

## VOTO - VOGAL

### **O Senhor Ministro Edson Fachin:**

I. Acolho o bem lançado do relatório do e. Ministro Gilmar Mendes.

Rememoro, de forma abreviada, tratar-se de ação direta de inconstitucionalidade em que se impugna a Lei nº 11.746, de 30 de junho de 2020, do Estado da Paraíba, que dispõe “sobre a proibição de operadoras de planos de saúde no Estado da Paraíba recusarem a prestação de serviços a pessoas suspeitas ou contaminadas pelo COVID-19 em razão de prazo de carência contratual e dá outras providências”.

Examina-se se a medida adotada pelo Estado da Paraíba, a saber, a positivação de obrigação atribuída às operadoras de planos de saúde para prestar atendimento a todos usuários com quadro clínico de COVID-19, independentemente de período de carência, recai nos limites das competências constitucionais atribuídas aos Estados federados.

Argumenta-se que a lei vergastada seria inconstitucional, carecendo o Estado de poderes para legislar sobre direito civil (matéria contratual), e comercial, matérias deixadas à competência legislativa privativa da União, consoante disposto no art. 22, inciso I, VII, da Constituição da República.

Argumenta-se, ainda, que os dispositivos impugnados atingiriam relações jurídicas previamente constituídas por contrato, atos jurídicos portanto perfeitos, protegidos pelo art. 5º, XXXVI da CRFB/88.

Era o que se tinha a rememorar.

II. Peço vênias para divergir da posição adotada pelo e. Relator, Ministro Gilmar Mendes. Penso que nem os títulos próprios de exercício de competência do art. 22, I e VII, nem tampouco a garantia de proteção ao ato jurídico perfeito assomam razões suficientes para infirmar a constitucionalidade da Lei nº 11.746/2020, do Estado da Paraíba.

III. A questão dos autos diz respeito à distribuição de competência entre os diversos entes federativos para legislarem sobre as matérias especificadas pela Constituição. A repartição de competências é característica essencial em um Estado federado para que seja protegida a autonomia de cada um dos seus membros.

Nesta perspectiva, esta disposição pode se dar em sentido horizontal ou vertical, levado em conta o domínio dos interesses envolvidos.

Repartir competências compreende compatibilizar interesses para o reforço do federalismo cooperativo em uma dimensão de fato cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente a fim de que o funcionamento consonante das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º, da CRFB/88) e objetivos (art. 3º, da CRFB /88) da República.

Ao construir uma rede interligada de competências, o Estado obriga-se a exercê-las em proveito do alcance do bem comum e da satisfação dos direitos fundamentais.

Ocorre que, não raro, 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.

Em outras oportunidades, 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.

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 o e. Ministro Gilmar Mendes, em conhecida obra doutrinária, chamou de princípio da interpretação conforme à 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” (BRANCO, Paulo G.; MENDES, Gilmar F. **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 deve ser integrado por aquilo que, na jurisprudência norte-americana, chamou-se de 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. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 35, p. 13-52, 1995. p. 28-29).

A toda evidência, não se deve apressadamente igualar a democracia com as espécies existentes de provincianismo ou paroquialismo político. Afinal, a Constituição é também um contraponto à captura do governo local por oligarquias lugareiras. Reside aqui precisamente a fonte material de competência dos demais entes federativos: desde que favoreçam a realização material de direitos constitucionalmente garantidos, e desde que estejam previstas no âmbito de sua respectiva competência, União e Estados podem dispor sobre matérias que tangencialmente afetem o interesse local. O federalismo torna-se, portanto, um instrumento de descentralização política, não para simplesmente distribuir poder, mas para realizar direitos fundamentais.

Assim, seria possível superar o aspecto meramente formal do princípio da prevalência do interesse e nele reconhecer um conteúdo 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 como aqui entendido, ou seja, na demonstração de que a regulação de determinada matéria pela União ou pelo Estado, conforme as circunstâncias do caso concreto, revela-se mais apta a garantir direitos fundamentais.

Trata-se, portanto, de privilegiar, em princípio, 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 de tolher-lhe sua autonomia constitucional.

IV. Nada obstante o bem argumentado entendimento do e. Relator, que funda a inconstitucionalidade da norma na competência privativa da União para legislar sobre direito civil e seguros (art. 22, I, VII da CRFB/88), penso ser preciso reconhecer que aos Estados e ao Distrito Federal é atribuída competência para legislar sobre relações de consumo em geral.

Se a natureza da norma é que informa o seu regime jurídico e a regra de competência correspondente, deve-se analisar caso a caso se se atinge o núcleo do serviço ou a própria relação de consumo, hipóteses em que a competência normativa será concorrente (art. 24, V e VIII da CRFB/88).

Sendo concorrente, no entanto, deve-se ainda perquirir sobre a existência de norma federal sobre a matéria, a fim de verificar a abrangência da competência estadual (art. 24, §§3º e 4º da CRFB/88).

Portanto, apenas quando a norma federal, a fim de garantir a homogeneidade regulatória, afastar claramente a competência dos Estados para dispor sobre consumo, segundo o teste da *clear statement rule*, haverá inconstitucionalidade formal.

No caso, como bem anotado na peça inicial, e indicado no voto do relator, a União, ao concretizar a competência constitucional, editou a Lei nº 9.656/1998, a qual prevê atualmente, no seu art. 16, a necessária comunicação ao consumidor dos períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames.

Assim, parece-me, inexistir uma norma federal expressa que exclua a coparticipação do ente federado na concretização normativa. Não existe, portanto, incompatibilidade da atuação estadual na densificação do comando de indicação da existência, ou não, de carência para determinados serviços a serem cobertos pelos planos de saúde.

Esta é a compreensão que extraio da linha jurisprudencial inaugurada pela ADI nº 4.512:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 3.885, DE 20/4/2010, DE MATO GROSSO DO SUL. DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR. OPERADORAS DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. OBRIGATORIEDADE DE ENTREGA DE COMPROVANTE ESCRITO EM CASO DE NEGATIVA, TOTAL OU PARCIAL, DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO, CIRÚRGICO OU DE DIAGNÓSTICO, BEM COMO DE TRATAMENTO E INTERNAÇÃO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. NORMA ESTADUAL SUPLEMENTAR. ART. 24, INC. V E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. OBRIGAÇÃO EXTRA CONTRATUAL. DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 5º, INC. XXXVI, 22, INCS. I E VII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. **1. A abertura do setor de assistência à saúde à iniciativa privada não obsta a regulação**

dessa atividade pelo Estado, indispensável para resguardar outros direitos garantidos pela Constituição, em especial a dignidade da pessoa humana, a defesa do consumidor e os direitos à saúde, à integridade física e à vida. 2. Nos termos do art. 24, inc. V e § 2º, da Constituição da República, os Estados e o Distrito Federal dispõem de competência legislativa suplementar para editar normas de defesa do consumidor. 3. A Lei n. 3.885/2010, de Mato Grosso do Sul, é ato normativo instrumentalizador do consumidor com meios necessários para sua defesa, além de densificar o direito à informação, prefacialmente posto no inc. XIV do art. 5º da Constituição da República e seguido pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, inc. IV, 6º, inc. III, e 55, § 4º, da Lei n. 8.078/1990). 4. Mais se revela pertinente a norma de proteção do consumidor quanto maior for a hipossuficiência ou déficit de informação daquele que, transitória ou permanentemente debilitado, esteja em estado de especial vulnerabilidade em face do fornecedor do serviço. 5. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”.(ADI 4512, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, DJE 17/06 /2019, grifos meus)”.

V. Do conjunto de circunstâncias relevantes para a aplicação do direito ao caso, parece-me ser importante destacar o fato de que a medida adotada pelo Estado da Paraíba se dá não apenas no contexto da pandemia do vírus Corona, senão também configura política pública destinada a conter seus devastadores efeitos.

Incide, *prima facie*, a possibilidade de interpretar a Lei nº 11.746/2020 como autêntico exercício das competências comuns e concorrentes para adotar medidas administrativas e legislativas concernentes à saúde. Nestes termos, solidificou-se a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979 /2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em

Plenário Virtual - Ministério Público Federal

juízo definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados /Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente” (ADPF 672 MC-Ref, rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, DJE 29/10/2020).

Esta ordem de razões deve impactar a análise dos dispositivos ora sob exame, uma vez que a matéria regulada tem decisiva influência sobre a gestão do sistema estadual de saúde no combate à COVID-19.

Conjugando-se esta proposição com a inexistência de regra excludente expressa da competência do Estado-membro, conclui-se pela autorização dada ao legislador estadual para definir critério de proibição de recusa de prestação de serviços de saúde.

VI. Finalmente, em relação à alegação de violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CRFB/88), não se infere da incidência imediata da norma vício que contamine a constitucionalidade da Lei nº 11.746/2020.

A segurança jurídica, princípio informador da garantia do ato jurídico perfeito, também é protegida pela aplicação da teoria da imprevisão, na medida em que esta busca restaurar materialmente a relação jurídica alterada por um fato imprevisível. Os seus elementos nominais formais vigem, assim, *rebus sic stantibus* :

“A cláusula *rebus sic stantibus* encaixa-se na noção de sinalagma funcional. Afinal, esta é exatamente a função dela: manter a igualdade entre as prestações no decorrer do tempo, especialmente naqueles casos em que fatos supervenientes modificaram as circunstâncias sobre as quais se fundamentou a manifestação ou declaração de vontade.” (MORAES, Renato José. Cláusula *rebus sic stantibus*. SP: Saraiva, 2001, p.270-271)

Conforma-se a previsibilidade ao equilíbrio e à função social dos contratos, compreendendo a obrigação como um processo dinâmico e complexo, informado, não apenas pela declaração de vontade, mas também por fatores externos atinentes a princípios de cunho social de estatura constitucional.

É assim que a teoria da imprevisão foi positivada como norma geral pelo artigo 317 do Código Civil e no art. 6º, V, da Lei nº 8.078/90, não sendo vedado, como visto, que uma específica situação concreta (como a pandemia) enseje a proteção uniforme do consumidor pelo ente estadual, como fez a norma impugnada.

Entendo que a pandemia opera um desequilíbrio fundamental que pode ser reconstituído pela atuação legislativa estadual. Nestes termos, a proteção do consumidor se soma ao dever de proteção à saúde, autorizando o regramento específico dos períodos de carência neste muito determinado elemento fático, a saber, a prestação de serviços em casos de COVID-19.



VII. Ante o exposto, renovando as vênias ao e. Relator, voto pela improcedência da ação.

É como voto.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 07/06/21 19:07*