

VOTO-DIVERGENTE

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acompanho o bem lançado relatório do e. Ministro Gilmar Mendes, divergindo, no entanto, do seu voto.

A Repartição de Competências no Federalismo Brasileiro

A questão dos autos diz respeito à distribuição de competência entre os diversos entes federativos para legislar 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 e, por consequência, a convivência harmônica entre as esferas, com o fito de evitar a secessão. 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) e objetivos (art. 3º, da CRFB) 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, como bem lembrou o e. Min. 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 tão somente a partir da ótica da prevalência de

interesses, não apresenta solução satisfatória para os casos cuja dúvida sobre o exercício da competência legislativa decorre de atos normativos que podem versar sobre diferentes temas.

Nestes casos, há uma multidisciplinariedade, como bem descreveu Tiago Magalhães Pires, em trabalho já citado pelo e. Min. Luís Roberto Barroso em julgamentos perante este Tribunal (ADI 5327, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 01.08.2017):

"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 para esses casos 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. Min. 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 alçada que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria.

Neste 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, por exemplo, 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: contanto que favoreça a realização material

de direitos constitucionalmente garantidos e desde que estejam previstas no âmbito de sua respectiva competência, podem a União ou mesmo os Estados dispor de matérias que tangencialmente afetam o interesse local. O federalismo torna-se, por conseguinte, um instrumento de descentralização, 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 possuem os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito nacional, certa matéria deve ser disciplinada pelo ente maior.

Embora seja diretamente aplicável ao caso em tela, 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, não cabendo ao poder judiciário, à míngua de definição legislativa, retirar a competência normativa de determinado ente da federação, sob pena de tolher-lhe sua autonomia constitucional.

Norma de direito do consumidor

Conquanto, como entendeu o e. relator para considerar a norma inconstitucional (CRFB, art. 22, I, VII), seja a União competente privativamente para legislar sobre direito civil e seguros, é preciso reconhecer, por outro lado, que aos Estados e ao Distrito Federal é dada a 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, deve ser analisada caso a caso, verificando-se se atinge o núcleo do serviço ou a própria relação de consumo, caso em que a competência normativa será concorrente (CRFB, art. 24, V e VIII).

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 (CRFB, art. 24, §§3º e 4º).

Portanto, apenas quando a norma federal, a fim de garantir a homogeneidade regulatória, afastar a competência dos Estados para dispor sobre consumo, haverá inconstitucionalidade formal.

No caso, como bem anotado no voto do relator, a União, ao concretizar a competência constitucional, editou a Lei n. 9.656/1998, a qual prevê atualmente, no seu art. 17, a necessária comunicação ao consumidor do descredenciamento de prestadores de serviço.

Assim, como anotado no julgamento da ADI n. 5173, “não há incompatibilidade entre as duas prescrições legais, porque a norma estadual especifica meio e forma de cumprimento de obrigação já imposta pela lei federal.”

Trata-se de norma de natureza consumerista, como se pode extrair deste julgado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, a essas relações contratuais, o CDC e a Lei n.º 9.656/98 incidem conjuntamente:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. DESCREDENCIAMENTO DE CLÍNICA MÉDICA. COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PREJUÍZO AO USUÁRIO. SUSPENSÃO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO.

(...)

2. Cinge-se a controvérsia a saber se a obrigação das operadoras de plano de saúde de comunicar aos seus beneficiários o descredenciamento de entidades hospitalares também envolve as clínicas médicas, ainda que a iniciativa pela rescisão do contrato tenha partido da própria clínica. 3. Os planos e seguros privados de assistência à saúde são regidos pela Lei nº 9.656/1998. Não obstante isso, incidem as regras do Código de Defesa do Consumidor (Súmula nº 608), pois as operadoras da área que prestam serviços remunerados

à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo.

4. Os instrumentos normativos (CDC e Lei nº 9.656/1998) incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. São essenciais, assim, tanto na formação quanto na execução da avença, a boa-fé entre as partes e o cumprimento dos deveres de informação, de cooperação e de lealdade (arts. 6º, III, e 46 do CDC).

5. O legislador, atento às inter-relações que existem entre as fontes do direito, incluiu, dentre os dispositivos da Lei de Planos de Saúde, norma específica acerca do dever da operadora de informar o consumidor quanto ao descredenciamento de entidades hospitalares (art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998).

6. O termo entidade hospitalar inscrito no art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998, à luz dos princípios consumeristas, deve ser entendido como gênero, a englobar também clínicas médicas, laboratórios, médicos e demais serviços conveniados. O usuário de plano de saúde tem o direito de ser informado acerca da modificação da rede conveniada (rol de credenciados), pois somente com a transparência poderá buscar o atendimento e o tratamento que melhor lhe satisfaz, segundo as possibilidades oferecidas. Precedente.

7. É facultada à operadora de plano de saúde substituir qualquer entidade hospitalar cujos serviços e produtos foram contratados, referenciados ou credenciados desde que o faça por outro equivalente e comunique, com 30 (trinta) dias de antecedência, aos consumidores e à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ainda que o descredenciamento tenha partido da clínica médica (art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998).

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1561445/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 16/08/2019)

Pelos mesmo motivos, não havendo incompatibilidade, também pode incidir a legislação consumerista do Estado. Essa é a compreensão que extraio da leitura do precedente da ADI n. 4512:

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, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-130 DIVULG 14-06-2019 PUBLIC 17-06-2019)

Por essas razões, pedindo vênias ao e. Relator, deve o pedido ser julgado improcedente.

É como voto.