Fundamentação que tentou politizar situação individual é frágil

Em sessão plenária realizada no dia 10/6/2009, o STF julgou o mérito de Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Progressista em face de decisão proferida pelo Juiz da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que determinou, em caráter de urgência, o envio de menor Sean Goldman para os Estados Unidos, país em que reside seu pai.

O ministro Marco Aurélio, relator da ADPF, havia concedido anteriormente medida liminar. No mesmo dia, o Tribunal Regional Federal suspendeu a decisão judicial, em razão de ajuizamento de mandado de segurança pela família da criança.

Não obstante, o Partido Progressista ajuizou a ADPF, ao argumento de que a decisão judicial de 1º grau deu interpretação equivocada à Convenção de Haia, no que concerne a direitos e proteção da criança.

Na sessão do último dia 10, na análise do mérito, o ministro Marco Aurélio não ratificou a liminar, tendo sido acompanhado pela unanimidade dos Ministros, ao fundamento de que, aplica-se, no caso, o princípio da subsidiariedade, posto existirem outros meios de sanar a alegada lesão a preceito fundamental.

Há de se deixar claro que, em matéria de ADPF, o STF e grande parte da doutrina entendem que, o princípio da subsidiariedade deve ser aplicado tão somente aos processos de índole objetiva, dentro de um controle abstrato de constitucionalidade. Isso porque, há casos de possibilidade de manejo de recursos ordinários, mas a proteção do direito constitucional ainda assim fica ameaçada. Em tais situações, há necessidade de uma providência apta a ensejar efeitos *erga omnes* ao direito que demanda proteção, conferindo-lhe feição ampla e geral. Nesse sentido, acolhemos na íntegra a lição do ministro Gilmar Mendes:

“Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de

justiça efetiva”[\[1\]](#).

Nesse sentido, poder-se-ia a princípio supor que, apesar de a decisão que originou a ADPF ter sido suspensa pelo Tribunal Regional Federal, a ação ainda seria útil, porque a subsidiariedade só se aplica no âmbito do controle de constitucionalidade objetivo e concentrado.

No entanto, os ministros invocaram a existência de uma ação direta de inconstitucionalidade pendente de julgamento no STF, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, que tem como objeto, a Convenção de Haia, no que diz respeito ao seqüestro de crianças. Isso por si só, afasta a admissibilidade da ADPF 172, pois há um outro meio eficaz de sanar a alegada lesão a preceito fundamental.

Assim sendo, entendemos correta a decisão de não conhecimento da argüição, por aplicação do princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei 9882/99).

Mas, a nosso ver, o princípio da subsidiariedade não é o único fundamento para não se conhecer dessa ADPF. Isso porque, ela foi ajuizada em face de uma decisão de um juiz de primeiro grau. Não obstante, ser verdade que decisão judicial também pode ser objeto de controle por ADPF, deve se ressaltar que isso só pode acontecer de modo excepcional, pois do contrário se colocaria um importante instrumento de controle de constitucionalidade, de modo objetivo, como sucedâneo recursal. E assim ocorrendo, desvalorizaria um importante meio de se preservar preceitos fundamentais. Da lição de Gilmar Ferreira Mendes sobre a ADPF contra atos judiciais, o ministro dá a entender só ser possível em decisões de última instância ou de única instância. Isso se depreende do seguinte pronunciamento: “Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional”[\[2\]](#).

Percebe-se, portanto, a fragilidade da fundamentação da ADPF 172, pois se tentou politizar uma situação individual, que não se revela potencialmente causadora de futuras controvérsias. Assim, provocou-se um controle concentrado de constitucionalidade desnecessário, pois a situação em apreço poderia ser facilmente resolvida pelo manejo de recurso de apelação, com medida liminar para conceder efeito suspensivo, ou mesmo como se deu de fato, com uma liminar em mandado de segurança.

[\[1\]](#) Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet; Curso de Direito Constitucional; 2ª ed; São Paulo: Saraiva; 2008; P.P. 1154/1155.

[\[2\]](#) Ob. Cit. P. P. 1161/1162.

Date Created

02/07/2009