

24/06/2009

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 101-3 DISTRITO FEDERALV O T O V I S T A

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: Argüição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Presidente da República visando à evitar e reparar lesão resultante de decisões judiciais que violariam o disposto no artigo 225 da Constituição do Brasil¹.

2. Inúmeras decisões judiciais teriam sido prolatadas em desacordo com [i] Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior - DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior - SECEX, [ii] Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA e [iii] decretos federais. Todos esses atos normativos vedam a importação de bens de consumo usados (pneus usados).

3. O autor postula [i] o reconhecimento de lesão a preceito fundamental --- direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do disposto nos artigos 196 e 225 da Constituição do Brasil; [ii] a declaração de inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados, com efeitos *ex tunc*, alcançando as decisões com trânsito em julgado; [iii] a declaração de constitucionalidade e legalidade do artigo 27 da portaria DECEX n. 8, do decreto n. 875, que ratificou a Convenção da Basiléia, do artigo 4º da resolução n. 23, do artigo 1º da Resolução CONAMA n. 235, do artigo 1º da

¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.



ADPF 101 / DF

portaria SECEX n. 8, do artigo 1º da portaria SECEX n. 2, do artigo 47-A do decreto n. 3.179 e seu § 2º, do artigo 39 da portaria SECEX n. 17 e do artigo 40 da portaria SECEX n. 14, com efeito *ex tunc*.

4. A Ministra CÁRMEN LÚCIA, Relatora, em longo voto, deu procedência parcial ao pedido. Entendeu serem constitucionalmente válidos os atos da DECEX e da SECEX, assim como os decretos e as resoluções do CONAMA que obstam a importação de pneus usados. Votou no sentido da inconstitucionalidade das interpretações, inclusive as judiciais, que, afastando a aplicação daqueles atos, permitiram ou permitam a importação de pneus usados de qualquer espécie, ressalvadas as provenientes dos Países do MERCOSUL. Excluiu da incidência dos efeitos pretéritos dessa decisão os atos judiciais com trânsito em julgado que não tenham sido submetidos à ação rescisória.

5. Acompanho o voto no que toca à conclusão assinalada por S. Excia. Importações de pneus usados afrontam preceito fundamental. Leio, no voto da Relatora, o seguinte trecho:

"[...]

Parece inegável a conclusão de que, em nome da garantia do pleno emprego - dado essencial e constitucionalmente assegurado -, não está autorizado o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A reforma de pneus há que ser enfrentada pelo Brasil, nos termos da legislação vigente, quanto aos pneus que já estão desembaraçados no território nacional e que aqui são produzidos e descartados. Porém, quando, para o desenvolvimento das atividades de recuperação ou reforma de pneus, as empresas preferem importar pneus usados de outros Países, importam-se também problemas para o desenvolvimento sustentável, porque se deixa de recolher os milhões de pneus usados na grande frota nacional e

aumenta-se o passivo ambiental, o qual, por sua própria condição, é de difícil degradação e armazenamento.

28. O argumento dos interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações".

6. Acompanho o voto entendendo, contudo, ser outra a fundamentação da afirmação de inconstitucionalidade das interpretações judiciais que autorizaram a importação de pneus. Isso de um lado porque recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos. De outro porque, tal como me parece, essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é. Desse último aspecto tenho tratado, reiteradamente, em textos acadêmicos². Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas *premissas implícitas*.

7. A Ministra Relatora afirma que, "[a]l pesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a **ponderação** dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu

² Por tudo quanto escrevi a respeito disso, meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 5ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2009.

ADPF 101 / DF

parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil" (negrito meu).

8. Tenho porém que a ponderação entre princípios é operada *discricionariamente*, à margem da interpretação/aplicação do direito, e conduz à *incerteza jurídica*³.

9. Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*, ao passo que a *discricionariedade* é exercitada mediante a formulação de *juízos de oportunidade*. *Juízo de legalidade* é atuação no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo *texto*. Ao contrário, o *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos⁴.

10. Mas não é só. Ocorre também que a ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da *norma de decisão*, não no quadro, anterior a este, de produção da[s] norma[s] jurídica[s] resultantes da interpretação⁵. Este é aspecto que a doutrina não tem considerado, mas indispensável à compreensão da prática da ponderação. A interpretação do direito é inicialmente produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre *indiferentes jurídicos*, exercício de *discricionariedade*, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de *juízos de legalidade*.

³ Cf. meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. cit., págs. 283/290.

⁴ Vide meu O direito posto e o direito pressuposto, 7ª edição, Malheiros Editores, 2008, págs. 191 e ss.

⁵ Cf. meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. cit., págs. 102-103.



ADPF 101 / DF

11. A explicitação desses dois momentos --- o das *normas jurídicas gerais* e o da *norma de decisão* --- não obstante expletiva, deixa bem claro que a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro, escapando ao âmbito dos *juízos de legalidade*.

12. A ponderação consiste, segundo Riccardo Guastini⁶, em estabelecer-se uma *hierarquia axiológica móvel* entre os princípios em conflito. Isso implica em que se atribua a um deles uma importância ético-política maior, um peso maior do que o atribuído ao outro. Essa hierarquia --- prossegue Guastini --- é móvel porque instável, mutável: vale para um caso (ou para uma classe de casos), mas pode inverter-se, como em geral se inverte, em um caso diferente.

13. O juiz, para estabelecer essa hierarquia, não determina o "valor" dos princípios em abstrato, de uma vez por todas, não determina uma relação fixa e permanente entre eles. Daí que o conflito não é resolvido definitivamente: cada solução vale para uma só controvérsia particular, já que não se pode prever a solução do mesmo conflito no quadro de diversas controvérsias futuras.

14. Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma *dupla discricionariedade*: [i] em um momento inicial, quando ele cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; [ii] em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver.

⁶ Idem, págs. 284 e ss.

ADPF 101 / DF

15. Note-se bem que a ponderação não consiste em atribuir-se significados aos textos dos dois princípios de que se cuide [= interpretação desses textos], mas em formular-se um juízo de valor comparativo entre eles, seguido da opção por um ou outro. Há aqui, digo eu, inicialmente um *juízo não de legalidade*; no instante seguinte, uma *opção subjetiva entre indiferentes jurídicos*.

16. Dizer *juízo não de legalidade* é dizer *juízo de valor que exclui a legalidade*. Excluindo-a, os juízos de ponderação entre princípios não decorrem da interpretação de textos integrados no âmbito da legalidade, a partir do que se vê inicialmente que a criação de uma hierarquia axiológica entre princípios escapa ao âmbito do jurídico, é subjetiva; após, que a opção por um deles é escolha entre *indiferentes jurídicos*, procedida uma vez mais subjetivamente, pelo juiz. *Discricionária*, pois, no sentido acima indicado.

17. Que se trata aí de *discricionariiedade*, isso é dito nas afirmações de que a colisão entre princípios transcorre fora da *dimensão da validade*, vale dizer, na *dimensão do valor* --- observação de ALEXY --- e de que o juiz, ao ponderá-los, toma os princípios não como *norma jurídica*, porém como *valores, preferências intersubjetivamente compartilhadas*, na dicção de HABERMAS.

18. Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isto, que *princípios de direito* não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas *valores* podem ser submetidos a essa operação. Dizendo-o de outro modo, a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia como *norma*



ADPF 101 / DF

jurídica. Curiosamente, os princípios são *normas*, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como *valores*. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam *normas jurídicas*, não são *normas jurídicas...*

19. Juízes, especialmente os chamados *juízes constitucionais*, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre *direitos fundamentais*. Como contudo inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detém o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de "vão cego", na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas⁷.

20. O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a *incerteza jurídica* aportada ao sistema pela *ponderação entre princípios*. É bem verdade que a *certeza jurídica* é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto --- o que excluiria a discricionariedade judicial --- instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções

⁷ Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito, cit. págs. 285 e ss.

do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece.

21. O direito moderno, posto pelo Estado, é *racional* porque cada decisão jurídica é a aplicação de uma proposição abstrata munida de *generalidade* a uma situação de fato concreta, em coerência com determinadas regras legais. Eis o que define a *racionalidade do direito*: as decisões deixam de ser arbitrárias e aleatórias, tornam-se previsíveis. *Racionalidade jurídica* é isso: o direito moderno permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos, sobretudo àqueles que se dão nos mercados.

22. Pois é precisamente essa racionalidade que parece sempre que juízes operam a ponderação entre princípios. Daí a aguda observação de Habermas: enquanto uma corte constitucional adotar a teoria da ordem de valores e nela fundamentar sua práxis decisória, o perigo de juízos irracionais aumenta, porque os argumentos funcionalistas ganham prevalência sobre os normativos.

23. Impossível não recorrer, a esta altura, a um texto de Carl Schmitt⁸, La tirania de los valores, no qual recolho a seguinte indagação: quem estabelece os valores? Ora, os valores não são, existem apenas enquanto dotados de *validéz*. Valem para algo ou para alguém. Em outros termos, existem somente enquanto *valem* para alguém; ou, por outra, *não existem*. Anota Schmitt: "Quem diz *valor* quer fazer valer e impor. As virtudes se exercem, as normas se

⁸ Idem, págs. 288 e ss.

aplicam, as ordens se cumprem; mas os valores se estabelecem e se impõem. Quem afirma sua validade tem de fazê-los valer. Quem diz que valem, sem que ninguém os faça valer, quer enganar. Se algo tem valor, e quanto, se algo é valor, e em que grau, apenas se pode determinar isoladamente, desde um ponto de vista pressuposto ou de um critério particular". E, adiante, Schmitt cita Nicolai Hartmann para observar que os valores sempre valem para alguém, aparecendo, desgraçadamente, o "reverso fatal": também valem sempre contra alguém. Mais grave é que, além de não se ter logrado superar a teoria subjetiva dos valores, segundo a lógica do valor prevalece a seguinte norma: o preço supremo não é demasiado para o valor supremo e cumpre que seja pago, justificando a submissão do valor maior ou do *semvalor*. Aí se manifesta a "tirania dos valores", a respeito da qual diz Hartmann: "Cada valor, se se apoderou de uma pessoa, tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam diametralmente opostos". A apreensão do significado da expressão *tirania dos valores* dá-nos --- a observação é de Carl Schmitt --- "a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão ativar e intensificar a luta antiga e eterna entre convicções e interesses".

24. A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quanto se percebe que os juristas --- em especial os juízes --- quando operam a ponderação entre princípios fazem-no, repito, para impor os seus valores, no exercício de pura *discricionarietà*.

25. Dir-se-á que não obstante a ponderação entre princípios aporte irracionalidade ao sistema, é à custa dessa e de outras transgressões --- disso estou bem consciente --- que o sistema se mantém em equilíbrio. A flexibilização do sistema é indispensável ao

seu equilíbrio e harmonia, o que permite o desempenho de sua função de preservação, em dinamismo, do modo de produção social.

26. Por isso mesmo conviria revisitarmos o foi dito a respeito da oposição entre princípios, há mais de quarenta anos, por Nicos Poulantzas⁹: o que aparece como uma "antinomia" essencial, absoluta e irreduzível ao nível do direito constitui em geral, ao nível da infra-estrutura, uma contradição dialética no interior de uma totalidade significativa que engloba certos interesses e necessidades da práxis; o juiz deve resolver a contradição entre dois princípios jurídicos em relação a um caso concreto referindo-se à infra-estrutura, apurando qual deles assume, no caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados da infra-estrutura. Infelizmente a doutrina esqueceu as lições de Poulantzas, para quem a ordem jurídica não compõe um sistema, é uma estrutura no interior de outra estrutura mais ampla; um todo *significativo* pleno de contradições, que a lógica formal não consegue explicar, mas constitui uma *totalidade de sentido*, uma *coerência interna de significação*; a infra-estrutura é o fundamento da estruturação interna do direito. O plano do *dever ser* é um espelho, um reflexo do plano do *ser*. Tudo a confirmar que, em verdade, não interpretamos apenas textos normativos --- e sempre na sua totalidade --- mas, além deles, a realidade. A "moldura da norma" (Kelsen) não é da norma, porém dos *textos* e da *realidade*. A interpretação da Constituição é, sempre, interpretação do texto da *Constituição formal*, todo ele, e da *constituição real*, hegelianamente considerada¹⁰.

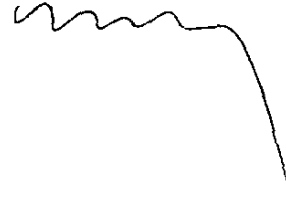
⁹ Idem, págs 198-199.

¹⁰ Idem, especialmente pág. 281.



ADPF 101 / DF

Acompanho a Relatora, ressaltando no entanto meu entendimento no que concerne à fundamentação do seu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of wavy lines followed by a long, thin vertical stroke extending downwards.