



31/10/2012

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.937 SÃO PAULO****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, farei duas notas. Sei que já não temos quórum e certamente teremos de suspender a Sessão para prosseguirmos em outra oportunidade, o que é também bem-avisado, uma vez que temos pendente a ADI, que trata da própria Lei federal - acredito que teremos deliberado sobre esse tema -, e, pra mim, essa questão é fundamental, já que devemos nos pronunciar sobre essa Lei. Vossa Excelência já o fez de maneira direta e indireta, para fins de apreciar ou aviar a improcedência das leis estaduais aqui tratadas. E o Ministro Marco Aurélio também fez o caminho inverso ao dizer que a Lei federal é constitucional e, por isso, não há espaço para que o legislador estadual trate do tema.

Gostaria, rapidamente, mas só em razão da oportunidade, de dizer que esse dispositivo do artigo 24 estabelece a regra da chamada legislação concorrente, superando, inclusive, aquele modelo tradicional que tínhamos até então da chamada competência supletiva. Aqui houve realmente uma diferença. Se a gente aprofunda a análise, a leitura dessas disposições, veremos inúmeras assimetrias. Temos alguns casos, sabemos que essa competência tem que ser complementar às custas do serviço forense, por exemplo, ou questão de orçamento - o Direito Tributário Financeiro, que sempre tem de haver. Agora, haverá outras situações em que podemos ter colisão - e certamente esse é um dos casos aqui manifestado. E aí surge, então, a dúvida: produção e consumo? Florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle de poluição. Veja que aqui entramos já em searas em que esse conflito se anuncia: se a União legisla e o Estado legisla, ainda que de forma específica. Em suma, podemos ter a questão básica da Previdência Social e, no que interessa, proteção e defesa da saúde, que é o tema deste debate.

**ADI 3937 / SP**

Então, é preciso que, talvez aqui, façamos algum tipo de delimitação, sob pena de podermos ter, realmente, conflitos bastante peculiares, a ponto de, por razões, por modos os mais diversos, termos situações em que um dado Estado singulariza. Vou brincar com um exemplo, é claro, extremado: daqui a pouco, alguém decide que, em algum Estado, não se deve consumir açúcar. E aí se diz: "porque açúcar faz mal à saúde". Em algum outro momento, descobriu-se que o grande vilão era o ovo, depois era o vinho, depois era sei lá o quê. Passa um tempo e esses alimentos são absolvidos - o prestígio que é retirado, depois é resgatado. Em suma, temos toda essa mitologia e mitomania que anda em temas desses debates. Então, é preciso termos um pouco de cuidado.

É por isso que também gostaria de fazer referência à necessidade que temos de fazer um juízo relativamente seguro - segurança absoluta certamente ninguém aspira - em relação ao conceito, é preciso que se defina, de que a Lei federal aqui oferece uma proteção insuficiente. Ficou aquém da proteção devida, porque a mim não me parece consistente, em termos gerais, com as vênias de estilo, a argumentação segundo a qual cabe aferir se uma dada decisão oferece uma maior proteção. Como vamos saber disso de maneira precisa? Em que medida? Quer dizer, o que temos que aferir é se essa autorização dada pela Lei federal, de fato, não permite a proteção devida nesses casos. Isso que me parece fundamental, e não a afirmação de que devemos sempre ficar com a chamada maior proteção, porque aí estamos fazendo uma leitura invertida do texto constitucional.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE)** - Agora, as duas leituras podem ser feitas complementarmente.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Pois é, mas quem será o juiz nesse caso? E veja, nesse caso, estamos subvertendo, inclusive, as regras do artigo 24, com as vênias de estilo, porque o Estado passa, ele próprio, a revogar as decisões tomadas, e que têm esse princípio de homogeneidade, com consequências graves para a própria integração federativa, gerando uma confusão em que a Lei que passa dominar isso, ao invés de ser um princípio da homogeneidade, de uma certa

**ADI 3937 / SP**

uniformidade e uma paz federativa, passa a ser a confusão. Podemos criar um modelo de paraíso: "ah! Aqui nós vamos só ter um modelo". O Ministro Marco Aurélio deu alguns exemplos muitos sugestivos. Daqui a pouco, alguém diz: "mas, poxa, os automóveis, o gás carbônico, tudo isso perturba. Então, vamos tirar carros com determinado perfil. No meu Estado não se vende". Mas posso ter uma motivação econômica ou de outra índole, sei lá.

É preciso, então, ter muito cuidado em relação a isso e também - a expressão popular diz "de boa intenção o inferno está cheio" - em relação a legislação. E por isso que é importantíssimo, gostaria de dizer, ter-se feito aqui a audiência pública, porque os próprios elementos, o relatório cuidadoso feito nos permitem ter uma baliza, um juízo seguro a propósito dessa temática. E isso tenho subscrito, tenho insistido: a necessidade de que possamos fazer, sim, um exame de fatos e prognoses legislativas, porque, senão, podemos substituir o suposto achismo do legislador pelo nosso achismo; e aí o lance opiniático do legislador pelo nosso lance opiniático; e aí nos desqualificamos, nos deslegitimamos. Se é para dar palpite, melhor que seja do legislador, porque ele faz um experimento e, depois, se der errado, ele volta atrás e ele tem a legitimação democrática. Então, temos de ter muito cuidado em relação a esse tópico.

Vou dar só um exemplo dessa questão de fatos e prognoses legislativos examinados na Corte constitucional alemã: veio uma lei, supostamente amiga dos animais, que proibiu o transporte deles pelo sistema de correio, de reembolso e também pelo sistema ferroviário. A intenção era dizer que esses animais sofriam, eram maltratados nesse tipo de transporte. Eram pequenos negociantes, sitiantes, que eram criadores desses animais. E, do outro lado, conhecemos, são os nossos filhos, netos que têm apressos por esses animais e que encomendam nesses locais. Então, veio o legislador, uma lei de proteção ao meio ambiente, e estabelece a regra de que não haveria mais esse tipo de transporte. No dia seguinte, essas pessoas viam-se às voltas com o encerramento de suas atividades. Essa Lei é constitucional ou inconstitucional? Em princípio, o legislador fez todos os exames para chegar à conclusão de que precisava

**ADI 3937 / SP**

proteger esses animais. Mas essa questão, então, arrastou-se na Justiça e, claro, alegavam esses sitiantes, esses criadores: primeiro, que a Lei não tinha razão de ser, que feria a ideia de proporcionalidade, mas que feria sua liberdade de exercício profissional. Diziam eles: não há necessidade dessa proteção; se há aqui um erro ou outro, se há uma morte ou outra de um animal, isso fica por conta dos acidentes de percurso, normal, mas não é que essa atividade cause esse mal. E aí, então, essa questão se desenvolveu, e a Corte Constitucional Alemã, que já fazia então esse tipo de instrução probatória, faz uma série de perguntas. Entre elas, a seguinte pergunta: será que está havendo realmente essa mortandade que essa Lei anuncia que ela quer evitar? O que vai acontecer se nada for feito? Retirada essa Lei do ordenamento jurídico, o que vai acontecer? E aí, ela faz a verificação e verifica que - para usar uma expressão corrente - as pessoas que encomendavam esses animais eram de uma fidelidade canina. Buscavam esses animais sofregamente nos correios, nas estações ferroviárias. Logo, os animais não ficavam esquecidos. O correio tinha poucos registros de incidentes em torno desse assunto.

Nesse contexto, aparece ainda uma coisa ainda mais exótica: um sujeito que diz: eu sou criador de minhoca. Minhoca, nesse contexto, então, é um bicho altamente evoluído, porque não padecia dessas mazelas dos vertebrados comuns; eles eram mandados em caixas para estimular a agricultura orgânica, feita em jardins, em pequenos espaços. Quer dizer: também estou proibido agora de mandar pelo correio, ou pelo sistema ferroviária essas minhocas? Bem, a Corte, depois de tudo faz, uma análise e diz: essa Lei, com toda boa intenção, que pretende proteger os animais, na verdade, resulta no contrário, inclusive, afeta a liberdade de profissão.

Então, é preciso fixar realmente, examinar com muita intensidade - porque aqui vai ser um exame realmente muito intenso - a legitimidade da lei federal em face, inclusive, dos elementos colhidos na audiência pública, nesse pronunciamento científico, nessas orientações, para que, de fato, possamos dizer: bom, dessa lei resulta, sim, uma proteção insuficiente. Porque, do contrário, realmente, temo que possa ocorrer toda

**ADI 3937 / SP**

sorte de argumentação, para dizer que este, aquele produto, aquele outro afeta ou a saúde, ou questão de produção e consumo, ou a questão de meio ambiente. Então, parece-me que é fundamental que, se vamos chegar a um juízo de inconstitucionalidade, é porque a lei de fato protege de maneira insuficiente - e sabemos hoje, é pacífico que o princípio da proporcionalidade tem a dupla dimensão, do chamado *Übermassverbot*.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE)** - Por excesso e por insuficiência.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - A proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE)** - No meu voto, eu disse claramente que a Lei é insuficiente, a Lei federal.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É isso que é fundamental.

Então, parece-me que essa questão é fundamental para que possamos chegar a essa conclusão, porque há esse risco de, por uma interpretação, alterarmos de alguma forma o significado do artigo 24. E, claro, estamos num terreno inçado de dificuldades, de interesses contrapostos, em que, obviamente, nessa mesma temática aqui, já houve acusações de todos os lados, dizendo-se que a acusação, quanto às insuficiências ou à potencialidade de dano de dado produto, era aumentada por conta de interesses comerciais.

É preciso estarmos atentos a isso, e por isso fiz desde logo as reservas quanto a essa maior proteção, a dada pelo legislador estadual, porque podemos ter, talvez, consequências seríssimas no sistema, criando, inclusive, um modelo de inferno e céu no âmbito federativo, o que também não é bom - inferno e paraíso em termos de benefício de um dado tributo.

E estamos, realmente, numa sociedade de risco - isso ficou muito claro no voto de Vossa Excelência e no voto do Ministro Marco Aurélio - e temos de exercer esse controle. Do contrário, baniríamos logo - e quem poderia dizer o contrário - as centrais nucleares. Por que não? Porque, a partir de exemplos das tragédias - Chernobyl etc. -, sabe-se que elas

**ADI 3937 / SP**

podem causar danos muito sérios. O exemplo do césio, por si só - e não chegamos sequer a uma tragédia como aquela de Chernobyl. Sabemos, então, dos riscos, quer dizer, países que cuidam mal de determinados temas, que não conseguem administrar as questões dos rejeitos, por exemplo, como terão centrais nucleares e farão esse desenvolvimento? E assim por diante, uma série de tecnologias sofisticadas.

O celular. Veja que há uma série de discussões e suspeitas sobre eventual irradiação. Muita gente, hoje, não reside ou não compra casa nas regiões das antenas, tendo em vista a suspeita, a suspicácia de que possa haver irradiação. Em suma, estamos num cenário extremamente preocupante.

Não estou a dizer, claro, todos sabem - e aí acho que há consenso em relação a isso - que não estamos diante de um produto que causa mal. Há os pronunciamentos das várias autoridades. Eu até trouxe, aqui, anotações da Organização Mundial da Saúde, em que ela adere a essa preocupação, depois da evolução que houve na OMC, e também fixa prazo, tendo em vista as consequências apontadas pelo Ministro Marco Aurélio. Nesse caso, ela fixa que haveria de ser eliminada até 2017, certamente, levando em conta considerações também de índole prática: as dificuldades que esses Países teriam em fazer essa substituição e essa adaptação.

Em suma, só gostaria de fazer esses registros - peço-lhes desculpas por retardar ainda mais a Sessão - para não perder a oportunidade de trazer essa temática e para não subscrever alguns argumentos que foram lançados da Tribuna, e que foram também aqui esgrimidos nessa perspectiva, porque, a rigor, temos de também zelar - este também é um Tribunal da Federação....

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Não me despeço do controle de constitucionalidade. Apenas distingo a opção política, enquanto opção simplesmente política, e caso concreto de normatividade contrária à Carta da República. Que essa contrariedade seja uma contrariedade frontal, evidente, perceptível.

**ADI 3937 / SP**

O que penso ser perigoso – Vossa Excelência ressaltou muito bem e realizou-se a audiência pública, porque não se teria domínio completo da matéria sob o ângulo científico – é proibir, simplesmente, a prática no território nacional. Agora, quanto à problemática da regência do tema pelos Estados, não vislumbro interesse específico deste ou daquele Estado, destes ou daqueles cidadãos de certo Estado, mas o interesse global, nacional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Se se tratar de saúde, certamente é essa a questão que...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - É que peculiar interesse eu já interpreto por outro prisma, por outra forma. Mas é isso mesmo. Vossas Excelências têm razão quando nos concitam à reflexão ainda mais detida sobre esse tema tão sensível do banimento do amianto. Claro que não há nenhum País desenvolvido, hoje, que produza amianto. Só há uma exceção: o Canadá. Mas nem por isso podemos dizer, sem uma análise – aqui à luz do nosso Direito...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Há países desenvolvidos que importam. Os dois maiores importadores do Brasil, por exemplo, quem são? Japão e Alemanha.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Mas renunciaram à produção. Só fazem importar com outros cuidados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas os cuidados estão na Lei federal.

Agora, se não há fiscais suficientes para torná-la efetiva, a questão se resolve em outro campo. Eis o exemplo dado por inspetora do trabalho no Estado de São Paulo: “sou a única para fiscalizar a observância da Lei federal em toda São Paulo”.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - E é uma visão de mundo também, que termina influenciando a própria interpretação jurídica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O problema é a dose do veneno.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu

**ADI 3937 / SP**

equacionei o tema, dizendo que banir o amianto, progressivamente, seria caminhar na direção do futuro. Já o Ministro Marco Aurélio disse que seria regredir à idade das cavernas. Então, eu penso que os homens das cavernas só preferiram as cavernas ao relento porque, nas cavernas, não havia o amianto. Quer dizer, é um modo completamente diferente de ver as coisas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não sei, porque, àquela época, não havia mecanismos para detectar a existência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Mas a intervenção de Vossa Excelência e a do Ministro Gilmar Mendes são preciosíssimas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Equanto vinha para cá, vim pensando que julgaríamos também a ação direta contra a própria Lei. E, aí, pensava exatamente, nessa linha de exercício de alternativas de decisão, se fosse o caso de chegar à declaração de inconstitucionalidade, qual seria o tipo de consequência, se isso seria passível de modulação, etc., porque, de fato, nós percebemos que as próprias autoridades internacionais não recomendam a suspensão de imediato, porque levam em conta, certamente, múltiplos fatores.

E daí ter dito o Ministro Marco Aurélio que temas desse tipo, tendo em vista as variantes exercidas e disponíveis, podem ser contemplados em condições mais avantajadas pelo próprio legislador.

Tivemos, aqui, um exemplo muito interessante - tenho tido oportunidade de tematizar em sala de aula, mas não tive oportunidade de discutir aqui -, que foi o caso do aviso prévio proporcional. Tivemos aquela discussão em que havia uma tendência, em função da jurisprudência que assentamos em matéria do mandado de injunção, que podemos superar e até editar uma decisão de caráter normativo provisório.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – De forma precária e, portanto, temporária, até que o Congresso legisle.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Mas vimos também que, naquele caso, as variantes eram tão distantes: como

**ADI 3937 / SP**

que contávamos um dia a cada ano que passasse, ou alguns dias, seja lá o que for? Quer dizer, qual a repercussão que isso poderia ter no sistema? Veja que tivemos uma demora, e a questão acabou sendo resolvida pelo Congresso, talvez porque soubessem que editaríamos alguma solução. Esse é um caso interessante, porque o legislador deliberou e fez a análise da situação concreta, na perspectiva assumida, quer dizer, dentro do consenso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Proibiu várias espécies de amianto e permitiu uma, e, mesmo assim, de forma controlada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, só para deixar claro. Vamos dizer que, em algum seguimento, haja necessidade, segundo os dados levantados na audiência pública, de uso do amianto, como se reconhece na própria literatura, para o caso dos bombeiros, para uso militar. E aí se diz: não haverá mais amianto a partir da decisão do Supremo? Em suma, são questões....

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não posso, mesmo porque não sou perito para averiguar, afirmar que, neste recinto, não haja produto composto com percentual, ainda que mínimo, de amianto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por isso que a fórmula judicial, pelo menos que leva a uma decisão de caráter apodítico, certamente pode conter armadilhas.

Por isso quis compartilhar essas reflexões. E acho que a suspensão do julgamento é até oportuna, porque, assim, vamos nos deparar com outra temática, enfrentando também a Lei.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - A Lei federal. Exatamente. Vossa Excelência tem razão.