barbosa é Relator de uma ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto exatamente a Convenção de Haia. É ato normativo que se discute também no curso dessa ação de descumprimento de preceito Fundamental.

Por isso, Senhor Presidente, eu acompanho o eminente Relator.



10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, eu também vou acompanhar o voto do eminente Relator, mas dada a importância desse caso originalíssimo, que de certo modo constitui grave precedente, farei algumas breves considerações a respeito da admissibilidade da ação, que, conforme o artigo 1º, **caput** e § 1º, só é admissível contra ato do poder público ou quando haja relevante fundamento sobre controvérsia constitucional.

A mim me parece, Senhor Presidente, com o devido respeito, que ato de poder público, aqui, não pode ser compreendido como qualquer decisão judicial sujeita a recurso - como a do caso -, isto por várias razões.

A primeira, porque implicaria dar a uma ação que tem função de controle concentrado de constitucionalidade de lei um caráter subjetivo e impor, portanto, a esta Corte, cognição exaustiva e profunda do caso concreto.

Em segundo lugar, controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo não é o caso também, porque, o que se discute, no fundo, nesta ação, é, nada mais nada menos, o chamado princípio - importantíssimo, mas de



ADPF 172-REF-MC / RJ

fundamento e de textura infraconstitucional - da prevalência do bem-estar e do maior interesse substancial da criança.

A questão da constitucionalidade da Convenção não é objeto específico desta demanda, mas de outras que – e o eminente Procurador-Geral já referiu - estão em curso ainda nesta Corte.

Ademais - e este é mais um motivo da inadmissibilidade, Senhor Presidente -, é que outra inteligência subverteria toda a ordem jurídico-processual, permitindo trazer diretamente a esta Corte, sem observância dos graus de recurso, causas que não cabem na competência originária desta Corte e que são de descendência constitucional. E, além do mais, do ponto de vista prático, seria mais um fator de sobrecarga dos trabalhos desta Corte.

Esse me parece também, do ângulo empírico, um dos inconvenientes de outra interpretação: é que criaríamos, nesse entendimento de admissibilidade, um remédio jurídico mais eficaz do que a reclamação constitucional, porque prescinde dos próprios requisitos da reclamação.

Aqui me atenho, vamos dizer, mais especificamente a um motivo fundamental nessa extinção liminar no processo, não obstante eventual apelação contra a sentença - que não confirmou, mas concedeu, depois de uma cognição completa da causa, a antecipação de tutela - não ter efeito suspensivo: o caso encontra e encontrou remédios jurídicos processuais eficazes.

Ao depois, não se pode sequer argumentar com que não teria tempo o interessado para impugnar a sentença, porque só a construção, nesta



ADPF 172-REF-MC / RJ

belíssima ação de inconstitucionalidade, da petição inicial, é obra de arte jurídica. Pena é que, no que lhe sobre em engenhosidade, lhe falte em juridicidade.

Mas isso mostra bem que havia tempo mais que suficiente para elaborar, no mesmo prazo e provavelmente com a mesma eficácia teórica, uma boa apelação, que, submetida ao Relator, poderia obter efeito suspensivo, nos termos do artigo 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Além do mais, tanto a doutrina como a jurisprudência ainda apontam para outros caminhos, para caminhos alternativos, tais como o uso de medida cautelar para dar efeito suspensivo a eventual apelação, e o mandado de segurança usado, que demonstrou, na prática, **ipso facto**, que era possível valer-se, com toda a eficácia, de outro remédio jurídico processual para afastar eventual lesão que se receava.

Ademais, Senhor Presidente - e isso é que, sobretudo, me deixou um pouco mais perplexo em relação à admissibilidade desta ação -, antes de um exame exaustivo, de uma cognição profunda de todos os ângulos, sejam os factuais, sejam os jurídicos deste caso, dizer-se, **a priori**, que teria havido descumprimento de algum preceito fundamental da Constituição, mostra que se concebeu admissibilidade de uma ação constitucional, destinada a outro escopo, quando o seu julgamento de mérito dependeria de uma cognição definitiva e exaustiva a respeito da existência de ato que seria contrário a direito fundamental. Em outras palavras, não se pode dizer sequer que o juiz teria violado algum preceito fundamental, porque, para dizê-lo, seria preciso rever todas as provas em que se fundou. Aliás, todos os dias, milhares e milhares de

ADPF 172-REF-MC / RJ

casos, submetidos a magistrados em vários lugares deste País, desenham quadros que poderiam ser redutíveis à hipótese deste, porque, em todos, se poderia dizer que, por algum vício processual, por exemplo, uma decisão judicial ainda sujeita a recurso, ou a vários recursos, teria agredido algum preceito fundamental, como, por exemplo, o do devido processo legal ou da sua cláusula do contraditório.

Isso tudo, Senhor Presidente, a mim demonstra e confirma que o eminente Relator tem toda a razão. Não é caso de ação de descumprimento de preceito fundamental, razão pela qual o acompanho integralmente.



10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo inteiramente aplicável, ao caso ora em exame, o princípio da subsidiariedade, cujo fundamento, em tema de argüição de descumprimento de preceito fundamental, reside no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99.

A incidência de referido postulado tem sido reconhecida em diversos precedentes firmados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADPF 3/CE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - ADPF 12/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ADPF 13/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.).

Ao pronunciar-se sobre o postulado em questão, esta Suprema Corte proferiu decisão, que, consubstanciada em acórdão assim ementado, analisou o tema em causa, fazendo-o na perspectiva das relações entre o princípio da subsidiariedade e os processos objetivos de controle normativo abstrato, como se vê do seguinte julgado:

"- O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo



ADPF 172-REF-MC / RJ

princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP.

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediate à arguição de descumprimento de preceito fundamental - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse 'writ' constitucional.

- A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - que consagra o postulado da subsidiariedade - estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado." (RTJ 184/373-374, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Mostra-se importante acentuar, neste ponto, que a Lei nº 9.882/99 - tal como tem sido reconhecido por esta Suprema Corte (RTJ 189/395-397, v.g.) - consagra o princípio da subsidiariedade, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, trate-se de arguição autônoma ou cuide-se de arguição incidental, à ausência

ADPF 172-REF-MC / RJ

de qualquer **outro** meio processual **apto** a sanar, **de modo eficaz**, a situação de lesividade indicada pelo autor.

O exame dos precedentes desta Corte Suprema (RTJ 184/373-374, Rel. Min. CELSO DE MELLO) revela que o princípio da subsidiariedade não pode - nem deve - ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, **instituído** na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, **com grave comprometimento** da própria **efetividade** da Constituição.

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita **no art. 4º, § 1º**, da Lei nº 9.882/99,



ADPF 172-REF-MC / RJ

em ordem a permitir que a utilização dessa **nova** ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental **causada** por ato do Poder Público.

Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato:

"(...) 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental **para solver** controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional) (...). 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente (...). 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, 'a priori', a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação (...)." (ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)

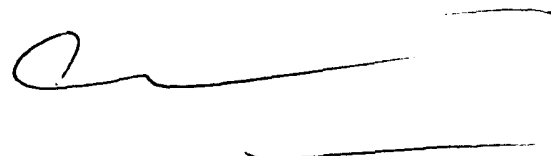
ADPF 172-REF-MC / RJ

Ora, no caso de que se cuida, já houve o ajuizamento, pelo DEM, de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.245/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA), a que se impôs o procedimento abreviado.

Isso significa, portanto, considerada a diretriz jurisprudencial desta Corte, que existe, no plano dos processos de caráter **estritamente** objetivo (a ADI 4.245/DF, no caso), instrumento processual apto a sanar, de modo pleno, a **alegada lesividade** que a agremiação partidária ora argüente invocou.

Mesmo que se examinasse o princípio da subsidiariedade na perspectiva dos processos de índole **meramente** subjetiva, ainda assim tornar-se-ia possível vislumbrar a **incidência**, no caso, de referido postulado, a **impor**, na espécie, o não-conhecimento da presente argüição de descumprimento, como resulta claro do preciso magistério de ALEXANDRE DE MORAES ("Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99", p. 15/37, 26-28, item n. 4, 2001, Atlas).

No caso destes autos, em face da exposição objetiva dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, **mostra-se evidente que há** outros meios processuais (como a ADI 4.245/DF) cuja utilização torna



ADPF 172-REF-MC / RJ

possível neutralizar, em juízo, de maneira inteiramente eficaz, o estado de suposta lesividade decorrente do ato ora impugnado.

Constata-se, desse modo, que o postulado da subsidiariedade, nos termos que vêm de ser expostos, impede, legitimamente, o acesso imediato do argüente ao mecanismo constitucional da argüição de descumprimento, pois registra-se, no caso, a possibilidade de utilização idônea de instrumento processual específico, apto, por si só, a fazer cessar o estado de lesividade que se pretende neutralizar, tanto que ajuizada, na espécie, a já referida ação direta de inconstitucionalidade.

Incide, pois, no caso, o pressuposto negativo de admissibilidade a que se refere o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, circunstância essa que torna plenamente invocável, como já enfatizado, o princípio da subsidiariedade, que atua - ante os fundamentos expostos - como causa obstativa do ajuizamento imediato da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

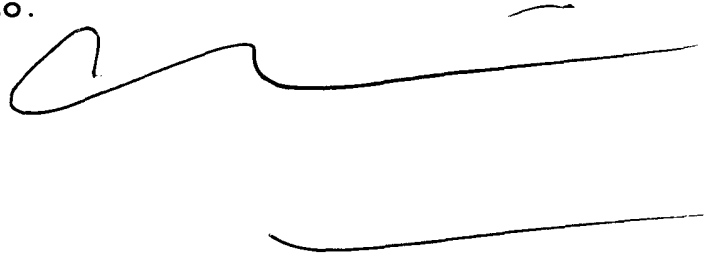
Entendo, desse modo, que não se deve referendar a decisão sob exame desta egrégia Corte.



ADPF 172-REF-MC / RJ

Sendo assim, em face das razões expostas e acompanhando o eminente Relator, não conheço da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, cassando-se, em consequência, o provimento cautelar anteriormente concedido.

É o meu voto.

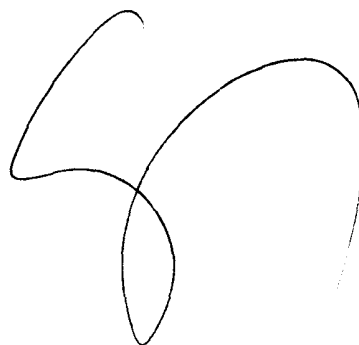
A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a long, horizontal, slightly wavy line.

REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 172-2 RIO DE JANEIRO

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Eu também me manifesto no mesmo sentido. Tenho voto escrito sobre o tema; e tenho me manifestado em doutrina sobre a matéria.

Entendo que - tal como já destacado pelo Ministro Marco Aurélio e demais Ministros que o seguiram, e, agora, de forma enfática pelo Ministro Celso de Mello - o fato de se ter, aqui, um processo de índole fortemente, acentuadamente objetiva, não impediria a admissibilidade da ADPF para situações de proteção de direito ou garantia individual. Já o fizemos, por exemplo, naquele caso da ADPF 54, na questão do aborto do feto anencéfalo, mas era uma situação, toda ela, peculiar, dada a impossibilidade de se obter um provimento jurisdicional com efeito útil. Foi esse o entendimento que levou o tribunal a admitir a ação naquele caso. Tal como demonstrado nas várias falas, não é esta a hipótese, além de outras implicações, tal como destacado no pronunciamento da Ministra Ellen Gracie.

De modo que, com essas considerações, e pedindo vênias, eu também não conheço da ação e nego o referendo.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****REFERENDO EM MED.CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 172-2**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

ARGTE.(S): PARTIDO PROGRESSISTA - PP

ADV.(A/S): HERMAN BARBOSA E OUTRO(A/S)

ARGDO.(A/S): JUIZ FEDERAL DA 16ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO (PROCESSO Nº 2009.51.01.018422-0)

INTDO.(A/S): JOÃO PAULO BAGUEIRA LEAL LINS E SILVA

INTDO.(A/S): DAVID GEORGE GOLDMAN

INTDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu da argüição de descumprimento de preceito fundamental e não referendou a cautelar, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram, pelo argüente, Partido Progressista - PP, o Dr. Antônio Abranches; pelo interessado, João Paulo Bagueira Leal Lins e Silva, o Dr. Sérgio Tostes; pelo interessado, David George Goldman, o Dr. Ricardo Zamariola Júnior; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Plenário, 10.06.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


/Luiz Tomimatsu
Secretário