

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin:

Embora concorde no mérito com o e. Ministro Alexandre de Moraes, entendo, antes disso, que a preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da República deve ser acolhida, pois a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não atende ao requisito da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99.

A arguição foi proposta em 28 de fevereiro de 2019, quando já pendente a Ação de Inconstitucionalidade n.º 2114760-98.2018.8.26.0000 junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, ajuizada em 28 de junho de 2018.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu em repercussão geral que “*Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes.*”(RE 650898, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2017, Tema 484).

Nesses casos, a ação ajuizada no âmbito estadual é meio eficaz suficiente a afastar então a necessidade do ajuizamento da ADPF. Ausente, assim, o requisito da subsidiariedade. Como decidiu este Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1º E SEGUINtes DA LEI N.º 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999). VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E PROVENTOS DE INATIVOS. GRATIFICAÇÕES. VANTAGENS. CÁLCULO DE ACRÉSCIMOS PECUNIÁRIOS. TETO DE VENCIMENTOS E PROVENTOS. IMPUGNAÇÕES DE DECISÕES MONOCRÁTICAS E COLEGIADAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, PROFERIDAS EM RECLAMAÇÕES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, LIV E LV, 37, "CAPUT" E INCISO XIV, 100, § 2º, DA C.F. DE 1988, BEM COMO AO ART. 29 DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 19/98. QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR. (...) 6. Cogita-se, isto

sim, de Arguição autônoma prevista no "caput" do art. 1º da Lei. 7. Dispõe, contudo, o § 1º do art. 4º do diploma em questão: "§ 1º - Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". 8. E ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas. 9. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. (...) 12. Questão de Ordem que o Supremo Tribunal Federal resolve não conhecendo da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar. (ADPF 3 QO, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2000, DJ 27-02-2004 PP-00020 EMENT VOL-02141-01 PP-00001)

E mais recentemente:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS. REVOGAÇÃO DO ATO CONCRETO IMPUGNADO. PREJUÍZO DO RECURSO. SUBSISTÊNCIA DOS DEMAIS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. (...) 2. A ADPF será cabível desde que não exista, para a hipótese in concreto, qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, tais como o habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; **ADI estadual, entre outros meios.** No caso, a decisão recorrida demonstrou a viabilidade de ação, com igual proveito, de diversas outras ações constitucionais, evidenciando a inobservância da regra da subsidiariedade. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ADPF 390 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 07-08-2017 PUBLIC 08-08-2017, g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO FINANCEIRO. LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL. SUBSIDIARIEDADE. CABIMENTO. SOBERANIA DO PARLAMENTO. COMPETÊNCIA DE ÓRGÃO JURISDICIONAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL. 1. O pressuposto da subsidiariedade para ajuizamento de ADPF demanda apenas a existência de meio processual com eficácia potencial de solver a controvérsia judicial apresentada em ação de controle objetivo, e não a efetiva utilização do mencionado instrumento com a pacificação da situação jurídica já à época do ajuizamento da arguição. 2. A presente

ação não atende o princípio da subsidiariedade da ADPF, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei 9.882/1999, mesmo que o interesse deduzido na exordial seja a declaração de constitucionalidade de lei estadual, porque a representação de inconstitucionalidade ajuizada em seara local, até pela sua abstrativização, sem interesse processual direto e individual, consiste em meio eficaz para fins de sanar lesividade a preceito fundamental da Constituição da República, notadamente a independência e separação dos poderes. (...) (ADPF 536 AgR, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 19-09-2018 PUBLIC 20-09-2018)

No mesmo sentido, decisão do Ministro Celso de Mello:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE, PORQUE INSTAURÁVEL, PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE LEIS MUNICIPAIS (CF, ART. 125, § 2º). POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO, EM REFERIDO PROCESSO DE ÍNDOLE OBJETIVA, DE MEDIDA CAUTELAR APTA A SANAR, DE IMEDIATO, A LESIVIDADE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO. ADPF NÃO CONHECIDA. - A possibilidade de instauração, no âmbito do Estado-membro, de processo objetivo de fiscalização normativa abstrata de leis municipais contestadas em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º) torna inadmissível, por efeito da incidência do princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), o acesso imediato à argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que, nesse processo de controle abstrato de normas locais, permite-se, ao Tribunal de Justiça estadual, a concessão, até mesmo "in limine", de provimento cautelar neutralizador da suposta lesividade do diploma legislativo impugnado, a evidenciar a existência, no plano local, de instrumento processual de caráter objetivo apto a sanar, de modo pronto e eficaz, a situação de lesividade, atual ou potencial, alegadamente provocada por leis ou atos normativos editados pelo Município. Doutrina. Precedentes. (...) DECISÃO: (...) No tocante à admissibilidade da argüição, somente será admitida 'quando não existir qualquer outro meio processual, ou seja ele carente, insuficiente ou ineficaz' (Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, Zeno Veloso, Editora Del Rey, 2ª edição, p. 306). (...) Como se sabe, a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser utilizada, se se demonstrar que, por parte do interessado, houve o prévio exaurimento de outros mecanismos processuais, previstos em nosso ordenamento positivo,

capazes de fazer cessar a situação de lesividade ou de potencialidade danosa resultante dos atos estatais questionados. Cumpre verificar, desse modo, se se revela cabível, ou não, na espécie, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em face do que prescreve o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que assim dispõe: “Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” (grifei) O diploma legislativo em questão – 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 argüição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor: “- O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo 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 imediato à argüição 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 argüição 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) O exame do precedente que venho de referir (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 argüição 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, 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 argüição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato: “(...) 6. Cabimento de argüição 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 argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação (...).” (ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei) A pretensão ora deduzida nesta sede processual - que tem por objeto diploma legislativo municipal editado em 2005, exatamente por se revelar suscetível de impugnação perante o Tribunal de Justiça local, mediante ajuizamento da pertinente “representação de inconstitucionalidade”, considerados, para tanto, parâmetros de confronto definidos na própria Constituição estadual (CF, art. 125, § 2º) - encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, o que não permite, no contexto em exame, por não satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade, a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado, a tornar inadmissível, pois, sob a perspectiva do referido princípio, a utilização

do instrumento processual da argüição de descumprimento de preceito fundamental. (ADPF 100 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 15/12/2008, publicado em DJe-240 DIVULG 17/12 /2008 PUBLIC 18/12/2008 RTJ VOL-00207-03 PP-01283, grifei)

Em outra oportunidade, o Plenário, em processo de minha relatoria, procedeu à distinção da hipótese em que a Ação de Inconstitucionalidade Estadual é proposta após a ADPF:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. ALÍQUOTA MÍNIMA. ART. 88 DO ADCT. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. NORMAS GERAIS DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. USURPAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. DEFINIÇÃO POR LEI MUNICIPAL. CONCEITO DE RECEITA BRUTA DO PREÇO DO SERVIÇO. PRINCÍPIO FEDERATIVO. FEDERALISMO FISCAL. (...) 2. O princípio da subsidiariedade é aferido no momento da propositura da ADPF, de modo que não se depreende qualquer outra ação constitucional com aptidão para evitar a lesividade ao pacto federativo em questão. 3. A ocorrência de coexistência de jurisdições constitucionais estadual e nacional configura a hipótese de suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local. Precedentes. 4. O Governador do Distrito Federal possui legitimidade ativa para pleitear em processo abstrato medida judicial em face de lei municipal, de modo a salvaguardar o federalismo fiscal, notadamente pela natureza dúplice, estadual e municipal, do ente federativo em termos de competência tributária. (...) 9. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental parcialmente conhecida a que se dá procedência com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade dos arts. 190, §2º, II; e 191, §6º, II e §7º, da Lei 2.614/97, do Município de Estância Hidromineral de Poá. (ADPF 190, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017)

Não é, como visto, o caso, uma vez que a ADPF foi proposta posteriormente.

Na ADPF n.º 273, citada pelo e. relator, não se considerou cabível a ação de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça (sobre a qual não havia notícia da existência, aliás), porque o ponto central da discussão seria a usurpação de competência da União.

Como anotou a PGR, porém, o modelo de repartição de competências é de reprodução obrigatória, e, ademais, além da constitucionalidade formal, alega-se a constitucionalidade material em vista do princípio da livre iniciativa e do valor social do trabalho.

A questão vem, assim, sendo analisada pelos Tribunais de Justiça, havendo, por essa via, chegado ao Supremo Tribunal Federal, pendendo a discussão sob o tema 1.056 de Repercussão Geral.

A decisão de mérito aqui, ademais, só serviria ao específico ato normativo ora questionado, não tendo os seus motivos efeitos vinculantes a outros atos de idêntico teor.

Assim, acolho a preliminar e voto pelo não conhecimento da presente ADPF, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99.

É como voto.