

Voto Vogal

O Senhor Ministro Edson Fachin: Adoto o bem lançado relatório elaborado pelo e. Ministro Nunes Marques.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) contra o artigo 4º da Lei Estadual 5.245/2008, do Estado do Rio de Janeiro, o qual estende à iniciativa privada a obrigação de realizar, anualmente, exame preventivo de câncer de mama e do colo do útero, com garantia de um dia de folga ou dispensa.

Cinge-se a discussão à usurpação ou não de competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, CRFB)

Peço, desde logo, as mais respeitosas vênias ao e. Min. Relator para **adotar posicionamento divergente**, em coerência ao posicionamento externado em outras ocasiões (ADI 4.306).

Considero meramente reflexa a natureza trabalhista da norma, posto que a dimensão primeva da lei estadual é de proteção e defesa da saúde das mulheres, com respaldo no art. 24, VII, da CRFB.

A Consolidação das Leis do Trabalho disciplina a possibilidade de o empregado deixar de comparecer ao serviço, sem prejuízo do salário, por “até 3 (três) dias, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de realização de exames preventivos de câncer devidamente comprovada” (art. 473, XII, CLT), tratando-se, como se vê, de regra mais genérica a estabelecer um parâmetro mínimo para as relações de trabalho.

A norma impugnada se diferencia em especificidade, sendo destinada às mulheres com base em dados que evidenciam a gravidade da incidência de câncer de mama e de colo do útero, como indicado nas informações prestadas pelo Poder Legislativo local (eDOC 8), razão de fundo para a repartição constitucional das competências da forma como procedeu o Constituinte.

A repartição de competências é característica essencial em um Estado federado para que seja protegida a autonomia de cada um dos seus membros e, por consequência, a convivência harmônica entre as esferas, com o fito de evitar a secessão. Nesta perspectiva, esta disposição pode se dar em sentido horizontal ou vertical, levado em conta o domínio dos interesses envolvidos.

Repartir competências compreende, portanto, compatibilizar interesses para o reforço do federalismo cooperativo em uma dimensão de fato cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou

outro ente a fim de que o funcionamento consonante das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º, da CRFB) e objetivos (art. 3º, da CRFB) da República.

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

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

Em outras oportunidades (ADI 3.703, ADI 5.356, ADPF 109), sustentei que a tradicional compreensão do federalismo brasileiro, que busca solucionar os conflitos de competência tão somente a partir da ótica da prevalência de interesses, não apresenta solução satisfatória para os casos cuja dúvida sobre o exercício da competência legislativa decorre de atos normativos que podem atravessar diferentes temas.

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

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

A solução não pode se distanciar do cânone da prudência que incumbe aos órgãos de controle de constitucionalidade: deve-se privilegiar a interpretação que seja condizente com a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos.

Tal deferência ao Poder Legislativo assume feição especial quando o controle de constitucionalidade é feito em face de norma produzida pelos demais entes da federação. Ela exige que o intérprete não tolha a alçada

que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria.

Neste sentido, o cânone da interpretação conforme deve ser integrado pelo que, na jurisprudência norte-americana, foi chamado de presunção a favor da competência dos entes menores da federação (“*presumption against pre-emption*”).

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

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

credibilidade.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 35, 1995. p. 28-29)

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

Nesse contexto, é necessário avançar o modo como a repartição de competências há tempos é lida a partir de um modelo estanque que se biparte no sentido horizontal ou vertical, ou ainda, em competência legislativa ou administrativa para um modelo em que o princípio informador seja a máxima efetividade dos direitos fundamentais como critério de distribuição destas competências.

Assim, seria possível superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material: apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que possuem os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito nacional, certa matéria deve ser disciplinada pelo ente maior.

Embora seja diretamente aplicável ao caso em tela, a clareza legislativa não se refere apenas à competência concorrente. Em caso de dúvida sobre o título a que se dá o exercício da competência, se comum ou concorrente, por exemplo, também cumpre à lei definir o âmbito de atuação do ente federativo. Ressalte-se, porém, que, seja qual for a hipótese, a assunção de competência pelo ente maior deve fundar-se no princípio da subsidiariedade, ou seja, na demonstração de que é mais vantajosa a regulação de determinada matéria pela União ou pelo Estado, conforme for o caso. Trata-se, portanto, de privilegiar a definição dada pelo legislador, reconhecendo que eventual lacuna deve ser vista como possibilidade de atuação dos demais entes federativos, não cabendo ao poder judiciário, à míngua de definição legislativa, retirar a competência

normativa de determinado ente da federação, sob pena de tolher-lhe sua autonomia constitucional.

Conquanto seja, enfim, a União competente privativamente para legislar sobre direito do trabalho, é preciso reconhecer que aos Estados e ao Distrito Federal é dada a competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CRFB).

A norma impugnada cria a obrigação de realização de exame preventivo de câncer de mama e do colo do útero às trabalhadoras, tendo por consequência a possibilidade de usufruir de um dia de folga sem prejuízo da remuneração. O escopo primevo é a tutela de direito fundamental cujo regulamento constitucional não só dispõe pela competência concorrente dos entes federados, mas que ganha contornos de proteção prioritária na jurisprudência desta Corte e, sempre, em privilégio à repartição de competências administrativas e legislativas.

Resguardada as diferenças de contexto, essa foi a *ratio* de fundo desta Corte ao julgar a ADPF 672/DF, no contexto da pandemia do novo coronavírus. Cito trecho do voto da lavra do e. Min. Alexandre de Moraes:

“A Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da saúde pública, destacando, desde logo, no próprio preâmbulo, a necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade. Logicamente, dentro da ideia de bem-estar, deve ser destacada como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde.

O direito à vida e à saúde aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde. (...)

O constituinte, muito além de prever a hipótese como competência concorrente, tomou ele próprio a iniciativa de estabelecer, no próprio texto constitucional, o condomínio de responsabilidades e encargos entre os diversos níveis federativos. Essa circunstância já foi reiteradamente realçada pela CORTE em diversos julgamentos, em situações em que estabelecido conflito entre normas federais e estaduais sobre

proteção à saúde, vigilância sanitária e serviços de saúde pública em geral, (...)

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, em outros casos, sobre matéria similar:

“LEI DISTRITAL. NOTIFICAÇÃO MENSAL À SECRETARIA DE SAÚDE. CASOS DE CÂNCER DE PELE. OBRIGAÇÃO IMPOSTA A MÉDICOS PÚBLICOS E PARTICULARES. ADMISSIBILIDADE. SAÚDE PÚBLICA. MATÉRIA INSERIDA NO ÂMBITO DE COMPETÊNCIA COMUM E CONCORRENTE DO DISTRITO FEDERAL. ARTS. 23, I, e 24, XII, DA CF. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 22, I. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO. I - Dispositivo de lei distrital que obriga os médicos públicos e particulares do Distrito Federal a notificarem a Secretaria de Saúde sobre os casos de câncer de pele não é inconstitucional. II - Matéria inserida no âmbito da competência da União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 23, I, da Constituição Federal. III - Exigência que encontra abrigo também no art. 24, XII, da Carta Magna, que atribui competência concorrente aos referidos entes federativos para legislar sobre a defesa da saúde. IV - Dispositivo da lei distrital que imputa responsabilidade civil ao médico por falta de notificação caracteriza ofensa ao art. 22, I, da CF, que consigna ser competência exclusiva da União legislar acerca dessa matéria. V - Ação direta parcialmente procedente.” (ADI 2.875, Min. Ricardo Lewandosvki, j. 04.06.2008)

“(...). 2. A natureza das disposições concernentes a incentivos fiscais e determinação para que os supermercados e hipermercados concentrem em um mesmo local ou gôndola todos os produtos alimentícios elaborados sem a utilização de glúten não interferem na função administrativa do Poder Executivo. 3. A forma de apresentação dos produtos elaborados sem a utilização de glúten está relacionada com a competência concorrente do Estado para legislar sobre consumo, proteção e defesa da saúde. Art. 24, inc. V e XII, da Constituição da República. Precedentes” (ADI 2.730, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 05.05.2010)

“DIREITO ADMINISTRATIVO E CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI MUNICIPAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. SALA DE ATENDIMENTO DE PRIMEIROS SOCORROS EM LOCAIS DE GRANDE CIRCULAÇÃO. INTERESSE LOCAL. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. 1. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que cabe ao município legislar supletivamente em matéria relacionada à proteção da saúde, podendo inclusive impor medida a ente privado que acarrete despesa. (...)” (ARE 1.063.621 Agr/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 30.11.2018).

Destaco, por fim, precedente de minha relatoria na qual se firmou, por unanimidade:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 5.517/2009 DO RIO DE JANEIRO. PROIBIÇÃO DO USO DE PRODUTOS FUMÍGENOS EM AMBIENTES DE USO COLETIVO. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA SUPLEMENTAREM A LEGISLAÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria.

2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores, é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior. Nos conflitos sobre o alcance das competências dos entes federais, deve o Judiciário privilegiar as soluções construídas pelo Poder Legislativo. (...)” (ADI 4.306, Rel. Min. Edson Fachin, j. 20.12.2019)

Restando nítido se tratar de legislação regulamentadora de proteção à saúde com mero reflexo de natureza trabalhista, e tomando por

premissa a compreensão proposta de federalismo cooperativo, não é possível ignorar a dimensão de proteção à saúde, como se estivéssemos a tratar apenas de direito do trabalho.

Diante de múltiplos olhares, direciono-me para uma compreensão menos centralizadora e mais cooperativa da repartição de competências no federalismo brasileiro. Na hipótese, tratando-se de lei estadual que se enquadra na competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde, não viola o princípio da igualdade que a matéria seja tutelada diferentemente no âmbito de cada ente federado. Ao contrário, a possibilidade de tratamento diferenciado tem previsão constitucional no artigo 24, da CRFB/88, que determina aos estados a competência, suplementar ou plena, para normatizar a matéria aqui discutida.

De qualquer aspecto, portanto, o artigo 4º da Lei Estadual 5.245/2008, do Estado do Rio de Janeiro, é consentâneo com a ordem jurídica vigente e com a Constituição da República.

Ante o exposto, constitucional o diploma impugnado, razão pela qual **divirjo do ilustre Relator para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade e, no mérito, julgar o pedido improcedente.**

É como voto.