

paradigma quando se tem em foco direitos patrimoniais para quando se focaliza direitos existenciais¹⁷:

“Toda essa diversidade de situações jurídicas encontrava justificativa na proteção da família legítima, como instituição a favor a continuidade do patrimônio. O Direito Civil do Código de 1916 tinha como base central a proteção do patrimônio, conseqüentemente o Direito de Família codificado também conferia destaque ao aspecto patrimonial.

(...)

A nova ordem constitucional trouxe para o centro das preocupações, a proteção da família e não do patrimônio, como outrora. Com efeito, a família não mais decorre apenas do casamento, quanto menos, a filiação.”

Assim, em decorrência da própria aplicação direta dos direitos fundamentais não é possível pensar em uma aplicação condicionada dos direitos existenciais.

V - Conclusão:

Demonstrou-se, desta forma, que não há qualquer aproximação possível entre a doutrina comunitarista e o Direito Civil Constitucional, uma vez que a tutela individual por este propugnada, e fundamentada na Constituição da República de 1988, prescinde da valoração da comunidade em que se insere o indivíduo. A idéia é inversa: instituições, como a família por exemplo, só merecerão a tutela do ordenamento jurídico enquanto e na medida em que propiciarem o melhor desenvolvimento da pessoa humana. A prioridade constitucionalmente estabelecida afigura-se condicionante da validade do exercício dos direitos de natureza patrimonial. Aos direitos de natureza existencial aplica-se lógica diversa, seu exercício, por si só, é suficiente à avocação da tutela porque realiza efetivação da axiologia constitucional.

¹⁷ VENCELAU, Ross Melo. O Elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A DISCIPLINA JURÍDICA DO AMIANTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Arnoldo Wald*
Donald Armelin**

Sumário - I - Introdução: o amianto e sua nocividade. II - O tratamento jurídico do amianto em outros Estados. III - A disciplina do Amianto no Brasil. A Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995. IV - Antecedentes legislativos da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995. V - Alteração do estado da técnica. VI - Leis Estaduais vedando o amianto crisotila. VII - Preponderância de interesses econômicos. A posição do Supremo Tribunal Federal. VIII - Normas Gerais na Constituição. IX - Prevalência de direitos individuais que respaldam a dignidade humana. X - Competência concorrente. XI - Inconstitucionalização do art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 e demais dispositivos legais correlatos. XII - Do art. 9º § 1º da Lei n.º 9868, de 10 de novembro de 1999. XIII - Da constitucionalidade das leis estaduais proscritoras do amianto. XIV - Das técnicas de inconstitucionalização. XV - Conclusões.

I - Introdução

1. Em uma época em que a questão da preservação do meio ambiente tornou-se crucial para a preservação e melhoria da vida humana no planeta, passou-se a examinar a nocividade de diversos produtos que vinham e continuam sendo utilizados para diversos misteres da atividade humana. Assim, nesse mister, foram detectados vários produtos, outrora havidos como inofensivos à vida, saúde e ao próprio meio ambiente, que podem afetá-los detrimentalmente.

2. Um desses produtos é o amianto ou asbesto, mineral de larga utilização na construção civil e, até mesmo, naval, bem como na indústria tal como sucede com a de auto peças, dentre outras. A excelência de suas propriedades para tais fins desvendou-se indiscutível o que fez a sua utilização ampliar-se consideravelmente, principalmente em tais campos. Conseqüentemente alargou-se o risco que o seu emprego oferece.

3. O reconhecimento dessa nocividade fez emergir conflito entre interesses decorrentes da posição dos produtores do amianto e daqueles comerciantes ou industriais que o utilizam e aquelas defendidas pelos defensores da vida e saúde públicas bem como da manutenção de um meio ambiente suficientemente adequados a estes bens humanos e naturais acabou por se refletir nas Casas Legislativas dos vários países em que tal questão foi suscitada, bem como nos respectivos judiciários.

4. Entretanto, relativamente há pouco tempo, emergiu consistentemente a certeza de ser o amianto um risco para a vida, a saúde humana, bem como para o meio ambiente. Suas propriedades lesivas são aptas a gerar fibrose pulmonar, eventualmente o mesotelioma e, conseqüentemente, o câncer pulmonar. Estatísticas de países com a França e Estados Unidos demonstram a letalidade decorrente do seu uso, o que vem gerando pleitos consideráveis para a indenização dos danos por ele provocados.

* Procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro – Advogado. Professor catedrático da UERJ. Membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI.

** Advogado, Professor e Desembargador Aposentado.

5. No Brasil, na defesa do uso do amianto, os seus produtores invocam a diferença entre espécies deste, uma, azul, reconhecidamente nociva e outra, a branca, ou amianto crisotila, que apresentaria menor potencialidade lesiva no seu uso. Mais ainda sustentam a ocorrência de ônus econômico decorrente da utilização de fibras alternativas e a circunstância de tais fibras apresentarem o mesmo risco gerado pelo amianto.

6. Tentando desqualificar a gravidade da questão, que envolve a contraposição de tais interesses e que, a rigor, deveria resultar na imposição da prevalência dos bens jurídicos constitucionalmente assegurados sobre interesses meramente comerciais, tem-se procurado, para esgarçar a tentativa de coibir o uso desse mineral, confinar a questão aos lindes de um conflito de interesses entre empresas privadas no sentido da colocação de seus produtos nos quais se emprega, de um lado, o amianto crisotila, e, de outro as fibras alternativas criadas especificamente para o substituir nos seus diversos usos.

7. Entretanto a questão é grave não se limita a conflito de interesses privados, exigindo, ao revés, um posicionamento firme no sentido de se prestigiar a vida e saúde humanas e, ainda, o meio ambiente, mediante a prestação da sua indispensável tutela. Tais bens apenas aparentemente não se desvendam como ameaçados por esse mineral, considerando-se o longo período de amadurecimento dos fenômenos patológicos decorrentes do uso ou exposição ao amianto, cerca de quatro ou cinco lustros. Mas a sua nocividade é imediata, decantando-se no decorrer do tempo. Como, porém seus efeitos deletérios para a saúde e a vida humanas apresentam eclosão décadas após do início de contaminação, tem se permitido uma certa desconsideração a respeito da sua inequívoca lesividade.

8. Estatísticas relativas à situação e efeitos do amianto em países nos quais o emprego do amianto se fez intensamente, como é o caso da França¹, apontam elevado número de vítimas dos seus efeitos nocivos e daquelas que haverão de os suportar, quando da eclosão do resultado acumulado de sua exposição a esse mineral. A questão, pois, é de extrema relevância, embora ainda não levada em consideração com a necessária atenção, em razão de medidas diversionistas dos defensores desse mineral.

9. Como se verá mais de espaço infra, busca-se sustentar, não sendo mais possível afastar a nocividade do amianto, ser aquela inerente ao amianto crisotila - mera espécie desse mineral - insusceptível de provocar danos, sempre que adotados os cuidados indispensáveis. Não se cogita do efeito residual do amianto para o meio ambiente e da sua inexorável cumulação nele resultante da sua incessante produção e utilização, que potencializam seus efeitos.

II – O Tratamento Jurídico do uso do Amianto em outros Países

10. Essa matéria tem sido ventilada em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros. Assim é que o reconhecimento da nocividade do amianto fez com que inúmeros países, nos respectivos ordenamentos jurídicos, proscrevessem seu uso. Assim é que a) na Islândia, a partir de 1983; b) na Noruega desde 1984; c) em El Salvador desde a metade da década de 1980; d) na Dinamarca desde 1986; e) na Suécia a partir de 1986; f) na Suíça

¹Cf. *Les Rapports du Sénat: Le Drame de L'Amiante en France*, pp.9/10: "Alors que 35.000 décès peuvent être imputés à l'amiante entre 1965 et 1995, 60.000 à 100.000 morts sont attendues dans les 20 à 25 ans à venir; en raison du temps de latence de 30 à 40 ans du mesotheliome, auquel il convient d'ajouter environ 10% des 25.000 cancers du poumon déclarés chaque année. Compte tenu de l'issue fatale de ces pathologies malignes, les scientifiques jugent l'épidémie à venir inéluctable et irréversible et son ampleur déterminés jusqu'en 2030." Acrescenta ainda o mesmo relatório que, segundo a estimativa da Organização Intrenacional do Trabalho OIT cerca de 100.000 pessoas morrem cada ano em virtude de contaminação pelo amianto.

desde 1989; g) na Áustria desde 1990; h) na Holanda, a partir de 1991; i) na Finlândia e na Itália desde 1992; j) na Alemanha, desde 1993; k) na França e na Eslovênia desde 1996; l) na Polônia e no Principado de Mônaco a partir de 1997; m) desde 1998 na Bélgica, na Arábia Saudita e em Burkina Fasso; n) a partir de 1999 na Inglaterra, no País de Gales, na Irlanda do Norte e na Escócia; o) desde 2000 na República da Irlanda - Eire; p) desde 2001 no Chile e na Argentina, q) desde 2002 na Espanha, no Uruguai e em Luxemburgo; r) a partir de 2003 na Austrália e na África do Sul; s) desde 2004 no Japão, em Honduras e no Vietnã; e t) em Portugal e na Grécia, a partir de 2005, o mesmo ocorrendo com a União Européia.

11. O alentado elenco de dezenas de Estados modernos, em diversos continentes, que já proibiram radicalmente o uso de amianto, sem distinguir as suas espécies, denota e comprova a nocividade desse mineral e justifica a exigência de providências para vedar definitivamente o seu uso, coibindo os malefícios que dele resultam para a saúde da população e dos seus consumidores e, ainda, do meio ambiente no qual ele se insere.

III – A Disciplina do uso do Amianto no Brasil

12. No Brasil, atendendo ao comando da Convenção da Organização Internacional do Trabalho - OIT – mediante a sua Convenção 162 - foi promulgada a Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 versando sobre o uso desse mineral e estabelecendo distinção no tratamento de suas espécies. Ressalte-se que esse tratado internacional devidamente incorporado ao ordenamento jurídico nacional dispôs, expressamente, em seu art. 3º:

“1. A legislação nacional deverá prescrever que se não de adotar para prevenir e controlar riscos para a saúde devidos à exposição ocupacional ao asbesto e para proteger os trabalhadores de tais riscos. 2. A legislação nacional adotada para a aplicação do par. 1º do presente art. deverá ser periodicamente revisada face aos progressos técnicos e do desenvolvimento os conhecimentos científicos. (ii) Art. 10; Quando for necessário proteger a saúde dos trabalhadores e seja tecnicamente possível, a Legislação Nacional deverá estabelecer um ou várias das seguintes medidas: a) sempre que possível, a substituição do asbesto ou de certos tipos de asbestos ou certos produtos, ou a utilização de tecnologias alternativas, cientificamente reconhecidas pela autoridade competente como inofensivos ou menos nocivos; b) proibição total ou parcial da utilização do asbesto ou de certos tipos de asbestos ou ainda, de certos produtos contendo asbestos em certos processos de trabalho.”

13. Assim à vista das imposições daquela Convenção n.º 162 e da tendência mundial no sentido do banimento do amianto, foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional aquela Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, que disciplinou a extração, produção, industrialização e comercialização dos dois grupos de amianto – aquele concernente aos anfíbolios e o grupo asbesto-amianto da variedade crisotila - dispensando a cada um, tratamento diferenciado, ainda que não integralmente.

14. Em relação ao grupo dos anfíbolios – vale dizer daqueles elencados em seu art. 1º, I, esse diploma legal vedou a sua extração, produção, industrialização e comercialização, bem como a dos produtos que o contenham. No concernente ao amianto do tipo crisotila essa vedação não se concretizou, impondo-se, todavia, expressas condições para o seu uso, no sentido de minimizar suas conseqüências.

15. Não obstante a ausência de proibição quanto à sua extração, produção, industrialização e comercialização, o inciso II desse dispositivo legal deixou patente limitações correspondentes, dentre outras, ao veto à pulverização de fibras de asbesto/amianto da variedade crisotila, além daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º do mesmo diploma. Outrossim, proibiu-se a venda a granel de fibras em pó, tanto do asbesto/amianto da variedade crisotila, como daquelas naturais e artificiais referidas neste mesmo art. 2º.

16. Este art., por sua vez, determina que os asbesto/amianto da variedade crisotila, (asbesto branco) do grupo dos minerais das serpentinas e demais fibras, que especifica, deverão ser extraídos, industrializados, utilizados e comercializados em consonância com as disposições desse diploma legal. Ou seja, tais atividades passaram a ser regradas especificadamente tendo em vista as suas propriedades potencialmente nocivas.

17. Destarte decorre da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 o reconhecimento inequívoco da nocividade do amianto crisotila, até porque a venda a granel de suas fibras em pó está expressamente vedada e, ainda, existe uma cláusula de exceção, condicionando a sua produção, industrialização, utilização e comercialização à observância das demais disposições da lei.

18. Estas impõem (arts. 4º, 5º e 10º) o desenvolvimento de programas sistemáticos de fiscalização, monitoramento e controle de riscos de exposição ao asbesto/amianto da variedade crisotila, com elaboração, pelas empresas que o manipularem, de listas de empregados que nelas trabalham, com indicação de dados direcionados ao controle da saúde desses operadores do mineral em tela. Da mesma forma, impõem ao transporte do crisotila, considerado de alto risco, a adoção de procedimentos para a hipótese de acidente que envolva a necessidade de ser reembalada a carga desse mineral quando transportada.

19. Evidencia-se, pois, a nocividade desse tipo do amianto, embora reflexamente qualificada como sendo de teor menor do que aquele emanado de outros tipos de asbesto/amianto, totalmente vedados pelo Legislador. O reconhecimento dessa nocividade, que tem lastro em estudos técnicos e na aferição dos resultados de seu emprego em diversas atividades em que o crisotila tem sido utilizado, não permite seja ela descartada. Trata-se, apenas, de gradação de sua intrínseca nocividade e não de ausência desta.

20. Mas a diferença de tratamento legislativo dessas espécies de asbesto/amianto decorreu, na época da promulgação da lei de regência, menos da sua intrínseca nocividade e sim da combinação de seu menor potencial ofensivo com a inexistência, naquela oportunidade, de sucedâneo idóneo inócuo para a saúde humana para substituir o amianto crisotila nas inúmeras modalidades de sua utilização. É o que decorre dos trabalhos legislativos que precederam a promulgação da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, a seguir explicitados.

IV – Antecedentes Legislativos da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995

21. Neste particular, a investigação dos antecedentes legislativos dessa mesma lei tem relevante importância, porque demonstra à saciedade, que a permissão vigiada da utilização do crisotila levou em consideração o momento histórico, em que se desenvolveram os trabalhos legislativos, e ainda a situação em que, na ocasião, encontrava-se o estado da técnica.

22. Com efeito, no curso desses trabalhos legislativos na Câmara dos Deputados e concernentes ao Projeto de Lei n.º 3.981 de 1993 de iniciativa do Deputado Eduardo Jorge, foi apresentado um substitutivo pelo seu relator, Deputado Antonio Faleiros, o qual resultou aprovado, convertendo-se no texto da lei em tela. Na apresentação do

relatório concernente ao mencionado projeto, o seu relator, tornou patente o seu entendimento e a sua posição no sentido de ser favorável ao substitutivo porque, em suas palavras:

“Se nós tivéssemos tido a oportunidade de conhecer uma fibra alternativa que pudesse ser totalmente inócua à saúde do trabalhador e conhecida como é o asbesto – sabemos que o asbesto tem as suas particularidades de agressão à saúde, mas são conhecidos todo o seu ciclo e todas as doenças dele decorrentes - e com as características do asbesto, nós, talvez, teríamos tido uma outra conduta e até, por que não, aprovado o projeto do Deputado Eduardo Jorge. Mas, como já disse no início, volto a repetir, não vemos como banir uma substância conhecida que poderá com os estudos científicos desenvolvidos sobre ela, se apresentar como agressiva à saúde, tanto quanto é o asbesto. Esse foi o motivo do substitutivo.”

23. Por isso mesmo autorizou-se a utilização do crisotila, aprovando-se tal substitutivo, que impôs uma relativa liberdade controlada para a extração, produção, industrialização e comercialização do crisotila, somente porque, à época da implantação dessa disciplina legal, inexistia qualquer sucedâneo idóneo comprovadamente inócuo para o substituir. Portanto, o tratamento mais leniente para o crisotila decorreu do estado da técnica por ocasião da elaboração da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 e não do reconhecimento da inocuidade desse mineral para a vida e saúde humanas ou para o meio ambiente.

V – Alteração do Estado da Técnica

24. A situação, que justificou o tratamento diferenciado em favor do crisotila, ou seja a inexistência de sucedâneo inócuo e adequado para o seu uso não mais subsiste, devendo, pois, se impor aos mineradores, produtores, industrializadores e comerciantes do amianto crisotila e dos produtos que o albergam, a total proibição da utilização desse mineral nas atividades que o envolvam, até porque é de notório conhecimento a existência de sucedâneos para o seu uso. Eventual diferença de preços entre um e outros materiais não justifica a renitência no seu uso, até porque será ela carreada aos indiretamente aos consumidores, que se beneficiarão com a proscrição de substância lesiva à sua saúde.

25. Deveras, com a evolução do estado da técnica vieram ser produzidas fibras sintéticas suficientemente hábeis, para substituir o crisotila, como v.g., fios de álcool polivinílico – PVA- e fios de polipropileno, sendo certo que a sua inocuidade para a saúde pública e para o meio ambiente encontra-se atualmente comprovada cientificamente. Portanto, não mais subsiste a necessidade de se utilizar o amianto, qualquer que seja a sua espécie, nas atividades em que, até então, era empregado, considerando-se que todas suas espécies, em maior ou menor grau, são nocivas para a saúde pública e para o meio ambiente, bens esses constitucionalmente respaldados.

26. Impende, destarte, a elaboração e aprovação de novo diploma legal que elimine o risco decorrente da utilização do amianto crisotila, que, embora não seja tão nocivo como outras espécies desse mineral, é reconhecidamente prejudicial a tais bens jurídicos. Na ausência de tal vedação, é de se reconhecer que a Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, no que concerne à autorização para o uso controlado do crisotila, passou a afrontar os textos constitucionais asseguradores da saúde e de um meio ambiente

hígido, ocorrendo, na hipótese, o fenômeno da inconstitucionalização superveniente da norma jurídica vigente pelo desaparecimento do substrato fático que lhe deu origem e conseqüente emergência de sua colisão com os textos constitucionais.

27. Deveras, não mais subsistindo o suporte fático propiciador da permissão legal para a utilização mesmo controlada e cercada de exigências para minimizar sua nocividade, desaparece qualquer impedimento ao veto a tal utilização contrária aos textos constitucionais que respaldam a saúde humana e o meio ambiente. Em nada socorre tal permissão a ocorrência de menor nocividade do crisotila. Esse menor grau de nocividade infastável não serve de justificativa para a manutenção do “status quo” legal. Máxime se pode ser evitada essa situação hábil a produzir riscos irreversíveis a tais bens jurídicos.

28. Ainda que essa nocividade não estivesse comprovada, o que se reconhece apenas para fins dialéticos, o princípio da precaução seria suficiente para impor tal proibição, considerando-se sempre a existência de sucedâneos hábeis a suprir, sem qualquer risco, o amianto a ser banido. Não há como correr risco no que diz respeito a bens jurídicos que podem ser afetados pelo uso de um mineral que se tornou supérfluo para as atividades em que era utilizado. A mera possibilidade de prejuízo e a irreversibilidade deste justificam a sua proibição.

29. Outrossim, desvenda-se injustificável para a manutenção da autorização legal para a sua utilização, a eventualidade de sua proibição implicar o encerramento de sua mineração com o desemprego dos trabalhadores que operam nesse mister. Em verdade tal argumento é mais de ordem econômica, a sustentar a prevalência de interesses dessa natureza travestidos em interesses sociais. Evidencia-se que o âmbito desse eventual desemprego não abrange os empregados nos ciclos de circulação do crisolita, ou seja, na sua industrialização e comercialização, pois neles a utilização do sucedâneo não inibirá a continuidade de tais atividades. Isto reduz sensivelmente o âmbito da perda de postos de trabalho, que será compensada com a eliminação de risco à saúde desses empregados.

30. Portanto esse argumento da autora da maioria das ações diretas de inconstitucionalidade de leis estaduais, que, com maior ou menor intensidade, proíbem as atividades com o crisolita, ou seja, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, quanto à eliminação de milhares de postos de trabalho não passa de uma forma de hipertrofiar “ad terrorem” os eventuais efeitos da vedação ao crisotila. Ademais, como é fundamental, interesses econômicos não podem contrapor-se a bens jurídicos constitucionalmente assegurados.

31. Com efeito, enquanto eventual desemprego poderá ser eliminado com a recolocação dos empregados, que perderem seus postos de trabalho em outras atividades, a saúde humana e o meio ambiente não comportam em regra uma repriminção após sua contaminação por esse nocivo mineral. Por isso mesmo são eles tutelados pela Constituição Federal, configurando, em síntese, o direito de cada indivíduo neste país a uma vida digna, que se consubstancia no radical afastamento de riscos para a sua existência, saúde (art. 196 da Constituição Federal) e na manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal).

32. A nocividade à saúde pública e conseqüente aptidão para desencadear patologias altamente agressivas e mortais, bem como a potencialidade para afetar o meio ambiente com produtos e resíduos a ele danosos seriam mais do que suficientes para a proscrição definitiva desse mineral nas atividades em que é ele utilizado e, mesmo, para banir, definitiva e integralmente, seu contato com a população brasileira.

33. A radicalização do combate à extração, produção, industrialização e comércio do amianto e, conseqüentemente, também de sua espécie menos agressiva, mas igualmente nociva, torna-se mais premente porque, em regra, os produtos que se utilizam desse

mineral são de consumo das classes menos favorecidas da população brasileira, considerando seu normal emprego em materiais de construção das residências mais modestas, o que implica a ocorrência do contato direto e constante de seus habitantes com esse perigoso mineral.

34. Aliás, o exame do panorama internacional do comércio do amianto demonstra que, a despeito das restrições impostas por diversos Estados, continua sendo ele dirigido precipuamente para aqueles subdesenvolvidos, nos quais a tutela da saúde pública e do meio ambiente não se faz com o necessário rigor. Prevalecem, assim, neles os interesses comerciais de empresas multinacionais sobre a proteção de bens jurídicos de maior relevância para as suas populações.

35. No Brasil, a despeito do advento da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, os interesses comerciais ainda prevalecem relativamente à saúde da população com a manutenção da permissão da extração e do uso do crisotila. No Estado de Goiás situa-se a única ou principal jazida de amianto do país, a qual vem sendo explorada comercialmente pela empresa SAMA, que fornece o crisotila e defende a permanência de sua exploração, arrimada no texto daquele diploma legal e na sustentação “pro domo sua” da inocuidade desse mineral. Contrariamente, organizações não governamentais têm porfiado em postular a proibição das atividades envolvendo o crisotila. Assim, dentre outras, a ABREA—Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto e a ABIFIBRO — Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Fibrocimento.

VI – Leis Estaduais Vedando o Amianto Crisotila

36. Na esteira dessa tendência universal contrária ao uso do amianto, qualquer que seja a sua espécie, alguns Estados Membros, na sua faina legislativa promulgaram leis proibindo de forma mais ou menos ampla a exploração, industrialização e comercialização do amianto crisotila, que vem sendo extraído e produzido no país. Assim ocorreu com leis estaduais de Mato Grosso do Sul, de São Paulo, do Rio Grande do Sul, de Pernambuco e do Rio de Janeiro, em relação às quais foi suscitada sua inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

37. Das ações diretas de declaração de inconstitucionalidade ajuizadas relativamente às leis estaduais acima mencionadas, duas delas – as que tiveram por objeto as leis de São Paulo – ADI n.º 2.656-/SP e de Mato Grosso do Sul ADI n.º 2.396-9/MS – findaram-se com o reconhecimento da sua inconstitucionalidade formal, por reconhecida usurpação da competência legislativa da União. As demais, ADIs n.º 406 RJ, ADI n.º 3356/PE e ADI n.º 3357/RS encontram-se sendo processadas, com pedidos de vista formulados por alguns dos Eminentes Ministros do Excelso Pretório.

38. Mais recentemente, a Lei paulista n.º 12.684, de 26 de julho de 2007, que dispõe sobre a proibição da utilização do crisotila no Estado de São Paulo, foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade – ADI n.º 3937/SP – aforada perante o Supremo Tribunal Federal também pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, que, também ajuizou quase a totalidade das ações diretas acima mencionadas. Além dessa ADI, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo propôs perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo uma outra, a ADI n.º 152.105-0 Tribunal Justiça São Paulo pleiteando a declaração da inconstitucionalidade dessa mesma lei estadual. Nesta última ação, foi concedida a liminar pleiteada, cujos efeitos foram suspensos em razão do decidido em reclamação ajuizada pelo Estado de São Paulo contra essa decisão, tendo sido tirado agravo regimental pela Reclamada.

39. Invocam-se nessas ações, dentre outros argumentos, a ocorrência de invasão da competência legislativa da União Federal, colacionando-se, em abono desse fundamento, os precedentes resultantes das decisões do Supremo Tribunal Federal

favoráveis a essa tese nas ADIs n.º 2.656-/SP e n.º 2.396-9/MS- e, “a latere”, na inocuidade do crisotila e em supostos prejuízos que advirão para os empregados da mineradora SAMA e das empresas que se utilizam do crisotila. O número desses empregados, como já acentuado supra, tem sido hipertrofiado para fins de gerar a impressão de um risco grave de desemprego decorrente de extinção de postos de trabalho, na hipótese de serem mantidas as vedações impostas pelas leis estaduais.

VII – Predominância de Interesses Econômicos. A Posição do Supremo Tribunal Federal

40. Em verdade o que ocorre é o conflito entre interesses econômicos, escorados em suposto risco de dano social decorrente de desemprego ocasionado pela vedação da extração, industrialização e comercialização do crisotila, e os bens jurídicos tutelados pela Constituição. Os argumentos de natureza jurídica invocados pelos autores de tais ADIs, mascaram tal conflito que, em termos de relevância dos bens jurídicos confrontados, haverá necessariamente de se resolver em favor da saúde pública e do meio ambiente.

41. Do exame da questão central das ações diretas de inconstitucionalidade para a sua solução definitiva, delineiam-se nesse Excelso Sodalício duas posições básicas. Uma, que tem sido mantida no sentido de se focar o alegado conflito entre as leis estaduais e a Constituição sob uma ótica dogmático-formal, considerando e prestigiando a rigidez da distribuição da competência legislativa estabelecida pela Constituição Federal, e outra atenta à predominância dos bens jurídicos tutelados na mesma Carta Magna, sobre quaisquer restrições decorrentes de tal distribuição, que deve ser flexibilizada para atender essa tutela.

42. A questão atinente à matéria fática envolvida nas ações supra: nocividade do amianto crisotila, parece desmerecer maiores considerações, pois se encontra suficientemente demonstrada. Aliás, isso resulta do próprio texto da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, que a reconhece, ainda que com o tempero de lhe impor determinadas restrições a seu respeito. Por sua vez, a existência de sucedâneos idôneos e inócuos desse mineral, também se torna, em face do estado da técnica, indiscutível, assim como a sua manifesta inocuidade relativamente à saúde pública e ao meio ambiente.

43. Cabe, pois, o exame da compatibilidade das leis estaduais com as normas constitucionais que disciplinam essa matéria. Nesta, a questão atinente à competência para legislar sobre a saúde pública e o meio ambiente merece específicas considerações. Do texto constitucional – art. 24 - infere-se a competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre: VI - a proteção do meio ambiente e XII - a proteção e defesa da saúde. A Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 cuida exatamente dessas matérias, considerando-se os efeitos nocivos do amianto crisotila relativamente à saúde humana e ao meio ambiente.

VIII – Normas Gerais na Constituição

44. Dispõe, ainda, esse dispositivo constitucional em seu parágrafo 1º, que “no âmbito da competência concorrente aquela da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”. Ora, como tem sido definido na doutrina e na jurisprudência, as normas gerais, para efeito de distribuição da competência legislativa devem apresentar um tônus de generalidade que extrapole aquele que caracteriza todas as leis, o que não ocorre na Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, no que concerne ao crisotila.

45. São as disposições a ele relativas, normas particularizantes, incompatíveis com o conceito de normas gerais, em relação às quais atua a competência da União na esfera da competência concorrente. Efetivamente, a permissão, no bojo de uma vedação geral, não pode ser interpretada como uma norma dotada de tal generalidade. Com efeito, embora se referindo às licitações, pondera com o peso de sua autoridade Celso Antonio Bandeira de Mello:

*“Normas que estabelecem particularizadas definições, que minudenciam condições específicas para licitar ou para contratar, que definem valores, prazos e requisitos de publicidade, que arrolam exhaustivamente modalidades licitatórias e caso de dispensa, que regulam registros cadastrais, que assinalam com minúcia o iter e o regime procedimental, os recursos cabíveis, os prazos de interposição, que arrolam documentos exigíveis de licitantes, que preestabelecem cláusulas obrigatórias de contratos, que dispõem até sobre encargos administrativos da administração contratante no acompanhamento da execução da avença, que regulam penalidades administrativas, inclusive quanto aos tipos e casos em que cabem, evidenciam sobre não serem de Direito Financeiro, menos ainda serão normas gerais, salvo no sentido de que toda norma – por sê-lo – é geral. Se isso fosse norma geral, estaria apagada a distinção constitucional entre norma, simplesmente, e norma geral.”*² (sem destaque no original)

46. Efetivamente, como explicita Lucía Valle Figueiredo, as normas gerais têm como principais efeitos: 1) a legislação homogênea geral, não particularizante para as pessoas políticas; 2) o cumprimento, ainda, dos princípios constitucionais expressos e implícitos; 3) o coarctamento da legislação dos entes federativos, no que deve ser preservado homogeneamente, para se obter segurança e certeza jurídicas.³

47. Não se ignora o conceito relativamente fluído de norma geral no arcabouço constitucional. A esse respeito é de se colacionar voto do eminente Ministro Carlos Velloso proferido na ADI n.º 973-3 do Estado do Rio Grande do Sul, verbis:

“(…) A formulação do conceito de normas gerais é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei no sentido material – norma geral abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, como seria a de lei de “normas gerais” referida na Constituição? Penso que essas “normas gerais” devem apresentar generalidade maior do que apresentem, de regra, as leis. Penso que norma geral, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências.”

² Cf. Licitações in Revista de Direito Público, vol./83, p. 16

³ Cf. Discriminação Constitucional das Competências Ambientais, in Rev. de Direito Ambiental, S.Paulo, RT, vol. 35 p. 50.

48. Contudo, a moldura caracterizada pela sua generalidade não deve comportar normas especiais relativas a casos particularíssimos, como é o caso da permissão do uso da crisotila, ao arrepio de princípios constitucionais, que respaldam a tutela dos multicitados bens jurídicos, saúde pública, meio ambiente e, também, com suporte constitucional, o consumidor. Máxime sendo escopo da norma geral federal o estrito atendimento de tais princípios, que restam agredidos com a permanência do uso do amianto ainda que apenas do tipo crisotila, também ensejador do risco de produção de efeitos deletérios para os referidos bens jurídicos, como, aliás, reconhece a própria legislação federal.

49. Em se tratando perigo concreto ou, mesmo, de risco, não pode o Legislador desconsiderar a ameaça que ele representa para a vida humana em qualquer de suas dimensões e circunstâncias. Risco de dano irreparável ou de difícil reparação, como sucede com a incidência de neoplasias malignas, normalmente causadoras de óbitos, decorrentes de contato maior ou menor com o amianto, exige a atuação do princípio da precaução. Esse princípio expressamente previsto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VI diz respeito à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos como direito básico do consumidor, princípio esse conotado ao direito à proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

50. Como preleciona a doutrina, tal princípio objetiva afastar não apenas o surgimento de danos, mas, sobretudo, o perigo de ocorrência de tais danos⁴. Esse princípio da precaução, também denominado princípio da prevenção, embora com este não se confunda⁵, é matéria pacificada no plano do direito ambiental, do qual, de resto, foi transplantado para ao Código de Defesa do Consumidor, inequivocamente direcionado à tutela dessa figura humana.

51. Assim, é certo que, consoante a doutrina ambientalista plenamente aplicável à espécie, para a sua atuação, não se faz mister que se tenha prova científica absoluta que ocorrerá o dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível para que não se deixe para depois as medidas efetivas de proteção ao ambiente. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao meio ambiente, a solução deve ser favorável a estes e não ao lucro imediato - por mais atraentes que seja para as gerações presentes⁶. Cuida-se, também, nessa posição doutrinária de “dano ao homem”, presente na utilização do amianto inclusive do tipo crisotila.

IX – Prevalência de Direitos Individuais que Respaldam a Dignidade da Pessoa Humana

52. Não pode haver dúvida a respeito da prevalência dos direitos individuais conotados à dignidade da pessoa humana sobre meros interesses econômicos, ainda que ocultos sob a aparência de tutela de direitos sociais. Trata-se de princípio fundamental, do qual decorrem os direitos individuais albergados na Constituição, além de outros especificamente nela respaldados, inseríveis na órbita dos direitos humanos. Aliás, a relevância desses direitos foi reconhecida na Emenda Constitucional n.º 45, de 8

⁴ Cf. DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico, S.Paulo, Ed. Max Limonad, 1997, p. 54.

⁵ Não há harmonia na doutrina a respeito da paridade de conceitos do princípio da precaução e do princípio de prevenção. V. respeito Paulo de Bessa Antunes, Direito Ambiental, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Iuris, 2004, p. 25.

⁶ Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, 7ª ed., S.Paulo, Malheiros, 1998, p. 570.

de dezembro de 2004, que outorgou dignidade constitucional aos tratados internacionais relativos a direitos humanos, aprovados por maioria qualificada em ambas as Casas do Congresso Nacional. Estes se convolvem em emendas constitucionais, o que põe em evidência a importância atribuída pelo Constituinte à proteção dos direitos dessa natureza.

53. Por isso, muito embora esse princípio estivesse, no passado, topicamente no mesmo plano dos demais ali elencados, reconhece-se, atualmente, a sua posição dominante na hierarquia axiológica, que informa a Constituição Federal considerando-se estar o seu objeto em patamar superior relativamente àquele em que se situam os demais princípios que a estruturam.

54. Nesse sentido já foi dito que “é ela, a dignidade, o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e primeiro fundamento de todo o sistema constitucional”, razão pela qual não pode ser desconsiderada, quer na fase da elaboração da lei, como naquela da sua aplicação.

55. Portanto, a exegese da Constituição há se de fazer consoante uma nova hermenêutica constitucional, partindo-se dessa premissa fundamental, ou seja, a tutela da dignidade da pessoa humana, que alberga, inequivocamente, o direito à saúde, a um meio ambiente ecologicamente saudável e a garantia do consumo de produtos insusceptíveis de produzirem danos ao ambiente e aos consumidores.

X – Competência Concorrente

56. No que concerne à denominada competência concorrente, que um perfunctório exame do histórico desse fenômeno nas Constituições do Brasil demonstra, torna-se patente a subsistência desse instituto em todas as Constituições da República. Mas se faz mister observar que, consoante o magistério de Manuel Gonçalves Ferreira Filho⁷, comporta esse tipo de competência duas espécies diferenciadas. São elas a competência cumulativa e a não cumulativa. A primeira ocorrerá sempre que não houver limites prévios para o exercício da competência, seja por parte da União, seja do Estado-Membro. Nessa espécie de competência concorrente não poderá haver conflito entre a norma editada pela União com aquela decorrente da faina legisferante do Estado-Membro, aplicando-se ao caso o brocardo alemão: “*Bundesrecht bricht Landesrecht*”.

57. Na competência não cumulativa, prossegue o mesmo jurista⁸, estabelece-se uma repartição vertical. Dentro de um mesmo campo material, é reservado um nível superior para o ente federativo mais alto, no caso a União, deixando-se para os Estados-Membros a sua complementação. Na hipótese de inexistência de legislação da União, ou melhor, de normas gerais desta, os Estados-Membros exercitam a sua competência, disciplinando a matéria, até que venha a lei geral da União, com a qual a legislação estadual deve estar em relação de harmonia e de complementariedade.

58. Isto significa que devem as normas gerais da União e as leis estaduais convergir para o mesmo escopo, nesse plano de repartição vertical de competências. No caso do crisotila, verifica-se que as leis estaduais e a federal confluem, aliás, de forma explícita, no sentido da tutela da saúde pública, do consumidor enquanto titular de direitos, e, ainda, do meio ambiente. Todos esses bens jurídicos estão reportados à dignidade da pessoa humana, cuja tutela é o escopo maior de ambas as categorias de leis como se demonstra a seguir.

⁷ Cf. NUNES, Luiz Antonio Rizzato, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, S.Paulo, Saraiva, 2000, p. 16.

⁸ Cf. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, S.Paulo, Saraiva, 1988, v.1, p. 189.

⁹ Cf. op. loc cit.

59. Admitindo-se a lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 como uma norma geral – o que pode ser questionado, protetora da saúde humana e do meio ambiente, cabe verificar se existe efetivamente incompatibilidade entre ela e as diversas leis estaduais que objetivam proscrever também o amianto crisotila nas atividades e em que vem sendo atualmente empregado.

60. Como acima já acenado, esse diploma legal, em seu art. 1º, vedou, no território nacional, a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita, antofilita, crocidolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfíbios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais, e, outrossim, a pulverização de todos os tipos de fibras, inclusive do amianto crisotila, e a venda a granel de fibras em pó. Evidentemente, o fez tendo em vista a natureza nociva dessas substâncias tanto para a saúde pública, como a dos consumidores que se utilizem dos produtos que têm entre seus componentes esses minerais.

61. A produção científica especializada, praticamente de todo o mundo civilizado, reconhece a nocividade do amianto para a saúde humana e os tratados internacionais têm insistido na sua proscrição, inclusive na sua erradicação total, quando do surgimento de sucedâneo idôneo para o seu emprego. Consequentemente, o escopo maior da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 foi tutelar a saúde pública e indiretamente o meio ambiente e o consumidor dos produtos que contêm amianto, tendo em vista sempre a sua nocividade aos bens jurídicos acima reportados. Portanto, sua classificação, para efeito de sua categorização dentre aquelas matérias passíveis de legislação estadual concorrente com a federal, é de se fazer à luz dos itens V, e XII do art. 24 da Constituição Federal, que se reportam, respectivamente, à produção e consumo e à proteção e defesa da saúde.

62. Não fosse essa a sua abrangência, subsumir-se-ia tal diploma legal, sem maiores esforços de exegese no item VI do mesmo art. 24, que cuida da proteção do meio ambiente e do controle da poluição. Isto em razão da inequívoca aptidão do mineral em tela de favorecer a manutenção de uma situação inóspita para a população que com ele tem contato, diretamente ou através de produtos que o utilizem como um de seus elementos. Aliás, a própria Constituição, em seu art. 225, insere entre as incumbências do Poder Público para assegurar a efetividade do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida e para a qualidade de vida. Isso ocorre também como o amianto crisotila.

63. Da mesma forma, essa pré-citada lei encartar-se-ia no âmbito do inciso V do aludido art. 24 da Constituição, que versa o consumo, considerando-se que os adquirentes ou usuários dos produtos contaminados com o nocivo mineral fazem jus à tutela estatal, na medida em que podem ser por ele prejudicados, o que, de resto, autorizaria o encarte desta lei no item VIII do mesmo dispositivo constitucional, tendo-se em vista que este diz respeito à responsabilidade por dano ao consumidor.

64. Qualquer que seja a sua qualificação estará ela abrangida pela área da competência legislativa concorrente no plano legiferante entre a União, Estados e, destarte, sujeita à legislação complementar destes, em face de disciplina legal estabelecida por normas gerais da União. Esta, na Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, deixa patente reiterar-se, a natureza perigosa e nociva do amianto crisotila, mesmo permitindo a sua utilização sob determinadas condições.

65. Aliás, exatamente em razão dessa potencialidade para provocar danos à saúde e ao meio ambiente, que se impuseram restrições ao seu uso. Com efeito, como já acentuado, é vedada a utilização desse mineral em pulverizações e a sua venda em pó, incisos II e III do art. 1º; impõe-se a observância de limites de tolerância no contato com a crisotila, art 7º, e o seu transporte é considerado de alto risco, tanto assim que, em caso de acidente, a área deverá ser isolada, devendo o mineral ser reembalado dentro de normas de segurança.

66. Em suma, pois, reconheceu a lei federal que o amianto crisotila é, inegavelmente, um mineral prejudicial à saúde, ao meio ambiente e ao consumidor dos produtos que o contêm, tendo, tão somente, sido tolerado o seu uso em 1995, quando da promulgação dessa lei, porque o estado da técnica, na época, não ensejava a sua substituição por outro material com as mesmas características e possibilidades de utilização, mas inócua à saúde pública.

67. Mais, ainda, porque a sua proibição de imediato importaria em impactos negativos no mercado de trabalho e na produção nacional de diversos bens que exigiam a sua utilização. Novamente os interesses econômicos sobrepujaram o princípio do respeito à dignidade humana, centrado na manutenção da integridade físico-psíquica da população e na garantia de um meio ambiente livre de agentes poluidores causadores de moléstias incuráveis.

68. Como acima já assentado, esse diploma legal, em seu art. 1º, vedou, no território nacional, a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita, antofilita, crocidolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfíbios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais, e, outrossim, a pulverização de todos os tipos de fibras, inclusive do amianto crisotila, e a venda a granel de fibras em pó. Evidentemente, o fez tendo em vista a natureza nociva dessas substâncias tanto para a saúde pública, como a dos consumidores que se utilizem dos produtos que têm entre seus componentes esses minerais.

69. A produção científica especializada, praticamente em todo o mundo civilizado, reconhece a nocividade do amianto para a saúde humana e os tratados internacionais têm insistido na sua proscrição, inclusive na sua erradicação total, quando do surgimento de sucedâneo idôneo para o seu emprego. Consequentemente, o escopo maior da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 foi tutelar a saúde pública e indiretamente o meio ambiente e o consumidor dos produtos que contêm amianto, tendo em vista sempre a sua nocividade aos bens jurídicos acima reportados. Portanto, sua classificação, para efeito de sua categorização dentre aquelas matérias passíveis de legislação estadual concorrente com a federal, é de se fazer à luz dos itens V, e XII do art. 24 da Constituição Federal, que se reportam, respectivamente, à produção e consumo e à proteção e defesa da saúde pública.

70. Não fosse essa a sua abrangência, subsumir-se-ia tal diploma legal, sem maiores esforços de exegese no item VI do mesmo art. 24, que cuida da proteção do meio ambiente e do controle da poluição. Isto em razão da inequívoca aptidão do mineral em tela de favorecer a manutenção de uma situação inóspita para a população que com ele tem contato, diretamente ou através de produtos que o utilizem como um de seus elementos. Aliás, a própria Constituição, em seu art. 225, insere entre as incumbências do Poder Público para assegurar a efetividade do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida e para a qualidade de vida. Isso ocorre também com o amianto crisotila.

71. Da mesma forma, essa pré-citada lei encartar-se-ia no âmbito do inciso V do aludido art. 24 da Constituição, que versa o consumo, considerando-se que os adquirentes ou utentes dos produtos contaminados com o nocivo mineral fazem jus à tutela estatal, na medida em que podem ser por ele prejudicados, o que, de resto, autorizaria o encarte desta lei no item VIII do mesmo dispositivo constitucional, tendo-se em vista que este diz respeito à responsabilidade por dano ao consumidor.

72. Qualquer que seja a sua qualificação estará ela abrangida pela área da competência legislativa concorrente no plano legiferante entre a União, Estados e, destarte, sujeita à legislação complementar destes, em face de disciplina legal estabelecida

por normas gerais da União. Esta, na Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, deixa patente a natureza perigosa e nociva do amianto crisotila, mesmo permitindo a sua utilização sob determinadas condições. Aliás, exatamente em razão dessa potencialidade para provocar danos à saúde e ao meio ambiente, que se impuseram restrições ao seu uso. Com efeito, é vedada a utilização desse mineral em pulverizações e a sua venda em pó, incisos II e III do art. 1º; impõe-se a observância de limites de tolerância no contato com a crisotila, art. 7º, e o seu transporte é considerado de alto risco, tanto assim que, em caso de acidente, a área deverá ser isolada, devendo o mineral ser reembalado dentro de normas de segurança.

73. Em suma, pois, reconheceu a lei federal que o amianto crisotila é, inegavelmente, um mineral prejudicial à saúde, ao meio ambiente e ao consumidor dos produtos que o contenham, tendo, tão somente, sido tolerado o seu uso em 1995, quando da promulgação dessa lei, porque, como já reiterado, o estado da técnica, na época, não ensejava a sua substituição por outro material com as mesmas características e possibilidades de utilização, mas inócuo à saúde pública. Mais, ainda, porque a sua proibição de imediato importaria em impactos negativos no mercado de trabalho e na produção nacional. Novamente os interesses econômicos sobrepujaram o princípio do respeito à dignidade humana, centrado na manutenção da integridade físico-psíquica da população e na garantia de um meio ambiente livre de agentes poluidores causadores de moléstias incuráveis.

74. De qualquer forma o que se pretende resguardar com a exegese supra defendida dos arts. 22 e 24 da Constituição Federal relativamente à Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 é a constitucionalidade das leis estaduais que vedam com maior ou menor intensidade também o uso do crisotila. Se isso, contudo, não se aceitar, é de se reconhecer que seus dispositivos permissivos vieram sofrer processo de inconstitucionalização, consoante o que se demonstra a seguir.

XI – Inconstitucionalização do Art. 2º da Lei N.º 9.055, de 10 de julho de 1995, com Repercussões nos Demais Dispositivos desse Diploma Legal, que a ele se reportam

75. O fenômeno da inconstitucionalização de leis não é matéria desconhecida na órbita do direito constitucional, e deverá ser considerada no caso do art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 se mantida a orientação formalista do Supremo Tribunal Federal até então adotada relativamente às leis estaduais que vedam o uso do crisotila.

76. Isto porque, como se demonstra infra, ocorreu a superação do fato legislativo que fundamentou a norma de exceção consubstanciada no referido art. 2º. Deveras, a incursão pelos trabalhos legislativos que culminaram com a edição da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 permite verificar que, para autorizar algumas modalidades de exploração da crisotila e, nesse sentido, fazer constar, do referido diploma legal, a disposição excepcionadora encartada no art. 2º, o legislador pressupôs e adotou um fato legislativo, qual seja a ausência de um substituto conhecido e confiável para o amianto crisotila.

77. O conceito de “fato legislativo” indispensável para melhor compreensão da questão em exame é explicitado pelo Eminentíssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes como segue:

“Evidentemente, a idéia de fatos legislativos não é precisa e, até intuitivamente, revela-se mais ampla do que o conceito jurídico-processual da questão de fato, entendendo-se como tal todo e qualquer ‘fato real’ (‘realer Sachverhalt’) que tenha relevo para aplicação de uma norma.

Em tese de doutorado que se converteu em estudo clássico

sobre a matéria, Phillipi procede à classificação dos fatos legislativos em ‘fatos históricos’ (historische Tatsache), ‘fatos atuais’ (gegenwärtige Tatsachen) e ‘eventos futuros’ (zukünftige Tatsachen).

Enquanto os ‘fatos históricos’ referem-se a análises de ‘fatos legislativos históricos’ que deram ensejo a determinadas decisões, a investigação sobre ‘fatos legislativos atuais’ envolve um variado elenco de temas, que envolve não só o objeto de determinadas organizações (partidos políticos cuja atividade seja censurada como possivelmente inconstitucional), a verificação de tratamento equiparatório ou desequiparatório (eventual violação ao princípio da igualdade), o exame de possível desigualdade eleitoral (Wahlrechtsungleichheit), mas também a aferição dos efeitos radioativos de determinados medicamentos, que poderiam legitimar a sua prescrição apenas por médicos estabelecidos em hospitais e instituições de pesquisa, a alteração de estruturas econômicas e sociais que poderiam levar ou consolidar um processo de inconstitucionalização de uma lei, e as questões de caráter fundamental a respeito de concepções políticas, religiosas e filosóficas (criminalização do homossexualismo, descriminalização do aborto).

Phillipi observa que o Tribunal procura basear as suas investigações sobre os fatos legislativos em análises as mais diversas, as mais das vezes de índole empírica. Algumas vezes o tribunal socorre-se de argumentos relacionados com a experiência comum (não-empírico).

Na verificação desses fatos, o Tribunal utiliza documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos e análises de peritos ou experts.

Tal como apontado por Phillipi, a Corte apóia-se com freqüência em pareceres de peritos ou de grêmios de peritos, privilegiando, nesse caso, uma composição pluralista.¹⁰”

78. Naqueles trabalhos legislativos que resultaram na edição da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, não houve disputa quanto à nocividade do amianto. Ocorre que também não houve a indicação de um substituto que fosse comprovadamente inofensivo à saúde e ao meio ambiente. Com efeito, como já ressaltado, conquanto tivesse sido efetivamente constatada a nocividade do amianto, a ausência de uma alternativa segura fez com que se tolerasse a sua utilização, condicionada à observância de determinadas condições.

79. Portanto, o exame daqueles trabalhos legislativos permite concluir que, se substituto confiável houvesse, a postura legislativa seria no sentido da proscrição de toda e qualquer variedade de amianto. Afigura-se evidente, portanto, que a decisão legislativa consubstanciada na norma excepcionadora constante do art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 estava amparada em um fato legislativo que, à época, era atual: a ausência de um substituto confiável.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. – 2ª ed. – São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999, pp. 507 e 508.

80. Considerando-se a da circunstância de ter o legislador efetivamente constatado a nocividade do amianto, é indubitoso que a tolerância ao uso dessa substância constitui uma restrição aos seguintes direitos fundamentais: (i) direito à saúde; (ii) direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; e (iii) direito à vida. Sendo assim é mister ter presente a seguinte advertência do Eminentíssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.”¹¹

81. Considerando-se o panorama fático então presente, pode-se concluir sem sombra de dúvidas que o legislador lastreado na inexistência a época substituto confiável para o crisotila. Procedeu uma ponderação de bens ao optar pela tolerância do uso desse mineral. A despeito da certeza quanto à nocividade da crisotila, o legislador entendeu que, à míngua de um substituto confiável, a repercussão sócio-econômica do banimento implicaria efeitos mais graves do que tolerar os riscos do uso da crisotila.

82. Inexistindo um sucedâneo confiável, a exceção à proibição do amianto em favor do crisotila, resultou de um juízo sobre a sua proporcionalidade. No ensinamento do Eminentíssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

“Essa nova orientação [afirmação da constitucionalidade de restrições a direitos à luz do princípio da proporcionalidade, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar de rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).

O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.”¹²

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 83.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 83.

83. Foram, assim, dois os fins perseguidos pelo legislador ao excepcionar a proibição à utilização do amianto: (i) evitar que, em vez do amianto, passasse a ser utilizado um produto que eventualmente poderia se revelar ainda mais nocivo; e (ii) evitar a negativa repercussão sócio-econômica que adviria da proibição total do uso do amianto, considerada a inexistência de um substituto confiável. Já o meio utilizado para tanto consistiu na adoção do dispositivo legal que excepciona a proibição à utilização do amianto permitindo a exploração do crisotila.

84. Na ocasião tal medida legislativa adotada parecia adequada para o atingimento de tais objetivos. Isto porque à época da edição da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, não havia certeza de que a adoção de uma fibra alternativa não ofereceria os mesmos riscos. Além do mais o legislador pressupôs que a proibição generalizada do amianto e das fibras alternativas inviabilizaria uma série de atividades econômicas, com graves impactos sociais e econômicos.

85. Questionável também era o prognóstico realizado pelo legislador ao pressupor que haveria a possibilidade de uso controlado do amianto. Manifestações de especialistas na matéria não consideravam factível tal uso controlado do amianto, as quais foram desconsideradas. Em verdade a presença de um substituto confiável impediria que, em juízo sobre a proporcionalidade e necessidade, a cláusula de exceção beneficiadora do crisotila, não teria se convertido em lei.

86. Aliás, confirmando o acima exposto verifica-se que o legislador antevendo a superação do fato legislativo em que se amparou impôs a atualização das normas relativas ao amianto, conforme o estatuído no art. 3º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995.

87. Tanto isso é verdade – e, para além de ser verdade, confirma que a ausência de um substituto confiável fundamentou e legitimou a decisão de tolerar o uso da crisotila – que o próprio legislador, antevendo a possibilidade de o fato legislativo em que se amparara ser superado pela evolução técnica, determinou a atualização das normas relativas ao amianto, conforme se verifica dos já transcritos arts. 3º e 10 da Convenção n.º 162 da OIT e 3º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, os primeiros acima transcritos e este último com a seguinte redação:

“Art. 3º Ficam mantidas as atuais normas relativas ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais referidas no artigo anterior, contidas na legislação de segurança, higiene e medicina do trabalho, nos acordos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil e nos acordos assinados entre os sindicatos de trabalhadores e os seus empregadores, atualizadas sempre que necessário.”¹³

88. Ora, o esgarçamento do fato legislativo ocorreu paulatinamente. Desenvolveram-se técnicas – tanto no exterior como no Brasil – para a produção de fibras em condições de substituir o crisotila, sem oferecer qualquer risco para os que com elas mantiverem contato. Assim o fio de Alcool Polivinílico – PVA – o fio de polipropileno – PP – todos inócuos para a saúde pública ou o meio ambiente.

89. Portanto, evidencia-se o processo de inconstitucionalização pelo qual passou o art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995. Ele decorreu de vários fatores. Assim, da inércia do legislador, pois, muito embora tenha surgido um substituto confiável para o amianto, o legislador nacional, contrariando a determinação da Convenção OIT n.º 162 e a sua própria determinação de atualização da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, permaneceu inerte.

¹³ Original sem destaques.

90. Consoante já verificado, a Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, por seu art. 3º, manteve a Convenção 162 da OIT, a qual impõe a adoção, pela Legislação Nacional do Estado partícipe, de medidas, desde que possíveis, hábeis à substituição do asbesto/amianto, inclusive daquele da variedade crisotila, por substâncias não lesivas à saúde pública. Demais disso, a própria Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, no mesmo art. 3º, impõe a necessidade de sua atualização.

91. O art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 foi elaborado à luz de uma realidade que deixou de existir, ou seja, o fato legislativo que amparava a decisão legislativa consubstanciada no referido art. 2º – qual seja a ausência de substituto confiável para o amianto – foi superado pelo decurso do tempo, pelo ulterior advento da técnica. A indispensabilidade do amianto da variedade crisotila já não mais se verifica.

92. Afigura-se evidente, portanto, que o art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, o qual permitia algumas modalidades de exploração do amianto da variedade crisotila, passou por um autêntico processo de inconstitucionalização, uma vez que sua legitimidade estava assentada em um fato legislativo que sucumbiu com a evolução da técnica.

93. O processo de inconstitucionalização já passou pelo crivo da doutrina e da jurisprudência. Com efeito, consoante anota o Eminentíssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

“A doutrina constitucional admite a caracterização da inconstitucionalidade da lei tendo em vista significativa alteração das relações fáticas (tatsächliche Verhältnisse). Assim, a norma legal que não pode ser acoimada de inconstitucional, ao tempo de sua edição, torna-se suscetível de censura judicial em virtude de uma profunda mudança nas relações fáticas, configurando o processo de inconstitucionalização ou der Prozess des Verfassungswidrigwerdens.¹⁴”

94. A questão da inconstitucionalização não gravita apenas em torno da órbita doutrinária. A demonstração de aceitação do fenômeno do processo de inconstitucionalização no direito constitucional brasileiro – e, também, do conspecto desse processo, a figura da “lei ainda constitucional” – é oferecida por diversos precedentes emanados do Colendo Supremo Tribunal Federal.

95. A respeitável decisão tomada no julgamento liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1504-4/RS retrata típico exemplo de processo de inconstitucionalização detonado por alterações das relações fáticas, conforme se infere do r. voto condutor, prolatado pelo Eminentíssimo Ministro Moreira Alves:

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 88.

A propósito da problemática relativa à inconstitucionalização, também digna de nota é a lição do Eminentíssimo Ministro Teori Albino Zavascki: “A norma, nascida validamente, pode se tornar incompatível com a Constituição também em razão de supervenientes modificações no estado de fato.

... a relação de harmonia entre a norma constitucional e as normas ordinárias poderá ficar comprometida por fatos sobrevindos, que alterem a realidade social. [...]

Não é de se estranhar, assim, a ocorrência do fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, acima referido: uma norma nascida em harmonia com a Constituição pode tornar-se com ela incompatível em face de substanciais mudanças da realidade social em que atua.” (ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 113 e 114).

“Com efeito, no caso, quando da edição dessas leis, tais dispositivos eram constitucionais [...]... esses arts. 3ºs, por mudança da situação fática ocorrida após a edição das leis que eles integram, passaram, pelo menos num exame para apreciação de medida liminar, a ser inconstitucionais a partir do momento em não foi possível a realização das eleições daquelas autoridades, o que inviabilizou a instalação desses municípios em 1º de janeiro de 1997, por inobservância dos dispositivos acima referidos. Trata-se de hipótese de inconstitucionalidade em virtude da significativa alteração das relações fáticas ocorridas após a edição dessas leis, à semelhança, de certa forma, com o que ocorre para a aplicação, pela Corte Constitucional Alemã, da técnica aplicável quando se configura o ‘Prozess des Verfassungswidrigwerdens’ (processo de inconstitucionalização).¹⁵”

96. A propósito do processo de inconstitucionalização e da figura da “lei ainda constitucional”, passagem clássica foi lançada pelo Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence:

“Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. *A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.*

2. *No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.¹⁶*

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1504-4/RS (Liminar), Min. relator Moreira Alves, DJ de 4 de abril de 1997, p. 11 do voto condutor do acórdão.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, RE 147.776/SP, Min. relator Sepúlveda Pertence, DJ de 19 de junho de 1998, ementa do acórdão.

97. Consoante assinala o Eminentíssimo Min. Celso de Mello acerca do entendimento jurisprudencial no sentido da aceitação da existência do fenômeno do processo de inconstitucionalização:

"[...] esse entendimento tem sido observado em sucessivas decisões proferidas por esta Suprema Corte (RE 196.857-SP (AgRg), Rel. Min. Ellen Gracie – RE 208.798-SP, Rel. Min. Sydney Sanches – RE 213.514-SP, Rel. Min. Moreira Alves – RE 229.810-SP, Rel. Min. Néri da Silveira – RE 295.740-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), como o demonstra o julgamento do RE 147.776-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence...¹⁷"

98. No que diz respeito ao presente caso, cumpre recordar que a exceção encartada no art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 passava no juízo quanto à sua proporcionalidade pela circunstância de não haver, à época, substituto confiável para o amianto, de modo que a tolerância ao seu uso era a única alternativa para evitar que: (i) passasse a ser utilizado, no lugar da crisotila, um produto que eventualmente pudesse se mostrar ainda mais nocivo à saúde e ao meio ambiente; e (ii) houvesse a supressão de atividades econômicas dependentes desse mineral e a conseqüente negativa e indesejada repercussão sócio-econômica que adviria da proibição total do uso do amianto.

99. O surgimento, como resultado da técnica, de sucedâneo para o uso do amianto, mediante o emprego de material que não oferece risco à saúde humana e ao meio ambiente, retirou o suporte para a manutenção do uso, ainda que condicionado, do amianto crisotila, suporte esse que, como salientado, se centrava nos interesses econômicos em jogo e na inexistência de tal sucedâneo. Em função da superveniente existência de um substituto, a norma excepcionadora não mais passa por um juízo sobre a sua proporcionalidade, considerado, sobretudo, o postulado da necessidade.

100. Consoante noticiado, hoje já existe um meio menos gravoso igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos quando se excepcionou a proibição ao uso do amianto. A utilização dos fios de PVA – Álcool Polivinílico – e de PP – polipropileno – não oferece qualquer risco à saúde e ao meio ambiente e, a par disso, não provoca qualquer repercussão econômico-social negativa, pois permite a reconversão das atividades econômicas que antes somente podiam ser exercidas mediante a utilização do amianto.

101. Portanto, não mais se justifica, quer sob o prisma técnico, como sob o econômico, a utilização de qualquer variedade de amianto. De conseguinte, não mais se justificam as restrições que o art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, ao tolerar o uso de um mineral nocivo à saúde e ao meio ambiente, impunha aos direitos fundamentais à saúde, ao meio ambiente e à vida.

102. Com efeito, as restrições que o art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 impunha aos aludidos direitos fundamentais perderam sua suposta legitimidade quando o fato legislativo que as fundamentava deixou de subsistir. Nesse ponto, é de proveito invocar a lume o magistério doutrinário do Eminentíssimo Min. Gilmar Ferreira Mendes a propósito da imbricação entre o processo de inconstitucionalização e o fato legislativo:

"O processo de inconstitucionalização da lei como decorrência de mudanças nas relações fáticas está a demonstrar a inevitabilidade de se apreciar, no juízo de constitucionalidade, o chamado fato legislativo. Infirma-se, assim, a concepção que restringe o controle de constitucionalidade a um processo de contraste entre regras de diferentes hierarquias, reconhecendo que a norma traduz uma determinada concepção da realidade, ou contém fragmentos dessa realidade. E, evidentemente, uma significativa mudança na situação apreendida pela proposição normativa pode deflagrar o processo de inconstitucionalização.¹⁸"

103. Na espécie, o processo de inconstitucionalização do art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995: (i) teve início com o advento da técnica que, mediante a utilização do fio de PVA, permitiu a substituição segura do amianto nos processos produtivos em que este mineral era empregado; (ii) intensificou-se quando essa técnica foi desenvolvida a partir de matéria-prima nacional, a saber, o fio de PP – polipropileno; e (iii) consolidou-se com o decurso, já verificado, de um tempo que pode ser considerado razoável para o desenvolvimento e implementação daquela técnica.

104. O transcurso de um tempo razoável para a implementação das técnicas substitutas à utilização do amianto é comprovado pela circunstância de já haver, em âmbito nacional, empresas que prescindem do amianto para fabricar produtos que antes somente com este mineral podiam ser fabricados. A experiência internacional também indica já ter transcorrido tempo razoável para a implementação das técnicas alternativas. Tanto assim o é que a Comissão das Comunidades Europeias, no Anexo I à Diretriz 769/69/EEC, lançada em 1999, fixou a data de 11 de janeiro de 2005 como termo para que a proscrição da utilização do amianto vigesse, sem exceções, em toda Comunidade.

105. Evidencia-se destarte que, hoje, o art. 2 da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 viola as seguintes normas constitucionais: (i) o princípio da proporcionalidade, cuja sede normativa tem assento no art. 5º, inciso LIV; (ii) o direito à vida, contemplado no caput do art. 5º (iii) o princípio da defesa do meio ambiente, plasmado no inciso VI do art. 170; (iv) o direito à saúde, previsto nos art. 6º, caput, e 196; (v) o caput do art. 225, que impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar para as presentes e futuras gerações o meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁹;

XII – Do art. 9º, § 1º, da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999 e do Exame de Fatos Legislativos pelo Colendo Supremo Tribunal Federal

106. Em hipóteses como a vertente, o Supremo Tribunal Federal, para firmar convencimento no sentido da violação às apontadas normas constitucionais, não necessita promover maiores perquirições destinadas a confirmar a incontestável nocividade do amianto, porquanto os trabalhos legislativos que culminaram com a edição da Lei Federal n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, assim como várias disposições dessa lei, conduzem à inquestionável conclusão de que o mineral em tela é nocivo à saúde e ao meio ambiente.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal, RE 341.717/SP, Min. relator Celso de Mello, DJ de 7 de agosto de 2002, p. 85, decisão monocrática.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 92. Original sem destaques.

¹⁹ O art. 225, caput, 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."

107. Os trabalhos legislativos examinados e a própria Lei Federal n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 são suficientes para tornar despidiendas informações adicionais, de modo que, para se chegar ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, suficiente será constatar que o fato legislativo considerado decisivo pelo legislador está manifestamente superado com o decurso do tempo e a evolução do estado da técnica.

108. Por sua vez, a nocividade de todas as variedades de amianto emerge inquestionável dos trabalhos legislativos antes examinados e foi constatada pela IARC – International Agency for Research on Câncer, da Organização Mundial da Saúde, bem como a confiabilidade dos fios substitutos já foi atestada até pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA –:

109. De qualquer forma, na hipótese de o Colendo Supremo Tribunal Federal entender que não há, nos autos, informações suficientes para comprovar a nocividade do amianto e a confiabilidade de seus substitutos, é imperioso que essa Corte valha-se da faculdade que lhe é outorgada pelo art. 9º, § 1º, da Lei n.º 9.868, de 10 novembro de 1999.

110. Isso porque as razões aqui expendidas, ainda que não se afigurem suficientes para comprovar a nocividade do amianto e a confiabilidade do fio de PVA e do fio de polipropileno, servem ao menos para demonstrar que a presente ação não pode ser decidida mediante uma simples operação jurídico-formal de confronto entre leis de planos federativos diversos.

111. Nos feitos em apreço, faz-se imperiosa a necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, na linha do que defende o Eminentíssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes em reflexões a propósito da aferição de fatos e prognoses legislativos no controle abstrato de normas:

“Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica.

É verdade que, às vezes, uma leitura do modelo hermenêutico-clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. [...]

É bem verdade que, se analisarmos criteriosamente a nossa jurisprudência constitucional, verificaremos que, também entre nós, se procede ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se verifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Nos Estados Unidos, o chamado Brandeis-Brief – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no ‘case Müller versus Oregon’ (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmitificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples ‘questão jurídica’ de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição.

Hoje, não há como negar a ‘comunicação entre norma e fato’ (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação

constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

... até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.²⁰”

112. Sendo assim, não pode o Supremo Tribunal Federal, na espécie, desprezar a realidade e atuar como se a solução a ser adotada dependesse apenas de um contraste entre textos.

113. Na hipótese vertente, uma atitude demissionária do Colendo Supremo Tribunal Federal quanto à constatação de que a tolerância ao uso do amianto não mais se legitima pode implicar a impossibilidade de defesa de direitos fundamentais como o direito à vida e à saúde, o que, para além de configurar uma violação de ordem jurídico-formal à Constituição Federal, resultará na produção de graves resultados no plano da realidade, como os que hoje já são vistos: morte de pessoas acometidas de enfermidades provocadas pelo amianto²¹.

114. É de superior importância, portanto, que o Colendo Supremo Tribunal Federal exerça sua competência de defesa da ordem jurídico-constitucional e dos direitos fundamentais, uma vez que uma postura refratária no presente caso pode relegar a solução da questão para o campo político e, a depender da solução que se tenha em tal seara, os efeitos podem ser desastrosos para a sociedade brasileira.

115. Cumpre ter em perspectiva, nesse contexto, a seguinte advertência feita pelo Eminentíssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

“... a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam à mercê do legislador. É, exatamente, a proteção judicial e o controle de constitucionalidade que outorgam efetividade a essas garantias.²²”

116. Seja apenas com os elementos constantes dos autos, seja com o acréscimo de informações adicionais colhidas com espedeque no art. 9º, § 1º, da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, faz-se imperioso o reconhecimento, na via incidental, da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, inconstitucionalidade essa superveniente, eis que decorrente de um processo de inconstitucionalização já consolidado.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. – 2ª ed. – São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999, pp. 505 a 507.

²¹ O caderno “Época Negócios”, encartado na revista Época de n.º 360, de 11 de abril de 2005, veicula matéria na qual, em suas pp. 10 a 13, noticia casos de morte decorrente de doenças causadas pelo amianto.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. – 2ª ed. – São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999, p. 33.

XIII – Da Constitucionalidade das Leis estaduais proscritoras do uso do Amianto.

a) Das leis estaduais proscritoras do uso do amianto e da efetivação de valores fundamentais da ordem jurídica:

117. Considerando-se a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055, de 10 de julho de 1995, as leis estaduais que vedam o uso do crisotila não podem ser acimadas de inconstitucionais sob o argumento de que contrariam a suposta norma geral consubstanciada naquele dispositivo legal, porquanto “seria inadmissível que o Supremo Tribunal Federal, para impor a observância da Constituição, não pudesse declarar inconstitucional o que realmente o seria”²³, consoante adverte o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves.

“Em verdade, as leis estaduais em tela, ao vedarem integralmente a utilização de qualquer variedade de amianto, tutelam valores fundamentais da ordem jurídica, como o direito à vida, à saúde, à integridade física e a um meio ambiente não agressivo ao homem. Tutela em valores da mais elevada importância na constelação axiológica que informa a Constituição Federal.

A universalidade dos direitos tutelados pelas leis proscritoras do uso do amianto é constatada a partir das legislações de diversos países do Mundo. A proibição ao uso do amianto vige.”

118. O elenco de diplomas legais de dezenas de Estados modernos, em diversos continentes, que já proibiram radicalmente o uso de todos os tipos de amianto, denota e comprova a nocividade desse mineral e justifica a exigência de providências para eliminar definitivamente o seu uso. Ao aderirem a esse elenco, as leis estaduais em tela coíbem os malefícios que do uso do amianto resultam para a saúde da população e para o meio ambiente, dando efetividade, assim, a valores fundamentais da ordem jurídica, os quais guardam relação direta com a dignidade da pessoa humana.

119. E o fazem sem contrariar lei federal de normas gerais, porquanto, consoante restou demonstrado, o art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 tornou-se inconstitucional, afigurando-se inapto para bloquear o exercício da competência legislativa concorrente dos Estados-membros.

b) Da inexistência de ofensa aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada

120. Finalmente não socorrem os defensores do crisotila a alegação de ofensa aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada. Como já foi dito antes, tais princípios cedem passo, mediante a necessária ponderação, àqueles que versam sobre a tutela de bens jurídicos mais relevantes, como são, indubitavelmente, a vida e saúde humanas e o meio ambiente.

121. Mesmo antes de ter conhecimento da existência de produtos substitutos do amianto, o Colendo Supremo Tribunal Federal, nos precedentes já examinados, afastava

²³ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RCL 383, Relator Min. Moreira Alves, DJ de 21 de maio de 1993, pp. 49 e 50 do voto condutor do acórdão.

as alegações de que as leis estaduais proscritoras do uso do amianto violavam os sobreditos princípios constitucionais, conforme se denota da seguinte passagem do respeitável voto proferido pela Min. Ellen Gracie no julgamento da ADI nº 2.396-9/MS:

“... não vislumbro ofensa ao art. 170, caput, e inciso II e IV da Carta Política posto que os princípios ali contidos não são aplicáveis isoladamente, mas se balancam e se conjugam para assegurar a ordem econômica que assegure a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.”²⁴

122. O pensamento de que os princípios constitucionais não são absolutos e não atuam isoladamente é reforçado pelo Eminentíssimo Min. Gilmar Ferreira Mendes, em respeitável voto acompanhado por unanimidade pelo Colendo Supremo Tribunal Federal:

“Ainda menos consistente se revela a alegação de violação dos arts. 5º, incisos XXII e XXIV, 170, incisos II e IV, 177, §§ 1º e 2º, da Constituição. É fácil ver que os princípios da livre concorrência, da propriedade privada e da livre iniciativa não podem ser concretizados em detrimento do interesse público, especialmente da defesa do consumidor. Nesse sentido, o texto constitucional é expresso ao estabelecer que ‘a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]’. A simples enunciação desses princípios afigura-se suficiente para demonstrar que o texto supõe uma relação equilibrada na aplicação dessas fórmulas de otimização, não podendo atribuir prevalência à idéia de livre concorrência em detrimento da devida proteção ao consumidor.”²⁵

123. A premissa, respaldada na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, de que os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada devem ser ponderados com princípios constitucionais outros, sobretudo com aqueles elencados pelo art. 170 da Constituição Federal, entre os quais figura o princípio da defesa do meio ambiente, conduz à conclusão de que, mesmo antes do desenvolvimento de um substituto confiável do amianto, a proscricção do seu uso não implicaria ofensa aos declinados princípios.

124. Isso porque o legislador, acaso optasse pela proibição total do amianto, estaria prestigiando direitos fundamentais como o direito à vida, ao meio ambiente e à saúde. Decerto, tal opção seria legítima, até porque estaria amparada na evidência, desprezada quando da elaboração do art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, de que o uso controlado do amianto, além de ser de duvidosa eficácia, era ineficaz.

125. Como deixa explícito o art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conceito que não se harmoniza com uma existência marcada por enfermidades incuráveis ou restritivas da própria aptidão para um trabalho também digno.

²⁴ P. 9 do voto proferido pela Eminentíssima Ministra.

²⁵ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 2334/DF, DJ de 30 de maio de 2003, pp. 5 e 6 do voto condutor do acórdão.

“Se o princípio da defesa do consumidor tem estatura jurídico-constitucional suficiente para justificar uma sua ponderação com os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada – como assentado no respeitável voto proferido na ADI 2334/DF, acima transcrito –, afigura-se seguro supor que estatura idêntica ou superior terão os princípios da dignidade da pessoa humana e da defesa do meio ambiente e os direitos à vida e à saúde.

Se àquela época já seria possível sustentar a legitimidade de leis proscritoras do uso do amianto, hoje não há como ter dúvida a respeito da legitimidade de leis desse teor, pois, com o advento da técnica que permite a substituição do amianto por material inócuo à saúde e ao meio ambiente, é possível promover a reconversão dos processos produtivos que se valiam da crisotila, de modo que não há como vislumbrar qualquer mitigação – muito menos afronta – aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada.”

XIV – Das Técnicas de Decisão passíveis de serem utilizadas nas ações de inconstitucionalidade ajuizadas relativamente às Leis Estaduais proscritas do amianto crisotila.

126. Considerando-se a inconstitucionalização do art. 2º da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995 e daqueles aos quais este dispositivo legal vincula, as leis estaduais proscritoras do uso do amianto passam a guardar perfeita consonância com a Constituição Federal. Nesse caso impende investigar quais as possíveis técnicas de decisão que podem ser utilizadas na solução da questão decorrente desse fenômeno jurídico. Assim é que, para essa finalidade, poder-se-á adotar: a) a técnica da declaração de inconstitucionalidade com eficácia “*ex tunc*”; b) a declaração de inconstitucionalidade “*pro futuro*”; c) declaração de constitucionalidade com pronúncia de ineficácia.

127. Adotando-se a primeira dessas técnicas, que se harmoniza com a vedação de retroeficácia da declaração, considerando-se ter ocorrido a inconstitucionalização depois da vigência da Lei n.º 9.055, de 10 de julho de 1995, evita-se, assim, os efeitos detrimentais derivados dessa decisão, imunizando-se os efeitos produzidos anteriormente a ela.

1. Da declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*

128. Também desde logo impende reconhecer que, por ter o dispositivo legal em tela passado por um processo de inconstitucionalização, não há como se adotar a técnica de declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*, uma vez que essa técnica alcançaria os efeitos que o dispositivo produziu enquanto era válido. A corroborar essa assertiva, convém levar em consideração advertência do Eminentíssimo Min. Gilmar Ferreira Mendes:

“... não se deve olvidar que a inconstitucionalidade decorrente de mudanças nas relações fáticas parece requerer novas reflexões no tocante aos efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade, não se afigurando possível atribuir eficácia retroativa ao pronunciamento jurisdicional.”²⁶

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 88.

129. Impor-se-ia, destarte, a aplicação do art. 27 da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999 no caso presente. Com supedâneo em tal dispositivo e, por óbvio, nos princípios constitucionais que constituem seu fundamento de validade – princípio da segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante¹²⁷ –, a solução mais adequada parece ser a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, “hipótese em que a lei será eliminada do mundo jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão (cessação da ultra-atividade da lei)”¹²⁸.

2. Da declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*

130. Outra alternativa aceitável seria a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*, o que ofereceria ainda mais tempo para as empresas que ainda se valem do amianto operarem a reconversão de seus processos produtivos, vale dizer, o Colendo Supremo Tribunal Federal garantiria um razoável período de transição entre a prolação de sua decisão e a eliminação da lei do mundo jurídico.

131. Nessa hipótese, emergiria uma situação incomum não pela circunstância de uma norma qualificada como geral e constante de lei federal estar produzindo efeitos após ter sua inconstitucionalidade reconhecida, e sim porque, ao mesmo tempo em que ela estaria produzindo efeitos, estariam vigentes leis estaduais com ela aparentemente conflitantes.

3. Da declaração de constitucionalidade com pronúncia de ineficácia

132. Em se adotando, nas ações em tela, a técnica de declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*, mister se faria preservar as leis estaduais proscritoras do uso do amianto, o que se afiguraria possível se o Colendo Supremo Tribunal Federal assentasse que a data futura fixada como termo para que a decisão de inconstitucionalidade produzisse efeitos, seria também o marco para que as aludidas leis estaduais passassem a ter eficácia. Assim, as leis estaduais ficariam com eficácia suspensa até a data fixada para o estancamento da produção de efeitos pela lei federal inconstitucional.

133. Construção semelhante foi levada a efeito no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 390.458-2/RJ. Naquele caso, examinava-se a constitucionalidade de uma lei complementar municipal, e seu decreto regulamentador, que exigia como requisito para licenciamento de obras, a apresentação, pelo interessado, da apólice do seguro-garantia instituído pelo Decreto-lei n.º 73, 21 de novembro de 1966.

134. Em jogo, estava a questão de saber se, com a revogação, pela Medida Provisória n.º 2.221, de 4 de setembro de 2001, da norma que previa o seguro-garantia, a legislação municipal, ao manter a exigência mesmo sem haver ato normativo federal a fundamentar a cobrança do seguro, teria sido acometida por inconstitucionalidade superveniente, caracterizada pela violação ao art. 22, VII da Constituição Federal.

135. Decidiu-se na espécie, conforme o voto do Ministro Carlos Velloso, que, com a revogação do art. 20 do Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966, perdeu eficácia e a aplicabilidade a legislação municipal lastreada nesse dispositivo legal, ressaltando-se

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. – 4ª ed. – São Paulo, Saraiva, 2004, p. 363.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. – 4ª ed. – São Paulo, Saraiva, 2004, p. 364.

a possibilidade dessa legislação ser repristinada na hipótese de se promulgar nova lei federal que lhe dava amparo.

XV - Conclusão

136. De todo o exposto pode-se concluir no sentido da necessidade de coibir o uso do amianto em qualquer de suas espécies e, conseqüentemente, de respaldar sob a ótica constitucional as leis estaduais que, atendendo aos princípios que informam a Constituição, relativamente à vida e saúde da população, bem como ao meio ambiente, proscreveram a utilização desse perigoso mineral nos seus territórios

137. Instrumentos jurídicos para tanto existem, como acima apontado, e fundamentos jurídicos e meta-jurídicos sobejam para impor tal proscrição. Aguarda-se que o Supremo Tribunal Federal com o seu descortínio e sensibilidade na solução de problemas dessa magnitude.

ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL: O PROBLEMA DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho*

Sumário – I - Trajetória pela reparação integral no Brasil; II - Natureza excepcional do parágrafo único; III - Origens e racionalidade do dispositivo; IV - Requisitos de aplicação; IV.1 Excessiva desproporcionalidade; IV.1.1 A culpa e as vicissitudes de sua gradação; IV.II Equidade na redução; IV.3 Imperatividade versus facultatividade; V - O espectro de aplicabilidade da norma; V.1 Danos patrimoniais e extrapatrimoniais; V.2 Responsabilidade objetiva; VI – Conclusões.

O presente trabalho visa a tratar do polêmico parágrafo único do art. 944 do Código Civil e da sua aplicabilidade no seio das novas tendências da responsabilidade civil, em que se percebe – em aparente contradição ao parágrafo único do dispositivo – certa flexibilização da investigação da culpa, em prol da busca do ressarcimento integral da vítima.

Por razões de organização didática, optou-se por dividir o texto em três partes: da primeira constarão breves considerações sobre a trajetória da luta pela reparação integral dos danos no Brasil, destacando-se e pondo-se em evidência, assim, o caráter excepcional do parágrafo único do art. 944; na segunda, se buscará examinar conceitualmente o referido dispositivo, de forma a definir os requisitos e os limites de sua aplicabilidade; e, por fim, na terceira parte, serão abordadas questões concretas acerca do problema central identificado, em uma tentativa de contribuir para se estabelecer o verdadeiro alcance da norma, cuja interpretação não pode deixar de estar em plena sintonia com os princípios e valores constitucionais.

I - Trajetória pela reparação integral no Brasil

O princípio da reparação integral, hoje pedra angular na responsabilidade civil, revela-se *conquista recente* do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme já se pôde demonstrar em outra sede¹, data de 1966 a decisão do Supremo Tribunal Federal que admitiu, pela primeira vez, a reparabilidade dos danos morais, muito embora a decisão transparecesse, ainda, apego à ótica patrimonialista².

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Civil e Mestre em Direito da Cidade pela UERJ, Professor Adjunto de Direito Civil e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Presentemente é, ainda, Diretor em exercício da Faculdade de Direito da UERJ. Participaram da pesquisa as alunas Luísa Fragoso Pereira Pinto, Luíza Bianchini (ambas bolsistas de iniciação científica da FAPERJ – Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro) e Cristiane Marques.

¹ Seja consentido remeter a Monteiro Filho, RÊGO, Carlos Edison do. Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 7 e ss.

² No caso (RE 59.940 – SP, RTJ 39/38-44), os pais pleiteavam indenização pela morte de dois filhos menores causada, culposamente, por uma empresa de ônibus. Os votos do Min. Rel. Aliomar Baleeiro e do Min. Pedro Chaves ressaltaram, na fundamentação, a possibilidade de ressarcimento dos danos morais na hipótese. Apesar disso, percebe-se que o valor da indenização foi arbitrado a