

Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2009-2010*

Leonardo Martins**

I. O CONTEXTO

Não houve mudanças significativas no contexto normativo e institucional no sistema constitucional de controle normativo brasileiro em relação aos fatores já apresentados na última coletânea publicada no ano passado. Só pode ser observada uma tendência, já apontada na ocasião, ao incremento do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal (STF), que cumpre o papel de corte constitucional na ausência desta propriamente dita. Fator privilegiado desse ativismo, que chega – e por vezes até o ultrapassa – ao limite ínsito ao princípio da separação de funções ou «poderes» estatais é a possibilidade de edição das chamadas súmulas vinculantes introduzida pela EC 45/2004 a partir de certos requisitos que nem sempre vêm sendo cumpridos.

O resultado geral é uma transferência de parte da responsabilidade política do Congresso Nacional para o STF, que acaba funcionando, em alguns casos muito relevantes, como terceira câmara legislativa, sem contar para tanto nem com legitimidade democrática direta nem com a imprescindível competência outorgada pela Constituição Federal.

* Colaboraram com a busca e seleção dos casos aqui apresentados, além de na redação de relatórios preliminares, os seguintes membros da base de pesquisa «Constituição Federal Brasileira e sua Concretização pela Justiça Constitucional», da UFRN, por mim coordenado: Daniel Ricarte, Fabrízia Pessoa, Guilherme Arruda, Jair Soares, Renato Fonseca e Viviane Salviano. A eles meus sinceros agradecimentos.

** Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre (LL.M.) e doutor (doctor iuris - Dr. iur.) em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha; pós-doutorados pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Universidade de Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - Economia e Direito da Comunicação Social da Universidade de Potsdam (follow da Fundação Alexander von Humboldt); Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor visitante da Humboldt-Universität zu Berlin e diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

Essa tendência pode ser percebida em três das quatro decisões abaixo. Elas são representativas para uma síntese do desenvolvimento da «justiça constitucional dos direitos fundamentais» no Brasil no período em pauta, precípua escopo da presente publicação.

II. ÚLTIMAS DECISÕES RELEVANTES DO STF

1. Lei de anistia (ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau)

Em 29 de abril de 2010, o STF julgou improcedente, por maioria, uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), cujos objetos eram a vigência da Lei de Anistia de 1979 (direito pré-constitucional) sob a ordem constitucional instaurada em 1988 e o alcance da interpretação da definição legal do conceito de «crime correlato» (ao político).

a. Síntese do caso/procedimento e direitos fundamentais envolvidos

Próximo ao término da ditadura militar no Brasil, em 1979 o Congresso Nacional promulgou a Lei 6.683, conhecida como Lei de Anistia, que anulava todos os crimes políticos e correlatos cometidos por militares e militantes da oposição ao regime no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Em 27 de novembro de 1985, foi aprovada a EC 26, que, além de convocar a Assembléia Constituinte para fevereiro de 1987, nos seus art. 4º ss. corroborou a concessão de anistia nos mesmos moldes que a lei fizera já em 1979.

Em outubro de 2008 a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de seu Conselho Federal, ajuizou junto ao STF a ADPF¹, a fim de ver declarada a não-recepção, pela ordem constitucional vigente, do art. 1º da Lei 6.683 de 19 de dezembro de 1979². No mérito, o conselho Federal da OAB atacou, precipuamente, a

1 Sobre o juízo de admissibilidade deste instrumento do controle normativo abstrato, a Lei 9.882/99 define, entre outros, em seu art. 1º, § único que «cabera também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - Quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluindo os anteriores à Constituição». A OAB enxergou presente a condição da relevância da controvérsia porque haveria divergência quanto ao entendimento do alcance e aplicabilidade da Lei da Anistia.

2 Art. 1º da Lei 6.683/79: É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes [...].

**SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

interpretação (extensiva) da Lei da Anistia, que teria o condão de violar preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF), o princípio democrático e republicano (art. 1º caput c.c. art. 1º, § único da CF), bem como os direitos fundamentais da vedação de tortura (art. 5º, III CF) e o direito fundamental prestacional a informações de interesse particular, público ou geral sob domínio de arquivos estatais (art. 5º, XXXIII CF). Em seu pedido, o arguente requereu, subsidiariamente, que o STF realizasse uma interpretação conforme a Constituição para o efeito de a anistia não se estender aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar.

Como toda Lei de Anistia, a Lei 6.683 visava a beneficiar os acusados em geral pelos chamados crimes políticos e correlatos de ambos os lados do conflito. Deveriam ser, portanto, trazidos à pauta também os preceitos e direitos fundamentais potencialmente atingidos por uma eventual declaração de não-recepção pela ordem constitucional vigente da Lei de Anistia.

Esses direitos fundamentais seriam principalmente de duas naturezas:

- Princípios jurídico-objetivos, como o princípio do Estado de direito que envolve a confiança, certeza e segurança jurídicas, e
- Direitos fundamentais individuais, dos acusados, à liberdade (art. 5º, «caput» CF), que, como direito fundamental subsidiário, engloba também aspectos da autonomia individual constituintes do livre desenvolvimento da personalidade, que, se de um lado da trincheira sócio-política engloba o reivindicado direito à memória, de outro abarca também o direito ao esquecimento [de condutas individualizadas, não da «verdade histórica»] e as garantias processuais individuais, como segurança jurídica (art. 5º «caput»), e garantias constitucionais, como a garantia da irretroatividade das leis penais do art. 5º, XL CF.

b. Problemática e encaminhamento da solução

Do ponto de vista estritamente político, trata-se de um balanço tardio da ditadura militar. Tardio porque os prováveis algozes atuaram, com notória desenvoltura sem que tivessem limites legais minimamente eficazes, especialmente

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

entre os anos 1969 e 1975, e agora, passados mais de 35 anos, muitos já faleceram ou se encontram em idade muito avançada. Sabidamente, muitos países que saíram de suas ditaduras fizeram a opção por revisar, julgar e punir os abusos praticados no regime totalitário que acabara de ser deixado para trás («revanchismo» para os algozes; «justiça» para as vítimas) ou por esquecer ou pelo menos «perdoar», a fim de se recomeçar do zero no início do período democrático subsequente.

Essa decisão por «levar a cabo o passado» (*Vergangenheitsbewältigung*) ou pela anistia, que pode conhecer gradações, cabe ao poder constituinte originário, sem prejuízo de compromissos subsequentes assumidos pelo chefe de Estado em tratados internacionais sobre direitos humanos. Juridicamente, trata-se de se investigar se a ordem constitucional vigente a partir de 05 de outubro de 1988 recepcionou a lei. Nesse sentido, apropriado foi o uso da ADPF, que foi admitida por decisão unânime do STF que reconheceu a presença de uma controvérsia relevante de órgãos estatais a respeito de sua recepção.

Nada obstante, tendo em vista parâmetros estritamente jurídico-constitucionais, a lei da anistia, enquanto lei não-geral ou «lei-medida» (*Massnahmengesetz*), foi expressamente recepcionada pela ordem constitucional vigente quando de sua corroboração pela supracitada EC 26 à Constituição anterior que convocara a Assembleia Nacional Constituinte e que, por sua vez, não apresentou objeções à anistia nos moldes da lei de 1979. Como o objeto da ADPF é justamente realizar o exame do direito pré-constitucional para se verificar a recepção ou não de uma lei, tem-se que, a despeito dos esforços do seu autor, a ADPF, no mérito, é infundada.

c. Decisão do STF: sua fundamentação e seus efeitos

O STF julgou, por maioria, a ADPF improcedente e com isso confirmou a recepção da Lei da Anistia pela ordem constitucional vigente.

O relator da decisão não enxergou violação dos direitos e preceitos fundamentais arguidos, fundamentando sua decisão, em síntese, nos argumentos já supra-expostos. Em especial, não enxergou violado pela Lei de Anistia o direito fundamental do art. 5º, XXXIII, geralmente alcunhado de «direito à verdade». O acesso aos documentos e registros oficiais do período de exceção do governo militar estaria sendo cerceado por outras leis federais (8.159/91 e 11.111/05), cujas constitucionalidades já estariam sendo questionadas junto à corte. Com isso, o objeto (incompatibilidade de normas que vieram após a lei de anistia) é outro, direito pós-constitucional e questionável em sede de uma ação direta de

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

inconstitucionalidade. A recepção da lei de anistia não representaria, portanto, uma violação potencial ao art. 5º, XXXIII da CF.

Como instrumento do controle normativo abstrato, o principal efeito da coisa julgada é confirmar a validade da lei de anistia que virou conteúdo da EC 26/85, e depois da norma originária constitucional de 1988 todos os juízes e órgãos do Poder Executivo ficam imediatamente vinculados a ela, além da eficácia *erga omnes*. Eventual revogação ou derrogação pelo Congresso Nacional deveria passar por novo crivo de controle normativo de constitucionalidade.

Em todo caso, o direito fundamental ao acesso aos registros públicos (à verdade histórica) que faz parte da área de proteção do art. 5º, XXXIII da CF não sofre quaisquer prejuízos por essa decisão que atinge tão-somente a validade da anulação dos crimes políticos e conexos no período por ela indicado, devendo quaisquer leis ou atos normativos, inclusive as pós-constitucionais, que criem óbices injustificados, ser julgados inconstitucionais com consequente declaração de sua nulidade pelo STF em sede de ADI.

A mistura dos dois complexos temáticos bem distintos entre si revela uma tentativa de instrumentalização política do STF muito bem identificada e resistida por ele. Nesse sentido, a decisão em pauta (do relator acompanhado pela maioria no pleno) deve ser saudada sem ressalvas.

2. Privilégio dos correios (ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio, rel. para o acórdão: Min. Eros Grau)

No julgamento da ADPF 46 o STF ocupou-se de uma lei pré-constitucional (Lei 6.538/78), que instituiu o chamado monopólio postal, ou — segundo a insistente dicção do Min. Eros Grau — o «privilégio postal», i.e., exclusão de qualquer empresa privada da exploração do serviço postal, entendido como serviço público.

a. Direitos fundamentais envolvidos

Embora não reconhecido no voto do relator do acórdão (mas pelo relator original cujo voto fora vencido), os parâmetros para o julgamento da ADPF foram (ou no caso deveriam ter sido) os direitos fundamentais à liberdade profissional-empresarial do art. 5º XIII c.c. 170, § único da CF, e o direito fundamental subsidiário à liberdade (art. 5º, «caput» da CF), uma vez que a conduta de violação do monopólio postal fora cominada pela lei objeto da ADPF, a já supracitada Lei 6.538/78, em seu art. 42, com pena privativa de liberdade.

b. Da Decisão, sua fundamentação e crítica

A ADPF foi julgada, por maioria, improcedente. Todavia, o STF valeu-se de uma interpretação conforme a Constituição do art. 42 da Lei nº 6.538/78 para o efeito de restringir a sua aplicação a atividades postais descritas no artigo 9º do mesmo diploma legal³.

No que tange à fundamentação, o voto vencedor do relator pauta-se exclusivamente na afirmação de que o serviço postal não se constitui em atividade econômica em sentido estrito, mas é serviço público, e como tal sujeito à exploração exclusiva, concretamente falando, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Não haveria que se falar em monopólio, conceito próprio da atividade econômica em sentido lato, que pode ser, por sua vez, explorada direta ou indiretamente pelo Estado.

Dogmaticamente falando, a fundamentação do voto do relator, acompanhado por mais quatro membros da corte, exclui da área de proteção do direito fundamental a exploração do serviço postal, identificado à revelia, entre outras, das transformações tecnológicas vividas pela comunicação interindividual no Brasil e no mundo, como serviço público a ser realizado exclusivamente pelo Estado.

O privilégio postal normalmente é fundamentado na regra de competência exclusiva da União prevista no art. 21, x da CF, segundo o qual, compete à União «manter o serviço postal e o correio aéreo nacional». Essa regra de competência pode, em comento com a reserva legal simples do art. 5º, XIII da CF, «atendidas as qualificações [...] que a lei estabelecer», justificar a imposição de um limite à atividade profissional ou de iniciativa privada pelo legislador infraconstitucional. A Lei 6.538/78 pode ser entendida como configuração legal da mencionada reserva legal. Porém, esse caminho impõe a aplicação do critério da proporcionalidade como forma de justificação da intervenção estatal legislativa. Excluir *ab initio* a conduta do titular de explorar justamente essa atividade, independentemente da axiologia de corresponder ao mais ou menos arbitrariamente definido conceito de serviço público, não parece compatível com a ordem constitucional vigente, precisamente porque o verbo «manter» do art. 21, x da CF pode ser entendido, como de fato o foi no voto vencido, como uma garantia de organização do serviço ou

3 Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal; II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada; III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

de prestação estatal subsidiária, um poder-dever exclusivo da União (exclusão dos demais entes da federação)⁴. Tal garantia não seria proibitiva da iniciativa privada, que poderia então, pressupondo-se a correção dessa interpretação, valer-se do direito de resistência (ou defesa) à intervenção legislativa com base na liberdade profissional do art. 5º, XIII da CF.

De resto, competência estatal não se presume. Por isso, pouco convincente é interpretar *e contrario* os art. 199 e 209 que não vedaram à iniciativa privada a exploração da atividade de ensino e saúde. Esse argumento (*argumentum e contrario*) carece de qualquer fundamento racional-jurídico, porque os dois dispositivos são pertinentes, respectivamente, aos capítulos da ordem social «educação» e «saúde». Em nenhum outro dispositivo constitucional há elementos a autorizar a tese do privilégio. De resto, o conceito de serviço público pode ser muito bem amoldado a consequências motivadas ideologicamente. Se entrássemos no mérito axiológico, facilmente se chegaria à conclusão que o constituinte teria muito mais motivo para considerar educação e saúde como serviços públicos dadas as notórias relevâncias de ambas as áreas sociais para diversos valores constitucionais, tal como o desenvolvimento ecológica e socialmente sustentável.

Admitida a necessidade de se justificar a imposição concreta do limite constitucional ao direito fundamental em pauta, apresentam-se inexoravelmente os seguintes questionamentos: Qual seria o propósito do privilégio postal firmado pela lei? Seria esta, em relação àquele, adequada e, em face do universo de medidas legais adequadas alternativas, a menos onerosa para a liberdade empresarial, i.e., necessária?

Concluindo, o privilégio postal carece até aqui de fundamento constitucional e implica violação do art. 5º, XIII c.c. art. 170, § único da CF. O STF não pode se arrogar a competência para depreender da Constituição Federal uma única política econômica com ela condizente. O título da ordem econômica não o permite, pois procura compatibilizar, entre outros, capital e trabalho, propriedade e sua função social. Concretamente, cabe ao legislador no âmbito do processo legislativo ordinário e ao legislador material (Executivo) no âmbito de sua discricionariedade (dentro dos limites legais) — e no fiel cumprimento dos seus respectivos mandatos — firmarem sua respectiva política econômica que implica a decisão por mais ou menos Estado na economia, e não ao STF, cuja competência se limita, nesse campo, a corrigir eventuais exacerbações de uma política econômica potencialmente violadora de direitos

4 Acresça-se que o dispositivo do art. 21, X está inserto no título da Organização (vertical) do Estado, i.e., o que busca nele é delimitar as competências entre os entes da federação, sendo sobre essa delimitação que recai a exclusividade da competência tão alardeada pelos defensores do privilégio postal.

fundamentais. No caso, falta qualquer indício de que o constituinte tenha recepcionado o privilégio postal que, no entanto, ainda poderia ser instituído pelo legislador, cujo produto deveria, então, passar pelo controle de constitucionalidade.

Portanto, a decisão implícita no voto do relator soa muito mais como uma ode à manutenção da estatização do serviço postal, uma opção típica de política econômica, do que como uma decisão judicial constitucional.

3. Analfabetismo (ADIO 1.698-DF, Rel. Min. Carmen Lúcia)

Por maioria, o STF julgou improcedente, em 25 de fevereiro de 2010, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão movida pelo Partido dos Trabalhadores (PT) em conjunto com o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) no ano de 1997. Objeto da ação foi a afirmada omissão do órgão constitucional Presidente da República e seu Ministro de Estado da Educação na concretização de diversos dispositivos constitucionais.

a. Direitos fundamentais envolvidos e problemática da omissão inconstitucional segundo o STF

Os autores alegaram a violação por omissão do direito fundamental à educação com fulcro nos art. 6º; 23, V; 208, I e 214, I da CF perpetrada pelo Presidente da República e seu Ministro de Estado da Educação. No processo, propugnou-se pelo indeferimento dos pedidos dos autores, pois a Lei 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, com dispositivos especificamente garantidores do ensino fundamental como obrigatório e gratuito, representaria a atuação legislativa, base da atuação governamental para a erradicação do analfabetismo e garantia de educação para todos os titulares do direito fundamental prestacional em pauta.

A ADI por omissão tem limites, tanto no que tange à configuração de sua causa de pedir, i.e., do que seja uma omissão inconstitucional, quanto dos efeitos da coisa julgada em caso de procedência. Segundo a relatora, há omissão inconstitucional quando a autoridade competente para adotar determinada providência, que tornaria eficaz um direito fundamental, deixa de agir na forma prevista no sistema. Outro membro da corte (Min. Gilmar Mendes) fez menção à teoria germânica da aproximação (*Annäherungslehre*), aquiescendo. Em voto discordante, outro membro (Min. Marco Aurélio) entendeu que o Poder Público ainda deve muito à sociedade brasileira no campo da educação e que muito ainda precisa ser feito, pois os esforços estariam muito aquém do desejável para erradicar o analfabetismo.

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Conclui com o argumento do efeito político da decisão: se o STF não declarasse a inconstitucionalidade por omissão no caso em tela, sinalizaria que a política educacional do Estado não mereceria retoques.

b. Fundamentação da decisão de improcedência

O STF entendeu, nos termos do voto da relatora, não ter havido inércia do Poder Executivo federal, pois, não obstante as taxas de analfabetismo ainda serem muito elevadas no país, não se configurou no caso a omissão ou a inércia que caracterizariam a inconstitucionalidade, tendo em vista que o referido Poder adotou várias políticas sociais voltadas à implementação do direito social à educação. A tese decisória da maioria do STF é, portanto, da mitigação e ponderação dos direitos sociais como o da educação: se esforços governamentais forem empenhados, a despeito da existência de milhões de analfabetos e índices pouco animadores na comparação internacional, não há que se constatar omissão inconstitucional.

c. Crítica

Cabe o questionamento sobre qual seria o fundamento de uma decisão de procedência do pedido e seus efeitos. Se julgada procedente, uma ADI por omissão leva, segundo o art. 103, § 2º da CF, à dação de «ciência ao Poder competente para adoção das medidas necessárias»; em se tratando de mera omissão administrativa, a medida ordenada para concretização do direito deve ser implementada dentro do prazo de 30 dias.

Como os direitos sociais são direitos que exigem organização e procedimento, além da óbvia destinação de recursos orçamentários, o primeiro Poder competente omissor é o Legislativo federal e não o órgão constitucional do Presidente da República. Questionável é, portanto, a legitimidade passiva na ação. No caso, a motivação político-partidária, sem prejuízo do interesse processual e da possibilidade jurídica do pedido e da legitimidade material da causa, é óbvia. Difícil é saber como seria a decisão se não tivesse havido mudança da situação ou quadro político-partidário no governo federal em 2002. Deve ser perguntado, com efeito, o que significa para os titulares do direito fundamental social (crianças sem acesso a uma escola com mínimo padrão de qualidade e adultos analfabetos) uma confirmação pelo guardião da Constituição de que não há omissão inconstitucional.

Aqui também a decisão do STF soa mais como uma defesa do atual governo do que da Constituição. Correto do ponto de vista jurídico-dogmático seria re-

conhecer, a despeito de todas as bem-vindas e bem-sucedidas políticas governamentais no setor (porém elencar os méritos de um governo não é, obviamente, o papel de uma corte suprema), *o atual persistente estado de inconstitucionalidade por omissão do legislador e Estado brasileiros, não deste ou daquele governo*.

Toda vez que uma corte constitucional for acionada para emitir juízo de valor sobre um determinado governo transvestido de controle de potencial omissão inconstitucional, tem-se um desserviço à concretização da própria Constituição. Ao contrário do que ocorre com os direitos de liberdade (*status libertatis* ou *status negativus*), que encontram seus limites em bens jurídico-constitucionais, em face dos direitos sociais tem-se verificação ou não de seu cumprimento pelo Estado. Não há o que se mitigar, nem como se justificar a omissão evocando-se, por exemplo, reservas de possibilidade orçamentária (*Vorbehalt des Möglichen*). O STF deveria ter investigado a área de proteção do direito fundamental à educação. Ao invés disso, cada voto trouxe suas respectivas apreciações axiológicas ao arrepio da concretização jurídico-dogmática dos parâmetros da CF.

Em se querendo levar os direitos fundamentais sociais a sério, reconhecendo-os como normas jurídicas, i.e., com força normativa, e não como simples normas programáticas ou normas diretrizes, não há alternativa a essa regra. Certamente a citada *Annährungslehre* não é aqui indicada para esse efeito.

4. Importação de pneus usados (ADPF 101, Rel. Min. Carmen Lúcia)

Em 11 de março e 24 de junho de 2009, o STF ocupou-se do julgamento da ADPF 101 apresentada pela Presidência da República (art. 103, I c.c. art. 102, § 1º da CF e art. 2º, I da Lei 9.882/99) a fim de evitar e reparar lesão a preceito fundamental resultante de decisões judiciais que violem o direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF).

a. Síntese do caso/procedimento e direitos fundamentais envolvidos

O Brasil proíbe, desde 1991, a importação de bens de consumo usados, mediante portaria do órgão executivo competente. Em 15/10/1992, depositou carta de adesão a Convenção de Basileia de 22/03/1989, que reconhece aos Estados o direito de vedar importação de resíduos, o que ensejou em âmbito nacional a edição de diversas normas. Pouco depois, com a edição de mais uma portaria proibindo expressamente a importação de pneumáticos recauchutados e usados, o Uruguai acionou com sucesso o Brasil: em 2002, perante o Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mer-

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

cosul, o Brasil foi obrigado a legalizar a importação de pneus remoldados provenientes do Mercosul. Por isso, foi editada mais uma portaria pelo órgão executivo competente para excepcionar da proibição de pneus usados os pneus remoldados advindos de países do bloco econômico sul-americano. No mais, diversas decisões judiciais denegavam aplicabilidade a tais atos normativos, permitindo a entrada em território nacional de pneus usados advindos de outros países de fora do bloco.

A União Européia apresentou perante a OMC uma Solicitação de Consulta em face do Brasil em 20/06/2005, alegando afronta a princípios do livre comércio e isonomia entre países membros da OMC. Esta, já em sede de apelação, deu provimento parcial ao recurso interposto para reconhecer o direito do Brasil de proibir a importação em geral, vedando a discriminação infligida aos integrantes europeus da OMC.

Em sua inicial, datada de 21/09/2006, o Presidente da República, como parte legítima para propor a ADPF, argúi, em síntese, que a importação de pneus usados afrontaria os preceitos constitucionais do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 e 170, VI) e da saúde e qualidade de vida (art. 196). O arguente sustenta, também, que diversas decisões judiciais contrariam a vedação de importação de pneus usados constantes de portarias dos órgãos executivos competentes para a proteção ambiental específica, e isto poderia, no mais, gerar prejuízo à defesa brasileira no processo perante a OMC.⁵

De outra feita, como deveria se tratar, no uso da ADPF, de instrumento de processo constitucional objetivo, ou seja, de processo que se pauta no esclarecimento de dúvidas quanto à constitucionalidade de leis e atos normativos e não em solução de litígios, devem ser trazidos às pautas os direitos fundamentais daqueles cujas liberdades e igualdades foram atingidas pelos atos normativos federais: a liberdade profissional-empresarial das importadoras com lastro no art. 5º, XIII c.c. art. 170, § único da CF e o direito fundamental à igualdade material (art. 5º, «caput» da CF), i.e., perante o legislador executivo, cujos critérios diferenciadores deveriam passar no crivo constitucional.

b. Decisão do STF: seus fundamentos e efeitos

Já se revelou problemático na decisão do STF o juízo de admissibilidade na avaliação do interesse processual de agir do Presidente da República em face do objeto da ADPF. Houve, como em outros casos, dissenso sobre o alcance do conceito de

5 Em 15/12/2008 o Brasil se comprometeu a implementar as recomendações e as regras do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

«poder público» e do art. 1º, «caput» da Lei 9.882/99, que determina ser objeto da ADPF «evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do poder público». Não há unanimidade quanto à caracterização de decisões judiciais como ato do poder público no sentido do dispositivo e, por isso seria incabível a ADPF contra decisão judicial por ela se aproximar, ou até equivaler segundo alguns, a um recurso. Nada obstante, a maioria do pleno da corte admitiu a ADPF.

No mérito, o STF julgou-a, nos termos do voto da relatora, parcialmente procedente para, em síntese, os seguintes efeitos: 1) declarar válidos constitucionalmente um Decreto, que ratificou a Convenção da Basiléia, e vários outros atos normativos emanados do Executivo federal; 2) declarar inconstitucionais as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalvados, quanto a estes, os provenientes dos países integrantes do Mercosul; 3) excluir da incidência dos efeitos pretéritos as decisões judiciais com trânsito em julgado que não estejam sendo objeto de nenhum questionamento, porque somente podem ser objeto da ADPF atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. Finalmente, após interrupção motivada por um pedido de vistas dos autos, decidiu dar parcial provimento à ADPF, por maioria, no sentido de declarar inconstitucionais com efeitos *extunc* as interpretações — inclusive as acolhidas judicialmente — que permitiam ou permitem a importação de pneus usados de quaisquer espécies. Isto, com ressalva aos provimentos judiciais transitados em julgado, com teor já executado e objeto completamente exaurido.

Em sua fundamentação, o STF promove uma discussão principiológica que implica ponderação entre os «princípios» do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da saúde e qualidade de vida e da segurança jurídica, de um lado; e do outro o princípio colidente com aqueles, da liberdade empresarial, afirmando a prevalência daqueles em relação a este. Julgou improcedente também a alegação dos «arguidos», de afronta ao princípio da reserva legal ou legalidade.

Sem ter como, nos limites da presente exposição, fazer uma apreciação aprofundada dos fundamentos da decisão, salta aos olhos que algumas asserções são precipitadas. O STF não trouxe à pauta os direitos fundamentais atingidos pelas portarias que proibiam a importação de pneus de países externos ao Mercosul, o que implicaria investigar concretamente o alcance da área de proteção da liberdade profissional-empresarial e seus limites, dentre os quais, o direito fundamental colidente do dever estatal de proteção ao meio-ambiente e aplicar o critério da proporcionalidade como concretização do ônus argumentativo do Estado ou do chamado limite do limite.

**SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

Com relação à investigação do limite consubstanciado na constitucionalmente ordenada proteção ambiental, haveria de se considerar, argumentativamente, a eventual necessidade de lei específica aprovada pelo Congresso Nacional, ao invés de se confiar toda regulamentação a atos normativos executivos, atendendo, destarte, à chamada teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*), segundo a qual os aspectos essenciais da intervenção estatal na liberdade empresarial devem ser regulamentados pelo Poder Legislativo (reserva «parlamentar»).

De resto, quanto aos efeitos, tem-se que aqui o uso da ADPF tem a mesma finalidade do uso da chamada ação declaratória de constitucionalidade: afirmar a constitucionalidade de atos normativos cuja aplicação vem sendo denegada por juízes e tribunais. Assim como ocorre naquela, a ADPF aqui também ignora, sistemicamente, o princípio da presunção de validade de lei. Mas esse é um problema de todo o sistema de controle normativo brasileiro, que vem sofrendo um processo de concentração e/ou «objetivação» pela via pretoriana, quando o caminho mais racional seria acabar de vez, ao cabo de uma reforma constitucional e legislativa ordinária, com toda e qualquer faceta do sistema difuso do controle normativo.