



Clarice Maria Rocha Nehme

**COMPETÊNCIA LEGISLATIVA ESTADUAL E O DIREITO
À SAÚDE: o conflito formal e material de leis no STF**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da Sociedade
Brasileira de Direito Público – SBDP,
sob a orientação da Professora
Carolina Mota.**

SÃO PAULO

2011

Resumo: Os artigos da CF/88 referentes à repartição de competências legislativas são de difícil interpretação e aplicabilidade. A proteção à saúde é matéria legislativa concorrente entre União e Estados-membros, porém, as leis estaduais, muitas vezes, são declaradas inconstitucionais por vícios formais decorrentes da invasão de competências privativas da União ou por extrapolarem na suplementação da lei federal. Esta pesquisa visa avaliar a interpretação do STF a respeito das leis estaduais protetivas à saúde, que, de certa forma, apresentam conflito de competência legislativa. De forma geral, o STF tende a declarar a inconstitucionalidade das leis respaldada em vícios formais de distribuição de competências legislativas. Por outro lado, os Ministros, de forma isolada, realçam o escopo social da lei e trazem à discussão o seu caráter material de proteção e defesa da saúde, como um princípio a ser preconizado.

Acórdãos citados: ADI 1893-MC/RJ; ADI 1893/RJ; ADI 1862-MC/RJ; ADI 3403/SP; ADI 1589/SP; ADI 1595/SP; ADI 1646-MC/PE; ADI 1646/PE; ADI 2875/DF; ADI 1575/SP; ADI 2396-MC/MS; ADI 2396/MS; ADI 2656/SP; ADI 3937-MC/SP; ADI 1278/SC; ADI 2303/RS; ADI 3035-MC/PR; ADI 3035/PR; ADI 3645/PR; ADI 2832/SC, ADI 384-MC/PR e ADI 384/PR.

Palavras-chave: direito à saúde; competência legislativa; CF/88; Estados-membros; vício formal; autonomia legislativa.

ÍNDICE

1- Introdução.....	4
1.1- Delimitação do objeto de pesquisa e sua relevância.....	7
2- Metodologia.....	11
3- Normas protetivas à saúde no âmbito da competência privativa da União – art. 22 da CF/88.....	16
3.1- Análise jurisprudencial:.....	16
3.1.1- Direito civil e comercial.....	16
3.1.2- Direito do trabalho.....	26
3.1.3- Atividades nucleares de qualquer natureza.....	29
4- Normas protetivas à saúde no âmbito da competência concorrente – art. 24, XII da CF/88.....	31
4.1- Existência de lei federal.....	32
4.1.1- Alegação de casos de ofensa reflexa.....	34
4.1.2- Alcance das Normas Gerais sobre saúde no STF.....	35
4.1.3- Análise jurisprudencial.....	38
4.1.3.1- Produção e consumo.....	38
4.1.3.2- Proteção ao meio ambiente.....	40
4.1.3.3- Proteção e defesa da saúde.....	48
4.2- Ausência de lei federal.....	50
5- Leis enquadradas na competência privativa e na concorrente.....	53
6- Conclusão.....	59
7- Referências bibliográficas.....	67

1. Introdução

A opção pelo federalismo como forma de Estado surgiu com a primeira Constituição republicana brasileira, em 1891. Na época, o constituinte estava preocupado em esvaziar o poder centralizado em torno do Monarca, que havia marcado todo o período imperial da nossa história. Com efeito, instituiu o federalismo e o elencou como cláusula pétrea¹, bem como a opção de forma de Governo republicana².

A Constituição Federal de 1988 consolidou o federalismo como forma de Estado e preconizou a cooperação federativa entre a União e os Estados-membros³ com o objetivo de superar as desigualdades regionais, um dos males deixados pela República Oligárquica. O constituinte, no entanto, não rompeu com a tradição de nossos regimes constitucionais anteriores, de enumerar os poderes da União e de atribuir poderes remanescentes aos Estados-membros⁴.

A distribuição de competências aos entes diz respeito tanto a sua capacidade de atuar⁵ quanto a de legislar. Aquele que é competente para atuar em certa matéria será obrigado a legislar sobre ela, pois toda participação do poder público deve ocorrer nos moldes da lei⁶. Nesta medida, a presente pesquisa se focará somente na competência legislativa dos artigos 22 e 24 da Constituição e não na material, presente nos artigos 21 e 23.

As matérias que competem exclusivamente à União legislar estão elencadas no artigo 22 da Constituição.⁷ Tais dispositivos são amplos e

¹ Cláusulas pétreas são dispositivos constitucionais que não são passíveis de sofrer mudança legislativa.

² Constituição Federal de 1891; art. 90 §4º: "não poderão ser admitidos como objeto de deliberação no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade de representação dos Estados no Senado".

³ Por Estados-membros entende-se Estados e Distrito Federal.

⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros: 2007, pp 479.

⁵ São as competências materiais elencadas nos artigos 21 e 23 da CF/88

⁶ Dalmo, Dallari. "Normas Gerais sobre Saúde: Cabimento e Limitações", in Ministério da Saúde, Brasília: 2006, PP 61-81.

⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

abstratos, cuja generalidade engloba vários assuntos, dificultando a sua interpretação e aplicabilidade nos casos concretos. Um exemplo da obscuridade do art. 22 é o seu inciso I que versa sobre a competência privativa da União em legislar sobre “direito civil, comercial (...)”. Não há um esclarecimento, por parte do legislador, do que poderia ser enquadrado em normas de direito civil, cabendo ao intérprete do Direito fazer tal distinção.⁸

O art. 24 da Constituição⁹ prevê a concorrência da União e dos Estados-membros em legislar sobre diversas matérias que merecem

-
- II - desapropriação;
 - III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
 - IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
 - V - serviço postal;
 - VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
 - VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
 - VIII - comércio exterior e interestadual;
 - IX - diretrizes da política nacional de transportes;
 - X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
 - XI - trânsito e transporte;
 - XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;
 - XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;
 - XIV - populações indígenas;
 - XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
 - XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
 - XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;
 - XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
 - XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
 - XX - sistemas de consórcios e sorteios;
 - XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;
 - XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;
 - XXIII - seguridade social;
 - XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;
 - XXV - registros públicos;
 - XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;
 - XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;
 - XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;
 - XXIX - propaganda comercial.

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

⁸ Silva, Virgílio Afonso. “Federalismo e articulação de Competências no Brasil”, in *Administração Pública Coletânea*. Unesp: 2011. pp 557

⁹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
- II - orçamento;

esforço conjunto para se concretizarem, com o intuito de serem particularizadas aos interesses regionais. Os Estados-membros podem legislar sobre as matérias arroladas nesse artigo, com algumas ressalvas feitas pelo constituinte. A redação desses parágrafos do art. 24 permite interpretar que há limitação normativa dos Estados-membros, que ficam adstritos à suplementar, somente no que couber, a norma federal, sendo que esta, por sua vez, é restrita à produção de "normas gerais" sobre o tema.¹⁰

Os dispositivos que tratam das competências legislativas, seja no âmbito da competência privativa da União, seja no alcance da competência concorrente entre União e Estados-membros, se mostram pouco esclarecedores, passíveis de gerar dificuldades interpretativas. No âmbito da competência privativa da União, as matérias não são objetivas, o que abre margem para o intérprete e, para o próprio legislador ordinário, englobar variados assuntos distintos na lei federal, com o pretexto de ser exclusividade da União. Quanto à competência concorrente, o conceito teórico e prático de "normas gerais" é controvertido e sua complexidade o

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV - proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

¹⁰ "§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."

torna um dos temas mais difíceis no estudo sobre federalismo no âmbito jurídico.¹¹

1.1. Delimitação do objeto da pesquisa e sua relevância

Esta pesquisa se debruçará sobre uma matéria específica dentro da competência legislativa: o direito à saúde. A opção pelo enfoque em tão particular assunto é devido à sua relevância social e importância constitucional.

Estudos sobre saúde na área do Direito são recorrentes quando se tem por finalidade examinar a relação do Poder Judiciário perante os demais. Observa-se a crescente interferência do Judiciário nos poderes Executivo e Legislativo no tocante à concreção de políticas públicas nessa área. Na doutrina, a esse processo dá-se o nome de "judicialização da política"¹² e o um dos maiores exemplo é a concessão de medicamentos a particulares por parte do Judiciário.¹³

Entretanto, o que pouco se estuda - e por isso a relevância desta pesquisa- é como o Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal (STF), se porta como "árbitro" na relação entre os entes federados para a concreção da proteção à saúde.

O direito à saúde é tratado em diversos artigos da Constituição Federal. O artigo 196, da Seção "Da Saúde", estabelece que "a saúde é direito de todos e dever do Estado", direito social também assegurado pelo artigo 6º da Carta da República. Os artigos 197 e seguintes tratam da criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e estabelecem a descentralização da prestação desse serviço para todos os entes federativos¹⁴. O dever de

¹¹ Administração Pública. Coletânea. Cap 25 – Federalismo e articulação de competências no Brasil – Virgílio Afonso da Silva, página 557, 2011.

¹² Verissimo, Marcos Paulo. "A Constituição de 1988, vinte anos depois: A Suprema Corte e ativismo judicial 'à brasileira'". 42º Ed. São Paulo: Revista Direito GV, 2008, pp 407-440

¹³ Para mais informações sobre o tema acessar: "Direitos fundamentais na visão do STF: Direito à saúde, políticas públicas e STF". Observatório sbdp. São Paulo, 2007.

¹⁴ Uma particularidade importante no sistema de saúde, é que tanto a União quanto os Estados-membros e Municípios têm competência em matéria de saúde, ou seja, cada um manterá o próprio sistema de saúde no seu território, mas todos devem integrar-se num sistema harmônico – o Sistema Único de Saúde. A própria União poderá legislar sobre

assegurar a saúde é considerado de responsabilidade universal, isto é, é estendido a todos os entes da federação e é permitido tanto à iniciativa pública quanto à privada, já que se trata de matéria de relevância nacional.

No âmbito da competência legislativa, o direito à saúde é matéria explicitamente enquadrada no art. 24, inciso XII, em que tanto a União quanto os Estados-membros têm competência concorrente em proteger e defender a saúde dos indivíduos. A União, nessa área, se limita à produção de normas gerais que visam à uniformização do sistema de saúde no país, e os Estados-membros devem particularizar as políticas sanitárias aos interesses e as demandas do seu território. Nesse ponto, resta a dúvida: quais são os limites da atuação legislativa da União e a conseqüente suplementação dos Estados?

O Estado contemporâneo pretende controlar o comportamento dos indivíduos com o fito de preservá-los contra qualquer ação nociva à sua saúde, e o faz por meio de leis.¹⁵ O aparelho legislativo não é apenas o meio formal por meio do qual o setor de saúde é fomentado a fim de permitir seu adequado funcionamento, mas é, inclusive, um meio próprio para propiciar as condições de pleno desenvolvimento físico e mental das pessoas¹⁶. Nesta medida, é imprescindível a análise de como a matéria dessas leis é interpretada, a fim de ser de fato posta em prática.

Além de ser a proposta de pesquisa da *Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público* (SBDP), a presente monografia se valerá da análise empírica na seara do Supremo Tribunal Federal. O STF é o guardião da Constituição¹⁷ e é competente para julgar atos normativos que são contrários aos dispositivos e preceitos constitucionais.

Dessa forma, cabe ao STF a comparação de leis, que visam de alguma forma à proteção e defesa da saúde, com o modelo de repartição de

peculiaridades do sistema mantido pelo governo federal, mas nesse caso ela também estará obrigada a observar o que tiver sido estabelecido em lei federal que fixe normas gerais.

¹⁵ Dallari, Sueli. "Direito Sanitário" in *Ministério da Saúde: Direito Sanitário e Saúde Pública- coletânea de textos*. Vol. 1. Brasília, 2003. pp 39 - 58

¹⁶ Segundo a Organização Mundial da Saúde, saúde é "é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças".

¹⁷ Artigo 102 da Constituição Federal: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)".

competências legislativas presente no texto constitucional. Como consequência, a Corte traça um entendimento acerca da forma atual de federalismo presente no Brasil. Ademais, os litígios concernentes no tocante à repartição de competências legislativas são uma das maiores causas de ajuizamento de ações de inconstitucionalidade no STF¹⁸, o que realça a relevância de se estudar a matéria no âmbito dessa Corte.

A solução do aparente conflito de competências legislativas entre privativa e concorrente pressupõe uma interpretação material das leis impugnadas. O STF deve fazer esse cotejo para analisar se a competência para editar uma lei estadual é adstrita à União ou, por versar sobre proteção da saúde deve ser enquadrada na competência concorrente do art. 24. O juízo desse tipo de questão reside na análise de como os Ministros lidam com as leis estaduais que tratam de matérias que permeiam dispositivos distintos da Constituição, e que por isso, trazem dúvidas quanto a sua constitucionalidade, observadas a distribuição de competências, o pacto federativo e os princípios constitucionais¹⁹.

Diante do exposto, a análise empírica, por meio do estudo dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, tem como objetivo verificar se o STF, ao julgar a constitucionalidade das leis estaduais, analisa a matéria, isto é, a defesa e proteção à saúde, em detrimento a vícios formais²⁰. Busca-se avaliar como tal órgão trata o federalismo, presente na distribuição de competências legislativas nos artigos 22 e 24, em consonância com os artigos 6º e 196, todos da Constituição Federal de 1988, questionando se os Estados-membros têm, de fato, autonomia legislativa para proteger a saúde dos indivíduos no seu território, ou se o poder legislativo é centralizado na esfera da União Federal.

¹⁸ Silva, Virgílio Afonso. "Federalismo e articulação de Competências no Brasil", in *Administração Pública Coletânea*. Unesp: 2011. pp 557

¹⁹ O Min. Sepúlveda caracteriza o impasse entre os dispositivos de distribuição de competências como sendo uma "zona cinzenta". [STF: ADI 1862/RJ. Min. Rel. Neri da Silveira, j. 18/03/1999]

²⁰ Vícios formais dizem respeito à usurpação de competências privativas, de extrapolação da competência suplementar dos Estados e o de não conhecimento da ação por se tratar de ofensa reflexa à Constituição.

Tal posicionamento da Corte pode revelar uma tendência em centralizar a produção normativa no âmbito da União e delegar pouco espaço legiferante para os Estados-membros, mostrando o entendimento da Corte sobre o atual modelo de federalismo presente no Brasil.

2. Metodologia

Neste capítulo será apresentado como se deu a seleção do material que compõe a presente pesquisa e como foi feita a sua análise. Como já exposto, o nosso objeto é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que será analisada através de acórdãos. Nessa medida, o sítio eletrônico da Corte foi a principal ferramenta de trabalho²¹.

Na página eletrônica, há uma seção de pesquisa de jurisprudência em que estão disponibilizados os acórdãos. A fim de abarcar o maior número possível de decisões da Corte sobre o tema, utilizei algumas palavras-chaves de busca:

- i) *jurisprudência* -> "competência *adj* legislativa e saúde"²²
- ii) *jurisprudência* -> "24 *adj* XII"²³
- iii) *jurisprudência* -> *índice adi* -> "competência *adj* legislativa e saúde"²⁴
- iv) *Constituição e Supremo* -> "competência concorrente - CF e jurisprudência -art. 24, XII"²⁵

A partir dessas informações, fiz o cruzamento dos acórdãos encontrados. Alguns acórdãos foram imediatamente excluídos para compor o universo da pesquisa: os que questionavam leis federais²⁶, os que questionavam leis municipais²⁷, os que remetiam à previdência social²⁸, as

²¹ O endereço eletrônico é www.stf.jus.br

²² AI 805429 AgR /MG, ADI 1575; RE 596489; ADI 2832; ADI 3043; ADI 1278; ADI 3645; ADI 3098; ADI 3035; ADI 1893; ADI 3035-MC; ADI 2656; ADI 2396; ADI 1472; ADI 2396-MC; ADI 384; ADI 1225; AI147111; AI 152115; ADI 816-MC; ADI 384-MC. Rp 1243; Rp 1249, Rp 1246; AI 110305; Rp 1242; Rp 1153; Rp 945; Rp 919; Rp 863; RE 35373; RE 23705; ADI 2303 – acessado, pela última vez, em 10/01/12

²³ RE 5730393; RE596489; ADI 2875; ADI 1278; ADI 2024; ADI 3645; RE 286789; ADI 2396; ADI 2396/ mc; ADI 2110-MC; ADI 2024-MC; ADI 455-MC. – acessado pela última vez em 10/01/12

²⁴ ADI 1278-MC; ADI 1595-MC; ADI 1646-MC; ADI 1862-MC; ADI 1893; ADI 1595; ADI 3645; ADI 1862; ADI 1893; ADI 384-MC; ADI 1646; ADI 2875; ADI 3937-MC. – acessado pela última vez em 10/01/12

²⁵ MI 1832; ADI 2730; RE 596489; ADI 3937-MC; ADI 2875; ADI 3403; RE 356.328-AgR; ADI 1278; ADI 3645; RE 286.789

²⁶ A pesquisa visa delimitar a autonomia legislativa dos Estados em detrimento da União na formulação de leis protetivas à saúde dos indivíduos, e não a constitucionalidade das leis federais.

²⁷ O caput do artigo 24 se refere a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal. Aos entes municipais foi atribuída a competência para suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber, conforme dispõe o artigo 30, inciso II, da constituição

ações que não eram em controle concentrado de constitucionalidade²⁹ e os anteriores à Constituição de 1988.

Por meio da leitura das ementas e do relatório, outros acórdãos também foram excluídos, pois as leis questionadas, os dispositivos mencionados e propriamente a discussão central eram claramente incompatíveis com o tema desta pesquisa³⁰.

Com a análise preliminar dos acórdãos pré-selecionados, percebi que as leis questionadas não trazem unicamente e, muitas vezes, nem de forma explícita, o escopo de proteção e defesa da saúde. Os dispositivos da lei estadual tratados conjuntamente podem fazer menção a outras matérias que adentram tanto no âmbito da competência privativa da União - como a regulação de direito civil, comercial, do direito do trabalho, dentre outras; - quanto em outras matérias previstas na competência concorrente - proteção ao meio ambiente, produção e consumo, etc.

Para ilustrar esse impasse metodológico, procurando por outras chaves de busca, encontrei acórdãos coincidentes com a chave de busca de "competência *adj* legislativa e saúde", utilizada inicialmente. Alternei a última parte da expressão por outros termos, tais quais: "meio ambiente"³¹, "consumo"³² e "trabalho"³³. A convergência de acórdãos encontrados com

federal, incluídas aí as competências legislativas privativas e concorrentes da união e dos estados-membros.

²⁸ O inciso XII, do art. 24 também menciona a previdência social. No entanto, o foco desta pesquisa é na defesa e proteção da saúde.

²⁹ Os questionamentos quanto à observância dos dispositivos constitucionais referentes à competência legislativa são levadas ao STF por meio, principalmente, de ação direta de inconstitucionalidade. A competência para julgar essa ação está no artigo 102, I, "a" da Constituição Federal de 1988. O recurso extraordinário é um caminho possível, mas indireto, com fundamento no artigo 102, III. Por isso, a maioria dos casos suscitados é ação direta de inconstitucionalidade. Nessa medida, optei por centrar a pesquisa somente em controle concentrado de constitucionalidade, pois é o Plenário o responsável por julgá-las. Por ser este composto por todos os ministros, seria mais interessante para o objetivo de delinear o papel da Instituição como um todo, além de que muitos dos recursos extraordinários encontrados são referentes a leis municipais.

³⁰ O acórdão foi considerado compatível com a proposta da pesquisa se o argumento de proteção à saúde, bem como o dispositivo constitucional 24, inciso XII tenha composto a fundamentação dos ministros, mesmo que o escopo central da lei questionada não seja explicitamente o direito à saúde³⁰ e que não tenha sido trazido como único argumento em defesa da lei pela parte requerida. Os acórdãos excluídos foram a ADI 3098; ADI 1472, ADI 1225, ADI 816-MC, ADI 2024; ADI 2024-MC; ADI 2110-MC; ADI 455-MC.

³¹ Os coincidentes foram ADI 3035; ADI 1893; ADI 2656; ADI 2396

³² ADI 2832, ADI 3645, ADI 3035, ADI 2656, ADI 2396, ADI 384

³³ ADI 1893, ADI 2396

esses termos e com o termo “saúde” revela que os assuntos tratados em tais acórdãos ultrapassam a esfera de proteção e defesa da saúde, sendo imprescindível o exame conjunto com tais matérias³⁴.

Acredito, no entanto, que tal mescla de dispositivos protecionistas não interfere no nosso objetivo de identificar como o direito à saúde é encarado no âmbito da competência legislativa. Na verdade, identificar se a proteção e defesa da saúde é prestigiada perante outras matérias, também protetivas e concernentes à competência concorrente, é um dos aspectos importantes a ser observado e poderá indicar uma possível estratégia argumentativa das partes da ação, e até mesmo dos Ministros, em julgar casos aparentemente semelhantes.

A leitura do material selecionado permitiu depreender que há três perspectivas de observação da questão pautada: (i) quanto aos argumentos de ataque à lei, trazidos pela requerente; (ii) os argumentos de defesa da lei, suscitados pela parte requerida; (iii) e a fundamentação dos Ministros para declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei estadual.

A parte requerente pode pleitear a inconstitucionalidade da lei por vício formal, alegando invasão da competência privativa da União em legislar sobre a matéria - artigo 22 - ou usurpação da competência geral da União, pois a lei estadual fere a lei federal, que já regulamenta a matéria - artigo 24, § 1º e 2º.³⁵

O requerido, em contrapartida, recorre ao artigo 24, XII da Constituição para defender que a lei visa à proteção e saúde dos cidadãos e que esta matéria é de competência concorrente. No entanto, como já explicitado, outros argumentos são incorporados, como a proteção ao meio ambiente, proteção ao consumidor, etc.

³⁴ Um exemplo emblemático dessa questão são os acórdãos relativos a leis referentes ao mineral amianto, os quais foram encontrados através de todas as chaves de busca: saúde, meio ambiente, consumo e trabalho.

³⁵ Sob essa óptica será interessante perceber, como já exposto, a estratégia argumentativa, pois ora a parte opta por alegar vício formal em decorrência do artigo 22, ora em decorrência dos parágrafos do artigo 24 em leis semelhantes.

Uma forma mais objetiva para agrupar os acórdãos me pareceu ser através da decisão final da Corte. Dessa forma, os acórdãos serão separados de acordo com o artigo da Constituição Federal determinante para sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Essa organização metodológica visa delinear os embates centrais do tema, a saber:

- (i) A lei estadual versa sobre matérias que são da competência privativa da União legislar (art. 22 *versus* art. 24, XII)
- (ii) A lei tem como objetivo central a proteção da saúde, adentrando no âmbito da competência concorrente. (art. 24, XII *versus* art. 24, § 1º e 2º).
- (iii) O Direito à saúde é tratado conjuntamente com matérias privativas à União (art. 22 e art. 24, XII)

Portanto, um capítulo da monografia será dedicado aos casos de alegação, por parte da corrente majoritária da Corte, de usurpação da competência privativa da União. Os acórdãos serão separados conforme os incisos do art. 22³⁶:

- a) Direito civil e comercial
- b) Direito do trabalho
- c) Atividades nucleares de qualquer natureza

Dentro dos casos de alegação de usurpação de competência concorrente (lei federal *versus* lei estadual), os acórdãos serão separados, em primeiro lugar, se houver ou não lei federal mencionada na fundamentação. Quando houver menção à lei federal, os acórdãos serão separados conforme os incisos do artigo 24³⁷:

- a) Produção e consumo

³⁶ A divisão metodológica dos acórdãos por meio dos incisos mencionados é interessante também para tentar delinear a abrangência que tais termos adquirem na Corte. Busca-se perceber, de forma comparativa entre os julgados, o que o STF entende por "direito civil" ou por "normas de direito do trabalho", principalmente, perante o direito à saúde.

³⁷ Nos casos em que há menção na lei de proteção há mais de um inciso, como por exemplo no caso do amianto, em que se fala de consumo, saúde e meio ambiente, sua colocação foi baseada no argumento em que, fora a saúde, foi mais recorrente. No caso do amianto é o meio ambiente

- b) Proteção ao meio ambiente
- c) Proteção e defesa da saúde³⁸

Outro capítulo da presente monografia agrupará os acórdãos em que os Ministros entendem que há dispositivos da lei questionada que adentram tanto no âmbito da competência privativa, quanto no da concorrente. São eles: ADI 3035/PR, ADI 1862/RJ, ADI 2875/DF.

Diante do exposto, a seleção final dos acórdãos restou assim: ADI 1893-MC/RJ; ADI 1893/RJ; ADI 1862-MC/RJ; ADI 3403/SP; ADI 1589/SP; ADI 1595/SP; ADI 1646-MC/PE; ADI 1646/PE; ADI 2875/DF; ADI 1575/SP; ADI 2396-MC/MS; ADI 2396/MS; ADI 2656/SP; ADI 3937-MC/SP; ADI 1278/SC; ADI 2303/RS; ADI 3035-MC/PR; ADI 3035/PR; ADI 3645/PR; ADI 2832/SC, ADI 384-MC/PR e ADI 384/PR.

³⁸ O item "c" se refere a leis que somente se enquadram na proteção e defesa da saúde.

3. Normas protetivas à saúde que invadem competência privativa – art. 22

Como já foi dito na Introdução, não há previsão expressa no art. 22 sobre o direito à saúde. Todavia, este capítulo englobará as leis estaduais que, segundo a corrente majoritária da Corte, adentraram na competência privativa da União.

O questionamento principal do capítulo é compreender como a alegação de vício formal pela usurpação de competência privativa da União é contextualizada frente o escopo da lei de proteção e defesa da saúde, matéria essa do âmbito da competência concorrente. Em outras palavras, busca-se verificar o que faz com que o Supremo Tribunal Federal entenda que certa lei trata de matéria elencada no art. 22 ou que se trata de proteção e defesa da saúde, presente no artigo 24.

3.1. Análise jurisprudencial

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:(...)"

3.1.1. "Direito civil, comercial (...)"³⁹

ADI 1595-MC/SP

Tratava-se de uma lei paulista que estabelecia que "as empresas de Seguro-Saúde, as empresas de Medicina de Grupo, cooperativas de trabalho médico, intermediação de serviços médico-hospitalares que operem no Estado de São Paulo, estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas ao Código Internacional de Doença da Organização Mundial da Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza⁴⁰."

³⁹ Compõem este item os acórdãos: ADI 1595-MC/SP, ADI 1646-MC/PE; ADI 1646/PE; ADI 1589/SP.

⁴⁰ Redação do art. 1º da Lei do Estado de São Paulo 9.495 de 4 de março de 1997.

A Confederação Nacional do Comércio (CNC), a qual representa os interesses dos empregadores do setor de Comércio de Bens e Serviços⁴¹, alegou a invasão da competência privativa da União em legislar sobre direito civil, comercial e política de seguros – artigo 22, I e VII.⁴²

O Min. Relator Nelson Jobim deferiu a liminar para suspender os efeitos da lei paulista por esta versar sobre direito obrigacional, esfera de direito civil, portanto, exclusividade da atuação legislativa da União. O Min. Relator não teceu considerações a respeito da matéria da lei versar sobre direito à saúde, mencionando somente os efeitos econômicos práticos do alcance da lei, uma vez que a mesma cria obrigações além daquelas atuarialmente suportáveis pelos planos de saúde⁴³.

O Min. Marco Aurélio acompanhou o relator apresentando outros argumentos. Afirmou que há valores presentes na lei estadual que merecem ser sopesados: a justiça, que, para o Ministro, se refere à situação dos doentes que têm direito a um tratamento digno e a segurança jurídica, que aduz à competência legislativa da União em disciplinar a matéria de direito civil e política de seguros. Neste embate de valores, na visão do Ministro, prevalece a segurança jurídica.

A dissidência foi inaugurada pelo Min. Celso de Mello, que indeferiu totalmente a liminar. Sua argumentação foi no sentido de proteção e defesa da saúde como um direito universal, respaldando-se no artigo 196 da Constituição Federal⁴⁴, e não se deteve a aspectos formais de distribuição de competências legislativas. Ele entendeu também que as razões “ético-jurídicas” impõem ao julgador somente uma ação: aquela que privilegia o

⁴¹ “A Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) é a entidade sindical de um dos principais setores da economia do País. Juntas, estas categorias respondem por cerca de 1/4 do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro e geram aproximadamente 25 milhões de empregos diretos e formais. Representante máxima dos cerca de 4,5 milhões de empreendedores do comércio de bens, serviços e turismo, a CNC foi fundada em 4 de setembro de 1945”. Informação que pode ser encontrada no sítio eletrônico: <http://www.cnc.org.br>

⁴² O ministro relator não expos as razões da requerida.

⁴³ O art. 2º da lei diz que: “o não cumprimento dos preceitos desta lei sujeitará as infratoras à multa de 17.000 Unidades Fiscais de Referência – UFIR para cada caso apurado, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.”

⁴⁴ Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

respeito à vida e à saúde humana, por isso que estas razões se sobressairiam aos conflitos de competências legislativas. Um trecho do seu voto merece destaque:

“É preciso advertir que o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos (inclusive os estados-membros) que compõe, no plano institucional – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional (...)⁴⁵”

Uma questão posta pelo Min. Carlos Velloso tenta equacionar os valores presentes na lei estadual levantados pelo Min. Celso de Mello, como o direito à saúde e à vida, e a segurança jurídica. A tentativa de solução trazida ao debate seria em atribuir efeito *ex nunc*⁴⁶ para a medida cautelar, com o intuito de que os efeitos da decisão, de suspender a eficácia da lei paulista, não atingissem nenhum indivíduo do Estado de São Paulo que já estivesse em tratamento.

No entanto, a proposta do Min. Carlos Velloso não foi aceita pelo Plenário, pois, ao atribuir efeito *ex nunc* para a decisão, os Ministros estariam tratando de casos concretos abrangidos pela lei, o que, segundo eles, não seria possível em controle abstrato de constitucionalidade.

Um fato curioso foi que o Min. Carlos Velloso acompanhou o relator e deferiu parcialmente a liminar, com a restrição de a decisão ter efeito *ex nunc*, e não acompanhou a dissidência inaugurada pelo Celso de Mello para indeferir totalmente o pedido. Com efeito, para o Ministro, a lei é inconstitucional por versar sobre direito civil e seguros, matérias restritas à União, mesmo tendo o escopo de proteger a saúde e a vida dos indivíduos. Dessa forma, sua posição “humanitária”⁴⁷ não se sobrepôs às questões formais de distribuição de competências.

⁴⁵ STF: ADI 1595-MC/SP. Rel. Min Nelson Jobim; j. 30/04/97

⁴⁶ Efeito *ex nunc* – “a partir de agora” - significa dizer que no caso de uma sentença, ela não retroage ao passado, mas somente gera efeitos após o seu pronunciamento.

⁴⁷ Nas palavras do Min. Marco Aurélio (STF: ADI 1595-MC/SP. Rel. Min Nelson Jobim; j. 30/04/97) : “Compreendo a proposta humanitária do nobre Ministro Carlos Velloso. Pesa, sem dúvida alguma, a formação humanística de S. Exa nessa proposta, mas é sabido que, na

Da análise do acórdão foi possível extrair que a matéria de direito à saúde foi tratada de forma diferente pelos Ministros. Enquanto o Min. Marco Aurélio encara o escopo da lei, de assegurar aos enfermos tratamentos no seu plano de saúde, como concepção de justiça, o Min. Celso de Mello e Min. Carlos Velloso, de modos distintos⁴⁸, consideram o valor social da lei, que deve ser concretizado pelo STF.

Para a corrente majoritária da Corte⁴⁹, a lei estadual é inconstitucional por versar sobre direito civil e política de seguros, matérias estas privativas da União⁵⁰. Para os dissidentes⁵¹, a proteção à saúde dos assegurados pelos Seguros-Saúde foi encarada sob a óptica do art. 196 da Constituição, em que se preconiza o acesso de todos os cidadãos à saúde e, em nenhum momento da fundamentação, houve menção à competência concorrente⁵².

ADI 1646-MC/PE

O Estado de Pernambuco formulou uma lei bem semelhante à lei paulista questionada na ADI 1595-MC/SP, que conferia aos planos de saúde a obrigatoriedade de abranger todas as enfermidades elencadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde.⁵³

Novamente, a Confederação Nacional do Comércio foi a autora da ação e expôs basicamente as mesmas ofensas aos diplomas constitucionais

apreciação, situada no controle concentrado, não podemos descer à minúcia de sopesar os casos concretos.”

⁴⁸ Ressaltando que o Min. Carlos Velloso atribui a inconstitucionalidade parcial, modulando os efeitos da lei

⁴⁹ Ministros: Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Galotti, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

⁵⁰ Os Ministros Néri da Silveira e Maurício Corrêa também expuseram seus votos, acompanhando o relator. O Min. Néri da Silveira apenas comentou que a fundamentação do Min. Celso de Mello perde o sentido se pensado no alcance territorial da lei paulista, atingindo somente os cidadãos do Estado de São Paulo e não do país como um todo. Para se ter o acesso universal ao direito ao tratamento pelos planos de saúde, deve, segundo o Ministro, ser por meio de lei federal que uniformize a matéria em âmbito nacional.

⁵¹ Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso

⁵² Lembrando que as razões da parte requerida não constavam no relatório.

⁵³ Lei nº 11.466 de 10/07/1997. “Art. 1º: As empresas estabelecidas no Estado, que exerçam, direta ou indiretamente, atividade de prestação de serviços médico-hospitalares são obrigadas a atender e a prestar assistência aos seus usuários sem quaisquer restrições a enfermidades mencionadas no Código Internacional de Doenças, editado pela Organização Mundial de Saúde, imposta e contrato.”

que havia declarado na ADI 1595⁵⁴. Como reforço argumentativo, que não foi apreciado no Plenário, a autora aduz a ofensa ao art. 24, incisos V e XII, §1º e §2º, por já haver lei federal - o Código de Defesa do Consumidor- que exclui a competência dos Estados-membros para legislar em matéria que pretende regulamentar as relações de consumo entre os segurados e as seguradoras, no que concerne às regras contratuais que regem as obrigações assumidas.

Tanto a ADI 1595-MC/SP quanto a ADI 1646-MC/PE foram julgadas no ano de 1997, sendo esta mais recente. A decisão da Corte em ambas foi convergente no sentido de deferir a medida cautelar, mas com a particularidade, no segundo julgamento, de se ter atribuído efeito *ex nunc* à decisão.

O relator foi o Min. Néri da Silveira. Ele manteve o mesmo posicionamento da Corte na ADI 1595-MC/SP em considerar a invasão de competência privativa da União em legislar sobre direito civil e política de seguros, mas explicitamente atribuiu efeito *ex nunc* a sua decisão.

Aproximadamente 4 meses depois do julgamento da ADI 1595-MC/SP, o plenário da Corte no julgamento da ADI 1646-MC, não discutiu sobre a questão dos efeitos da decisão, que simplesmente foi aceita pelos ministros. O próprio Néri da Silveira, na ADI 1595-MC/SP, somente deferiu a liminar com base na ofensa à competência privativa do art. 22, sem tecer sua opinião sobre a modulação de efeitos do caso.⁵⁵

O Min. Carlos Velloso, que no julgamento anterior havia deferido em parte o pedido da liminar preservando os pacientes que já haviam iniciado os tratamentos, nesta ADI 1646-MC, ele opta por indeferir totalmente o pedido, pois alegou ter recebido cartas de pacientes portadores do vírus HIV dizendo que, com o deferimento da cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1595 e a conseqüente suspensão dos efeitos da lei, eles não teriam mais acesso ao tratamento da cura da doença, uma vez que seus planos não são mais obrigados a recebê-los. Tal manifestação afetou

⁵⁴ A ADI 1595 havia sido recentemente julgada, e inclusive foi um precedente da Corte sobre a matéria.

⁵⁵ Vide nota de rodapé nº 52.

emocionalmente o ministro, fazendo com que ele indeferisse totalmente o pedido.⁵⁶

O interessante é que o Plenário era praticamente formado pelos mesmos ministros nos dois julgamentos (com a exceção do ministro Moreira Alves que estava presente somente na ADI 1595) e, apesar do resultado final ter sido o mesmo pragmaticamente, isto é, o deferimento da liminar para suspensão dos efeitos da lei, as conseqüências práticas em se atribuir efeito *ex nunc* em um e não no outro, foram bem distintas.

Ao atribuir efeito *ex nunc* para a decisão, a meu ver, a Corte se mostra mais preocupada com as questões materiais de proteção a saúde e à vida daqueles submetidos a tratamentos e que, com a inconstitucionalidade da lei, teriam seus tratamentos suspensos. Mesmo considerando a lei inconstitucional por motivos formais de usurpação de competência privativa e sendo, o STF se mostrou mais flexível quanto à matéria da lei nesta segunda assentada e, até mesmo superou outras limitações formais de impossibilidade de modulação de efeitos em controle concentrado, ao atribuir efeito *ex nunc*.

ADI 1589/SP⁵⁷

A Confederação Nacional da Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços-, entidade sindical que representa todos os estabelecimentos de serviços de saúde do país⁵⁸, ajuizou uma ação direta contra a mesma lei paulista impugnada na ADI 1595, a lei nº 9495 de 1997, que estabelecia a obrigatoriedade de cobertura nos planos de saúde, de todas as doenças tratadas no Código Internacional de Doenças.

Houve uma mudança no cenário legislativo entre a propositura da ação e o julgamento da cautelar (1997) e o seu julgamento definitivo (2005). Na época da propositura da ação, as relações entre empresas que

⁵⁶ O Min. Celso de Mello endossou a divergência para declarar a inconstitucionalidade total, como consta no Extrato de Ata. No entanto, seu voto não está disponibilizado.

⁵⁷ A ADI 1589/SP foi apensada à ADI 1595-MC/SP. O julgamento da cautelar foi encontrado por meio das chaves de busca, com o número da ADI 1595/SP e o de mérito com ADI 1589/SP.

⁵⁸ Sítio eletrônico da entidade para maiores informações <http://www.cns.org.br/#inicio>

operavam o mercado de saúde e os chamados “assegurados” somente eram regulamentadas pelo Decreto – lei 73/66. Em 1998, houve o acréscimo no ordenamento jurídico da lei federal nº 9656⁵⁹.

Tal lei federal regula o regime jurídico dos contratos referentes aos planos e seguros privados de assistência à saúde. A lei federal foi submetida à ação direta de inconstitucionalidade, a ADI 1931/DF, sendo considerada constitucional pelo Supremo em 2003⁶⁰.

⁵⁹ O decreto lei 73/66 regulava de forma geral os contratos de seguro. Os de seguro saúde estavam em uma seção específica e não mencionavam a cobertura de doenças. Já a lei federal 9656 tece explicitamente sobre os contratos de seguro saúde, inclusive fazendo exceções. O seu artigo 10 mostra a especificidade da norma federal, que deveria, por força constitucional, ser geral: “Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

- I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;
- II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
- III - inseminação artificial;
- IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
- V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
- VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico
- IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;
- X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

Art. 10-A. Cabe às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer.

⁶⁰ “Em julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1931, que questiona os planos e seguros privados de assistência à saúde, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram na tarde de hoje (21/8), por unanimidade, conceder em parte a liminar, para declarar que os contratos celebrados antes da edição da Lei nº 9.656/98 não podem ser atingidos pela regulamentação dos planos de saúde. Com a decisão dos ministros, o Plano-Referência de Saúde, por exemplo, que impõe uma cobertura mínima a ser observada por todas as empresas, foi considerado constitucional. Outro ponto, o ressarcimento das empresas ao Poder Público quando a rede pública trata pacientes de planos de saúde, entretanto, não sofreu alteração.” – Link de Notícias STF. Pode ser

Segundo o Min. Relator Eros Grau, a tendência da lei estadual impugnada em ampliar o rol de doenças e tratamentos abrangidos pelos contratos de saúde foi posteriormente concretizada pela lei federal, mostrando que a preocupação com a saúde do indivíduo, questão central da lei estadual impugnada, já havia sido pacificada.

O Ministro concluiu que a lei estadual já padece inicialmente de vício formal por versar sobre direito civil, já que a lei cuida de ordenações normativas referentes a relações contratuais, por isso dispensa a análise do conteúdo atacado. Aduziu ao fato de que, mesmo que a lei não padecesse do vício formal mencionado, e fosse enquadrada na competência concorrente, ela seria inconstitucional, visto que atualmente já existe lei federal específica quanto ao tema.

Neste ponto, pode-se perceber uma nítida preocupação do ministro em mostrar que de todos os pontos de vista, a lei é inconstitucional por adentrar na esfera da União. Dessa forma, o Min. votou pela inconstitucionalidade da lei paulista por versar sobre direito civil e por já existir lei federal que regulamenta a matéria em nível nacional.

O Min. Carlos Velloso, mais uma vez, abriu a discussão sobre a possibilidade da competência concorrente dos Estados em proteger a saúde, disposição prevista no artigo 24, XII. O Min. Nelson Jobim foi contrário a esta possibilidade, dizendo que o disposto nesse inciso se refere à prestação de serviços do Estado e o caso em questão é diferente, pois há um contrato de saúde, no plano privado. O Min. Carlos Velloso, no entanto, interpreta esse contrato de saúde como "especial", visto que tem um fim, preconizado pelos artigos 24, inciso XII e 196 da CF, que é a proteção e defesa da saúde.

Durante o debate entre os ministros, o Min. Eros Grau reafirmou seu ponto de vista de que, mesmo que o contrato de saúde seja "especial" e dessa forma dentro do âmbito do artigo 24, a União já editou uma lei contendo normas gerais que englobam a matéria, por isso não cabe ao

Estado de São Paulo editar novas normas. Ainda alegou o perigo de se levantar um precedente perigoso caso decretassem a constitucionalidade da lei estadual, pois as leis estadual e federal dispõem no mesmo sentido.

O Min. Sepúlveda Pertence questionou a possibilidade de ser julgada prejudicada a ação, em decorrência da superveniência de lei federal. Disse que, com a ausência da lei federal, seria pertinente a discussão se era competência ou não do Estado-membro editar tal lei, mas como a lei federal já teceu as considerações sobre os contratos de seguro saúde, não há conveniência da lei estadual permanecer no ordenamento.

Os Ministros seguiram a linha argumentativa do Min. Sepúlveda Pertence e, por maioria de votos, declararam a ação prejudicada.

ADI 1646/PE⁶¹

O julgamento de mérito da ADI 1646 foi em 2006 e a lei foi decretada inconstitucional pelas mesmas razões expostas no deferimento da cautelar. A composição da Corte era bem distinta entre os dois julgados,⁶² mas os ministros que votaram nas duas assentadas se mostraram coerentes com as decisões proferidas. O Min. Celso de Mello se manteve na divergência, alegando que se devem prevalecer os valores ético-jurídicos de superioridade da vida e da saúde frente aos aspectos formais de invasão de competência.

O Min. Carlos Britto não havia votado no julgamento da cautelar. Em um primeiro momento, também acompanhou o relator para incluir a lei no âmbito de direito civil, pois versa sobre contratos de seguro, matéria esta privativa à União. No entanto, retificou o seu voto e endossou a divergência, alegando que a proteção e defesa da saúde não está somente no âmbito da competência material dos Estados-membros, mas está

⁶¹ A análise da cautelar e de mérito foi separada para fins metodológicos, pois o julgamento de mérito se deu após o julgamento da ADI 1589 e a contraposição desses dois julgados nos ajudará a revelar certos vícios decisórios na Corte

⁶² Quem votou na cautelar: NERI, SYDNEY, OCTAVIO, SEPULVEDA, MARCO AURELIO, ILMAR GALVAO, MAURICIO E NELSON JOBIM, CELSO DE MELLO, quem votou no mérito: SEPULVEDA, CELSO DE MELLO, MARCO AURELIO, CEZAR PELLUSO, CARLOS BRITTO, JOAQUIM E EROS, LEWANDOVISKI E CARMÉM LÚCIA, ELLEN GRACIE

também na competência legislativa concorrente no art. 24 inciso XII, por isso a lei é constitucional.

O posicionamento da Min. Carmen Lúcia, que não participou do julgamento da cautelar, é digno de nota:

“(...) lamento enormemente ter que votar considerando a questão da competência como prevalente. Entendo que quando o assunto saúde vira questão de comércio e, portanto, de direito civil e não de dignidade do direito à vida e principalmente o direito a saúde, o qual é posto, que estamos nos direcionando para uma sociedade em que todas as relações se reduzem a quem pode ter e não a quem pode ser.”⁶³

Este acórdão foi julgado pouco tempo depois da ADI 1589/SP. Naquela ocasião, o Plenário entendeu que a superveniência de uma lei federal que regulou explicitamente a cobertura de doenças dos planos de seguro-saúde seria motivo para que a ação fosse considerada prejudicada. Contudo, na ADI 1646/PE em que as circunstâncias são, a meu ver, idênticas, isto é, as leis são bem similares na medida em que ambas tratam da cobertura universal de doenças enquadradas na OMS, sendo impetradas e julgadas em intervalos de tempo parecidos, tiveram o seu mérito apreciado de forma distinta. Enquanto que na ADI 1589/SP o entendimento dos ministros foi no sentido de perda do objeto da ação, na ADI 1646/PE a lei foi declarada inconstitucional, sem o cotejo da lei federal.

Inclusive, na última assentada, o Min. Sepúlveda, o mesmo que inaugurou a corrente vencedora para declarar a ADI 1589/SP prejudicada, questionou a possibilidade de também ser declarado prejudicado o pedido. No entanto, o Min. Gilmar Mendes disse que julgar prejudicado depois de ter sido dada a liminar pareceria um tanto estranho, porque haveria o retorno dos efeitos da lei, gerando controversas e uma “repristinação esdrúxula”. Acontece que a ADI 1589/SP também se tratava de uma lei que já estava com seus efeitos suspensos por força do deferimento da cautelar na ADI 1595/SP.

⁶³ STF: ADI 1646/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes.; j. 02/08/2006

Diante do exposto, a seqüência desses julgados referentes a leis que tentam regulamentar a cobertura universal de doenças enquadradas na Organização Mundial da Saúde pelos planos de saúde pode ser assim resumida: quando não havia lei federal, os pedidos de liminares foram deferidos, alegando ofensa à competência privativa da União em legislar sobre direito civil e de seguros,⁶⁴ com apenas dois votos divergentes (Celso de Mello e Carlos Velloso no sentido de indeferir a liminar com respaldo na universalidade do direito à saúde do art. 196). Com a superveniência da lei federal, que padronizou a nível nacional a exigência e cobertura de doenças listadas na OMS, os julgamentos de mérito das duas ações foram divergentes, pois em uma foi prejudicada (ADI 1589/SP) e outra inconstitucional(ADI 1646/PE), sendo que nesta a lei federal não foi determinante para a alegação de inconstitucionalidade, prevalecendo ainda a ofensa ao art. 22.

3.2. Direito do trabalho⁶⁵

ADI 1893-MC/RJ

A lei fluminense tratava sobre “Política Estadual de qualidade ambiental ocupacional e saúde do trabalhador”.⁶⁶

A Confederação Nacional da Indústria (CNI), representante dos interesses das indústrias no âmbito do Judiciário,⁶⁷ alegou invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho e organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.

A Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em defesa da lei, expôs que a competência para legislar sobre o tema decorre da atuação dos Estados federados na área da saúde e da proteção ambiental. Como proteção ambiental, se entende o ambiente ocupacional relativo ao meio de trabalho que, segundo a requerida, não apresenta diferenças, em termos protetivos, com o “ambiente externo”. No âmbito da competência

⁶⁴ Art. 22, I e VII.

⁶⁵ Compõe este item os seguintes acórdãos: ADI 1893-MC/RJ; ADI 1893/RJ; ADI 3404/SP

⁶⁶ Lei nº 2.702/97

⁶⁷ <http://www.cni.org.br/portal/data/pages/FF80808121B517F40121B54C10944719.htm>

concorrente, seu argumento se baseou na proteção do meio ambiente do inciso VI, e não propriamente na proteção e defesa da saúde do inciso XII do mesmo artigo.

Por unanimidade, os Ministros acompanharam o voto do Min. Relator Marco Aurélio e deferiu a liminar para suspender os efeitos da lei fluminense, com a fundamentação de que o “meio ambiente”, matéria esta concorrente entre Estados-membros e União, não compreende o ambiente de trabalho, este de produção legislativa privativa da União.

ADI 1893/RJ

Os argumentos da autora na decisão de mérito julgada em 2004 apontaram a saúde do trabalhador mais especificamente. A autora alegou que, embora a Constituição preveja a proteção e defesa da saúde como matéria concorrente entre União e Estados, somente se incluem normas de saúde em geral, sendo certo que direitos e obrigações referentes aos contratos de trabalho pertencem ao direito do trabalho.

Verifica-se no julgamento de mérito o embate mais específico entre normas referentes à saúde e normas relativas ao direito do trabalho. Contudo, o Min. Carlos Velloso, relator da decisão de mérito e único que proferiu o voto, manteve os argumentos levantados no julgamento da cautelar sobre a não incidência da matéria no artigo 24, inciso VI referente à proteção ao meio ambiente e não mencionou os argumentos relativos à saúde do trabalhador.

A meu ver, talvez esta tenha sido uma estratégia argumentativa para declarar a inconstitucionalidade da lei. No inciso VI do art. 22 estão incluídas “a proteção à floresta, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção ao meio ambiente e controle da poluição”. O meio ambiente que se refere tal inciso e que atribui a competência concorrente a União e aos Estados-membros é claramente o meio ambiente externo. A analogia feita pela requerida com o meio ambiente ocupacional é forçada e facilmente distorcida pelos Ministros, que, de forma mais pacífica, consideram a lei inconstitucional por adentrar na competência privativa da União.

ADI 3403/SP

O Estado de São Paulo obrigou “as empresas públicas a realizar exames de sangue em todos os seus funcionários, às suas expensas, para constatação de taxa de gordura (colesterol – frações e triglicérides)”. Estabeleceu que o exame deverá ser feito anualmente para os empregados de até 40 anos e semestralmente para os empregados acima de 40 anos.⁶⁸

A decisão da ADI 1862-MC/RJ foi relembada no julgamento da ADI 3403/SP⁶⁹,. O Min. Relator Joaquim Barbosa, que na ADI 1862-MC/RJ votou no sentido da procedência parcial somente questionando a jornada de trabalho imposta pela lei do Estado do Rio de Janeiro, não aceitou tal julgamento como precedente para o caso. Em suas razões, o Ministro explicou que na ADI 1862-MC/RJ ficou decidido que a norma só teria eficácia aos servidores públicos e, somente neste aspecto, o precedente valeria.

Dessa forma, o Ministro acreditou que o precedente firmado na ADI 1862-MC/RJ não deveria ser aplicado no caso em questão. Primeiro, porque a lei é de iniciativa parlamentar e foi vetada pelo Governador do Estado. Segundo, porque, mesmo que a lei seja enquadrada na competência concorrente de defesa e proteção à saúde, não há motivos plausíveis para que ela só seja destinada aos trabalhadores da esfera pública. A lei não seria proporcional ao restringir somente aos trabalhadores de empresas públicas o exame de sangue regular.⁷⁰

Por unanimidade, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei. O argumento central foi o de vício de iniciativa e não de invasão de competência privativa da União em legislar sobre direito do trabalho. O interessante é que, pela primeira vez nesses julgados de controle de constitucionalidade de leis que envolvem proteção à saúde, o cotejo da regra de proporcionalidade foi utilizado por um Ministro.

⁶⁸ Lei nº 10.864 de 03/09/2001

⁶⁹ A análise da ADI 1862-MC/RJ será feita no capítulo 5.

⁷⁰ O Ministro questionou: “(...) se a Constituição preconiza um sistema unificado de saúde, é justificável, ao menos do ponto de vista constitucional, que se criem programas públicos de saúde restritos a servidores? Salvo casos de demonstrada adequação, isso não ofenderia também a isonomia constitucional e a própria concepção de serviço de saúde pública na Constituição e 1988?” - STF: ADI 3403/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18/06/2007.

Segundo o Min. Relator Joaquim Barbosa, a lei estadual não seria proporcional, pois os fins almejados e a sua natureza invasiva na esfera de liberdade individual não são convergentes. Além disso, questionou a razoabilidade da periodicidade da realização de exames e da estipulação das idades das pessoas, que não contém nenhum dado técnico que comprove a sua eficiência. Para ele, esse tipo de programa, oneroso para a Administração Indireta estadual, não pode ser baseado no senso comum.

3.3. Atividade nuclear de qualquer natureza.

ADI 1575/SP

Tratava-se de uma lei paulista que estipulou medidas de polícia sanitária para o setor de energia nuclear no território do Estado e estabeleceu que “a pesquisa e demais atividades relacionadas ao setor nuclear devem, em suas aplicações, assegurar a saúde, o bem estar, a segurança da população e a preservação do meio ambiente”.⁷¹

O Governador do Estado é o autor da presente ADI. Na sua argumentação alegou que houve violação ao artigo 21, XXII; 22 XII os quais falam sobre a competência privativa da União em atuar e legislar no setor nuclear. A Assembléia Legislativa, como parte requerida, em sua defesa, apresentou que a lei é constitucional baseando-se nos artigos 23, II, VI e XI e 24, VI e XII, isto é, se enquadrava na competência comum e na concorrente da União e Estados-membros para legislar e atuar na proteção do meio ambiente e da saúde.

O Min. Relator Joaquim Barbosa não ignorou que o objetivo da lei era a proteção, tanto da população quanto do meio ambiente, mas disse que a Constituição é clara ao destinar a competência de legislar sobre energia nuclear à União⁷². Nas suas palavras:

⁷¹ Lei nº 6263 de 13/12/1988. “Parágrafo único: O cumprimento do disposto no caput deste artigo será fiscalizado por um Conselho Estadual composto por representação multidisciplinar, inclusive da comunidade tecnológica e científica”.

⁷² Os Ministros Lewandowski e Cezar Peluso também acompanham a corrente majoritária. Para Lewandowski a matéria de energia nuclear constitui verdadeiramente uma política de Estado, com repercussão na estratégia militar e também na política exterior. O Min. Cezar

“É importante ressaltar que a lei atacada tem nítido caráter de proteção da comunidade, tanto no que concerne à população como no que tange ao meio ambiente. Trata-se de norma elaborada com o intuito de impedir eventual exercício irregular ou perigoso de atividades nucleares que possam vir a causar danos à sociedade.(...) Contudo, não obstante a justa preocupação do legislador estadual o fato é que a Constituição de 1988 determina expressamente, no art. 22, XXVI, que compete privativamente à União legislar sobre atividades nucleares de qualquer natureza.”

O Min. Marco Aurélio divergiu do relator e julgou improcedente o pedido. Disse que no dispositivo não se tem a disciplina em si da pesquisa ou da atividade do campo nuclear. O que se tem, na verdade, é a proteção à saúde, à segurança e ao meio ambiente da comunidade. Tal matéria pertence à competência concorrente e o Estado de São Paulo tem legitimidade para legislar.⁷³

Do exposto, foi possível perceber que os Ministros encaram o debate sobre o conflito entre as matérias de proteção à saúde e atividade nuclear. No voto do Min. Relator Joaquim Barbosa, essa noção ficou bem clara na sua afirmação de que é notória a intenção da lei em proteger a saúde e o meio ambiente comunidade, mas a Constituição reservou a produção legislativa da matéria de atividade nuclear para a União, por isso, a lei estadual é inconstitucional. Neste caso, por maioria de votos⁷⁴, o STF declarou a lei inconstitucional por vício formal decorrente da usurpação de competência privativa.

Peluso acha que os termos amplos da lei estadual podem dar pretexto para que, à título de proteção à saúde, ao meio ambiente e ao bem-estar da população, o estado interfira nas atividades que são de monopólio da União. Isso poderia gerar conflitos graves entre a União e o Estado de São Paulo.

⁷³ O Min. Britto endossa a linha do ministro Marco Aurélio. No seu voto diz que a lei não regula propriamente o setor de energia, mas sim está preservando no Estado de São Paulo, a segurança, a vida e a saúde da população e do meio ambiente dos efeitos nocivos que tais atividades podem gerar.

⁷⁴ Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ayres Britto.

4. Normas protetivas à saúde no âmbito da competência concorrente – art. 24⁷⁵

Neste capítulo serão analisados os acórdãos em que a Corte, após o cotejo se a lei versa sobre matéria do art. 22 ou do 24, a enquadra no âmbito da competência concorrente, por essa ter como escopo a “proteção e defesa da saúde”.

Os questionamentos pertinentes à análise desse capítulo são referentes propriamente aos parágrafos do art. 24. Da análise desses parágrafos, pode-se extrair que: o poder central está limitado a editar somente normas gerais (§1º); os Estados-membros têm competência tanto para complementar a legislação federal, como também para suprir a sua ausência, a fim de atender as peculiaridades estaduais (§ 2º e 3º); em caso de contrariedade de normas estaduais e federais, prevalece a norma federal (§4º).

Como já demonstrado na Introdução, os conceitos desses dispositivos são amplos, por exemplo, o de “normas gerais”. Diante disso, busca-se entender como o Supremo encara tal abrangência normativa e, como consequência, como é a atuação dos Estados-membros na suplementação dessas normas gerais. O Min. Lewandowski, na ADI 3645/PR pontuou a problemática:

“Observa-se também que no âmbito da competência concorrente no artigo 24 da CF, cada vez mais vemos esvaziada a competência dos estados de legislar supletivamente porque a União quando legisla, esgota ao assunto, não se limita a editar apenas normas gerais.”⁷⁶

A Min. Ellen Gracie na ADI 2396/MS, evidenciou o papel dos Estados na lógica da competência concorrente:

“(...)o espaço de atuação legislativa estadual em casos de competência concorrente é (i) toda vez que não há lei federal,

⁷⁵ Compõem este capítulo os acórdãos: ADI 384-MC/PR; ADI 384/PR; ADI 3645/PR; ADI 2303/RS; ADI 2396/MS; ADI 2656/SP; ADI 3937-MC/SP; ADI 1278/SC; ADI 2832/PR.

⁷⁶ STF: ADI 3645/PR. Rel.Min. Ellen Gracie, j. 31/05/2006

quando então, mesmo sobre princípios gerais, poderá a legislação estadual dispor (ii) quando existente legislação federal que fixe os princípios gerais, caiba complementação ou suplementação para o preenchimento de lacunas, para aquilo que não corresponda à generalidade, ou ainda de particularidades regionais”.⁷⁷ (grifei)

A partir da afirmação da Min. Ellen Gracie, percebe-se que a existência de lei federal é importante para o estabelecimento dos limites de atuação legislativa dos Estados. Dessa forma, uma maneira de constatar o posicionamento do Supremo frente a essas questões formais foi separar os acórdãos em que as partes requeridas suscitavam a existência de lei federal sobre o assunto tratado na lei estadual impugnada e os que não havia alegação de existência de lei federal.

4.1. Existência de lei federal sobre o tema⁷⁸

4.1.1. Casos de ofensa reflexa

A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem o objetivo de examinar os atos normativos federais e estaduais perante a Constituição, verificando se há ou não ofensa a preceitos ou dispositivos da Lei Maior. Neste tipo de ação, portanto, preconiza-se o conflito direto entre leis infraconstitucionais e a própria Constituição Federal.

Na maioria dos casos de competência legislativa concorrente, há a constatação, por parte da requerente da ação, da existência de uma lei ou ato normativo federal que já estabelece um regramento sobre a matéria da lei estadual em questão. Em contrapartida, a parte requerida pode pleitear o não conhecimento da ação, uma vez que o confronto de lei estadual e lei federal não é possível em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A tese de não conhecimento da ação foi adotada pelo STF no julgamento da ADI 1540/MS em 1997. Nesse acórdão é discutida uma lei do

⁷⁷ : ADI 2396-MC/MS. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26/09/2001

⁷⁸ Compõe este item os seguintes acórdãos: ADI 3645/PR; ADI 2303/RS; ADI 2396/MS; ADI 2656/SP; ADI 3937-MC/SP; ADI 1278/SC;

Estado do Mato Grosso do Sul que regulamentava a promoção dos policiais Militares.⁷⁹ O Min. Relator Maurício Corrêa assim decidiu:

“(...) conclui-se que a disposição legal questionada afronta diretamente a lei federal, e não à Constituição, e, em consequência, sendo o caso de ilegalidade, não pode ela ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.”⁸⁰. (grifei)

A ADI 384/PR, esta pertencente ao universo de acórdãos da pesquisa, foi julgada logo após a ADI 1540/MS. A lei impugnada regulava o cadastramento de fertilizantes e agrotóxicos destinados à agricultura perante a Secretaria do Estado. Na cautelar (1991), o Min. Relator Moreira Alves indeferiu o pedido, respaldando-se nos “valores sociais que estão em jogo” de, não só proteção ao consumo, como apontado pela parte requerida, mas também proteção e defesa da saúde, que, como matérias e competência concorrente da União e Estados-membros, podem ser preconizadas pela lei estadual do Paraná. O relator foi acompanhado por todos os seus Pares, e por unanimidade a Corte indeferiu o pedido de cautelar impetrado pela ANDA – Associação Nacional para Difusão de Adubos e Corretivos Agrícolas.

Já no julgamento de mérito (1997), o posicionamento da Corte foi diferente. O mesmo relator, Moreira Alves, invocou o precedente firmado pela ADI 1540/MS⁸¹, que havia sido recentemente apreciada, e imediatamente conclui pelo não conhecimento da ação. Um trecho do seu voto é merecedor de transcrição:

“Ora, no caso, tendo em vista o maior âmbito de competência concorrente e comum que os artigos 23 e 24 da atual Constituição deram aos Estados-membros no que diz respeito ao cuidado a saúde, à proteção ao meio ambiente, ao combate

⁷⁹ A ADI 1540/MS não faz parte do rol dos acórdãos selecionados para esta monografia. Portanto, o mérito da questão não será discutido, mas apenas as questões preliminares levantadas na assentada sobre conflito entre lei federal e lei estadual.

⁸⁰ STF: ADI 1590/MS Rel. Min Mauricio Corrêa, j. 25/06/97

⁸¹ Na assentada, os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Neri da Silveira e Carlos Velloso ficaram vencidos, pois eram contrários a esta teoria.

à poluição em qualquer de suas formas, às leis sobre não só produção e consumo, mas também sobre proteção e defesa da saúde, para se verificar se a Lei estadual em causa, é ou não, inconstitucional por invasão de competência da legislação federal, é mister que faça o confronto entre essas legislações infraconstitucionais, o que não dá margem ao cabimento da ação direta.”⁸²

Tal corrente jurisprudencial é, na maior parte das vezes, invocada pelo requerido que, preliminarmente, defende o não conhecimento da ação. No entanto, o que se observa é a pouca incidência dessa jurisprudência nos casos de leis estaduais referentes à saúde. De fato, há casos em que a ação não é aceita⁸³ tendo a ofensa reflexa como argumento. Por outro lado, em outros julgados⁸⁴ posteriores à ADI 384/PR, os Ministros descartam a ocorrência de ofensa reflexa, sem fazer qualquer menção à jurisprudência da Corte inaugurada pela ADI 1540/MS.

O argumento defendido pelos Ministros para o conhecimento da ação é de que o contato entre a lei federal e lei estadual é imprescindível para verificar se houve ou não extrapolação por parte, ou da União ou dos Estados, nas suas competências, estipuladas pela Lei Maior, isto é, a pertinência constitucional de separação e distribuição de competências está, de certa forma, sempre presente nas discussões.

As ADI 2356/MS e 2396/SP, nas quais é discutida a problemática do mineral amianto, são exemplos claros do confronto de lei federal e lei estadual em que a ação foi conhecida e julgada. Tais casos são usados como precedentes na ADI 3645/PR, de relatoria da Min. Ellen Gracie, que descarta explicitamente a preliminar levantada de não conhecimento da

⁸² STF ADI 384/PR Rel. Min Moreira Alves, j. 20/11/1997

⁸³ Exemplo ADI 384

⁸⁴ Exemplo: ADI 3645/PR, ADI 2396/SP, 2656/MS, ADI 3035/PR, ADI 3937/SP, ADI 1278/SC.

ação. Ela invocou um posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 2535-MC/MT⁸⁵:

“tem-se inconstitucionalidade reflexa – a cuja verificação não se presta a ação direta – quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculada pela Constituição; não é o caso presente, onde a ilegitimidade da lei estadual não se pretende extrair de sua conformidade com a lei federal (...), mas sim, diretamente com as normas constitucionais que o preordenam, afora outros princípios e garantias do texto fundamental.”⁸⁶

Dessa forma, quanto à questão de ofensa reflexa, parece haver duas correntes jurisprudenciais distintas na Corte que são invocadas caso a caso. No tema de direito à saúde, a jurisprudência que se mostra mais pacificada quando ocorre conflito de competência é a do conhecimento da ação.⁸⁷

4.1.2. Alcance das Normas Gerais sobre saúde no STF⁸⁸

Os Ministros, em vários dos julgados analisados, se deparam com a necessidade de conceituar o que são normas gerais para, assim, verificar o limite de abrangência da lei federal que está em contraposição à lei estadual. No entanto, atribuir uma definição para normas gerais não elimina as suas dificuldades práticas. É preciso analisar diretamente as leis para constatar se há ou não extrapolação por parte da União na edição de tais normas.

⁸⁵ A ADI 2535-MC/MT não foi selecionada para a pesquisa, uma vez que tratava-se da discussão sobre Lei de Diretrizes Orçamentárias, portanto, fora da temática da pesquisa. A ação foi usada como precedente para ilustrar casos em que o STF não acata a alegação de ofensa reflexa.

⁸⁶ STF ADI 3645/PR Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/05/2006

⁸⁷ Foram conhecidas e julgadas: ADI 384-MC/PR; ADI 3645/PR, ADI 2396/SP, 2656/MS, ADI 3035/PR, ADI 3937/SP, ADI 1278/SC. Não foi conhecida: ADI 384/PR.

⁸⁸ A presente pesquisa se focará somente no que tange a saúde. Para aprofundar os estudos sobre a aplicação de normas gerais, referente ao artigo 24: *"Autonomia estadual: a interpretação e aplicação do artigo 24 da Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal."*, Maria Alice Rodrigues. Monografia apresentada à Escola de Formação em 2006

No trecho transcrito abaixo fica claro o exame feito pelos ministros em tentar encaixar na lei o conceito de normas gerais para ver se a União está ou não de acordo com a sua competência. O Min. Britto, na ADI 3645/PR⁸⁹ revelou que:

“A Constituição diz que, nesta matéria de proteção e defesa da saúde, de direito a informação, de defesa do consumidor, a União se limitará a produzir normas gerais. Resta saber se a União se comportou no limite da sua legítima normatividade de caráter geral. Parece que sim, porque uma norma geral, a princípio, é aquela que emite um comando passível de uma aplicabilidade federativa uniforme. Penso que a União se situou neste contexto ao cuidar desta matéria de composição, como Vossa Excelência bem disse: composição transgênica dos produtos enquanto dado essencial dos produtos mesmos.”⁹⁰
(grifei)

O Min. Joaquim Barbosa, no seu voto vista da ADI 3937-MC/SP⁹¹, sublinhou a tentativa do Constituinte, por meio do art. 24, de direcionar o conflito federativo na formulação de leis, assumindo que a União possa a vir extrapolar a sua competência de editar normas gerais.

“A doutrina e a jurisprudência sublinham a inovação apresentada pelo art. 24 da Constituição Federal de 1988. Esse artigo fixa diretrizes a serem seguidas nos conflitos normativos entre os entes da federação. Portanto o artigo 24 parece levar em consideração, implicitamente, a possibilidade de que a União venha a transbordar o conteúdo previsto para a norma federal geral(...)”⁹². (grifei)

⁸⁹ ADI 3645: lei do Estado do Paraná que versa sobre a obrigatoriedade da informação em rótulos de alimentos a respeito da porcentagem de organismos geneticamente modificados que está presente no alimento. Esse acórdão será analisado com mais detalhes em tópicos infra.

⁹⁰ STF: ADI 3645/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/05/2006

⁹¹ Lei que regulamenta o uso no Estado de São Paulo de qualquer material que contenha amianto. A análise mais apurada será feita em tópicos subseqüentes.

⁹² STF: ADI 3937/SP. Rel. Min. Marco Aurélio; j. 04/06/2008.

A partir da análise dos acórdãos referentes à competência concorrente, que serão relatos com mais detalhamento a seguir, pode extrair que os argumentos usados pelos ministros a respeito da possibilidade de suplementação dos Estados a normas gerais são basicamente estes:

- (i) “a lei federal substitui e não suplementa a lei estadual”: Na ADI 3645/PR tratava-se de uma lei que obrigava a rotulagem de qualquer porcentagem de OGM, substituindo o dispositivo da lei federal que obrigava a rotulagem somente a partir de 1%. Na ADI 1278/SC questionava-se a constitucionalidade de uma lei que estabelecia uma temperatura de beneficiamento do leite de cabra abaixo da estabelecida na lei federal. Ao estabelecer uma temperatura distinta da lei federal, o Estado não suplementou uma lei federal, mas substituiu os dispositivos. O STF julgou as duas ações de modo distinto: enquanto que no primeiro caso a lei foi declarada inconstitucional, no segundo foi constitucional.

- (ii) “não há particularidade na lei estadual”: Estes foram os argumentos usados nas primeiras ADI referentes ao amianto⁹³. Segundo os Ministros, não havia particularidade de cada Estado para que proibissem a comercialização do amianto, por isso a lei seria inconstitucional. Em contraposição, na ADI 1278/SC, a Corte entendeu que a população do Estado de Santa Catarina teria interesse sanitário em alterar o dispositivo da lei federal, uma vez que havia crianças alérgicas a outros tipos de leite, por isso a necessidade de regular o beneficiamento do leite de cabra.

- (iii) “a lei estadual é mais restritiva”: Este argumento foi bem perceptível na ADI 3035/PR, na ADI 3937-MC/SP e, de novo, na ADI 1278/SC. Na primeira, o STF entendeu que uma lei estadual, contrária à lei federal, é inconstitucional. Nas outras duas ações, a

⁹³ ADI 2396/MS e 2656/SP

Corte decidiu pela constitucionalidade, afirmando que, em se tratando de benefícios à saúde, a lei estadual pode sim ser mais restritiva⁹⁴, sendo que, no caso do amianto questionado na ADI 3937-MC/SP, a lei estadual versava de forma claramente contrária à lei federal.

4.1.3. Análise Jurisprudencial

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre":

4.1.3.1. produção e consumo

ADI 3645/PR

Como já foi mencionado anteriormente, neste acórdão foi discutida uma lei do Estado do Paraná que "regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos, a partir de Organismos Geneticamente Modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis"⁹⁵.

O Partido da Frente Liberal ajuizou novamente⁹⁶ a ação contra a lei paranaense, alegando que esta extrapolou na competência suplementar que os Estados têm para proteger a saúde e o consumidor. Recorreu à Lei Federal de Biossegurança 11.105/05 para mostrar que a lei estadual extrapolou o que a União já havia delimitado, e não a adaptou às suas necessidades locais. A Assembléia Legislativa, quanto ao mérito da lei,

⁹⁴ Restritiva no sentido de ser mais benéfica à saúde.

⁹⁵ Artigo 1º da Lei nº 14.861/05. Art. 2º Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto.

⁹⁶ Na ADI 3035 em que a lei questionada também versava sobre transgênicos, o PFL também foi o autor da ação.

afirmou que a lei mais restritiva, neste caso a lei estadual, deve ser aplicada, uma vez que é mais benéfica para a saúde do consumidor.

A Lei Federal de Biossegurança estipulou que o padrão de informações nos alimentos que contém OGM será fixado através de Regulamento.⁹⁷ O Decreto fixou que somente quando houver mais do que um por cento de OGM é obrigatória a informação no rotulo da embalagem⁹⁸. A lei estadual, por outro lado, estabeleceu que em qualquer nível de OGM presente nos alimentos seria obrigatória a informação.

Para a Min. Relatora Ellen Gracie, houve, portanto, uma substituição e não uma suplementação da norma estadual pela federal, o que é inconstitucional por extrapolar competência suplementar.

O posicionamento do Min. Lewandowski foi interessante. Afirmou que seu primeiro impulso era de julgar improcedente o pedido, baseando no principio federativo (artigo 1º da CF), já que, em matéria de competência concorrente, os Estados se vêm cada vez mais limitados a legislarem, pois à União, ao extrapolar na formulação de leis não-gerais, esgota o assunto. Ele, no entanto, desconstruiu toda a sua argumentação, baseando-se na relevância da matéria, que não se limita a interesses regionais, mas sim nacional e, até mesmo internacional, porque pode afetar o comércio interestadual e exterior, e declarou a sua inconstitucionalidade.

O foco da discussão deste acórdão é a invasão de competência concorrente, já que a parte requerente nem mencionou uma possível violação à competência privativa, como foi sugerido na ADI 3035/PR, ação também do Estado do Paraná, inclusive impetrado pela mesma parte.

O STF declarou a inconstitucionalidade da lei estadual pela existência de ato normativo federal que dispunha em sentido diverso, sem mesmo avaliar se a União realmente se deteve a normas gerais sobre o caso da

⁹⁷ Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.

⁹⁸ Decreto 4.680/03. Art 2º Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto.

porcentagem de transgênicos nos rótulos, e sem questionar a possibilidade de suplementação da lei estadual com as particularidades no seu território.

4.1.3.2. Proteção ao meio ambiente

ADI 2303-MC/RS⁹⁹

O Estado do Rio Grande do Sul regulamentou que “o cultivo comercial, as atividades com Organismos Geneticamente Modificados (OGM), inclusive as de pesquisa, testes e experiências, em regime de contenção ou ensino, bem como os aspectos ambientais e fiscalização obedecerão estritamente à legislação federal específica.”¹⁰⁰

A discussão que se põe neste acórdão é relativa à competência concorrente e a possibilidade da União em fazer normas específicas sobre as matérias de proteção e defesa da saúde, do meio ambiente e de produção e consumo presentes na lei estadual. O Min. Relator Maurício Corrêa foi o único a indeferir a cautelar. Em suas razões, sustentou que observar “estritamente a lei federal”, como está na redação da lei estadual, permite a interpretação de que a lei estadual deve obedecer às diretrizes gerais da lei federal, mas não de forma exclusiva. Dessa forma, caso não haja conflito entre os dispositivos das normas gerais presentes na lei federal, o Estado seria competente para legislar.

A corrente majoritária acreditava que, se a União editasse uma lei específica sobre tais matérias, invadiria a competência suplementar dos Estados. Tal lei federal seria inconstitucional e caso o Estado a incorporasse no seu ordenamento, faria com que a lei questionada também fosse inconstitucional. Os Ministros chamam isso de “estadualização” da lei federal. Neste caso, os Ministros reafirmaram o papel da União em editar apenas normas gerais. Se ela vier a editar uma norma de caráter não-geral ou particularizante, extrapolará a sua competência e a lei federal padecerá por vício formal.

⁹⁹ Neste acórdão não há o confronto direto com uma lei federal. No entanto, os ministros fazem remissão a uma possível lei federal.

¹⁰⁰ Lei nº 11.463/2000

O STF, por maioria de votos, deferiu a cautelar com a fundamentação de a lei é inconstitucional por atentar contra a autonomia dos Estados ao submeter, indevidamente, à competência da União, matéria de que pode dispor.

ADI 2396/MS

As primeiras ações em sede de controle abstrato à luz da Constituição Federal de 1988 referentes ao amianto foram as ADIs 2396 e 2656. A cautelar da ADI 2396/MS foi julgada em 2001 e em 2003 houve o julgamento conjunto do seu mérito com a ADI 2656/SP. Em ambos os casos, o requerente da ação foi o Governador do Estado de Goiás, que questionava as limitações impostas pelos respectivos Estados em cada ação.¹⁰¹

A lei do Mato Grosso do Sul foi questionada na ADI 2396. Essa lei veda "a fabricação, o ingresso, a comercialização e a estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, no território do Estado".¹⁰²

Em síntese, o Governador do Estado de Goiás sustenta que a lei estadual invadiu competência da União para legislar sobre mineração, segurança e medicina do trabalho (art. 22, I e XII). No mérito, diz que o tipo de amianto crisotila causa menos danos à saúde do que os chamados anfibólicos. Por não haver comprovação de que o amianto crisotila é danoso à saúde, a lei federal somente proibiu a utilização dos chamados anfibólicos, estes certamente cancerígenos.

A Assembléia Legislativa e o Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, como partes requeridas, sustentaram a constitucionalidade do ato

¹⁰¹ No Estado de Goiás, município de Minuaçu, está localizada uma das 3 maiores minas de extração de amianto do mundo e a única em operação no Brasil, sendo que grande parte da produção serve ao abastecimento do estado de São Paulo. A renda da extração do amianto é de grande importância para a economia de Goiás, além de ser um importante gerador de empregos na região. (Informação que pode ser acessada no sitio da Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto: <http://www.abrea.com.br/>). A legitimidade da requerente reside no seu interesse econômico, já que a lei do estado paulista, ao proibir a importação e a comercialização interfere diretamente na economia do Estado de Goiás.

¹⁰² Lei nº 2.210/01

normativo impugnado, baseando-se basicamente na argumentação de que não há invasão de competência, já que o escopo da norma é resguardar a saúde da população e não legislar sobre mineração ou direito do trabalho, e de que é dever do Estado discriminar produtos nocivos à saúde de sua população.

No julgamento da cautelar, a Min. relatora Ellen Gracie afasta, explicitamente, os argumentos dos dispositivos questionados, afirmando que não é necessário que, em ação direta de inconstitucionalidade, o STF se detenha aos dispositivos constitucionais trazidos na peça inicial. A Ministra não vislumbra, assim, nenhuma ofensa à competência privativa da União, pois a lei adentra no âmbito da competência concorrente prevista no art. 24, devido a seu escopo de proteção à saúde e ao meio ambiente.

No entanto, a lei seria inconstitucional, pois o Estado do Mato Grosso do Sul extrapolou na sua competência concorrente suplementar uma vez a lei federal 9.055/95, de forma antagônica, permitiu o uso do amianto crisotila no território nacional. A lei federal se mostrou, portanto, um verdadeiro parâmetro de inconstitucionalidade para a norma estadual, em que o estado restou limitado pela atuação da União.

Em suas razões, a Ministra se mostrou avessa ao questionamento sobre as tecnicidades materiais do mineral amianto. Um trecho bem emblemático desse seu posicionamento é:

“A questão que esta Corte decide não é a de natureza técnico-científica. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões haverão de determinar as ações das autoridades sanitárias. O que nós é dado verificar é a ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional”¹⁰³

No julgamento de mérito, esse argumento foi novamente presente na sua fundamentação e incluído, inclusive, na Ementa do acórdão, que diz que não cabe ao STF a última palavra sobre as tecnicidades das ações.

¹⁰³ STF: ADI 2396-MC/MS. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26/09/2001.

A meu ver, tal posicionamento é bastante criticável. A colocação da ministra revelou um papel institucional estritamente formalista do Supremo Tribunal Federal, que deve se ater somente ao cotejo da lei impugnada aos dispositivos expressos na Constituição Federal – neste caso, os da distribuição de competências- sem observar a realidade fática, bem como o parecer de especialistas técnicos, seja na área da saúde, como no caso em questão, seja em qualquer caso julgado pelo STF que extrapole às questões jurídicas. A questão material acerca dos riscos à saúde dos indivíduos que são expostos ao amianto foi delegada, assim, às autoridades sanitárias.

O direito à saúde, direito social preconizado pela Carta Magna, portanto, de caráter nitidamente jurídico, é preterido em prol de vícios formais de distribuição de competências e é encarado como questão científica que não deve ser pauta de discussão na seara do Judiciário.

No julgamento de mérito da ADI 2396/MS, a argumentação e a decisão permaneceram, sendo decretada a inconstitucionalidade da lei decorrente de vícios formais. O pedido foi parcialmente provido, pois os dispositivos referentes o controle da higiene, segurança e medicina do trabalho e também à proteção da saúde do trabalhador foram tidos como constitucionais.

ADI 2656/SP

Como já foi dito, a ADI 2656/SP foi julgada no mesmo momento da decisão de mérito da ADI 2396/MS. Por isso, a linha argumentativa não se alterou. A lei do Estado de São Paulo resguardava certas semelhanças com a do Mato Grosso do Sul, pois proibia “a importação, a extração, o beneficiamento, a comercialização, a fabricação, e a instalação no Estado, de produtos ou materiais contendo qualquer tipo de amianto, sob qualquer forma”¹⁰⁴.

O relator da ação foi o Min. Mauricio Corrêa. Sua argumentação não destoou da seguida pela Min. Ellen Gracie. Um ponto contrário, é que,

¹⁰⁴ Lei nº 10813 de 2001

diferentemente da Ellen Gracie, Mauricio Corrêa acatou as ofensas à competência privativa da União em legislar sobre comércio exterior, bem como acerca de minas e recursos minerais, que são bens da União. No entanto, baseou a discussão na competência concorrente, como havia ocorrido no julgado anterior, e com respaldo na invasão de competência suplementar do Estado, declarou a inconstitucionalidade da lei paulista.

Sua argumentação também se volta para a ausência de particularidade da lei estadual frente ao interesse nacional na comercialização do amianto. Segundo ele, o Estado de São Paulo não tem uma necessidade especial em proteger a saúde dos seus cidadãos aos riscos do amianto perante os demais Estados da federação.

Essas duas ações podem ser resumidas nas palavras do Min. Joaquim Barbosa, no seu voto vista da ADI 3937-MC. Segundo ele, a Corte chegou a conclusões distintas nesses dois julgamentos, mesmo que a decisão final tenha sido a mesma, isto é, a inconstitucionalidade da lei. De uma forma geral, as conclusões da ADI 2396/MS foram que a Corte deve se afastar das questões técnicas relativa aos efeitos danosos do amianto; e que a lei federal é norma geral que afasta a lei estadual. Na ADI 2656/SP, por outro lado, outras duas conclusões: o amianto faz parte do rol de competências privativas da União na medida em que interfere no comércio interestadual e exterior; e no âmbito da competência concorrente, não há qualquer interesse local para edição da lei estadual.

ADI 3937-MC/SP

A ADI 3937-MC/SP se mostrou um contraponto aos julgados anteriores sobre o tema. Nesta assentada, a lei paulista questionada “proíbe, a partir de 1º de janeiro de 2008, o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto.”¹⁰⁵

Dessa vez, a autora da ação foi a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI), que alegou que há inconstitucionalidade formal porque já há norma federal regulando o tema. Alegou ainda que a lei

¹⁰⁵ Lei nº 12.684 de 2007.

afronta a autoridade do Supremo, que já havia decretado a inconstitucionalidade de leis muito similares nas ADI 2396/MS e 2656/SP. Quanto ao mérito, mencionou os índices toleráveis de exposição ao amianto permitido no Brasil.

Os votos proferidos continuaram a se restringir ao vício formal da lei estadual decorrente da invasão de competência concorrente da União. Firme nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, relator da ação, defere a liminar, acompanhado, em princípio, pela Min. Carmen Lúcia e pelo Min. Lewandowski.

O julgamento caminhava para o mesmo desfecho já traçado nas ADI 2396/MS e 2656/SP, até que o Min. Eros Grau se pronunciasse, mudando radicalmente o seu entendimento ao dar improvido ao pedido de cautelar, mantendo a constitucionalidade da lei estadual. Propôs que o Tribunal se posicionasse a respeito da inconstitucionalidade da lei federal nº 9055/95, uma vez que esta, ao regular a matéria do amianto, não observou o preconizado pelo art. 196 da CF, permitindo a comercialização e o uso de matérias que contêm amianto crisotila¹⁰⁶. O Min. aproveitou ainda para adiantar a mudança no seu voto como ministro relator da ADI 3356/PE¹⁰⁷. Eros Grau diz que a complexidade da matéria merece maiores considerações. Ele lamentou pela sua posição extremamente formalista na ADI 3356/PE em afirmar que a lei do amianto era inconstitucional somente por causa da existência da lei federal.

¹⁰⁶ Sobre a sugestão do Min. Eros Grau de atribuir a inconstitucionalidade da lei federal, o Min. Gilmar Mendes acredita que seria uma inovação no STF fazer o cotejo de inconstitucionalidade de uma lei federal, em sede de controle de constitucionalidade da lei estadual que afronta. Afirma que decidindo sobre esta questão, eles teriam que apelar ao Congresso Nacional, dando um prazo para eles uniformizarem a questão da proibição ou permissão do amianto crisotila em todo território nacional.

¹⁰⁷ Informativo 407 STF: "O Min. Eros Grau, relator, julgou procedente o pedido formulado por entender que a lei em questão invade competência da União para legislar sobre normas gerais sobre consumo, meio ambiente e controle da poluição, proteção e defesa da saúde, bem como extrapola competência legislativa suplementar dos Estados-membros (CF, ART. 24, V, VI E XII, § 2º). Ressaltou que a legislação federal em vigor (Lei 9.055/95), que traça as normas gerais a esse respeito, nos termos do art. 24, §1º da CF, não veda a comercialização nem o uso do referido silicato. Além disso, considerou que a norma, ao obstar que os órgãos públicos estaduais adquiram materiais que contenham amianto, usurpa a área de atuação do Chefe do Poder Executivo, a quem cabe a direção, a organização e o funcionamento da Administração (CF, art. 84, II e VI)." – O julgamento da ADI 3356/PE foi suspenso pelo pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa.

O voto vista do Min. Joaquim Barbosa foi decisivo para a reversão jurisprudencial do Supremo sobre o tema. O Ministro não concordou com as conclusões traçadas pelo STF nos julgamentos anteriores.¹⁰⁸ Disse ainda que a jurisprudência da Corte é muito exigente quanto à livre circulação de mercadorias nos Estados, pois não se aprecia a razoabilidade da medida normativa frente ao comércio interestadual, como aconteceu no caso do amianto.

A Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho¹⁰⁹ foi usada como argumento central do seu voto. É um compromisso assumido pelo Brasil em proteger o trabalhador dos males notórios causados pelo amianto e, segundo o Ministro, deveria ser preconizado pela lei estadual.

A Min. Carmen Lúcia e o Min. Lewandowski tinham votado anteriormente com o relator Marco Aurélio para o deferimento da cautelar, mas retificaram seus votos e acompanharam a divergência. Segundo Lewandowski, a decisão proposta pelo Min. Joaquim Barbosa é a que melhor privilegia o pacto federativo e o princípio republicano e que, em se tratando de proteção à saúde pública, nada impede que leis estaduais e a leis municipais sejam mais restritivas do que a legislação federal.

Surpreendentemente, o STF, por maioria de votos,¹¹⁰ negou o provimento da cautelar para manter a eficácia da lei estadual que proíbe o uso do amianto crisotila no Estado de São Paulo.

A partir das questões colocadas na ADI 3937-MC/SP, pude extrair que o tema acerca da suposta inconstitucionalidade das leis estaduais que restringem o uso do amianto assumiu contornos e complexidades distintos do enfrentamento travado nas primeiras ADIs. Em todas ADIs, os Ministros

¹⁰⁸ O ministro não participou dos julgamentos anteriores.

¹⁰⁹ ARTIGO 10 da Convenção: Quando necessárias para proteger a saúde dos trabalhadores, e viáveis do ponto de vista técnico, as seguintes medidas deverão ser previstas pela legislação nacional:

a) sempre que possível, a substituição do amianto ou de certos tipos de amianto ou de certos produtos que contenham amianto por outros materiais ou produtos, ou, então, o uso de tecnologias alternativas desde que submetidas à avaliação científica pela autoridade competente e definidas como inofensivas ou menos perigosas.

b) a proibição total ou parcial do uso do amianto ou de certos tipos de amianto ou de certos produtos que contenham amianto para certos tipos de trabalho.

¹¹⁰ Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Ellen Gracie.

enquadraram a lei no âmbito da competência concorrente, mesmo que os argumentos das partes requerentes apontassem para a usurpação de competência privativa da União. Enquanto que nas duas primeiras o argumento de usurpação de competência suplementar do Estado por já existir lei federal permitindo explicitamente o uso do amianto crisotila foi peremptório, o mesmo não aconteceu na ADI 3937-MC/SP.

Essa diferença pode se revelar até pelo fato de o Governador de outro Estado ter sido o requerente das primeiras ações, o que demonstra, a meu ver, de uma forma mais clara aos ministros a interferência da lei no comércio com outras unidades federativas e a necessidade da União em uniformizar a matéria em âmbito nacional. Na ADI 3937, os preceitos de direito à saúde do art. 196, bem como a ratificação pelo Brasil da Convenção nº 162 da OIT foram decisivos para que se cogitasse a inconstitucionalidade da lei federal, e assim, o que fez com que a lei estadual pudesse ser constitucional.

A ação mais recente sobre o amianto na Corte é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF 234, julgada em setembro de 2011¹¹¹. A Associação Nacional de Transporte e Logística ajuizou a ação contra a mesma lei paulista questionada na ADI 3937-MC/SP, que teve a cautelar deferida em 2008. A questão central dessa ADPF é em relação ao trânsito de produtos contendo amianto, as quais não eram dirigidas ao consumo, pelas Rodovias do Estado de São Paulo.

Segundo consta no link de Notícias do STF, a corrente minoritária acreditava que ao proibir o uso e comercialização do amianto, produto reconhecidamente tóxico no entender dos ministros, a norma estadual parece atender muito mais à Constituição Federal do que à lei Federal que trata do tema.¹¹²

¹¹¹ O acórdão, até o dia 28 de outubro de 2011, não havia sido publicado no site do Supremo. Como o estudo do inteiro teor do acórdão não foi possível, este não integrou o universo de pesquisa. Somente como curiosidade e para delinear as decisões do Supremo nas questões referentes ao amianto, uma breve análise do voto do relator (único disponível) e das informações disponíveis no link Notícias (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF234.pdf>) do STF foi feita.

¹¹² Ficaram vencidos os ministros Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Com esse recente julgamento da ADPF 234, o STF reverteu seu entendimento sobre a matéria do amianto. Enquadrou a matéria no âmbito da competência privativa da União em legislar sobre trânsito interestadual e não adentrou na competência concorrente, como havia feito nos demais julgamentos. Inclusive, na ADI 39377-MC, essa questão sobre o trânsito interestadual não foi trazido na Corte. O Plenário, nessa assentada, não estava completo, com a ausência do Ministro Eros Grau, figura importante para o julgamento da questão da constitucionalidade da lei, posição que havia tomado nos julgados anteriores.

Com a seqüência de julgados sobre o mineral amianto, resta a dúvida, portanto, se uma lei estadual que vede a comercialização do produto é ou não constitucional. A resposta dada a essa pergunta na ADI 3937-MC é que os Estados podem emitir leis proibindo a comercialização e o uso do amianto, já que este é notoriamente cancerígeno. No entanto, na ADPF 234, com base na mesma lei, o STF por meio do método de interpretação conforme a Constituição decidiu que fica permitida a circulação de mercadorias contendo amianto pelas rodovias do Estado de São Paulo.

Esperamos que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade das leis estaduais que proíbem a utilização do mineral amianto fique mais claro nos próximos julgamentos. A constitucionalidade da Lei Federal 9095/95 está submetida à ADI 4066/DF, que direcionará os rumos a serem seguidos nas demais questões. Além disso, o julgamento de mérito da ADI 3937-MC também será importante para se entender o posicionamento concreto da Corte a respeito.

4.1.3.3. Proteção e defesa da saúde.

ADI 1278/SC

O Estado de Santa Catarina editou lei que “dispõe sobre o beneficiamento do leite de cabra e de seus derivados, em condições

artesanais, para fins de consumo.”¹¹³A lei impugnada prevê o aquecimento do leite de cabra em uma temperatura diferente da estabelecida na lei federal e sobre a sua comercialização ainda congelado.

O governador do Estado ajuizou a ação contra a Assembléia Legislativa alegando que houve extrapolação por parte do Estado na sua competência de suplementar as normas gerais da lei federal.

Tanto no julgamento da cautelar (1995) quanto no julgamento de mérito (2007) a decisão se manteve. O STF indeferiu a cautelar e decretou a constitucionalidade da lei baseando-se na competência concorrente. Disse que é necessidade local a regulamentação do beneficiamento de leite de cabra, a despeito de estabelecer outras diretrizes das traçadas na lei federal:

“atender a uma manifesta necessidade local e de relevante interesse social de estimular-se a produção e o beneficiamento do leite de cabra, visto que determinadas pessoas, sobretudo crianças, são alérgicas a outros tipos de leite, e por conta do incipiente volume produzido, em regra por pequenos produtores, resta inviabilizado o beneficiamento do produto por meios industriais de pasteurização complexos.”¹¹⁴

O Min. Relator Lewandowski traz à sua argumentação aspectos técnicos sobre o beneficiamento de leite de cabra. Diz que o Centro Nacional de Pesquisa em Caprinos comprovou a eficácia da pasteurização proposta na lei, por isso, ela pode ser contrária a lei federal. No mais, afirma que outros Estados da federação já regularam leis parecidas como esta.

Neste julgado, retoma-se a ideia acerca da possibilidade da lei estadual ser mais restritiva à norma federal, como foi discutida na ADI 3937-MC/SP. A lei estabeleceu uma temperatura de beneficiamento distinta da estabelecida na lei federal e, em face disso, foi considerada mais restrita. No entanto, o Min. Marco Aurélio, no julgamento da liminar da ADI

¹¹³ Lei nº1179/94.

¹¹⁴ STF: ADI 1278/SC. Rel. Min Lewandowski. j. 16/05/2007.

1278/SC, rebateu o argumento de que, ao ser mais restritiva, a lei estadual não é constitucional:

“A competência concorrente não compele os Estados à edição de diplomas legais repetindo literalmente o que por ventura se contenha na legislação federal. A simples circunstância de a Lei local prever gradação centígrada superior na lei federal (...) não é de molde a dizer-se da invasão da competência atribuída à União.”¹¹⁵

Diante da argumentação dos Ministros pela constitucionalidade da lei do Estado de Santa Catarina, pude perceber uma sobreposição das questões materiais de proteção à saúde da população aos aspectos formais de competências legislativas. Nesse caso, o STF permitiu uma autonomia plena na produção legislativa por parte do Estado.

4.2. Ausência de lei federal¹¹⁶

ADI 2832/PR

A Confederação Nacional da Indústria ajuizou a ação contra lei paranaense que estabeleceu obrigatoriedade de informação nos rótulos de embalagens de café comercializado no Paraná¹¹⁷. Sustentou que houve violação à competência privativa da União em legislar sobre direito comercial e comércio interestadual. Em defesa, o Governador do Estado do Paraná afirmou que o escopo da lei é garantir aos consumidores o direito à informação adequada e clara do produto, por isso é de competência concorrente.

O Min. Relator Lewandowski não acatou as ofensas constitucionais trazidas pela requerente de violação da competência privativa em legislar sobre comércio interestadual. Para ele, a lei adentrou na competência

¹¹⁵ STF: ADI 1278-MC/SC. Rel. Min. Lewandowski.

¹¹⁶ Compõe este item a ADI 2832/PR

¹¹⁷ Lei nº 13.519/2002. Art. 1º Fica estabelecida a obrigatoriedade de informação, nos rótulos das embalagens de café comercializado no Paraná, da porcentagem de cada espécie vegetal de que se compõe o produto.

concorrente por se tratar de consumo e, nessa medida, os Estados-membros têm autonomia para legislarem. Atribui a inconstitucionalidade somente ao fato de a lei estadual do Paraná ter estendido os seus efeitos a todos os demais estados com a expressão “seja comercializada no Brasil”.

O Min. Ayres Britto foi o único que se referiu à competência concorrente de proteção e defesa da saúde. Diz que a lei “a um só tempo” defende tanto o consumidor, no plano da informação, quanto a saúde. Toda a sua argumentação adentrou na seara direito à saúde que, diferentemente do afirmado pelos outros ministros, se restringem a matéria de produção e consumo. O artigo da lei estadual, que segundo o ministro, o levou a entendê-la como proteção e defesa da saúde também foi o art. 5º¹¹⁸ Tal certificado que obrigatório seria um “*plus*” porque vai além da defesa do consumidor para alcançar a defesa da saúde.

Neste acórdão é interessante a preocupação que alguns Ministros demonstraram com o esvaziamento normativo dos Estados e com a importância de manutenção do pacto federativo. No voto do Min. Menezes Direito tem uma passagem que revela bem essa questão:

“Tenho manifestado, sempre, com muita insistência, que temos de fazer até mesmo uma grande revisão do princípio federativo brasileiro, que ao longo do tempo esta Suprema Corte, no tocante a Constituições anteriores, estreitou, a meu ver, demasiadamente. E, agora, diante da Constituição dos 80, tenho como necessário fazer uma revisão para ampliar a natureza federativa do Estado brasileiro.”¹¹⁹

A corrente minoritária foi formada pelos Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. O primeiro acompanhou o relator no sentido de atribuir a inconstitucionalidade à expressão “no Brasil”, mas apontou a

¹¹⁸ Art. 5º. Constará das embalagens de todo o café comercializado no Paraná um selo da qualidade emitido pela produção através da Associação Paranaense de Cefeicultores – APAC, com a fiscalização da EMATER – Paraná e aprovação técnica, através de laudo laboratorial a ser fornecido pelo Instituto Agrônomo do Paraná – IAPAR.

¹¹⁹ STF: ADI 2832/PR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski; j. 07/05/2008; página 183

inconstitucionalidade de outro dispositivo que restringia a comercialização de produtos que tenham a especificação do gênero Coffea no Paraná, o que feriria a circulação de bens. Já o Min. Marco Aurélio julgou inteiramente improcedente o pedido da inicial, isto é, o Estado do Paraná é autorizado para legislar concorrentemente sobre produção e consumo.

5. Leis enquadradas na competência privativa e na concorrente¹²⁰.

Em alguns casos, os Ministros encaram a lei como protetiva à saúde e, portanto, dentro da competência concorrente entre Estados-membros e União.

No entanto, alguns dispositivos da lei estadual adentram no âmbito da competência privativa, que explicitamente, são declarados inconstitucionais.

ADI 3035-MC/PR

O Estado do Paraná estabeleceu a vedação “ao cultivo, manipulação, importação, a industrialização e a comercialização de Organismos Geneticamente Modificados (OGM) destinados a produção agrícola, alimentação humana e animal, exceto para fins de pesquisa científica, visando proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.”¹²¹

O Partido da Frente Liberal (PFL) ajuizou a ação alegando afronta à competência privativa da União em legislar sobre direito civil e comercial, ao proibir a comercialização de OGM¹²². Aduziu ainda que houve uma usurpação de competência suplementar porque a União já editou lei sobre o assunto.

Apesar de a lei também mencionar a proteção à saúde dos indivíduos como um dos seus escopos, os argumentos de defesa da lei, por parte da Assembléia Legislativa e do Governador do Estado do Paraná, se detiveram na proteção ao consumo e meio ambiente, presentes nos incisos V e VI do art. 24.

No acórdão em questão, o Min. Relator Gilmar Mendes foi cuidadoso em ressaltar os dispositivos da lei que adentravam na competência privativa:

¹²⁰ ADI 3035-MC/PR; ADI 3035/PR; ADI 1862-MC/RJ; ADI 2875/DF

¹²¹ Lei 14.162 de 27 de novembro de 2003 do estado do Paraná.

¹²² Além desses incisos, também os X e XI do mesmo artigo 22, que versam respectivamente sobre regime de portos e transito e transportes também compuseram a argumentação.

“Do exame do ato impugnado, especial em seus art. 1º, 2º e 5º¹²³, verifica-se potencial ofensa à competência privativa da União no que tange a disciplina sobre comercialização (art. 22, I, da CF), importação e exportação (art. 22, VIII, CF) e regime de portos (art. 22, X, CF).¹²⁴

Quanto ao argumento de usurpação de competência suplementar da requerente, o ministro expõe o seguinte:

“Tais matérias, em primeiro exame, estão sujeitas à disciplina concorrente da União e dos Estados, uma vez que se relacionam com a produção e consumo, à proteção do meio ambiente e a proteção e defesa da saúde. (...) tanto a Medida Provisória nº 131 quanto outros atos normativos federais fixam disciplina geral que não parece deixar margem para as restrições estabelecidas na norma impugnada.”¹²⁵

Dessa forma, o Min. Relator deferiu o pedido e suspendeu a vigência da lei na sua integridade. Todos os demais Ministros acompanharam o relator para deferir a cautelar.

O voto Min. Marco Aurélio, contudo, chama a atenção pelo seu conteúdo formalista. O Ministro se deteve aos vícios formais, mostrando certa preocupação por uma “quase independência absoluta no campo da normatização em direito comercial, comércio exterior, interestadual, regime de portos, transporte e meio ambiente” por parte do Estado, isto é, uma autonomia imprópria. No seu voto, o ministro ressaltou apenas os aspectos de invasão de competência privativa da União por parte dos Estados-membros e não entrou na questão da competência concorrente, apenas

¹²³ “art. 1º: Fica vedado o cultivo a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de ogms destinados a produção agrícola, alimentação humana e animal, exceto para fins de pesquisa científica, conforme o disposto nesta Lei, visando proteger a vida, e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.

Art. 2º Fica vedada a utilização do Porto de Paranaguá para a exportação e importação de OGM

Art. 5º Fica vedada a comercialização de produtos em sua composição contenha substancia proveniente de OGMs e que tenham como destino a alimentação humana ou animal.”

¹²⁴ STF: ADI 3035-MC/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes; j. 10/12/2003

¹²⁵ STF: ADI 3035-MC/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes; j. 10/12/2003

mencionando a matéria de direito ambiental como subsidiária na lei em tela.

ADI 3035/PR

Na discussão de mérito, a decisão e o modo de decidir se mantiveram e a lei foi declarada inconstitucional, também por unanimidade no Plenário.

Neste acórdão, o conflito entre competência privativa e competência concorrente aparentou não pender para um lado só, isto é, há dispositivos da lei atacada que versam, tanto sobre competência privativa quanto sobre competência concorrente. No entanto, mesmo os dispositivos que são de matérias concorrentes, como proteção e defesa da saúde, meio ambiente e produção e consumo, são tidos como inconstitucionais uma vez que o Estado do Paraná extrapolou na sua competência de suplementar a lei federal.

ADI 1862-MC/RJ

Em 1999, ano seguinte ao julgamento da cautelar da ADI 1893/RJ, a Corte julgou a ADI 1862-MC/RJ, lei também do Rio de Janeiro. A lei era mais específica quanto à saúde do trabalhador, pois estabelecia “normas de prevenção das doenças e critérios de defesa da Saúde dos trabalhadores em relação às atividades que possam desencadear lesões por esforço repetitivo – LER”.

O Min. Relator Néri da Silveira, também presente no julgamento da ADI 1893/RJ, encarou a norma como sendo relativa à proteção e defesa da saúde e não como regulamentação de normas de direito do trabalho. Privilegiou a matéria e excluiu o vício de competência, alegando a importância, o dever constitucional e ainda a responsabilidade universal de todos os entes para a proteção da saúde¹²⁶.

O Min. Marco Aurélio, inaugurou a corrente minoritária e foi o único a remeter ao julgamento da ADI 1893/RJ. Seu voto nas duas ações foi no mesmo sentido: o do deferimento da cautelar no sentido de total

¹²⁶ O Min. Carlos Velloso, que também votou pelo deferimento da cautelar na ADI 1893, endossou a corrente do relator, mas eles ficaram vencidos.

inconstitucionalidade da lei fluminense, pois se referia exclusivamente ao direito do trabalho. Invocou o precedente da ADI 1893 mostrando que a Corte deferiu a cautelar para suspender os efeitos de uma norma ainda mais genérica do que a em questão, por isso, não via motivos para o indeferimento da presente cautelar. Alegou que a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) já regulamentara normas relacionadas à proteção da saúde do trabalhador, inclusive especificamente nos casos dos maquinários que, segundo ele, são os destinatários principais da norma em questão.

O conflito entre competência privativa e competência concorrente ficou claro no voto do Min. Sepúlveda Pertence. Ele caracterizou a lei como uma "zona cinzenta", em que há confusão entre dispositivos referentes à proteção e defesa da saúde, que autorizariam a produção normativa, e normas de direito do trabalho, que faz com que a lei estadual seja inconstitucional.

Ele privilegiou a matéria ao deferir em parte o pedido da cautelar, declarando somente a inconstitucionalidade de um dispositivo da lei estadual fluminense que regula os intervalos de trabalho, alegando que jornada de trabalho é propriamente sobre normas de direito do trabalho e, por isso, competência privativa da União. Essa acabou sendo a tese majoritária e a Corte atribuiu interpretação conforme a Constituição para deferir em parte o pedido, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo referente à jornada de trabalho relativa somente aos trabalhadores celetistas.¹²⁷

Um paralelo pode ser feito entre as ADIs 1862-MC/RJ e a ADI 3403/SP na questão de se limitar a abrangência das leis estaduais aos servidores públicos. A lei do Estado do Rio de Janeiro era direcionada aos empregados de empresas públicas e privadas, sem distinção entre celetistas ou estatutários. O STF, por meio da interpretação conforme a Constituição, declarou ser inconstitucional a aplicação da lei aos trabalhadores celetistas. A lei do Estado de São Paulo, por outro lado, era destinada somente aos

¹²⁷ Os trabalhadores celetistas são aqueles regidos pelo regime da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas). Podem ser tanto da esfera privada quanto da esfera pública.

trabalhadores de empresas públicas e a lei foi tida como inconstitucional, sem que os ministros fizessem distinção entre estatutários ou celetistas.

Somente na ADI 1862-MC/RJ o STF se mostrou preocupado com o fim almejado pela lei, isto é, a proteção e defesa da saúde, frente aos vícios formais de competência legislativa. Apesar de a lei adentrar na esfera trabalhista, a Corte a encarou como específica de prevenção da saúde do trabalhador e, por isso, matéria de competência concorrente. Observa-se também que não havia lei federal sobre a questão, o que viabilizou também a declaração de constitucionalidade na esfera da competência concorrente.

ADI 2875/DF

Tratava-se de uma lei distrital que “obriga a notificação mensal aos órgãos competentes da Secretaria de Saúde do Distrito Federal; dos casos confirmados de câncer de pele, atendidos nos hospitais e clínicas, públicos e privados, estabelecidos no Distrito Federal”¹²⁸. O governador do Distrito Federal ajuizou a ação perante a Câmara Legislativa alegando que houve ofensa ao artigo 22, I e XVI, pois é da competência privativa da União legislar sobre direito civil e regulação da profissão, respectivamente.

A defesa se ateve aos artigos 23, II e 24, XII os quais estabelecem ser da competência comum (material) e concorrente (legislativa) dos estados a proteção da saúde.

O Min. Relator Lewandowski não acatou a violação de competência privativa da União para regular exercício da profissão. Segundo ele, a lei somente obrigava a notificação e a adotarem medidas de interesse epidemiológico, cujo escopo é contribuir para a estatística de incidência dessa doença no DF e, assim, permitir políticas de combate a doença.

A Corte declarou parcialmente procedente o pedido, somente atribuindo a inconstitucionalidade ao artigo que versa sobre

¹²⁸ Lei nº 3139 de 2003. Parágrafo único: a obrigatoriedade de que trata o caput alcança os médicos que trabalham como profissionais liberais e atuam apenas em consultórios particulares.

responsabilidade do médico ¹²⁹, já que este adentra na competência privativa da União em legislar sobre direito civil.

Nesta ADI 2875/DF, a lei estadual é sucinta e clara quanto o seu objetivo: a notificação obrigatória feita pelos médicos ajudaria na prevenção de futuros casos da doença de câncer de pele. É um caso claro de proteção e defesa da saúde em que o STF levou em conta o seu escopo social e, por isso, a enquadrou no art. 24.

¹²⁹ Art. 2º A omissão médica no cumprimento a presente lei acarretará responsabilidade civil do profissional e da respectiva entidade de saúde, sem prejuízo de eventuais sanções administrativas e penais previstas na legislação.

6. Conclusão

O objetivo desta pesquisa foi identificar se o Supremo Tribunal Federal, ao analisar as leis estaduais, em controle concentrado de constitucionalidade, que de alguma forma visam à proteção da saúde dos indivíduos, se detém a vícios formais de repartição de competências legislativas, ou se leva em consideração a importância social da matéria, delegando, assim, espaço legiferante para o Estado.

A lógica interpretativa dos dispositivos da competência privativa e da concorrente é distinta. Enquanto que na primeira a análise se detém à matéria da lei, na segunda os ministros estudam a abrangência das normas gerais e a possibilidade de suplementação dos Estados. A anuência do vício formal na competência privativa reside no fato de os ministros entenderem que a lei não versa sobre “proteção e defesa da saúde”, mas propriamente sobre matérias restritas à União - como, por exemplo, direito do trabalho - e atribuem a sua inconstitucionalidade.

Após a lei passar pelo crivo dos Ministros e estes a enquadrarem no âmbito da competência concorrente, o vício formal é verificado na declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem que se tenha feito uma análise da lei federal contraposta para ver se a União se limita na produção de normas gerais. O conflito averiguado na jurisprudência estudada diz respeito, portanto, a uma “zona cinzenta”, isto é, uma sobreposição argumentativa desses dispositivos, fato que dificulta a sua aplicação.

Nos acórdãos referentes à invasão de competência privativa da União, foi notório que os Ministros compreendiam o escopo social da lei que visava à proteção da saúde. Nos votos vencidos essa interpretação ficou mais evidente, mas há também tais aspectos nos votos vencedores, o que realça a preferência destes Ministros pelos aspectos formais do caso.

Na maior parte dos acórdãos estudados nessa categoria, o Plenário declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais por maioria de votos e

não por unanimidade¹³⁰. Ainda que poucos ministros se mostrassem contrários à tese majoritária em cada discussão, esses dados mostram que os aspectos materiais das leis, de fato, são avaliados e discutidos na Corte, a fim de enquadrá-las na competência concorrente.¹³¹

Foi identificada, nas ações selecionadas, a ofensa direta a poucas matérias presentes no art. 22, tais como: direito civil, comercial, trabalhista, comércio interestadual e, mesmo que somente em uma única ação, a referência à energia nuclear. Devido às poucas ações examinadas, não pude extrair resultados claros acerca da abrangência que os termos dos incisos do art. 22 adquirem na Corte. Contudo, pequenas considerações são possíveis acerca de uma possível interpretação extensiva dos Ministros nesses casos.

O entendimento sobre “normas de direito civil”, por exemplo, foi aplicado pela Corte nas leis que regulavam relações obrigacionais e de contratos, como nos casos de seguros de saúde, e também quanto à responsabilização de profissionais¹³². A meu ver, essa aplicação não foi ampliada pelo STF, que a restringiu na área privada relacional. Já nas ações que envolviam direito do trabalho, o Tribunal, a meu ver, na ADI 1893-MC/RJ ampliou o entendimento sobre “normas de direito do trabalho” para além das diretrizes essenciais de vínculos trabalhistas, ao estender a aplicação desse inciso a normas que regulamentavam o ambiente ocupacional, propriamente.

No âmbito da competência concorrente, a discussão percorreu vários aspectos distintos, que vão desde o não conhecimento da ação até a possibilidade de leis estaduais, mais benéficas à saúde, serem contrárias à lei federal e, ainda assim, constitucionais.

¹³⁰ Unanimidade: ADI 1893/RJ; ADI 3403/PR. Por maioria de votos: ADI 1595/SP; ADI 1589/SP; ADI 1646/PE; ADI 1575/SP.

¹³¹ As ADIs 2875, 3035 e 1862-MC são exemplo em que os ministros optam por enquadrar parte da lei no âmbito tanto da competência privativa quanto da concorrente.

¹³² É o caso da ADI 2875

Quando há a ocorrência de lei federal, preliminarmente, o STF pode não conhecer a ação¹³³. Os acórdãos selecionados para esta pesquisa não são suficientes para traçar um posicionamento firme da Corte no que tange essa questão de ofensa reflexa. Há um aparente vício decisório no Supremo, pois há uma incoerência na aplicação de sua própria jurisprudência. Não há uma explicação clara por parte dos ministros pela opção por uma ou outra corrente jurisprudencial, pois o que se observa é que ora o STF conhece a ação alegando que os dispositivos constitucionais de distribuição de competências estão intimamente relacionados com o cotejo das normas infraconstitucionais; ora o STF simplesmente não conhece a ação, por se tratar de ofensa reflexa à Constituição.

A partir das análises dos oito acórdãos¹³⁴ desta monografia que foram enquadrados na competência concorrente e que havia uma lei federal suscitada, apenas um¹³⁵ não foi conhecido. Em todos os demais, posteriores a tal julgado, a tese de ofensa reflexa foi afastada, justificadamente ou simplesmente ignorada, o que mostra certa superação jurisprudencial da alegação de ofensa reflexa à Constituição, na seara pesquisada¹³⁶.

Como foi visto também, quando há confronto entre lei federal e lei estadual e a ação é conhecida, os Ministros esbarram nos parágrafos do art. 24 e a possibilidade dos Estados suplementarem a lei federal. Em alguns julgados, tentou-se conceituar normas gerais para, a partir de então, aplicá-la no caso com o fito de averiguar se a União extrapolou ou não o seu limite constitucional. Outros ministros, no entanto, não se preocuparam em definir o que seriam normas gerais, apenas afirmando que a lei estadual, por simplesmente existir, já estaria infringindo a lei federal.

Nesses casos, o Tribunal tende a declarar a inconstitucionalidade da lei estadual com o argumento de usurpação da sua competência suplementar

¹³³ É o caso de ofensa reflexa tratado no capítulo 4.1.1.

¹³⁴ ADI 3035/PR; ADI 3645/PR; ADI 1278/SC; ADI 2656/SP; ADI 2396/MS; ADI 3937-MC/SP; ADI 384/SP; ADI 2875/DF

¹³⁵ ADI 384/SP

¹³⁶ Vale ressaltar que o escopo desta pesquisa não é se adentrar no tema de ofensa reflexa, até porque os acórdãos selecionados somente adentram na seara do direito à saúde. Tal tema é por demais interessante, além de ser mal interpretado no Supremo Tribunal Federal, o que valeria uma pesquisa restrita e à parte.

em detrimento da competência da União em editar normas gerais. As leis estaduais que forem contrárias ao estabelecido na lei federal ou que forem mais restritivas são consideradas inconstitucionais, ainda que tenham como objetivo a proteção e defesa da saúde. Das cinco ações que compõe esse bloco, somente duas foram julgadas constitucionais¹³⁷.

Muito se discute sobre a lei estadual ser mais restritiva do que a lei federal. Os Ministros adotam posicionamentos distintos quanto a essa questão em diferentes julgados. Percebi que quando eles querem decretar a constitucionalidade da lei estadual, argumentam que a lei questionada pode ser mais restritiva, uma vez que é em benefício da saúde dos indivíduos.¹³⁸

Esse posicionamento, no entanto, não é visto em todos os julgados. No caso da ADI 3645/PR, dos transgênicos, o STF declarou a sua inconstitucionalidade, respaldado na extrapolação por parte do Estado em suplementar a lei federal. Entenderam que houve uma substituição e não uma suplementação da lei federal, o que não é constitucionalmente possível ao Estado. Por outro lado, na ADI 2396/MS, acórdão referente ao mineral amianto, os ministros entenderam que a lei estadual deveria preencher eventuais lacunas, vazios da lei federal e não poderiam, portanto, ser diametralmente opostas.

Assim, a questão da abrangência das normas gerais e a capacidade da lei estadual suplementar a lei federal não é constante na Corte e é analisada caso a caso, e sem um critério decisório.

A ausência da lei federal, dentro do âmbito da competência concorrente, é suficiente para a declaração de constitucionalidade da lei estadual¹³⁹. Esse posicionamento dos ministros revela que eles se prendem, na maioria das vezes, a vícios formais devido à existência de lei federal, centralizando a produção na esfera da União, em detrimento dos Estados.

Quanto à seqüência dos temas julgados, já detalhados ao longo da pesquisa, na maioria dos casos, o STF seguiu uma linha decisória. Nos

¹³⁷ Somente a ADI 1278 e ADI 3937-MC

¹³⁸ As ADIs 1278/SC e ADI 3937-MC são exemplos claros desse ponto.

¹³⁹ Por exemplo ADI 2832 e a ADI 2875, parcialmente constitucional.

casos que discutiam leis referentes aos alimentos transgênicos, por exemplo, por mais que cada uma tivesse a sua peculiaridade, todas foram julgadas de forma similar, tendo sido declaradas inconstitucionais por vícios formais. Por outro lado, as leis referentes ao mineral amianto, que eram bem similares entre si quanto à matéria, foram julgadas de forma distinta no STF.¹⁴⁰

Dos dezessete acórdãos selecionados¹⁴¹, apenas dois foram tidos como constitucionais¹⁴² e outros três foram declarados parcialmente constitucionais¹⁴³. Do ponto de vista cronológico, de 1997- ano do julgamento do primeiro acórdão analisado- até 2007, todas as leis foram declaradas inconstitucionais, sendo uma não conhecida e apenas a ADI 1862-MC/RJ¹⁴⁴ constitucional. De 2007 a 2010, por outro lado, há um maior número de julgados no sentido de se privilegiar a matéria: dos seis casos julgados nesse último período, dois tiveram o pedido totalmente improvido¹⁴⁵ e outros dois foram parcialmente providos¹⁴⁶. Uma possível justificativa para a maior ocorrência de constitucionalidade das leis estaduais no período mais recente é a composição do Plenário, que alterou significadamente: somente os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio se mantiveram de 1997e 2010, último acórdão analisado.¹⁴⁷

A maioria das leis impugnadas foi enquadrada¹⁴⁸, por parte dos ministros, no âmbito da competência concorrente e não da privativa. Esses dados estatísticos e a análise qualitativa dos acórdãos quanto ao entendimento por vício formal, revelam que há a prevalência do argumento

¹⁴⁰ ADI 2396/MS, ADI 2656/SP, ADI 3937-MC/SP

¹⁴¹ Os acórdãos que tinham julgamento de cautelar e de mérito foram contados uma única vez.

¹⁴² ADI 1278/SC e ADI 3937-MC/SP

¹⁴³ ADI 1862-MC, ADI 2832, ADI 2875.

¹⁴⁴ Parcialmente constitucional, já que a Corte enquadrou parte da lei em matéria privativa à União, devido à responsabilidade civil dos médicos.

¹⁴⁵ ADI 3403 e ADI 1575, respectivamente referente à competência privativa da União em legislar sobre direito do trabalho e sobre energia nuclear.

¹⁴⁶ ADI 2875 e ADI 2832, ambos em competência concorrente e sem lei federal que regulamentasse a matéria.

¹⁴⁷ A ADPF 234 é de 2011, mas não compôs o universo de estudos, uma vez que sua decisão não havia sido publicada até a data de 28/10/2011.

¹⁴⁸ Unicamente competência privativa: 6 acórdãos; competência concorrente: 8 acórdãos; competência privativa e concorrente: 3 acórdãos.

de afronta à lei federal, isto é, usurpação da competência suplementar dos Estados em relação à União, ao argumento de sobreposição de competência privativa em relação à concorrente, por parte dos ministros.

Em outras palavras, o STF tende a declarar a inconstitucionalidade da lei alegando, primeiramente, que já existe lei federal sobre o tema, ainda que a matéria da lei adentre no rol das competências privativas. Esse é o caso típico do mineral amianto, em que as leis estaduais adentravam no âmbito comercial, este restrito à União e os ministros explicitamente afastaram essas alegações e a enquadraram no art. 24, pois entenderam que o seu escopo era, de fato, a proteção da saúde e meio ambiente da população, mas, por existir norma federal sobre o tema, declararam a inconstitucionalidade da lei.

A meu ver, o fato de a maioria dos acórdãos terem sido classificados no art. 24, mesmo que o argumento da parte requerida tenha sido pela invasão de competência privativa, mostra que a Corte entende, de certa forma, o escopo da lei de proteção e defesa da saúde.¹⁴⁹

Diante de todo exposto, analisando o posicionamento individual dos Ministros em cada caso, pude perceber que há uma preocupação a respeito dos aspectos materiais da lei referentes à proteção à saúde. Contudo, do ponto de vista institucional, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade decorrente de vício formal da grande maioria das leis impugnadas, o que revela seu posicionamento mais formalista quanto à repartição de competências.

A autonomia dos Estados-membros em editarem leis protetivas à saúde, respaldado na sua competência concorrente e nos princípios preconizados pelos artigos 6º e 196 da Constituição, fica restrita à análise caso a caso. De uma forma geral, há a prevalência de entendimento no sentido de proteger a lei federal em detrimento da lei estadual.

¹⁴⁹ Argumentos da parte requerente que vão só no sentido de invasão de competência privativa e que os ministros enquadrara na concorrente: 2396, 2656, 2832.

Sem a intenção de fazer uma análise futurística sobre as decisões do STF, acredito que, o fato de um número significativo de ações terem tido votos divergentes no sentido da constitucionalidade da lei e uma visível preocupação de alguns ministros com a preservação do pacto federativo, bem como com o esvaziamento normativo por parte dos Estados-membros, pode indicar que é possível uma evolução jurisprudencial acerca do tema direito à saúde frente à repartição de competências no Supremo.

A presente pesquisa não pretende, de forma alguma, esgotar o assunto acerca do direito à saúde relacionada à competência legislativa. Existem várias ações em tramitação no Supremo sobre o tema e que manterão o debate sempre atual.¹⁵⁰

Ademais, dentro do amplo tema de federalismo, a delimitação escolhida se restringiu à competência legislativa, mais propriamente nos artigos 22 e 24 da CF/88. Dessa forma, outros debates sobre saúde no Supremo que são de suma importância, como os referentes à concreção de políticas públicas sanitárias, que adentram na repartição de competências materiais dos Estados elencadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), podem vir a ser excelente tema para uma próxima pesquisa nessa área.

¹⁵⁰ Fora as do próprio mineral amianto que aguardam julgamento, como já foram mencionadas nesta pesquisa, o Supremo julgará ações referentes a constitucionalidade da lei anti-fumo de diversos Estados. O debate se mantém sobre a possibilidade dos Estados editarem normas proibindo o fumo de tabaco em lugares fechados, o que se mostra mais restrito em relação à lei federal (ex: ADI 4249/SP).

7. Referências bibliográficas

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29º ed. São Paulo: Malheiros: 2007.

Dalmo, Dallari. "Normas Gerais sobre Saúde: Cabimento e Limitações", in Ministério da Saúde, Brasília: 2006, pp 61-81.

Silva, Virgílio Afonso. "Federalismo e articulação de Competências no Brasil", in *Administração Pública Coletânea*. Unesp: 2011. pp 553 – 562

Verissimo, Marcos Paulo. "A Constituição de 1988, vinte anos depois: A Suprema Corte e ativismo judicial `à brasileira`". 42º Ed. São Paulo: Revista Direito GV, 2008, pp 407-440

_____. "Direitos fundamentais na visão do STF: Direito á saúde, políticas públicas e STF". Observatório sbdp. São Paulo, 2007.

Dallari, Sueli. "Direito Sanitário" in *Ministério da Saúde Direito Sanitário e Saúde Pública- coletânea de textos*. Vol. 1. Brasília, 2003. pp 39 - 58

Bercovici, Gilberto. "O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa." Revista Jurídica, v. 10, n. 90. Brasília. Ed. Esp: 2008, pp.01-18.

Rodrigues, Maria Alice. "Autonomia estadual: a interpretação e aplicação do artigo 24 da Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal.". Monografia apresentada à Escola de Formação, sbdp: 2006

Vásques, Denise. "Competências legislativas concorrentes: prática legislativa da União e dos Estados- membros e jurisprudência do STF." Dissertação de mestrado da Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito: 2007