

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): A questão dos autos cinge-se à distribuição de competência entre os diversos entes federativos para legislarem sobre as matérias especificadas pela Constituição. A repartição de competências é característica fundamental em um Estado federado para que seja protegida a autonomia de cada um dos seus membros e, por conseguinte, a convivência harmônica entre todas as esferas, com o fito de evitar a secessão. Nesta perspectiva, esta distribuição pode se dar em sentido horizontal ou vertical, levando em conta a predominância dos interesses envolvidos.

Repartir competências compreende compatibilizar interesses para reforçar o federalismo cooperativo em uma dimensão realmente cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente e corroborando para que o funcionamento harmônico das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º, da Constituição Federal) e objetivos (art. 3º, da Constituição Federal) da República.

Ao construir uma rede interligada de competências, o Estado se compromete a exercê-las para o alcance do bem comum e para a satisfação de direitos fundamentais.

Ocorre que, como bem lembrou o Ministro Gilmar Mendes, “por vezes uma mesma lei pode apresentar problemas complexos, por envolver tema que se divide em assunto que compõe a competência concorrente e em matéria restrita à competência legislativa de apenas uma das esferas da Federação” (MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 841).

Em outras oportunidades (ADI 5.356 e ADPF 109), sustentei que a tradicional compreensão do federalismo brasileiro, que busca solucionar os conflitos de competência apenas a partir da ótica da prevalência de interesses, não apresenta solução satisfatória para os casos em que a dúvida sobre o exercício da competência legislativa decorre de atos normativos que podem versar sobre diferentes temas.

Nesses casos, há uma multidisciplinariedade, como bem descreveu Tiago Magalhães Pires, em trabalho já citado pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso:

"Há também situações de concorrência de fato entre as competências de diversos entes federativos, ainda que privativas. São casos em que a lei editada por uma entidade política remete simultaneamente às categorias previstas em duas ou mais regras de competência, algumas permitidas e outras proibidas àquela entidade política. Diante disso, o intérprete se veria na contingência de escolher a categoria mais saliente ou o ente a ser aquinhado, ou simplesmente reconhecer a realidade e admitir a validade da lei".

A solução, mesmo em tais hipóteses, não pode se distanciar do cânone da prudência que incumbe aos órgãos de controle de constitucionalidade: deve-se privilegiar a interpretação que seja condizente com a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos. Incide, aqui, o que e. Ministro Gilmar Mendes, em conhecida obra doutrinária, chamou de "princípio da interpretação conforme a Constituição":

"Não se deve pressupor que legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição; ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade".

(MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97).

Essa deferência ao poder legislativo assume feição especial quando o controle de constitucionalidade é feito em face de norma produzida pelos demais entes da federação. Ela exige que o intérprete não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria. Nesse sentido, o cânone da interpretação conforme, a que alude o e. Ministro Gilmar Mendes, deve ser integrado pelo que, na jurisprudência norte-americana, foi chamado de uma presunção a favor da competência dos entes menores da federação (*presumption against pre-emption*).

Assim, é preciso reconhecer, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, que o Município, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no art. 30, I, da CRFB. De igual modo, Estados e União detêm competência sobre os temas de seus respectivos interesses, nos termos dos parágrafos do art. 24 da CRFB. Há, dessa forma, um direcionamento das ações de governo do ente local para o nacional, naquilo que José de Oliveira Baracho vislumbrou como sendo o princípio da subsidiariedade do federalismo brasileiro:

“O princípio da subsidiariedade mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem jurídica interna, como na comunitária e internacional. Dentro das preocupações federativas, o Governo local deve assumir grande projeção, desde que sua efetivação, estrutura, quadros políticos, administrativos e econômicos que se projetam na globalidade dos entes da Federação. No exercício de suas atribuições, o governo das entidades federativas poderá promover ações que devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e de qualidade de vida. A Administração pública de qualidade, comprometida com as necessidades sociais e aberta à participação solidária da sociedade, pode melhorar as entidades federativas e os municípios. A partir desse nível, concretiza-se, necessariamente a efetivação dos direitos humanos. A descentralização, nesse nível, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 35, 1995. p. 28-29).

Por evidente, não se deve confundir a maior proximidade do governo, que naturalmente ocorre nos municípios, com mais democracia. A Constituição é também um contraponto à captura do governo local pelas oligarquias. É precisamente aqui que reside a fonte material de competência dos demais entes federativos: desde que favoreça a realização material de direitos constitucionalmente garantidos e desde que estejam previstas no âmbito de sua respectiva competência, pode a União – ou mesmo os Estados – dispor sobre as matérias que tangencialmente afetam o interesse local. O federalismo torna-se, portanto, um instrumento de descentralização política, não para simplesmente distribuir poder político, mas para realizar direitos fundamentais.

Assim, seria possível superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material: apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm

os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.

A clareza legislativa não se refere apenas à competência concorrente. Em caso de dúvida sobre o título a que se dá o exercício da competência, se comum ou concorrente, por exemplo, também cumpre à lei definir o âmbito de atuação do ente federativo. Ressalte-se, porém, que, seja qual for a hipótese, a assunção de competência pelo ente maior deve fundar-se no princípio da subsidiariedade, ou seja, na demonstração de que é mais vantajosa a regulação de determinada matéria pela União ou pelo Estado, conforme for o caso. Trata-se, portanto, de privilegiar a definição dada pelo legislador, reconhecendo que eventual lacuna deve ser vista como possibilidade de atuação dos demais entes federativos. À minguada de definição legislativa, não cabe ao Poder Judiciário retirar a competência normativa de determinado ente da federação, sob pena tolher-lhe sua autonomia constitucional.

Com base nessas premissas, cumpre avaliar as alegações de inconstitucionalidade suscitadas nesta ADI.

A parte autora sustenta que a matéria tratada na lei impugnada não se insere na competência dos Estados, invocando, para tanto, os seguintes dispositivos constitucionais:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XXIV - organizar, manter e executar a **inspeção do trabalho** ;

(..)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e **do trabalho** ;” (grifei)

Especificamente para o caso dos autos, com a finalidade de disciplinar a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do abesto /amianto e dos produtos que o contenham, a União promulgou a **Lei 9.055 /95** , que possui o seguinte teor:

“Art. 1º É vedada em todo o território nacional:

I - a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais;

II - a pulverização (spray) de todos os tipos de fibras, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei;

III - a venda a granel de fibras em pó, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei.

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

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

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.

§ 1º (VETADO)

§ 2º As normas de segurança, higiene e medicina do trabalho serão fiscalizadas pelas áreas competentes do Poder Executivo e pelas comissões de fábrica referidas no parágrafo anterior.

§ 3º As empresas que ainda não assinaram com os sindicatos de trabalhadores os acordos referidos no caput deste artigo deverão fazê-lo no prazo de 12 (doze) meses, contados a partir da publicação desta Lei, e a inobservância desta determinação acarretará, automaticamente, o cancelamento do seu alvará de funcionamento.

Art. 4º Os órgãos competentes de controle de segurança, higiene e medicina do trabalho desenvolverão programas sistemáticos de fiscalização, monitoramento e controle dos riscos de exposição ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei, diretamente ou através de convênios com instituições públicas ou privadas credenciadas para tal fim pelo Poder Executivo.

Art. 5º As empresas que manipularem ou utilizarem materiais contendo asbesto/amianto da variedade crisotila ou as fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei enviarão, anualmente, ao Sistema Único de Saúde e aos sindicatos representativos dos

trabalhadores uma listagem dos seus empregados, com indicação de setor, função, cargo, data de nascimento, de admissão e de avaliação médica periódica, acompanhada do diagnóstico resultante.

Parágrafo único. Todos os trabalhadores das empresas que lidam com o asbesto/amianto da variedade crisotila e com as fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei serão registrados e acompanhados por serviços do Sistema Único de Saúde, devidamente qualificados para esse fim, sem prejuízo das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde interna, de responsabilidade das empresas.

Art. 6º O Poder Executivo determinará aos produtores de asbesto /amianto da variedade crisotila, bem como das fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei, que não forneçam estes materiais às empresas que estejam descumprindo qualquer disposição deste diploma legal.

Parágrafo único. Acontecendo o previsto no caput deste artigo, o Governo Federal não autorizará a importação da substância mineral ou das fibras referidas no art. 2º desta Lei.

Art. 7º Em todos os locais de trabalho onde os trabalhadores estejam expostos ao asbesto/amianto da variedade crisotila ou das fibras naturais ou artificiais referidas no art. 2º desta Lei deverão ser observados os limites de tolerância fixados na legislação pertinente e, na sua ausência, serão fixados com base nos critérios de controle de exposição recomendados por organismos nacionais ou internacionais, reconhecidos cientificamente.

§ 1º Outros critérios de controle da exposição dos trabalhadores que não aqueles definidos pela legislação de Segurança e Medicina do Trabalho deverão ser adotados nos acordos assinados entre os sindicatos dos trabalhadores e os empregadores, previstos no art. 3º desta Lei.

§ 2º Os limites fixados deverão ser revisados anualmente, procurando-se reduzir a exposição ao nível mais baixo que seja razoavelmente exeqüível.

Art. 8º O Poder Executivo estabelecerá normas de segurança e sistemas de acompanhamento específicos para os setores de fricção e têxtil que utilizam asbesto/amianto da variedade crisotila ou as fibras naturais ou artificiais referidas no art. 2º desta Lei, para fabricação dos seus produtos, extensivas aos locais onde eles são comercializados ou submetidos a serviços de manutenção ou reparo.

Art. 9º Os institutos, fundações e universidades públicas ou privadas e os órgãos do Sistema Único de Saúde promoverão pesquisas científicas e tecnológicas no sentido da utilização, sem riscos à saúde humana, do asbesto/amianto da variedade crisotila, bem como das fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei.

Parágrafo único. As pesquisas referidas no caput deste artigo contarão com linha especial de financiamento dos órgãos governamentais responsáveis pelo fomento à pesquisa científica e tecnológica.

Art. 10. O transporte do asbesto/amianto e das fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei é considerado de alto risco e, no caso de acidente, a área deverá ser isolada, com todo o material sendo reembalado dentro de normas de segurança, sob a responsabilidade da empresa transportadora.

Art. 11. Todas as infrações desta Lei serão encaminhadas pelos órgãos fiscalizadores, após a devida comprovação, no prazo máximo de setenta e duas horas, ao Ministério Público Federal, através de comunicação circunstanciada, para as devidas providências.

Parágrafo único. Qualquer pessoa é apta para fazer aos órgãos competentes as denúncias de que trata este artigo.

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 14. Revogam-se as disposições em contrário.”

Nesse contexto, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, IV, da Constituição Federal e visando regulamentar a Lei 9.055/95, o Chefe do Poder Executivo Federal expediu o Decreto 2.350/97.

Eis o teor da norma regulamentadora:

“Art. 1º A extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte de asbesto/amianto, no território nacional, ficam limitados à variedade crisotila.

Art. 2º A importação de asbesto/amianto, da variedade crisotila, em qualquer de suas formas, somente poderá ser realizada após autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM do Ministério de Minas e Energia e atendidas às seguintes exigências:

I - cadastramento junto ao DNPM das empresas importadoras de asbesto/amianto da variedade crisotila, em qualquer de suas formas, condicionado à apresentação, pela empresa importadora, de licença ambiental e registro no cadastro de usuário do Ministério do Trabalho;

II - apresentação, até 30 de novembro de cada ano, ao DNPM de previsão de importação, para o ano seguinte, de asbesto/amianto da variedade crisotila;

III - cumprimento das condições estabelecidas pela legislação federal, estadual e municipal de controle ambiental, de saúde e segurança no trabalho e de saúde pública, pertinentes a armazenagem, manipulação, utilização e processamento do asbesto

/amianto, bem como de eventuais resíduos gerados nessa operação, inclusive quanto a sua disposição final.

Art. 3º O cadastramento da empresa importadora de asbesto/amianto no órgão competente referido no inciso I do artigo anterior é válido por doze meses, ao término dos quais, inexistindo a renovação, será cancelado.

Art. 4º O DNPM e a Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho do Ministério do Trabalho encaminharão, semestralmente, à Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo relação atualizada das empresas cadastradas e aptas a realizarem importação de asbesto/amianto.

Art. 5º Todos os produtos que contenham asbesto/amianto da variedade crisotila, importado ou de produção nacional, somente poderão ser comercializados se apresentarem marca de conformidade do Sistema Brasileiro de Certificação.

Parágrafo único. As normas e os procedimentos para aplicação desse controle serão elaborados e regulamentados até 31 de dezembro de 1998.

Art. 6º As fibras naturais e artificiais que já estejam sendo comercializadas ou que venham a ser fabricadas deverão ter a comprovação do nível de agravo à saúde humana avaliada e certificada pelo Ministério da Saúde, conforme critérios a serem por ele estabelecidos, no prazo de noventa dias.

Art. 7º As empresas de extração e industrialização de asbesto/amianto depositarão nas Delegacias Regionais do Trabalho, no prazo de noventa dias a contar da data de publicação deste Decreto, cópias autenticadas dos acordos firmados entre empregados e empregadores, nos quais deverão constar cláusulas referentes a segurança e saúde no trabalho.

Art. 8º As empresas que iniciarem o processo de extração e industrialização de asbesto/amianto, após a publicação deste Decreto, terão prazo de doze meses, a contar da data de expedição do alvará de funcionamento, para depositar nas Delegacias Regionais do Trabalho o acordo firmado entre empregados e empregadores referido na Lei nº 9.055, de 1º de junho de 1995.

Art. 9º As empresas que não assinarem e depositarem o acordo com os sindicatos de trabalhadores, nos prazos fixados nos arts. 7º e 8º, terão o seu alvará de funcionamento automaticamente cancelado.

Art. 10. O monitoramento e controle dos riscos de exposição ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.055, de 1995, poderão ser executados por intermédio de instituições públicas ou privadas, credenciadas pelo Ministério do Trabalho.

Parágrafo único. O credenciamento de instituições públicas ou privadas especializadas no monitoramento e controle dos riscos de

exposição dos trabalhadores ao asbesto/amianto far-se-á conforme critérios estabelecidos pelos Ministérios do Trabalho, de Minas e Energia e da Saúde.

Art. 11. Os registros da medição de poeira de asbesto/amianto deverão ser conservados nas empresas pelo prazo mínimo de trinta anos, e o acesso a eles é franqueado aos trabalhadores, aos representantes e às autoridades competentes.

Art. 12. As empresas de extração e industrialização do asbesto /amianto encaminharão, anualmente, à Secretaria de Saúde do Estado ou do Município, a listagem de seus empregados, de acordo com os critérios a serem estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

Art. 13. Os Ministérios do Trabalho e da Saúde determinarão aos produtores de asbesto/amianto da variedade crisotila, bem como das fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º da Lei nº 9.055, de 1995, a paralisação do fornecimento de materiais às empresas que descumprirem obrigação estabelecida naquela Lei, dando ciência, ao mesmo tempo, ao Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo para as providências necessárias.

Art. 14. Fica criada a Comissão Nacional Permanente do Amianto - CNPA, vinculada ao Ministério do Trabalho, de caráter consultivo, com o objetivo de propor medidas relacionadas ao asbesto/amianto da variedade crisotila, e das demais fibras naturais e artificiais, visando à segurança do trabalhador.

Parágrafo único. A CNPA elaborará seu regimento interno, a ser aprovado pelo Ministro de Estado do Trabalho, disciplinando o seu funcionamento.

Art. 15. Integram a CNPA:

I - dois representantes do Ministério do Trabalho, um dos quais a presidirá;

II - dois representantes do Ministério da Saúde;

III - dois representantes do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo;

IV - um representante do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal;

V - um representante do Ministério de Minas e Energia;

VI - quatro representantes de entidades de classe representativas de empregados e quatro de empregadores.

§ 1º Os membros da CNPA serão designados pelo Ministro de Estado do Trabalho, após indicação pelos titulares dos órgãos e das entidades nela representados.

§ 2º A CNPA poderá se valer de instituições públicas e privadas de pesquisa sobre os efeitos do uso do amianto, da variedade crisotila, na saúde humana.

§ 3º A participação na CNPA será considerada serviço público relevante, não ensejando qualquer remuneração.

Art. 16. O Ministério do Trabalho estabelecerá, no prazo de 180 dias a partir da publicação deste Decreto, critérios para a elaboração e implementação de normas de segurança e sistemas de acompanhamento para os setores têxtil e de fricção.

Art. 17. Caberá aos Ministérios do Trabalho, da Saúde, da Ciência e Tecnologia e da Educação e do Desporto, mediante ações integradas, promover e fomentar o desenvolvimento de estudos e pesquisas relacionados ao asbesto/amianto e à saúde do trabalhador.

Art. 18. A destinação de resíduos contendo asbesto/amianto ou fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º da Lei nº 9.055, de 1995, decorrentes do processo de extração ou industrialização, obedecerá ao disposto em regulamentação específica.

Art. 19. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”

Conforme se observa da leitura das legislação federal, ao estabelecer obrigações para as empresas que manipularem ou utilizarem materiais contendo amianto/asbesto, o legislador não determinou a responsabilidade pelo custeio do tratamento, acompanhamento e indenização pelos danos causados à saúde dos trabalhadores vítimas da exposição da fibra de amianto/asbestos.

Do mesmo modo, o Decreto Federal 2.350/97, ao regulamentar a industrialização, utilização e comercialização do asbesto/amianto no território nacional, se absteve de indicar de que forma se dará o tratamento dos trabalhadores vitimizados pelo contato com o amianto.

Assim, deve-se reconhecer que, ao deixar de estabelecer normas acerca da obrigação das empresas de fibro-cimento em relação aos seus funcionários vítimas da exposição da fibra de amianto/asbesto, o legislador federal optou por não afastar de forma clara (*clear statement rule*) a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, legislarem sobre seus respectivos interesses (*presumption against preemption*).

Noutras palavras, para disciplinar a proteção e defesa da saúde dos trabalhadores que sofreram danos causados pelo amianto, podem os Estados, desde que a União não o faça, como se dá *in casu* , avançar no tema, legislando de forma a suplementar as normas de regência da matéria.

Conforme aduziu o e. Ministro Ricardo Lewandowski, em sede doutrinária, comparando o princípio da subsidiariedade com o da proporcionalidade no contexto europeu:

“Consoante o primeiro [princípio da subsidiariedade], o ente político maior deve deixar para o menor tudo aquilo que este puder fazer com maior economia e eficácia. De acordo com o segundo [princípio da proporcionalidade], é preciso, sempre, respeitar uma rigorosa adequação entre meios e fins”. (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Considerações sobre o federalismo brasileiro*. Revista Justiça e Cidadania, n. 157, setembro de 2013).

A proporcionalidade está a exigir que se examinem as razões que levaram o legislador a adotar determinado regulamento. Consiste, portanto, em avaliar se as razões necessárias para a conclusão a que chegou o legislador federal foram devidamente levadas em conta quando da elaboração da norma que constrange o exercício das competências legislativas locais. Nessas hipóteses, é necessário não apenas que a legislação federal abstenha-se de intervir desproporcionalmente nas competências locais, como também que, quando do exercício das competências concorrentes, eventual interferência por parte das legislações locais na regulamentação federal não desnature a restrição claramente indicada por ela. A aplicação simultânea da subsidiariedade e da proporcionalidade assume, assim, a tarefa de ampliar, tanto quanto possível, a participação democrática nos entes mais próximos da população e, ao mesmo tempo, evitar que tais instâncias deliberativas sejam capturadas por oligarquias locais.

É com base nessas considerações que se deve examinar se a legislação estadual atacada infringiu a competência da União no tocante à proteção à saúde de sua população. A resposta é negativa.

Conforme mencionado, no âmbito de sua competência legislativa, a União promulgou a Lei 9.055/1995, disciplinando a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto /amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim. Do mesmo modo, o Chefe do Poder Executivo Federal, no âmbito da competência conferida pelo art. 84, IV, da Constituição Federal, expediu o Decreto 2.350 /1997 visando regulamentar a referida lei. Nesse sentido, é possível reconhecer a existência de uma lacuna nas normas federais que disciplinaram e regulamentaram a utilização do amianto no país, permitindo a atuação do legislador estadual.

De outra banda, cumpre observar que o art. 1º da norma impugnada, ao estabelecer a responsabilidade do empregador pelo empregado vítima da exposição ao amianto/abesto, legislou no mesmo sentido do que estabelecido pela Organização Internacional do Trabalho, na Convenção nº 162.

A referida Convenção, em seu artigo 16, estabelece o seguinte:

“Cada empregador deverá ser responsável pelo estabelecimento e implementação de medidas práticas para a prevenção e o controle das exposições dos trabalhadores ao amianto, e para sua proteção contra os riscos dela decorrentes.”

Ressalta-se que a Convenção nº 162, da OIT, sobre a utilização do abesto com segurança foi promulgada pelo Chefe do Poder Executivo Federal, na forma do Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991, nos seguintes termos:

“O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição e

Considerando que a Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Utilização do Asbesto com Segurança foi concluída em Genebra, a 4 de junho de 1986;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou a Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 51, de 25 de agosto de 1989;

Considerando que a Carta de Ratificação da Convenção ora promulgada foi depositada em 18 de maio de 1990;

Considerando que a Convenção nº 162 sobre a Utilização do Asbesto com Segurança entrará em vigor para o Brasil em 18 de maio de 1991, na forma de seu artigo 24, § 3,

DECRETA:

Art. 1º A Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Utilização do Asbesto com Segurança, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”

Quanto à alegação de ofensa ao princípio da livre iniciativa e da reserva legal proporcional em virtude da imposição de ônus à atividade comercial, não subsiste qualquer inconstitucionalidade.

A livre iniciativa, fundamento da ordem econômica constitucional, deve também observar o princípio da proteção e defesa da saúde, bem que,

também por previsão constitucional, deve ser protegido pela União, Estados e Municípios.

O princípio da livre iniciativa traduz-se na igualdade de tratamento que se deve dar a bens e serviços desempenhados por quem quer seja no espaço territorial brasileiro. Implica, portanto, desde que observados os princípios do art. 170 da Constituição Federal, a criação, em âmbito nacional, de um livre mercado.

De outro lado, os princípios constitucionais que informam a livre iniciativa do Estado configuram-se como legítimas cláusulas de construção de restrições. Sobre o tema, José Afonso da Silva leciona:

“Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada , num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, quando exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.794)

Dito isto, não consigo vislumbrar a existência de um impedimento ou restrição da atividade econômica em virtude da incidência do disposto no art. 1º da legislação impugnada, visto que apenas disciplina a responsabilidade das empresas de fibro-cimento em relação ao seus empregados, o que, por si só, não constitui interferência na liberdade de iniciativa empresarial. Ainda que pudesse admitir a alegada restrição, ela se exsurgiria legítima, na medida em que amparada pela proteção à saúde do trabalhador.

Sobre esse ponto, é interessante notar que a Organização Mundial do Comércio, por seu Órgão de Apelação, julgou, em 23.10.2000, a apelação apresentada pelo Canadá, um dos maiores produtores de asbestos, em face da França que havia editado, anos antes, uma lei proibindo o uso de asbestos no país. Nessa oportunidade, o órgão de apelação reconheceu,

inter alia, que: **i)** a lei francesa não era inconsistente com as obrigações que a Comunidade Europeia havia assumido perante a OMC; **ii)** o Painel criado para julgar a controvérsia em primeiro grau errou ao desconsiderar os riscos à saúde associados ao uso dos asbestos; **iii)** a lei francesa era “necessária para proteger a vida e a saúde humanas”.

O recurso à jurisprudência de órgãos internacionais não é novel nesta Corte, mas a aplicação neste caso em particular é perfeitamente possível, porquanto os princípios que norteiam a ordem econômica mundial coincidem com os que são aplicados internamente. Para além da simples analogia, uma vez que se examina a legitimidade de salvaguardas ao livre-comércio e à livre iniciativa, é imperioso reconhecer, na linha do que afirmou o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio, ser legítimo estabelecer restrições ao uso de produtos que possam eventualmente representar risco à saúde.

Fica patente, pois, a constitucionalidade da Lei n. 4.341/2004, do Estado do Rio de Janeiro, ante a inexistência de violação do princípio da subsidiariedade, tendo em vista que a norma impugnada, fundamentada no exercício de competência concorrente, dispôs sobre temas que, apesar de já regulados pela União em norma federal, e pelo Chefe do Poder Executivo Federal, em decreto, permitiu a atuação legiferante dos Estados-membros na medida em que optou-se por não indicar, de forma necessária, adequada e razoável, a exclusão do poder de complementação que detêm os Estados.

Se os argumentos até aqui expendidos permitem reconhecer como constitucional a norma impugnada nesta ADI, em um esforço para construir uma nova compreensão sobre o federalismo brasileiro, a inconstitucionalidade da Lei 9.055/95, na linha do que suscitou o e. Ministro Dias Toffoli, quando do julgamento conjunto da ADPF 109, e das ADIs 3.406 e 3.470, permite, sem dúvidas, reconhecer a improcedência da presente ação direta, por outra razão.

Nesse sentido, são relevantes os argumentos trazidos pelas partes nesta ação direta de inconstitucionalidade. Não se discute que há, subjacente ao debate posto, um aparente conflito entre o direito econômico à exploração de um determinado mineral e o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O próprio texto constitucional, no entanto, afasta, no art. 170, VI, uma interpretação que contraponha ambos os direitos. Com efeito, a ordem econômica não apenas deve valorizar o trabalho humano e a livre iniciativa como também promover a defesa do meio ambiente.

Não é possível, portanto, imaginar que um dos direitos possa excluir o outro. A questão que se coloca, então, é a de examinar se a exploração admitida é compatível com o texto constitucional.

É preciso registrar, inicialmente, que o legislador federal foi cauteloso ao proibir, no território nacional, as variedades mais nocivas de amianto, como as pertencentes ao grupo do anfibólios (art. 1º, I, da Lei 9.055/95), as que são vendidas em pó (art. 1º, III) e a pulverizada em spray (art. 1º, II). Preocupação semelhante foi adotada pela Lei 9.976, ao vedar a instalação de novas fábricas para produção de cloro pelo processo de eletrólise com tecnologia a diafragma de amianto.

Além disso, foram mantidas as normas de segurança, higiene e medicina do trabalho, além dos acordos assinados com os sindicatos de trabalhadores (art. 3º da Lei). Os órgãos de controle de segurança, higiene e medicina do trabalho desenvolverão programas sistemáticos de fiscalização, monitoramento e controle de riscos de exposição ao asbesto (art. 4º) e as empresas que manipulam os materiais contendo asbesto devem enviar diversas informações ao Sistema Único de Saúde (art. 5º). Ademais, nos locais de trabalho, serão observados limites de tolerância ao mineral que devem ser revisados anualmente, a fim de reduzir a exposição ao nível mais baixo que seja razoavelmente exequível.

Pela Lei 9.976/2000, que dispõe sobre a produção de cloro, as indústrias produtoras de cloro pelo processo de eletrólise que já estejam instaladas devem manter um sistema gerencial de controle do amianto, além de afastar temporariamente o trabalhador do local de risco, “sempre que os limites biológicos legais forem ultrapassados”.

Já a Lei 10.165 acrescentou à Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) o Anexo VIII, que classificou o amianto como atividade potencialmente poluidora.

O Poder Executivo, por sua vez, ao regulamentar a Lei 9.055, passou a exigir autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral para a importação do amianto crisotila (art. 2º do Decreto n. 2.350, de 15 de outubro de 1997). Ademais, ainda de acordo com o Decreto, a comercialização do amianto depende de registro no Sistema Brasileiro de Certificação.

Foram mantidas, ainda, as normas de proteção que, à época da publicação da lei impugnada, já vigiam. Assim, a Portaria n. 1 do SSST

/MTPS, de 28 de maio de 1991, fixa o limite de tolerância para poeiras minerais. Proíbe que menores de 18 anos trabalhem com amianto e estabelece os exames médicos que devem ser realizados nos trabalhadores expostos. Observe-se que a Portaria foi editada para incluir o Anexo XII na NR15 do Ministério do Trabalho a fim de regulamentar as atividades e operações insalubres.

As Resoluções n. 7, de 16 de setembro de 1987, e n. 19, de 24 de outubro de 1996, ambas do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, preveem regras para que os fabricantes publiquem as advertências relacionadas ao uso do produto.

Mesmo após a edição da Lei 9.055, novas normas continuaram a ser produzidas, conquanto de alcance limitado. No âmbito do Ministério da Saúde, a Portaria 1.851, de 9 de agosto de 2006, disciplinou a coleta de informações relativamente à saúde dos trabalhadores que tenham sido expostos ao amianto. Vale registrar, porém, que essa norma foi objeto de mandado de segurança, ainda pendente de conclusão, no Superior Tribunal de Justiça. Tendo sido deferida a medida liminar, a norma teve seus efeitos suspensos. O Conama, por sua vez, disciplinou as regras de descarte de resíduos que contenham amianto por meio da Resolução n. 307, de 5 de julho de 2002. Em 25.10.2001, fez aprovar ainda uma moção dirigida ao Congresso Nacional para que discipline o banimento progressivo do amianto.

Além dessas medidas, em 20 de abril de 2004, publica a Portaria Interministerial n. 8, de 19 de abril de 2004, a qual previa a criação de uma comissão interministerial que tinha os seguintes objetivos:

“Art. 3º A Comissão terá como objetivos específicos:

- I - a avaliação das ações já realizadas e em curso no país;
- II - a compilação e a análise da legislação vigente, observando se os seguintes aspectos:
 - a) adequação;
 - b) atualidade;
 - c) eficácia.
- III - a definição de diretrizes gerais e específicas para a implementação de uma política nacional do amianto;
- IV - a elaboração de um plano de trabalho no qual sejam considerados:
 - a) a competência de cada ministério;
 - b) a fixação de um cronograma de trabalho;

- c) a coordenação das ações interministeriais;
- d) as prioridades relacionadas à revisão e ao incremento da legislação;
- e) as necessidades de realização de estudos, pesquisas, ações educativas e campanhas de divulgação;
- f) a criação de mecanismos de fiscalização e acompanhamento dos setores econômicos envolvidos;”

Os trabalhos tinham previsão de duração de 180 (cento e oitenta) dias, mas foram prorrogados pelo mesmo período.

Os resultados dos trabalhos da Comissão não chegaram a ser publicados, mas a Câmara dos Deputados teve acesso a eles (CARAVALHO, Cláudio Viveiros. *Amianto*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2009, p. 53-54, disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema19/H-Coord_Legislativa-Setex-Internet-2008_15042.pdf).

No estudo elaborado pela Consultoria daquela Casa Legislativa, apontou-se que, como consequência dos resultados finais dos trabalhos, a Comissão chegou a contemplar duas possíveis soluções institucionais, de modo a melhor definir a política nacional sobre o assunto. No primeiro cenário, o “Brasil deve manter a atual política de uso controlado da crisotila”; no segundo, propor-se-ia a substituição progressiva do amianto crisotila.

É importante destacar que, seja qual for o cenário, relevantes alterações normativas deveria ter sido feitas. No primeiro caso, por exemplo, seria preciso realizar diversos estudos e levantamentos geológicos, além da redução do limite de tolerância do amianto, conforme previsão da NR 15, Anexo 12, da Portaria do Ministério do Trabalho. No segundo, a própria legislação federal impugnada nesta ação direta seria inteiramente modificada.

Ainda que essas conclusões não tenham sido publicadas – o que, ante as considerações indicadas aqui, já se poderia lamentar –, é hoje evidente que as normas que regulamentaram a Lei aqui impugnada não se coadunam com diretrizes internacionais mínimas que exigem a adoção de clara políticas públicas, seja para manter o uso do amianto, seja para proibi-lo.

No Relatório “Chrysotile Asbestos”, publicado em 2014, a Organização Mundial da Saúde advertiu que o nível de tolerância ao amianto disciplinado pela legislação brasileira era um dos mais altos do mundo. Além disso, no mesmo estudo, a Organização considerou que o uso de tecnologias alternativas era plenamente viável, sobretudo para indústria da construção civil.

São relevantes, ainda, as informações trazidas pelas partes relativamente aos países que optaram por proibir por completo a exploração e comercialização do amianto. De fato, o alerta lançado pela Organização Mundial da Saúde de que não há forma segura de uso do amianto parece indicar uma determinada direção para a política pública.

Em que pese o relevo de tais considerações, não poderia o Poder Judiciário, tal como se sustou na ADI 4.066, realizar um juízo técnico distributivo sobre a forma como deve ser conduzida a política pública. Nesse sentido, este mesmo Tribunal já se manifestou em casos que debatiam a constitucionalidade da exploração do amianto:

“Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional.”

(ADI 2396, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00100 EMENT VOL-02117-34 PP-07204)

Ocorre, porém, que as razões suscitadas nesta ADI dão conta de que a avaliação sobre os riscos e os argumentos a ele relativos não foram considerados pelo Poder Executivo na regulamentação da Lei 9.055.

Frise-se, uma vez mais, que o direito à saúde, enquanto possibilidade de formulação de uma demanda distributiva, consubstanciado, *in casu*, na redução dos riscos da exploração do amianto, exige que o Poder Público, ao elaborar a política pública, dê total transparência às decisões tomadas, contenha fundamentos verificáveis e leve em devida conta as razões apresentadas nesta ação direta.

Em discussão pioneira sobre o tema, o e. Ministro Gilmar Mendes definiu os direitos fundamentais como expressando um postulado de proteção, também traduzido como proibição de proteção insuficiente:

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).”

(HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012)

Assim, não tendo havido manifestação do Estado sobre relevantes avanços na regulação do uso do amianto ou, ainda, na sua proibição, como demonstram os relatórios produzidos pela Organização Mundial da Saúde; considerando, ainda, os graves riscos à saúde da população, é preciso reconhecer que, há, aqui, omissão parcial do legislador. Como aduziu o e. Ministro Gilmar Mendes em obra doutrinária:

“A omissão do regulamento pode assumir relevância para o controle abstrato da omissão inconstitucional, se, no caso dos chamados regulamentos autorizados, a lei não contiver os elementos mínimos que assegurem a sua plena aplicabilidade. Nesses hipóteses, a ação direta terá por objeto a omissão do poder regulamentar”.

(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* .

Omissão que, *in casu* , inviabiliza, por insuficientemente proteger o direito à saúde, seu pleno exercício. A analogia com a decisão de liberação de um medicamento é, neste ponto, pertinente. Esta Corte, no julgamento da medida cautelar na ação direta 5501, Rel. Ministro Marco Aurélio, Pleno, j. 19.05.2016, não autorizou, por unanimidade, que o próprio Poder Legislativo liberasse substância não submetida à registro junto ao órgão do Poder Executivo. O Relator, em seu voto, assentou que:

“É no mínimo temerária e potencialmente danosa a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos

correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Salta aos olhos, portanto, a presença dos requisitos para o implemento da medida acauteladora.”

Tal como na liberação de um medicamento, não cabe ao Poder Judiciário, no caso dos autos, substituir-se ao juízo técnico a ser realizado pelos órgãos competentes. No entanto, para se garantir a segurança da população, é imperioso não apenas que haja manifestação da autoridade pública, como também que ela seja bem fundamentada e atualizada à luz da evolução de evidências científicas.

Não há como afastar o fato de que, publicada há mais de 22 (vinte e dois) anos, e regulamentada há quase vinte, a lei impugnada nesta ação direta não foi reexaminada, nem sequer o foram os atos que disciplinam os limites de tolerância às fibras de amianto. Não se considerou, por exemplo, a atual viabilidade econômica de substitutos alternativos, nem se considerou a redução do limite, conforme as recomendações da Organização Mundial da Saúde.

Se realmente cabe aos órgãos competentes o juízo técnico e distributivo acerca da liberação do amianto, a garantia ao direito à saúde exige que a decisão seja tomada tendo em contas as razoáveis alternativas.

Por não ter garantido a efetiva proteção ao direito à saúde, a própria norma federal, na linha do que suscitou o e. Ministro Dias Toffoli, padece de inconstitucionalidade. Consequentemente, conforme dispõe o art. 24, § 3º, c/c o art. 30, I, da CRFB, inexistindo lei federal sobre normas gerais, decorrência lógica da declaração de inconstitucionalidade, há competência legislativa plena para que os municípios atendam a suas peculiaridades.

Também por esse motivo, aderindo ao voto do e. Ministro Dias Toffoli, o qual, por sua vez, formou a corrente majoritária das ações diretas e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, inexistente a inconstitucionalidade apontada na presente ação direta, razão pela qual deve-se julgar improcedente a presente ADI.

Diante do exposto, **julgo improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade .**

É como voto.