

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.937 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Leio o disposto, de maneira imperativa, no § 3º do artigo 103 da Carta Federal:

Art. 103. [...]

[...]

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

[...]

Pois bem, salta aos olhos ser única a atribuição do Advogado-Geral da União – atuar como curador do ato normativo envolvido na ação direta de inconstitucionalidade e no tocante ao qual se pede o reconhecimento da pecha. A atividade não se confunde com a do Procurador-Geral da República, fiscal do ordenamento jurídico em vigor, que pode confeccionar peça tanto no sentido da procedência quanto da improcedência do pedido inicial. Mostra-se imprópria a adoção de postura contrária ao objetivo expressamente consignado no preceito constitucional. Faço a observação tendo em conta a circunstância de o Advogado-Geral da União não haver defendido, como lhe incumbia, o ato impugnado, vindo a atacá-lo.

Feito o registro, passo ao julgamento da matéria de fundo.

Ao apreciar o pedido cautelar formalizado, o Plenário do Supremo recusou-se a referendar a liminar que deferira para suspender a eficácia da Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007, do Estado de São Paulo. Assim o fez ante o argumento de que a Lei federal nº 9.055/1995 seria potencialmente inconstitucional por violação ao direito à saúde,

ADI 3.937 / SP

estampado no artigo 196 da Carta de 1988, e também por descumprir a Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, internalizada por intermédio do Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991.

Notem que a jurisprudência havia se firmado no sentido da inconstitucionalidade formal das normas estaduais que implicavam a vedação do uso e comércio do amianto – Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.396, relatora ministra Ellen Gracie, e nº 2.656, relator ministro Maurício Corrêa, ambas julgadas em 8 de maio de 2003 –, corrente à qual me filiei naquela primeira sessão de julgamento relativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937. Na apreciação das referidas ações diretas, o Supremo assentou a inconstitucionalidade de norma estadual a veicular proibição ao comércio e uso do amianto, presentes os artigos 24, incisos V, VI e XII e § 1º e § 2º, da Constituição Federal. A rigor, o resultado obtido no exame do pedido de medida acauteladora formalizado nesta ação indica a tendência do Tribunal a modificar o entendimento anteriormente adotado.

Fixou-se questão prejudicial à análise do pleito formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937, que consiste exatamente em saber se o artigo 2º da Lei nº 9.055/95 é material e formalmente constitucional. A declaração da invalidade da legislação federal que permite o uso do amianto na modalidade crisotila importará em vácuo normativo, deixando aos Estados a plenitude da competência legislativa sobre o tema, a teor do § 3º do artigo 24 da Carta Federal. Caso o Supremo venha a proclamar a constitucionalidade da Lei nº 9.055/95, em especial do artigo 2º, no que autoriza o uso do amianto na modalidade crisotila, o resultado será a observância da jurisprudência assentada sobre o tema – de que a existência de legislação federal constitui empecilho ao exercício da competência legislativa concorrente pelo Estado da Federação. Tratando-se de questão prejudicial, naturalmente deve ser apreciada antes da principal. É o que passo a fazer.

I. Características do amianto. Dados relevantes sobre o produto.

ADI 3.937 / SP

Faz-se em jogo a constitucionalidade do uso e comercialização do amianto do tipo crisotila, presente o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995. Transcrevo o dispositivo:

Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, consideram-se fibras naturais e artificiais as comprovadamente nocivas à saúde humana.

Segundo esclareceu a representante do Ministério do Meio Ambiente em audiência pública, a palavra “amianto” consiste em termo genérico para identificar seis tipos de minerais fibrosos, que podem ser reunidos em dois grupos. Há o “serpentina”, ao qual pertence o crisotila, cujo uso é permitido no Brasil, e o “anfíbólio”, cuja utilização está absolutamente proibida pela Lei nº 9.055/1995 e em praticamente todo o mundo. A definição técnica do material está estampada na Norma Regulamentadora nº 15 do Ministério do Trabalho e do Emprego:

Entende-se por "asbesto", também denominado amianto, a forma fibrosa dos silicatos minerais pertencentes aos grupos de rochas metamórficas das serpentinas, isto é, a crisotila (asbesto branco), e dos anfibólios, isto é, a actinolita, a amosita (asbesto marrom), a antofilita, a crocidolita (asbesto azul), a tremolita ou qualquer mistura que contenha um ou vários destes minerais;

Atualmente, 92% do consumo nacional do amianto ocorrem na indústria de fibrocimento, responsável pela fabricação de telhas utilizadas na construção civil. Os outros 8% distribuem-se em produtos de fricção, têxteis, filtros, papéis e papelões, vedação, isolantes térmicos, plásticos, revestimentos e asfalto, bem como, até mesmo, em medicamentos.

ADI 3.937 / SP

Cuida-se, como visto na audiência pública destinada ao debate sobre o tema, de uma política pública de relevância para o país. Atualmente, o Brasil ocupa o terceiro lugar na classificação mundial de produtores de amianto, sendo responsável por 20% da produção anual, segundo dados de 2011, embora só uma mina esteja em atividade, localizada no Município de Minaçu, no Estado de Goiás. Com a exportação, arrecada 80 milhões de dólares em divisas. Em tributos, são R\$ 341 milhões anuais. A comercialização tem o valor de R\$ 2,5 bilhões, o que representa acréscimo, a cada ano, de R\$ 1,6 bilhão de reais ao Produto Interno Bruto. Atualmente, 25 milhões de residências nacionais estão cobertas com telhas de fibrocimento, as quais contêm, em média, 8% de amianto na composição. Metade das novas construções emprega o material (dados fornecidos pelo representante do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio).

Pois bem. A questão a ser enfrentada pelo Supremo é a seguinte: o artigo 2º, cabeça e parágrafo único, da Lei nº 9.055/1995 mostra-se compatível com os princípios constitucionais da proteção à saúde (artigo 196), da proteção progressiva à saúde do trabalhador (inciso XXII do artigo 7º) e da proteção ao meio ambiente (artigo 225)? Rechaço, desde logo, a evocação de princípios como os da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (artigos 1º, incisos III e IV, e 170, cabeça e inciso VI), porquanto inseridos na argumentação relativa aos específicos já citados, que encontram incidência no caso concreto. No outro lado da equação, estão os princípios da separação dos Poderes e da democracia, os quais impõem deferência às escolhas legislativas, especialmente em contextos de incerteza científica, assim como a busca pelo desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República, consoante o artigo 3º, inciso II, da Carta Federal. Essa é a delimitação que faço da controvérsia.

Antes de analisar como esses preceitos constitucionais devem ser sopesados, convém avaliar duas outras assertivas laterais, dissociadas da ponderação constitucional mencionada. A primeira delas, decisiva na apreciação da cautelar, diz respeito à incidência da Convenção nº 162 da

ADI 3.937 / SP

Organização Internacional do Trabalho, a qual supostamente revelaria o banimento total do amianto. A segunda concerne à apontada inconstitucionalidade formal da própria Lei nº 9.055/1995, por extrapolar o conceito de “normas gerais” e adentrar peculiaridades restritas à disciplina pelos Estados da Federação. Começo, então, a analisar esses dois argumentos.

II. A alegada inconstitucionalidade formal do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados, admitido como terceiro, aduz que o artigo 2º, cabeça, da Lei nº 9.055/1995 padece de inconstitucionalidade formal por extrapolar o campo das normas gerais, ingressando em particularidades que deveriam ser disciplinadas pelos Estados da Federação, contrariando, assim, o artigo 24 do Diploma Maior. Em síntese, pretende ver assentada a tese de que a proibição de produtos nocivos à saúde consubstancia matéria própria ao campo legislativo dos Estados, das normas específicas. Como a causa de pedir nas ações diretas de inconstitucionalidade é aberta, a alegação precisa ser enfrentado.

Embora não se mostre particularmente singela a distinção entre “normas gerais” e “normas específicas”, para fins de elucidação da competência prevista no artigo 24, cabeça, da Carta Federal, tudo leva a crer que o constituinte pretendeu conferir à União a atribuição geral para regulamentar o comércio de materiais perigosos, no bojo do qual se enquadra, de início, o amianto, ante a cláusula do inciso V do artigo 24 da Lei Maior.

Obviamente, no tratamento geral das questões alusivas à toxicidade de produtos, a uniformidade revela-se desejável. Os países vêm tentando atuar de modo concertado na disciplina relativa aos produtos perigosos, consoante demonstra a “Convenção sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito”, ratificada pelo Brasil e promulgada mediante o Decreto nº 875, de 19 de julho de 1993. É o que assentou o ministro Gilmar Mendes no julgamento do pedido de

ADI 3.937 / SP

medida acauteladora formalizado neste processo, quando fez ver Sua Excelência:

Este é um tema delicado. Imaginemos nós – não nesta questão do amianto, mas em qualquer outra – que, com base nessa competência concorrente, a União e os Estados comecem a se digladiar sobre os mais diversos produtos segundo critérios científicos os mais diversos, na matéria que exige um mínimo de uniformização, de algum critério.

Há algumas indicações na Carta de 1988 de que a União goza de preferência para cuidar de tais matérias. Daí o constituinte ter-lhe atribuído a possibilidade de legislar sobre “atividades nucleares de qualquer natureza” (artigo 22, inciso XXVI), “material bélico” (artigo 22, inciso XXI), “jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia” (artigo 22, inciso XII). Essa interpretação é a mais consistente na jurisprudência do próprio Supremo, presentes os acórdãos já citados envolvendo o amianto – Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.396, relatora ministra Ellen Gracie, e nº 2.656, relator ministro Maurício Corrêa, ambas julgadas em 8 de maio de 2003 –, bem como outras matérias – Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.645, relatora ministra Ellen Gracie, e nº 3.035, relator ministro Gilmar Mendes. Deste último precedente, destaco a seguinte passagem do voto do ministro Ayres Britto:

A Constituição diz que, nessa matéria de proteção da saúde, de direito à informação, de defesa do consumidor, a União se limitará a produzir normas gerais. Resta saber se a União se comportou no limite de sua legítima normatividade de caráter geral. Parece que sim, porque norma geral, a princípio, é aquela que emite um comando passível de uma aplicabilidade federativamente uniforme.

Deve-se ainda aludir ao fato de que a expressão “normas gerais” carrega, em si, um conceito jurídico indeterminado, sobre o qual há zonas

ADI 3.937 / SP

de absoluta certeza, de absoluta incerteza e de penumbra. A disciplina do uso e comércio do amianto encontra-se nesta última, porque não parece matéria afeta ao interesse particular de qualquer Estado da Federação.

Observem haver diferença substancial entre a matéria ora examinada e o pronunciamento concernente à Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927, relator ministro Carlos Velloso, evocado pela Ordem dos Advogados do Brasil em abono à tese que defende. É que, ao legislar sobre licitações e contratos, com fundamento no artigo 22, inciso XXVII, da Carta Federal, a União intervém em espaço atinente ao núcleo do princípio federativo, que consiste nas prerrogativas de autoadministração, autogoverno e auto-organização dos estados e municípios. Editar o próprio direito administrativo faz parte do conteúdo básico de tal princípio. A propósito, averba Marçal Justen Filho: “Assegura-se a cada ente federal uma margem de autonomia mínima. Não haverá federação real e efetiva quando um ente for dotado de competência para interferir sobre os serviços e os interesses pertinentes a um outro ente” (*Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*, 2010, p. 17). Diferentemente, autorizar o comércio alusivo a determinado produto em certo território é questão que somente de modo tangencial deve ser submetida ao princípio federativo.

No mais, a proibição do comércio pode ensejar um novo capítulo de guerra federativa, que consiste no embate dos entes políticos em busca de incremento arrecadatório, com prejuízo ao interesse público, considerado o país como um todo. Existe a possibilidade de que Estados e Municípios, pretendendo fomentar a indústria local, acabem inviabilizando a entrada de produtos que são produzidos e gerem renda a outros Estados da Federação (o crisotila, por exemplo, vem do Estado de Goiás). É sintomático que leis dos Estados do Sudeste, ou seja, os maiores mercados consumidores de amianto na construção civil, tenham sido as primeiras a banir o produto. Não que esteja estabelecendo uma relação definitiva de causa e efeito, mas o Supremo deve agir de modo a evitar que venha à balha outro capítulo da crise federativa vivenciada em razão dos tributos.

ADI 3.937 / SP

Deve-se afastar, ainda, a ideia lançada pelo Procurador-Geral da República, de prevalência da norma que for mais favorável ao meio ambiente, à saúde, ao trabalhador, ao consumidor, etc. Esse critério não pode ser acolhido, porquanto representa inequívoca subversão do condomínio legislativo erigido pelo constituinte originário. Descabe reconhecer como correto um princípio que implique alocação dinâmica da competência legislativa, sob pena de instaurar-se a mais completa insegurança jurídica.

Ante essas razões, rejeito o argumento apresentado pela Ordem.

III. A Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho.

O Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991, promulgou a Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe sobre a utilização do asbesto com segurança. A tese de que a Convenção impõe o banimento do amianto está alicerçada nos artigos 3º e 10 do texto dela constante. Transcrevo os dispositivos, para registro:

Artigo 3º.

1 - A legislação nacional deve prescrever as medidas a serem tomadas para prevenir e controlar os riscos, para a saúde, oriundos da exposição profissional ao amianto, bem como para proteger os trabalhadores contra tais riscos.

2 - A legislação nacional, adotada em virtude da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo deverá ser submetida a revisão periódica, à luz do desenvolvimento técnico e do aumento do conhecimento científico.

3 - A autoridade competente poderá suspender, temporariamente, as medidas prescritas em virtude do parágrafo 1 do presente Artigo, segundo condições e prazos a serem fixados após consulta às organizações mais representativas dos empregadores e dos empregados

interessadas.

4 - Quando de derrogações estabelecidas de acordo com o parágrafo do presente Artigo, a autoridade competente deverá zelar por que sejam tomadas as precauções necessárias para proteger a saúde dos trabalhadores.

[...]

Artigo 10. Quando necessárias para proteger a saúde dos trabalhadores, e viáveis do ponto de vista técnico, as seguintes medidas deverão ser previstas pela legislação nacional:

a) sempre que possível, a substituição do amianto ou de certos tipos de amianto ou de certos produtos que contenham amianto por outros materiais ou produtos, ou, então, o uso de tecnologias alternativas desde que submetidas à avaliação científica pela autoridade competente e definidas como inofensivas ou menos perigosas.

b) a proibição total ou parcial do uso do amianto ou de certos tipos de amianto ou de certos produtos que contenham amianto para certos tipos de trabalho.

Observem, inicialmente, que os diversos dispositivos estampados na Convenção têm por escopo proteger o trabalhador sujeito à inalação de fibras de amianto no ambiente de trabalho, mas, em nenhuma parte, exigem, em termos peremptórios, o banimento do uso da fibra. A Convenção determina sejam adotadas as técnicas mais modernas visando reduzir os riscos de inalação da fibra, bem como os eventuais danos à saúde. Impõe a adoção de um sistema estatal de inspeção suficiente e adequado (artigos 5º e 9º), objetivo perfeitamente compatível com os ditames da Lei nº 9.055/95.

O artigo 10 da norma admite a substituição do amianto, condicionando-o a alguns requisitos: I – existência de tecnologias

ADI 3.937 / SP

alternativas; II – avaliação científica delas; III – afirmação da natureza inofensiva ou menos perigosa que o amianto; e IV – decisão emanada da autoridade competente. Embora se possa afirmar que, especificamente para a indústria do fibrocimento – mas não para outros usos do amianto, como, por exemplo, na indústria de cloro-soda –, estejam presentes os requisitos I, II e III, inexistente a decisão do Poder Público no sentido de substituir o uso do amianto por outro produto. A autoridade competente somente pode ser aquela responsável pela avaliação dos ônus e dos benefícios decorrentes do uso de amianto, que é o caso do Poder Legislativo brasileiro e, eventualmente, das agências reguladoras de caráter técnico.

Na mesma linha, o artigo 3º, 2, da Convenção prevê que a legislação nacional deverá passar por revisão periódica, mas essa obrigação obviamente se dirige aos órgãos técnico-burocráticos e ao legislador, não ao Supremo. Isso porque não basta que tecnologias existam e sejam menos perigosas, há que se fazer um juízo de viabilidade da substituição do amianto por outros produtos, fenômeno que só pode ser político.

Percebam, mais, que a Convenção destina-se a regular “o uso seguro dos asbestos”, consoante estampado na própria ementa que a compõe. Daí ter sido subscrita pelos maiores exportadores de amianto, entre os quais destaque o Canadá, a Federação Russa e o Cazaquistão (adesão, respectivamente, em 16 de junho de 1988, 4 de setembro de 2000 e 5 de abril de 2011), conforme revela o sítio eletrônico da Organização Internacional do Trabalho (<http://www.ilo.org>). Alguns países subscritores, como a Alemanha, admitem o uso restrito do amianto, para determinadas indústrias e produtos. Portanto, chegar-se à conclusão de que a Convenção direciona ao banimento total do amianto seria uma interpretação heterodoxa, particular e – com as vênias devidas – forçada, alfim, um passo largo em demasia.

Em nenhum espaço há incompatibilidade entre os dispositivos da Convenção sobre asbestos e a Lei nº 9.055/1995, em especial o respectivo artigo 2º. Tanto a lei referida como o Decreto nº 2.350, de 15 de outubro de 1997, editado para regulamentá-la, disciplinam como deve ser feito o uso,

ADI 3.937 / SP

transporte e comercialização do amianto crisotila, cujo banimento não se encontra explícito ou implícito na Convenção. A tese atinente ao caráter supralegal da Convenção não precisa sequer ser apreciada. Assim, embora o Supremo esteja caminhando no sentido de admitir o denominado controle de “convencionalidade” da legislação infraconstitucional, e menciono o acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, relator ministro Cezar Peluso, julgado pelo Plenário em 3 de dezembro de 2008, não é o caso de fazê-lo nesta ação, presentes os argumentos listados. Inexiste incompatibilidade entre a lei federal e a mencionada Convenção.

IV. O princípio constitucional da proteção à saúde.

O argumento do risco à saúde decorrente do uso do amianto há de ser visto sob duas ópticas distintas, conforme sinalizei à época da audiência pública. Na da saúde pública, presente a possibilidade de aspersão do amianto em áreas públicas tanto em razão de acidentes – em transporte ou em construções – quanto no momento da destinação final do produto. O dispositivo em jogo é o artigo 196 da Carta Federal. Na audiência pública, expositores trouxeram fotos de artesanato derivado de produtos de amianto, resultantes do reaproveitamento de telhas e caixas d’água construídas com o material. O amianto também traria riscos à saúde dos trabalhadores, aspecto a atrair a questão da saúde ocupacional. No tocante a esse argumento, está em questão o artigo 7º, inciso XXII, da Lei Maior.

IV.1. A proteção à saúde pública.

Dispõe o artigo 196 da Carta Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção,

ADI 3.937 / SP

proteção e recuperação.

A leitura que o Supremo faz do dispositivo consiste em nele reconhecer um dever constitucional de promoção de políticas públicas abrangentes direcionadas à proteção integral da saúde dos indivíduos e da coletividade, imponível solidariamente aos três entes da Federação. Com base no preceito, o Supremo assentou o direito ao fornecimento de medicamentos e à prestação de saúde (Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, relator ministro Gilmar Mendes). Observem que aqui não se fazem presentes posições subjetivas individuais. Ao contrário, questiona-se a suficiência de uma política pública do Estado brasileiro. Portanto, o que cabe indagar é se as políticas públicas destinadas à proteção do público quanto aos perigos decorrentes do uso do amianto são, à luz do artigo 196 da Lei Maior, suficientes e adequadas.

Sobre o mencionado parâmetro, assim fiz ver no voto que proferi no julgamento do Recurso Extraordinário nº 567.089/MT, de minha relatoria:

Embora ainda pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais.

Da perspectiva da proteção da saúde geral da população, a Lei nº 9.055/1995 veda a pulverização de todos os tipos de fibras, assim como a venda a granel de fibras em pó (artigo 1º, incisos II e III). O artigo 8º prevê a edição de normas voltadas à segurança para os setores de fricção e têxtil que utilizam o amianto da variedade crisotila, que serão extensivas aos locais de comercialização. Por fim, o artigo 10 estampa que o transporte do amianto é considerado de alto risco, determinando medidas de salvaguarda em caso de acidente. Por força do disposto no artigo 8º da Lei Complementar nº 140/2011, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente

ADI 3.937 / SP

passou a exigir a obtenção de autorização ambiental de transporte interestadual de produtos perigosos, entre os quais se inclui o amianto. Os demais entes federativos têm competência para fazer o mesmo.

Consoante a Resolução Conama nº 7, de 16 de setembro de 1987, cabe rotular os produtos que contêm o mineral com advertência quanto aos riscos. O ato também revela a necessidade de aposição de alertas e estabelece a aplicação de multas em caso de inobservância do que nela se contém. A Resolução Conama nº 348, de 17 de agosto de 2004, classificou o amianto como resíduo perigoso, listado na classe “d” da Resolução Conama nº 307, de 5 de julho de 2002. Isso significa, segundo o artigo 10 desta última norma, que os resíduos “deverão ser armazenados, transportados, reutilizados e destinados em conformidade com as normas técnicas específicas”. Como se vê, há o acompanhamento dos órgãos ambientais sob o ângulo da possibilidade de dispersão do amianto em áreas de acesso geral.

Na audiência pública, o único relatório efetivamente científico alusivo ao impacto do amianto sobre ambientes urbanos foi o denominado “Projeto asbesto ambiental”, coordenado pelo Dr. Mario Terra Filho, associado à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. É verdade que o estudo foi parcialmente financiado pelo Instituto Brasileiro do Crisotila, o que poderia, em tese, lançar alguma suspeição sobre os resultados, mas existe razoável consenso no sentido de que a utilização do amianto na composição de telhas de fibrocimento – finalidade na qual é empregado em quase 100% dos casos – não gera maiores riscos à população em geral. É o que concluiu o citado estudo:

As amostras analisadas pelo Instituto de Física da USP não identificaram nenhuma fibra $\geq 5\mu\text{m}$ nas residências avaliadas. Comparando com outros estudos, observamos que as concentrações observadas no nosso estudo estão dentro dos intervalos encontrados nos grandes centros urbanos ocidentais e dentro dos limites aceitáveis de acordo com a Organização Mundial de Saúde e as agências internacionais de controle da exposição. Em relação às avaliações da amostra dos moradores

ADI 3.937 / SP

estudados, não foram encontradas alterações clínicas, funcionais respiratórias e tomográficas de alta resolução, passíveis de atribuição à inalação ambiental [de] fibras de asbesto.

Dizia o médico Paracelso que a diferença entre o veneno e o remédio está apenas a dose. As doses a que a população fica submetida são geralmente insuficientes ao desencadeamento das doenças tipicamente relacionadas ao produto. O risco, no campo da saúde pública, é corriqueiramente definido como uma função do tempo de exposição e o grau de perigo decorrente do manuseio de certa substância. Como bem salientaram os expositores na audiência, até mesmo a água, se ingerida em excesso, pode levar o ser humano à morte – doença denominada hiponatremia. O mesmo vale para qualquer outra substância química, por mais saudável que ela possa, em princípio, parecer.

O uso de material de amianto normalmente gera riscos para os trabalhadores associados à indústria de extração e produção dos produtos derivados daquele material, bem como aos serviços que pressupõem o manuseio deles, e respectivos familiares. Para o público em geral, não há indicações de que o amianto seja mais perigoso que outras substâncias igualmente conhecidas e lícitas, como o tabaco, o benzeno, o álcool, etc. Vale ressaltar que, se empregado na forma devida, o crisotila não traz qualquer risco ao usuário.

Algumas situações excepcionais merecem destaque. A representante do Estado de São Paulo na audiência pública, Dra. Rúbia Kino, por exemplo, apresentou fotos de indústrias desativadas que não promoveram o adequado descarte do amianto utilizado. O mesmo ocorreu quanto às telhas usadas em construções antigas, que são empregadas, em alguns rincões do país, no fabrico de artesanato. Existe também registro de doenças nas regiões que circundam as minas e indústrias que utilizam asbestos. Surge, então, o problema da poluição gerada pelo uso da fibra. Outro elemento diz respeito aos constantes ilícitos praticados por transportadoras do produto que descumprem regras de segurança previstas na legislação federal e estadual. Fernanda

ADI 3.937 / SP

Giannasi, auditora-fiscal do trabalho, afirmou ser a única responsável pela fiscalização do produto no Estado de São Paulo. Esses argumentos revelam-se suficientes ao banimento do amianto?

Parece claro que a incapacidade de fiscalização do descarte e/ou do transporte do amianto crisotila não se mostra razão conducente à proibição do produto pela via judicial. O perigo resultante do manuseio inadequado de determinado produto não pode consubstanciar premissa jurídica para retirá-lo do mercado, sob pena de se inviabilizar a vida em sociedade.

O caso se resolve pela simples observância das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade. Descabe vedar certa atividade à iniciativa privada, por meio de decisão judicial, apenas porque o Poder Público demonstra incapacidade de fiscalizá-la de modo efetivo, pois o ato não passaria no teste de necessidade, que exige, para a consecução de determinada finalidade, a adoção da medida menos gravosa entre as que possuem similar eficácia. É preciso atentar para o fato de que há pessoas jurídicas e naturais que atendem às prescrições do Poder Público, o que prova que as medidas de controle podem ser plenamente eficazes. Então, a consequência prática seria punir exatamente essas pessoas ante conduta imprópria de outros agentes. O quadro apresentado pela Auditora do Trabalho na audiência revela precariedade e descaso da União em setor de enorme relevância para a saúde pública, mas não se pode, por isso, colocar a culpa nos particulares, e sim no Poder Público, que descumpre – aí sim – os deveres previstos na Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho.

Quanto à razoabilidade, reitero o que tenho consignado sobre o princípio. Incumbe ao Supremo presumir que as pessoas agem de modo correto, de boa-fé, na condução dos negócios privados. Partir para a suposição de que empresas e indivíduos utilizarão o mineral de maneira ilícita é esperar o exorbitante, aquilo que foge ao comum da vida. Se o amianto deve ser proibido em virtude dos riscos que gera à coletividade ante o uso *indevido*, talvez tenhamos de vedar, com maior razão, as facas afiadas, as armas de fogo, os veículos automotores, alfim, tudo que, fora

ADI 3.937 / SP

do uso normal, é capaz de trazer danos às pessoas.

Na mesma linha de pensamento, enquadra-se a poluição decorrente do uso do amianto. Se o transporte da substância é considerado de carga perigosa, de igual forma deve ser tomado o rejeito. Cabe tratar o lixo em conformidade com os princípios estampados no artigo 6º da Lei nº 12.305/2010, alusiva à política nacional de resíduos sólidos, com especial atenção ao princípio do poluidor-pagador. Há de se imputar ao fabricante o dever de providenciar o descarte adequado dos rejeitos ou o financiamento de tal atividade. O rejeito é um problema de alcance mundial, que hoje tem ensejado reflexões importantes, mas não resolveremos a questão simplesmente banindo determinado produto.

Esses argumentos podem parecer frios e distanciados da realidade. Permitam-me um exemplo. O que dizer do acidente envolvendo o césio 137 no Estado de Goiás? No caso referido, carroceiros encontraram um aparelho utilizado em radioterapia abandonado nas ruínas do Instituto Goiano de Radioterapia e, posteriormente, revenderam-no ao dono de um ferro velho. Este, desconhecedor do risco resultante do manejo do referido aparelho, retirou o césio do invólucro de chumbo e passou a utilizá-lo para as mais diversas finalidades. Segundo estimativas extraoficiais, 112.800 pessoas foram afetadas pela radiação emitida por – pasmem – apenas 93g de césio 137. Morreram o dono do ferro velho, a esposa e a filha. Presente o quadro, indago: seria o caso de banir os aparelhos de radiografia do país? A resposta é desenganadamente negativa. Os acidentes, as ilicitudes, servem para alertar e exigir ação do Poder Público, mas, repito, não para impor a abolição pela incúria e inépcia das autoridades. Se assim o fosse, a mera inação da Administração Pública no exercício do poder de polícia serviria de fundamento à declaração de inconstitucionalidade das leis. Quando, na realidade, o resultado da omissão é a responsabilização do Poder Público.

IV.2. A proteção à saúde ocupacional.

Uma das alegações veiculadas na audiência pública a respeito da

ADI 3.937 / SP

utilização segura do amianto foi de que ele é impossível sob a óptica laboral. Salientou o representante do Ministério da Saúde, Dr. Guilherme Franco Netto: “As manifestações clínicas dependerão das características das fibras (da sua toxicocinética e toxicodinâmica), da duração, frequência e intensidade da exposição e, também, das características individuais”. Como já explicitado, a patogenia associada ao amianto depende de diversos fatores, mas especialmente da intensidade, frequência e duração da inalação das fibras. Se esses elementos forem passíveis de controle, presente o estado atual da tecnologia, haverá a confirmação da tese de que se mostra viável o uso controlado do amianto.

Observem que, ao falar em “uso controlado do amianto” – ou “uso seguro” –, não estou pressupondo o “risco zero”. O Tribunal Constitucional, ante a simples impossibilidade prática, não conseguirá adotar interpretação que afirme ser inaceitável a redução do bem-estar de todo indivíduo – presente ou futuro. Inexiste política pública sem efeitos colaterais, sem redistribuição de benefícios sociais, sem que pessoas e interesses sejam afetados. A ação governamental, em qualquer caso, gerará ganhadores e perdedores. Esse ponto é sublinhado pela doutrina especializada:

Enquanto o Ótimo de Pareto pode ser alcançado num mercado competitivo (a despeito disto ser controvertido também), é impossível aplicá-lo na arena das políticas públicas porque todas as ações governamentais deixam alguns em situação melhor a expensas de outros. (Michael Howlett e M. Ramesh. *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*, 1995, p. 30 – tradução livre).

Um dos exemplos famosos de políticas concorrentes que levam a iguais riscos é o banimento dos agrotóxicos, em especial do DDT. O produto foi proibido ou teve reduzido o respectivo uso, por recomendação de especialistas, em razão dos prejuízos que poderia causar à saúde, entre os quais se destacam o câncer hepático e de mama, mieloma e linfoma. Como é empregado no combate ao mosquito vetor da

ADI 3.937 / SP

malária em países subdesenvolvidos, o resultado da redução do uso do produto foi o incremento exponencial dos casos da doença e do número de mortes a ela associadas, estas últimas estimadas em 1,1 milhão anuais (cf. Indur M. Goklany, *The precautionary principle: a critical appraisal of environment risk assessment*, 2001). Mesmo nos países desenvolvidos, ocorreu a recente crise decorrente da bactéria *E. Coli* em razão do consumo de alimentos produzidos em lavouras orgânicas, sem o uso dos agrotóxicos.

É preciso encarar de forma clara a questão ora debatida: escolhas regulatórias normalmente se dão entre alternativas que envolvem riscos. Isso porque não existem estudos conclusivos quanto à toxicologia do álcool polivinílico e do polipropileno, potenciais substitutos do amianto. A rigor, o Supremo estaria substituindo um risco à saúde do trabalhador, fartamente conhecido e documentado, por outro, ainda ignorado pela literatura médica. No momento de fazer opções, a chave é buscar a conciliação entre benefícios e malefícios, distinguir entre riscos gerenciáveis e não gerenciáveis, entre eventos danosos reversíveis e irreversíveis.

A matéria está hoje disciplinada no Anexo nº 12 da Norma Regulamentadora nº 15, editada pelo Ministério do Trabalho e do Emprego, que versa sobre os “limites de tolerância para poeiras minerais”. O referido ato prevê as seguintes medidas de segurança:

12. O limite de tolerância para fibras respiráveis de asbesto crisotila é de 2,0 f/cm³.

12.1. Entende-se por "fibras respiráveis de asbesto" aquelas com diâmetro inferior a 3 micrômetros, comprimento maior que 5 micrômetros e relação entre comprimento e diâmetro superior a 3:1.

Mediante o acordo sobre o uso controlado do amianto, envolvendo as entidades de representação dos trabalhadores e patronais, estipulou-se o limite máximo de 0,10 f/cm³ para a exposição em ambientes de trabalho, ou seja, 10% do limite regulamentar. Assim, o risco potencial das doenças

ADI 3.937 / SP

fica bastante reduzido, conforme explicitou Dr. David Bernstein, expositor na audiência pública. Segundo ele, a extensão e o diâmetro das fibras do amianto do tipo crisotila brasileiro são menores do que os do anfibólio. Essa característica reduziria, significativamente, o potencial danoso do crisotila. Estudos empreendidos com inalação de até 5.000 vezes o limite de $0,1 \text{ f/cm}^3$ não teriam apresentado resultados patológicos, ao contrário do que ocorre com o anfibólio, que provoca danos persistentes mesmo em exposições durante pequenos lapsos temporais.

Merece destaque também o fato de as estatísticas de doenças relacionadas ao amianto manifestadas hoje serem decorrentes de exposições ocorridas há trinta ou quarenta anos, quando se fazia a exploração do amianto do tipo anfibólio e os parâmetros de segurança eram praticamente nulos. A evolução da legislação protetiva do trabalhador, deve-se esclarecer, é conquista recente da humanidade. Especificamente a respeito do amianto, as normas de proteção do trabalhador somente foram implementadas a partir de 1977.

Vale transcrever trecho do voto que proferi no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 2.914, ocasião em que fiz ver:

As atividades perigosas e insalubres são realizadas por um imperativo social, e a contrapartida devida pelo Estado e pela sociedade aos que prestam serviço nessas condições é conceder-lhes vantagens em pecúnia – artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho – e/ou permitir-lhes que passem à inatividade em momento anterior, como reconhece a Carta Federal, preceito pendente de regulamentação até a presente data. Aquele que se expõe à insalubridade abdica de importante atributo da dignidade humana – a saúde, também um direito fundamental previsto no artigo 196 da Carta da República – em favor do interesse público. Arnaldo Süssekind constata: “Já se disse, com razão, que a insalubridade e a periculosidade são inerentes, como regra, à atividade profissional, sobretudo na indústria e no transporte. Mas a economia nacional impõe que não cesse o correspondente empreendimento econômico” (*Instituições do Direito do Trabalho*,

ADI 3.937 / SP

22ª Edição, 2005, p. 952). A vida em sociedade exige a realização de determinados tipos de trabalho que reduzem a saúde e a expectativa de vida do servidor público. As razões que impulsionaram a edição das normas do artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, vistas sob a óptica descrita, são consentâneas com a manutenção do pronunciamento individual, pois, entre os critérios e requisitos especiais para a aposentadoria, está, indubitavelmente, o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em tais situações.

Consoante esclarece Barry Castleman em obra sobre o tema, embora a agência reguladora da saúde ocupacional dos Estados Unidos tenha imposto limites severos à exposição ao amianto, as indústrias deixaram de cumprir as normas regulatórias em razão da baixa incidência de fiscalização e das multas aplicadas (*Asbestos – Medical and legal aspects*, 2005, p. 273). Cabe ao Estado exigir a observância das normas regulamentares e legais destinadas à proteção eficiente do trabalhador. Também é possível cogitar da responsabilização do empregador tanto em relação ao empregado, presente a regulamentação aplicável ao acidente de trabalho (artigos 19 e 20 da Lei nº 8.213/1991), como no tocante a terceiros eventualmente expostos ao pó de amianto – neste caso, com fundamento na parte final do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

A questão da saúde ocupacional do trabalhador em contato com as fibras de amianto deve ser resolvida mediante (i) imposição de limites rígidos à exposição dos trabalhadores (e eventuais pessoas com as quais tenham contato) à poeira resultante do amianto, (ii) fiscalização intensa a ser empreendida pelo Poder Público e (iii) compensação pelos eventuais danos à saúde, mediante antecipação da inativação e recebimentos adicionais previstos em lei. Essa sistemática é a que melhor otimiza o conflito entre o direito à proteção da saúde do trabalhador e o desenvolvimento de atividades econômicas a ele nocivas, sem que haja apelo a posições paternalistas em matéria regulatória.

ADI 3.937 / SP

V. A proteção do meio ambiente e os princípios da precaução e prevenção.

O artigo 225 da Carta Federal proclama:

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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

O dispositivo confirma a tese que venho desenvolvendo ao longo deste voto. Fosse o artigo 196 uma proibição peremptória de qualquer política pública que traga algum risco à vida humana, não haveria o inciso V do § 1º do artigo 225 da Carta Federal determinado a realização do controle (e não banimento) das referidas atividades.

O direito ao meio ambiente é entendido como legítimo direito fundamental de terceira dimensão, fruto da fraternidade que deve permear as relações entre os povos e os indivíduos desta e das gerações vindouras, consoante prevê a cabeça do artigo 225 da Lei Maior. Seria absolutamente injusto privar os descendentes, que herdarão o planeta em futuro próximo, dos benefícios físicos e mentais que a natureza pode proporcionar. São bens cujo valor intrínseco é impossível estimar. Trata-se de um direito fundamental dito de terceira geração ou dimensão, integrante do que vem sendo denominado constitucionalismo fraternal.

Ferramentas muito citadas para a proteção dos direitos relacionados

ADI 3.937 / SP

ao meio ambiente são os denominados princípios da precaução e da prevenção. No caso concreto, inexistem estudos suficientes acerca do impacto do crisotila sobre a fauna e a flora e do tempo que o mineral levará para perder a condição de agente patológico, após ser devolvido à natureza na forma de rejeito. Então, invoca-se a precaução para que o Poder Judiciário, substituindo o legislador, proíba o uso do amianto, em razão dos prejuízos ainda indeterminados que ele pode trazer ao meio ambiente e ao futuro.

Devo assentar que me parece equivocada a interpretação do princípio da precaução que nele enxerga a exigência de paralisação de qualquer atividade que gere risco potencial à coletividade. É preciso ter presente a advertência de Paulo de Bessa Antunes:

A única aplicação *juridicamente legítima* que se pode fazer do princípio da precaução é aquela que leve em consideração as leis existentes no País e que determine a avaliação dos impactos ambientais de uma certa atividade, conforme a legalidade infraconstitucional existente (*Direito ambiental*, 2012, p. 39)

Sobre o tema, observa Cass Sunstein:

Frequentemente, o princípio da precaução reflete a indiferença geral em relação aos efeitos sistêmicos da regulação. Ao se olhar para um problema singular, pode ser difícil enxergar as consequências integrais da intervenção por meio do direito. Às vezes o princípio da precaução parece ser funcional somente porque um subconjunto de efeitos relevantes está em tela - e, como resultado, parece que não há necessidade de se tomar precauções contra outros efeitos colaterais possíveis, os quais também envolvem saúde e segurança não registrados. Um aspecto importante da indiferença em relação aos efeitos sistêmicos é a "indiferença quanto ao *tradeoff*" (...), uma fonte de conflito entre especialistas e leigos quando pensam sobre riscos. Aqueles discordam destes quando tratam de riscos. Isso pode ser resultado do fato de que especialistas levam em

ADI 3.937 / SP

consideração tanto os benefícios quanto os prejuízos associados à prática em questão, enquanto os leigos estão prestando atenção apenas nos prejuízos. Acredito que estes tendem a se atrair pelo princípio da precaução, em grande medida, pela mesma razão. (“Para além do princípio da precaução”. *Revista de Direito Administrativo* n. 259, 2012, p. 20).

A regulação consubstancia uma das funções estatais mais proeminentes e a ela cabe o gerenciamento de riscos, sejam eles advindos de exposição a substâncias danosas à saúde, prestação de serviços públicos, administração da poupança popular, etc. Risco é usualmente definido como “a probabilidade de ocorrência de um particular evento e a consequente severidade do impacto do evento”, (Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge, *Understanding regulation*, 2012, p. 83). Vivemos no que Ulrich Beck veio a denominar de sociedade dos riscos (*Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, 2010), marcada pelo uso de agentes nocivos ao ser humano e ao meio ambiente. Porém, parece inexistir a possibilidade de regresso a um estado anterior. Não há indicações de que os seres humanos estejam prontos e desejosos de abandonar aparelhos eletrônicos, medicamentos, meios de transporte, materiais de construção, enfim, retornar a um “estado de natureza”, pré-civilização tecnológica, como, aliás, se ela própria (a natureza) não oferecesse riscos, o que só pode resultar de uma visão romântica.

Os efeitos do amianto sobre a saúde humana são conhecidos e documentados. O amianto é um mineral causador de câncer e de outras doenças graves, isso está revelado na literatura médica. O que se faz em jogo é a adoção de medidas eficazes para reduzir o risco decorrente da exposição ao material (a probabilidade de ocorrência de cânceres, mesotelioma, derramamento de pleura, etc., em trabalhadores e cidadãos em geral). Como a sociedade brasileira não irá abandonar o uso do fibrocimento e dos demais produtos derivados do amianto, importa observar que os materiais apresentados como potenciais substitutos também não foram completamente endossados pela literatura médica. Em síntese: há simples substituição de riscos.

ADI 3.937 / SP

A atividade regulatória pressupõe, portanto, o sopesamento entre o risco e o benefício resultante da política específica. As escolhas regulatórias normalmente estão situadas no campo do “subótimo”, ou seja, vão implicar a aceitação de certos danos prováveis em troca de benefícios maiores. E a proibição peremptória – embora possível no cenário analisado, caso venha a ocorrer uma decisão legislativa sobre o ponto – é qualificada como técnica regulatória pobre, consoante afirma Giandomenico Majone:

Proibições representam uma das mais recentes e menos sofisticadas abordagens à regulação do risco. Dizer isso não é negar que em alguns casos o banimento completo pode ser a resposta regulatória mais apropriada, mas apenas afirmar que a adequação dessa medida radical deve ser provada, e não meramente assumida (*Risk regulation in the European Union: between enlargement and internationalization*, folha 17).

Enfim, nada impede que o Estado brasileiro adote padrões ainda mais elevados de proteção ao trabalhador, ao meio ambiente e à saúde da população. Nessa situação, será dada às indústrias e à economia do “amianto” a possibilidade de se adequar aos novos padrões. O simples banimento retirará, em caráter sumário, agentes econômicos relevantes do mercado, talvez maximizando o risco com a utilização de produtos ainda pouco testados, de disponibilidade limitada, com impactos acentuados em diversos outros princípios constitucionais igualmente importantes no contexto da Carta de 1988.

Nesse sentido, há de se mencionar que o Tribunal Federal de Apelação do 5º Circuito dos Estados Unidos, ao apreciar ato no qual a Agência de Proteção Ambiental norte-americana decidira pelo banimento progressivo do uso do amianto no país (EPA – *Environmental Protection Agency*), assim se pronunciou:

Concluimos que a EPA apresentou provas insuficientes para justificar o banimento do asbesto. Baseamos essa

ADI 3.937 / SP

conclusão em dois fundamentos: a falha da EPA em considerar todas as provas necessárias e a falha em fornecer peso adequado à linguagem legal, que impõe a edição da norma regulatória razoável menos onerosa, que proteja adequadamente o meio ambiente.

E, em certo ponto, consignou:

Assim não é suficiente que a EPA demonstre, como fez no caso, que o banimento de alguns produtos com amianto pode reduzir os danos que poderiam decorrer do uso deles. Se esse fosse o parâmetro, não haveria parâmetro algum, pois são poucos os produtos que são tão seguros que um banimento completo deles não faria do mundo um lugar mais seguro (942 F2d 1202 *Corrosion Proof Fittings v. Environmental Protection Agency*).

É análise regulatória simplória afirmar que princípios constitucionais demandam o banimento imediato do crisotila. Ele pode causar danos à saúde humana, mas a implementação das medidas de segurança que hoje se verificam nas minas e fábricas bem como os rigorosos padrões para o transporte, manuseio e descarte do produto levam a crer que os riscos são gerenciáveis.

A passagem final do citado pronunciamento do Tribunal norte-americano traz uma boa ideia para a solução das ponderações entre princípios: elas devem sempre atender ao teste da universalização. Isso significa dizer que o intérprete deverá analisar *se e como* cabe observar, em situações semelhantes, a solução alcançada em um caso particular. Pois bem. O banimento do amianto com simples fundamento no potencial carcinogênico do produto pode conduzir o Supremo a também apreciar a constitucionalidade da comercialização de outras substâncias à luz do mesmo fundamento. Os exemplos mais imediatos são o tabaco e o álcool. Seriam eles também inconstitucionais? Certamente, há vozes na sociedade que apoiariam decisão em tal sentido.

Segundo a lista da Agência Internacional para a Pesquisa no Câncer

ADI 3.937 / SP

(IARC – *International Agency for Research on Cancer*), encontram-se no topo das substâncias cancerígenas, juntamente com os asbestos, a pílula anticoncepcional, o tratamento de reposição hormonal e a fumaça expelida pela queima de diesel nos motores a combustão (informações obtidas na página eletrônica da referida agência internacional). Deveriam ser todos eles proibidos? Todos – repito – estão ao lado do amianto entre os produtos com maior potencial cancerígeno. A resposta à indagação só pode ser negativa.

Destaco a inadequação, na espécie, do entendimento adotado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, da relatoria da ministra Cármen Lúcia. Naquela ocasião, discutiu-se a validade de ato administrativo que impedira a importação de pneus usados. A fundamentação abrangente nos tratados internacionais, nas regras constitucionais de proteção à saúde e ao meio ambiente, tiveram por objetivo superar o parágrafo único do artigo 170 da Carta Federal, que institui reserva de lei para a vedação de atividades econômicas. No caso em apreço, a lei existe e é, de início, satisfatória.

VI. O desenvolvimento nacional: expansão da renda e do emprego.

Segundo o artigo 3º, inciso II, da Carta Federal, é objetivo fundamental da República assegurar o desenvolvimento nacional. Do dispositivo, mostra-se possível extrair o dever de o Estado perseguir políticas públicas voltadas à expansão do emprego e da renda dos cidadãos. É evidente que o desenvolvimento há de ser feito com resguardo à saúde pública e à dos trabalhadores bem como ao meio ambiente. O crescimento econômico deve ser responsável e sustentável. Isso não significa dizer, como já afirmado, que as únicas políticas públicas legítimas são aquelas formuladas com base em risco-zero, mas as que equilibram, de modo razoável, os impactos econômicos e sociais e os perigos decorrentes da concretização do risco. Cabe, então, indagar se houve equilíbrio nessa ponderação, vale dizer, quais são os impactos econômicos e sociais do banimento completo do amianto. Se forem

ADI 3.937 / SP

pequenos ou nulos, existirá razão para assentar a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/95.

Em parecer apresentado pelos professores doutores Ana Lúcia Gonçalves da Silva e Carlos Raul Etulain, ambos economistas da Universidade de Campinas, expositores na audiência pública, consta que “não são esperados efeitos relevantes sobre os preços dos produtos alternativos. Durante curto período de transição [que não precisam qual], estes produtos poderão custar no máximo 10% a mais (...)”. Ora, o aumento de dez pontos percentuais no custo do fibrocimento, com o devido respeito, é significativo, presente a economia nacional. Isso no melhor dos cenários, pois o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior aponta o incremento máximo de 35% no preço das telhas. Há outra estimativa mediana, de majoração entre 10 e 20%. Observem que, segundo informação prestada na audiência pública, o mercado de fibrocimento com amianto movimentava, anualmente, 2,5 bilhões de reais e responde por 70% da oferta de telhas. Certamente não se pode qualificar como irrelevante ou insignificante o impacto da decisão do Supremo.

O representante do referido Ministério indicou a existência de um déficit habitacional no Brasil de 5,5 milhões de residências, consoante pesquisa da Fundação Getúlio Vargas realizada em 2008. As cidades brasileiras estão absolutamente impregnadas de pessoas vivendo em situação precária, fruto da falta de residências a preços módicos. A política de habitações faz-se intimamente relacionada ao direito social estampado no artigo 6º da Carta Federal, o de moradia. O incremento dos custos para a construção civil é fator que precisa ser considerado na ponderação.

Ainda segundo o referido expositor, somente a indústria do setor de cloro emprega 67 mil pessoas. A área de fibrocimento com amianto gera 170 mil empregos diretos e indiretos. São 230 mil empregos que poderão simplesmente desaparecer da noite para o dia em virtude da decisão que vier a ser proferida pelo Supremo, sem que o Poder Público tenha tempo para prover alternativas a essas pessoas. Em estimativa conservadora,

ADI 3.937 / SP

serão cerca de meio milhão de famílias afetadas com o fim dessa fonte de renda. Não custa lembrar que a Constituição – inciso VIII do artigo 170 – também determina a busca do pleno emprego como objetivo a ser perseguido pelo Estado.

Segundo esclarecido na audiência – e novamente recorro aos dados do citado Ministério –, são dois os materiais substitutivos do amianto mais promissores: o álcool polivinílico (PVA) e o polipropileno (PP). Este último é um derivado do petróleo, com todos os riscos econômicos e ambientais daí provenientes, produzido, em larga escala, por apenas uma empresa, surgindo a possibilidade de formação de monopólio de fato no setor de fibrocimento, em contrariedade ao disposto no artigo 170, incisos IV e V, da Lei Maior. Quanto ao álcool polivinílico, toda a produção mundial não seria suficiente para atender à demanda do setor de fibrocimento brasileiro, razão pela qual, embora seja um provável substituto, ainda não se pode dizer definitivo. Alertam os economistas que a consequência natural do decréscimo na oferta é o aumento de preços, com todos os prejuízos à economia nacional já mencionados anteriormente.

A substituição do amianto por outros materiais também foi objeto da exposição do Dr. Vanderley John, pesquisador da Universidade de São Paulo. Ele destacou que o acesso a cimento adequado será um problema caso banido o amianto, haja vista a oferta insuficiente dos potenciais substitutos. Além disso, ressaltou o aumento no consumo de energia, no custo das matérias-primas e na volatilidade de preços, porquanto a produção do fibrocimento no Brasil dependerá fortemente de importações, sujeitas a problemas relacionados à taxa de câmbio e à flutuação do preço do petróleo. Conforme asseverou, a substituição do amianto é viável, mas a transição será para tecnologias mais caras, menos duráveis e que vão exigir investimento maciço de conversão das linhas de produção nas fábricas. Merece menção também o fato de que os estudos voltados à avaliação do grau de toxicidade do álcool polivinílico e do polipropileno ainda não serem conclusivos, segundo informação prestada na audiência pública.

ADI 3.937 / SP

Insisto: a técnica adequada para a liberação ou proibição de certos produtos, serviços ou atividades é a lei, consoante dispõe o parágrafo único do artigo 170 da Carta Federal. As variáveis envolvidas não permitem ao Supremo fazer um juízo seguro a respeito dos impactos futuros da decisão.

Em outras palavras, entender que a ponderação, no caso concreto, deve levar à proibição do crisotila significa admitir que substâncias igualmente perigosas também possam ser proibidas mediante decisão judicial. É um parâmetro arriscado para o desenvolvimento econômico nacional e para as liberdades públicas, pois está nele implícita a premissa de que a sociedade, por seus representantes, é incapaz de analisar quais são os riscos e benefícios da vedação ou permissão de certa atividade.

VII. Os princípios da separação de Poderes e da democracia.

Embora, ante as razões expostas, já tenha descartado, na espécie, a prevalência dos princípios alusivos à proteção da saúde – geral ou ocupacional – e do meio ambiente, cumpre analisar o argumento mais relevante, segundo penso, à defesa da constitucionalidade da legislação federal contestada. A solução fundamenta-se numa concepção particular das relações entre o Tribunal Constitucional, os poderes constituídos e os aspectos técnicos versados no caso.

Uma das críticas dirigidas à compreensão de que os direitos fundamentais possuem a estrutura normativa de princípios e se caracterizam, conseqüentemente, como “mandados de otimização” é de que ela esvaziaria a competência do legislador para conformar a ordem jurídica. Com efeito, ao demandar do Estado certa forma de atuação, a Carta Federal não deixaria qualquer espaço ao exercício legislativo, que estaria condicionado à “resposta correta” derivada da interpretação constitucional. É o que a doutrina denominou de “constituição como genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros para febre” (A expressão é de Ernst Forsthoﬀ, citado por Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p.

ADI 3.937 / SP

578). Compreender assim o Diploma Maior seria extrair dele *menos* do que o documento pode ser, porquanto restariam asfixiados os demais Poderes da República, obstruindo-se a contribuição que podem dar à construção da ordem jurídica justa e democrática.

A outra concepção, oposta à apresentada, é a da Constituição como mera ordem-moldura. Segundo essa visão, respeitados os parâmetros formais, o legislador fica livre para tomar as decisões. Essa também não é uma percepção que possa ser considerada sem qualquer ressalva, pois esvaziaria o conteúdo dos direitos fundamentais. Estes, afinal, são garantias de que os poderes majoritários não ultrapassarão certos limites. Ante razões óbvias, descabe esmiuçar, neste espaço, a querela acadêmica, mas, a toda evidência, o Supremo não pode filiar-se à corrente que sustenta que todas as políticas públicas estão pré-determinadas na Carta Federal, sob pena de torná-lo – o próprio Tribunal – em governante. Mais correto é entender, consoante Robert Alexy, que: “Uma constituição pode decidir questões fundamentais, e, nesse sentido, ser uma ordem-fundamento, e, mesmo assim, deixar muitas questões em aberto e, nesse sentido, ser uma ordem-moldura”.

Segundo o autor, os espaços de liberdade do legislador podem ser divididos em casos de discricionariedade estrutural e de discricionariedade epistêmica. Os primeiros concernem aos espaços normativos em que a Constituição não obriga nem veda, em que há mera possibilidade de atuação legislativa. Os segundos relacionam-se à inviabilidade de alcançar um juízo seguro acerca de dados empíricos ou sobre o conteúdo normativo de princípios e, com base neles, extrair aquilo que é exigível diante de situações concretas. Robert Alexy faz ver:

A questão da existência de uma discricionariedade epistêmica surge quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais. A insegurança pode ter suas causas na insegurança das premissas empíricas ou normativas. Insegurança empírica pode se tornar um problema qualquer fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. (*Teoria*

ADI 3.937 / SP

dos direitos fundamentais, 2008, p. 612).

Em questões envolvendo política pública, de alta complexidade, com elevada repercussão social – e estamos a discutir os destinos de um mercado bilionário e de milhares de empregos –, o Supremo deve adotar postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos respectivos formuladores. Nesse sentido, assenta o Tribunal Constitucional Federal alemão: “A incerteza sobre os efeitos de uma lei em um futuro incerto não pode excluir a competência do legislador para aprová-la, mesmo que ela tenha um alto impacto”, conforme esclarece o citado autor. Carlos Bernal Pulido, ao discorrer sobre as liberdades deixadas ao legislador, assevera:

(...) o Congresso também goza de uma margem de ação cognitiva, que se relaciona com a certeza das premissas mediante as quais se estabelece a intensidade na intervenção e o grau de proteção [dos direitos fundamentais]. Quando quer que não existam premissas certas que gerem razões contra as medidas legislativas, estas deverão ser declaradas exequíveis, como na sentença alemã sobre o *canabis*, em que se reconheceu que não existiam “conhecimentos cientificamente fundados que [falassem] necessariamente a favor da correção” da penalização ou liberalização do consumo de *canabis*, e se concluiu, portanto, que “o legislador [ostentava] a prerrogativa de apreciação e de decisão para escolher entre as várias alternativas potencialmente adequadas para alcançar o fim legislativo”. (“O princípio da proporcionalidade da legislação penal”. In: *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento)

Assim o é por uma razão óbvia: dificilmente há questão social que não envolva algum grau de incerteza cognitiva. Afirmar-se que o legislador não pode intervir em tais searas seria paralisar o Estado. Cabe à sociedade, portanto, por intermédio de seus representantes, adotar posição quanto aos riscos advindos da incerteza. Observem que não estou

ADI 3.937 / SP

fazendo um juízo sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, mas relativamente à legitimação institucional para a tomada de decisão em contextos de incerteza.

Essa óptica é endossada pelo voto da ministra Ellen Gracie na apreciação da medida acauteladora na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937, quando fez ver Sua Excelência: “Evidente, repeti mais de uma vez, que não somos uma academia de ciências. Portanto, não nos cabe definir a nocividade de produtos (...)”. É claro que há possibilidade de abandonar-se essa postura em situações pontuais. Por exemplo, se um grupo populacional sofrer de modo desproporcional e injusto em razão de uma política majoritária, ao Poder Judiciário é permitido socorrer e remediar a situação. Nos casos de intervenção gravíssima em direitos fundamentais, penso ser admissível exigir do legislador grau maior de certeza quanto às premissas empíricas adotadas. Em todas essas hipóteses, a atuação estará em consonância com os objetivos próprios da justiça constitucional.

Tais elementos, todavia, não se encontram presentes na espécie. Ao reverso, o Tribunal tem conhecimento limitado dos efeitos tanto das políticas públicas envolvendo o uso controlado do amianto quanto das consequências práticas que a decisão do Tribunal pode gerar, se vier a optar pelo banimento. Nessas situações, é mister observar o predicado da autocontenção, de modo a evitar a consumação de resultado ainda mais danoso no futuro. Segundo Cass Sunstein, a defesa do minimalismo faz sentido, afirmando-o adequado:

quando o Tribunal está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade, que afeta profundamente muitas pessoas, ou sobre a qual o país está dividido (ante razões morais ou outras). A complexidade pode resultar da falta de informações, de circunstâncias cambiantes ou da incerteza moral (legalmente relevante). (*One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, 2001, p. 5).

O caso se enquadra na primeira hipótese: cuida-se de questão

ADI 3.937 / SP

constitucional de alta complexidade – técnica, não jurídica – que afeta milhões de pessoas, cujos resultados da decisão a ser tomada mostram-se imprevisíveis. O pronunciamento pode gerar indesejável dependência externa no âmbito da construção civil, monopólio econômico “de fato”, incremento dos custos e prejuízo à política habitacional, presentes justamente os menos afortunados.

A questão é tão complexa que nem mesmo os órgãos da União, como se viu na audiência pública, conseguiram atingir consenso quanto à continuidade da exploração de amianto no Brasil. De um lado, na defesa do uso controlado do asbesto, apresentaram-se o Ministério das Minas e Energia e o do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. De outro, a favor do banimento do produto, perfilaram-se o Ministério do Trabalho e do Emprego, do Meio Ambiente, o da Previdência Social e o da Saúde. Enfim, tudo recomenda postura de contenção no caso em apreço.

VIII. Conclusão: constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, inconstitucionalidade da Lei paulista nº 12.684/2007.

Assentada a constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, torna-se singela a análise atinente à Lei estadual nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo. Revela-se inequívoca a inconstitucionalidade formal da norma, por inadequação ao artigo 24, incisos V, VI e XII, e § 3º, da Carta Federal.

Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, alfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. É o que chamam de contexto de descoberta. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí contexto de justificação. Quando a solução mais justa, na concepção particular do intérprete, não encontra esteio no arcabouço normativo, impõe-se a revisão do sentimento inicial. Às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado.

ADI 3.937 / SP

O caso envolvendo o amianto é um desses em que os contextos não se harmonizam. Inequivocamente, a substância possui enorme potencial cancerígeno, que já provocou tragédia humanitária em diversos países. A despeito da cifra negra, creio que os fundamentos jurídicos, econômicos e científicos apresentados ao longo do voto não permitem chegar à conclusão de que a permissão, contida em lei federal, de uso e comércio balizados do amianto seja material ou formalmente inconstitucional. Insisto: rever a proibição do amianto requer manifestação democrática, que seja capaz inclusive de avaliar adequadamente a adoção do produto e dos possíveis substitutos.

IX. Dispositivo

Com essas considerações, julgo procedente o pleito veiculado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937, para afastar do cenário jurídico a Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007, do Estado de São Paulo. É como voto.