

02
C

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenadoria de

Processamento Inicial

09/07/2009 17:26 87320



ADPF 181 - 1/800



A **PROCURADORA GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei nº 9.882/99, vem propor **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECETO FUNDAMENTAL** visando à declaração da não-recepção, pela Constituição de 1988, do disposto no art. 51, § 3º, da Lei nº 6.880/80, que cria restrições ao acesso à justiça por parte de militares.

Rb.

INTRODUÇÃO

2. A Lei nº 6.880/80 tem preceitos que não se compatibilizam com o regime instaurado pela Constituição de 1988. Um deles é o art. 51, § 3º, que reza:

"Art. 51. O militar que se julgar prejudicado ou ofendido por qualquer ato administrativo ou disciplinar de superior hierárquico poderá recorrer ou interpor pedido de reconsideração, queixa ou representação, segundo regulamentação específica de cada Força Armada.

.....omissis.....

§ 3º. O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado."

3. Assim, os militares das três Forças se sujeitam a sofrer sanções disciplinares em razão das restrições acima enunciadas, ao exercício do seu direito fundamental de provocação da prestação jurisdicional.

4. Todavia, parece indiscutível que a exigência de esgotamento de instância administrativa é incompatível com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, inscrito no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Maior.

5. O mesmo pode ser dito da exigência de comunicação ao superior hierárquico antes do ajuizamento de demanda, que cria um condicionamento desarrazoado ao exercício do direito de ação e finda por inibir o militar de recorrer à Justiça, pelo fundado temor de que possa ser vítima de represálias ou perseguições.

6. De modo que o objetivo da presente ação é o de retirar definitivamente da ordem jurídica brasileira o referido preceito legal, diante da sua franca incompatibilidade com a Constituição da República.

04
c

DO CABIMENTO DA ADPF

7. A arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF - prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, regulamentada pela Lei nº 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

8. A doutrina reconhece a existência de duas modalidades diferentes de ADPF¹: a autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante.

9. A presente ADPF é de natureza autônoma. Para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

(a) Da Lesão a Preceito Fundamental

10. A tese desta ADPF é a de que as restrições impostas aos militares para exercício do direito de ação, previstos no art. 51, § 3º, da Lei

¹ Veja-se, a propósito, os artigos que compõem a obra organizada por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001; e Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247-249.

RO

6.880/80, constituem grave ofensa à inafastabilidade de jurisdição, assegurada pela Lei Maior, em seu art. 5º, XXXV.

11. Os direitos fundamentais, em razão de seu protagonismo no sistema constitucional vigente, tanto que se qualificam como cláusulas pétreas, configuram certamente preceitos fundamentais. Este também é o caso do direito consagrado no art. 5º, XXXV, do texto magno, que, afinal, pode ser concebido como uma garantia necessária à efetividade de todos os demais direitos.

(b) Atos do Poder Público

12. O ato do poder público impugnado nesta ação é de índole normativa: o art. 51, § 3º, da Lei nº 6.880/80.

(c) Da Inexistência de Outro Meio para Sanar a Lesividade

13. O art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 instituiu o chamado “princípio da subsidiariedade” da ADPF. Há controvérsia sobre como deve ser compreendido o princípio da subsidiariedade nas arguições incidentais. Contudo, quando se trata de ADPF autônoma, parece fora de dúvida de que o juízo sobre o atendimento do princípio em questão deve ter em vista a existência de outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade, que possam corrigir de maneira adequada a lesão a preceito fundamental.

14. No caso, este requisito está plenamente satisfeito, uma vez que o objetivo pretendido na ação, de reconhecimento de invalidade de ato normativo anterior à Constituição, não pode ser obtido através da propositura de ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a orientação reiterada do STF, no sentido

de que a não-recepção envolve hipótese de revogação, e não de inconstitucionalidade superveniente.²

15. Aliás, existe expressa previsão na Lei nº 9.882/99 sobre o cabimento da impugnação de normas anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I).

O PRECEITO FUNDAMENTAL VIOLADO: A INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL (ART. 5º, XXXV, DA CR)

16. O direito de acesso à prestação jurisdicional é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. Sem a garantia efetiva de acesso à Justiça, a proclamação de todos os demais direitos tornar-se-ia mera peça retórica, pois o cidadão não teria como protegê-los diante da sua violação, sobretudo quando esta fosse perpetrada pelo próprio Estado.

17. É neste sentido que Canotilho afirma que o direito de acesso à Justiça configura um dos subprincípios em que se desdobra o princípio do Estado de Direito:

*“ Terceira dimensão do estado de direito’. ‘ pilar fundamental do estado de direito’, ‘ coroamento do estado de direito’, são algumas das expressões utilizadas para salientar a importância no estado de direito, da existência de uma **proteção jurídico-judiciária individual sem lacunas.**”³*

18. Karl Larenz, na mesma linha, ressalta que a possibilidade de o acesso pelo cidadão a órgãos independentes, para tutela de direitos contra o Estado, constitui um dos pilares básicos do Estado de Direito:

² E.g. ADIn 521. Rel. Min. Paulo Brossard.

³ Grifo no original. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 1998. p.265

“Um dos princípios fundamentais da construção do Estado de Direito é a concessão de uma ampla tutela jurídica. Com isso, não se quer indicar apenas a concessão de proteção aos cidadãos em suas relações entre si, que é algo que desde há séculos fazem os Estados, os senhores feudais, ou os municípios, mas, antes de tudo, a tutela jurídica dos cidadãos e das corporações diante dos atos de soberania estatal. Se no Estado de Direito todos os órgãos do Estado estão vinculados à lei e ao Direito, tem de existir uma última instância que decida com caráter definitivo sobre o que nesse Estado é Direito e o que não é. Se houvessem que decidi-lo as mesmas instâncias estatais que realizaram os atos de soberania, seriam juizes de seus próprios assuntos, o que manifestamente traria consigo o perigo de sua predisposição a favor de sua própria decisão e deixaria sem defesa o cidadão. Por isso, para que o Estado de Direito no “vire papel” e se verifique na prática cotidiana, é necessário o controle de todos os atos do Estado, que constituam ônus para os cidadãos, por tribunais que sejam independentes da instância cujo ato se deva revisar, que não possam receber nenhum tipo de instruções sobre o juízo que devem emitir e que decidam somente conforme a lei y ao Direito.”⁴

19. No Brasil, a tutela do direito de amplo acesso à justiça remonta à Constituição de 1946, primeira a prever explicitamente o princípio da indeclinabilidade de jurisdição. A Constituição de 1988, marco na reconstrução do Estado de Direito no país, atribuiu excepcional relevo ao direito ao acesso à Justiça, estabelecendo que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* (art. 5º, XXXV, CF).

20. Diante deste quadro, é indubitoso que normas legais que criam embaraços e obstáculos para o acesso à Justiça, ou, pior que isso, que abrem espaço para punições para aqueles que recorrem ao Judiciário, afrontam gravemente a Constituição.

4. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Ed. Civitas, 1993, p. 176.

08
c

21. Na esteira deste entendimento, a doutrina vem enfatizando, em uníssono, que, após o advento da Constituição de 1988, não mais subsiste a possibilidade de condicionamento do ingresso em juízo à prévia exaustão das instâncias administrativas, afora a excepcionalíssima hipótese, prevista na própria Carta Magna, concernente à Justiça Desportiva (art. 217, § 1º, CF). Colha-se, a propósito, o magistério de André Ramos Tavares:

"Conseqüência direta do princípio é a não-aceitação da chamada instância administrativa forçada, ou jurisdição condicionada, por meio da qual era possível impor ao particular, que pretendesse discutir com a Administração, a necessidade de recorrer primeiramente às vias administrativas e, somente uma vez esgotado este meio, lançar-se às vias judiciais. Isso era franqueado por força da Emenda Constitucional n. 7/77 à Constituição de 1.967/69. Dados os termos amplos em que é colocado o princípio atualmente, não há mais lugar para esse tipo de imposição, que cria, nas palavras de CELSO BASTOS, um 'contencioso completamente desfigurado'"⁵

22. No mesmo sentido, Nelson Nery Junior:

"O art. 153, § 4º, segundo parte, da CF de 1969, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 13.4.1977, autorizava a lei infraconstitucional a exigir o prévio esgotamento da via administrativa para que se pudesse ingressar com ação em juízo, funcionando como se fora uma condição de procedibilidade da ação civil que, se não atendida, ensejaria a extinção do processo sem conhecimento do mérito por falta de interesse processual.

A CF de 1988 não repetiu a ressalva contida no texto revogado, de modo que não mais se permite, no sistema constitucional brasileiro, a denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado."⁶

5 *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 479

6 *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 1ª ed., São Paulo: Ed. RT, p. 92.

20

23. Do mesmo modo, o condicionamento do exercício do direito de acesso à Justiça, por parte do militar, à prévia comunicação ao seu superior hierárquico representa desarrazoada restrição a uma faculdade consagrada em sede constitucional.

24. É verdade que há situações em que os titulares dos direitos fundamentais se submetem a "relações especiais de sujeição", que podem implicar em restrições legítimas a direitos fundamentais. Como ressaltou Jane Reis Gonçalves Pereira, "*em certos casos, a necessidade de viabilizar o adequado funcionamento das instituições estatais torna imperativo que sejam limitados direitos fundamentais dos indivíduos que as integram*".⁷ A situação dos militares é exemplo típico de relação especial de sujeição, que não importa em renúncia a direitos fundamentais, mas pode implicar na admissibilidade de restrições proporcionais a eles. É certo; porém, que tais restrições devem ser estritamente vinculadas às necessidades destas instituições, além de não poderem invadir o núcleo essencial do direito fundamental afetado.

25. Os princípios de hierarquia e disciplina que regem a vida castrense justificam certas restrições aos direitos fundamentais dos militares. O militar não pode, por exemplo, invocar a sua privacidade ou a sua liberdade geral de ação, para recusar o uso da farda em serviço, ou para esquivar-se de cortar o cabelo ou de fazer a barba.

26. Contudo, não há qualquer justificativa que dê amparo às restrições ao acesso à justiça ora questionadas. Os princípios da hierarquia e disciplina militar não têm qualquer relação com o acesso à justiça, inexistindo motivo suficiente que dê amparo às restrições constantes no art. 51, § 3º, da Lei 6.880/80.

7 "As Restrições aos Direitos Fundamentais nas Relações Especiais de Sujeição". In: Daniel Sarmento e Flavio Galdino. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 606.

27. O Supremo Tribunal Federal tem sido firme no reconhecimento da inconstitucionalidade de restrições impostas pelo legislador ao acesso à jurisdição. Com efeito, ao apreciar a Representação de Inconstitucionalidade nº 1.077⁸, ainda na vigência da ordem constitucional pretérita, a Corte declarou a invalidade da Lei nº 383/80, do Estado do Rio de Janeiro, que estabeleceria que o montante da taxa judiciária deveria corresponder a 2% do valor dado à causa causa, e um dos argumentos empregados foi o de que a exigência, naqueles termos, criava obstáculo excessivo no acesso à jurisdição.

28. Mais recentemente, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei federal que condicionava a discussão judicial de débitos do INSS ao prévio depósito do valor discutido, sob o argumento de que a medida representava indevida barreira ao acesso ao Poder Judiciário (ADIn 1.074-3/DF, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 28/03/2007). E, em decisão ainda não publicada, a Corte concedeu Medida Liminar nas ADIs 2139 e 2160, para dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 625-D da CLT, firmando a posição de que o trabalhador não é obrigado a submeter seu pleito à comissão de conciliação prévia, antes de ajuizar demanda perante a Justiça do Trabalho⁹.

29. No sentido da inconstitucionalidade das restrições ora questionadas, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região :

"A presente questão diz com contravenção disciplinar cometida pelo militar impetrante referente ao ajuizamento de ação contra a União sem prévio esgotamento da via administrativa e da comunicação a militar superior. Nos termos do art. 51, §3º da lei nº 6880/80, assim dispõe:

Art. 51. O militar que se julgar prejudicado ou ofendido por qualquer ato administrativo ou disciplinar de superior hierárquico poderá recorrer ou interpor pedido de reconsideração, queixa ou representação, segundo regulamentação específica de cada Força Armada.

(...)

8

Rep. 1077, Rel. Min. Moreira Alves, julgada em 28/03/1984, RTJ 112/34.

9 In Informativo STF nº 546.

20

§ 3º O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado.

Contudo, esse preceito não foi recepcionado pela CF.88 porque incompatível com o art. 5º, XXXV, que confere o livre acesso ao Poder Judiciário, não condicionando a referida garantia a qualquer recurso administrativo prévio. Com efeito, os princípios da subordinação e da hierarquia militares não superam o princípio da inafastabilidade da provocação do Poder Judiciário. Logo, não há que se esgotar a via administrativa para que o militar ajuíze ação. Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação e à remessa oficial" (Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.71.01.005290-7/RS, Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, 3ª Turma TRF4, Publicada em 17/01/2008)

30. Assim, conclui-se que o art. 51, § 3º, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

DA MEDIDA LIMINAR

31. Estão presentes os pressupostos necessários à concessão da medida liminar na presente ADPF (art. 5º, Lei 9.882/99). Por um lado, conforme as razões já expostas, é evidente a inconstitucionalidade do condicionamento de propositura de ação, pelo militar, ao esgotamento das instâncias administrativas e à prévia comunicação ao superior hierárquico.

32. O *periculum in mora*, por seu turno, também está evidenciado, pois, se a liminar não for concedida, é certo que, até o julgamento desta ação, centenas de pessoas terão o seu acesso ao Judiciário indevidamente restringido. Ou, provavelmente, serão impostas sanções a inúmeros militares pelo descumprimento dos condicionamentos acima referidos inclusive com a possibilidade de prisão disciplinar – e os danos materiais e sobretudo morais

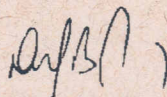
advindos de tais punições não terão como ser revertidos por ocasião do julgamento final.

33. Portanto, presentes os pressupostos legais autorizadores, requer a autora seja concedida medida liminar, para suspender a aplicação do art. 51, § 3º, da Lei 6.880/80, até o julgamento definitivo da ação.

DO PEDIDO

34. Em face do exposto, requer a autora seja julgado procedente o pedido para declarar, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a invalidade, por não-recepção, do disposto no art. 51, § 3º, da Lei 6.880/80.

Brasília, 8 de julho de 2009.



DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
PROCURADORA GERAL DA REPÚBLICA