

UMA INVESTIGAÇÃO DA ADI Nº 7.222 À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO BRASILEIRO: A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

AN INVESTIGATION OF ADI NO. 7.222 IN LIGHT OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF BRAZILIAN LAW: THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Marcela Modesto Fermino¹
Thiago Fagundes do Amaral²
Rafael Alem Mello Ferreira³

Resumo: Neste trabalho, pretende-se demonstrar que a Análise Econômica do Direito quando recepcionada e aplicada de forma correta em território brasileiro, poderá auxiliar na promoção e efetivação de direitos fundamentais. Para tanto, será utilizada a metodologia bibliográfica, em que será exemplificada esta afirmativa pela ADI nº 7.222, decisão do Supremo Tribunal Federal que determina a (in)constitucionalidade do piso salarial dos profissionais de enfermagem, fato que será explorado e combatido nesta pesquisa. Além disso, buscar-se-á inserir a ideia de que as teorias estrangeiras podem e devem ser adaptadas para implementação no ordenamento jurídico brasileiro, compreendendo o diálogo entre elas importante para a proteção e garantia dos direitos sociais e individuais.

Palavras-chave: Análise econômica do direito. Piso salarial profissionais da enfermagem. ADI nº 7.222. Proteção dos direitos sociais. Importação de teorias estrangeiras.

Abstract: This paper aims to demonstrate that the Economic Analysis of Law, when correctly received and applied in Brazilian territory, can assist in the promotion and enforcement of fundamental rights. To this end, the bibliographical methodology will be used, exemplified by ADI No. 7222, a decision of the Federal Supreme Court that determines the (in)constitutionality of the salary floor for nursing professionals, a fact that will be explored and refused in this research. In addition, we will seek to insert

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Integrante dos grupos de pesquisa do CNPq Razão Crítica e Justiça Penal e Estado e Administração Pública, todos vinculados ao PPGD da FDSM.

² Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (2010). Especialista em Direito Notarial e Registral (2012) e Direito Civil (2014). Atualmente é titular concursado do Ofício de Registro e Notas de Inconfidentes de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito Privado, com ênfase em Direito Notarial e Registral.

³ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2009) com disciplinas cursadas na universität Passau-ALE; Especialização em ciências Penais pela universidade Federal de Juiz de Fora (2011); Mestrado em Direito pela FDSM (2014); Doutorado em Direito pela UNESA-RJ (2018); Professor Adjunto coordenador do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais na unidade de Arcos-MG e professor do programa de pós graduação stricto sensu da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pesquisador e líder do grupo Direito e Democracia que busca pesquisar democracia, liberdade de expressão, fake news e tecnologia. Autor de diversas obras jurídicas com destaque para o livro: O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: De Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas.

the idea that foreign theories can and should be adapted for implementation in the Brazilian legal system, understanding the dialogue between them as important for the protection and guarantee of social and individual rights.

Keywords: Economic analysis of law; Wage floor for nursing professionals; ADI no. 7.222; Protection of social rights. Importation of foreign theories.

Recebido em: 14/08/2023
Aceito em: 01/12/2023

1 INTRODUÇÃO

Realizar análises sobre casos concretos do ordenamento jurídico é um desafio para juristas e acadêmicos do direito, principalmente no que se refere à transdisciplinaridade entre Direito e Economia. Por muitas vezes na realidade brasileira, a economia na perspectiva do liberalismo econômico foi inserida como prioridade nas decisões relacionadas às políticas públicas, o que hoje em dia é alvo de críticas advindas dos profissionais e acadêmicos de Direito. Neste trabalho, em específico, será discorrido sobre o caso do aumento do piso salarial dos profissionais de enfermagem, situação recente que ocorreu no ano de 2022. Trocando em miúdos, a Lei nº 14.434/2022 foi votada e aprovada pelo Congresso Nacional em relação ao aumento do piso salarial dos profissionais supracitados, em que se engloba os enfermeiros, técnicos de enfermagem, auxiliares de enfermagem e parteiras. Após isso, foi implantada a PEC 124/2022, para tornar constitucional os novos valores de salário. Por fim, o Supremo Tribunal Federal vetou a proposta em detrimento ao investimento que os cofres públicos deveriam realizar com a aprovação.

Destarte, estas propostas não foram criadas à toa: durante uma pandemia mundial, em que houve centenas de milhares de mortos no Brasil devido ao vírus da COVID-19, os principais atores no combate à doença foram os profissionais da saúde, que arriscaram as suas vidas fazendo plantões, atendimentos e cuidados com os pacientes que necessitavam e/ou estavam em estado grave internados. Ou seja, foi a classe dos trabalhadores da saúde que fizeram o importante papel de conter, na medida do possível, as consequências péssimas que a pandemia acarretou. O ponto principal de discussão deste trabalho é averiguar se há embasamento jurídico suficiente para fundamentar o veto do Supremo Tribunal Federal na Constituição brasileira de 1988, considerando o momento de promulgação e quais os efeitos desejados durante a escrita desta, em que os direitos fundamentais, individuais e sociais são o eixo gravitacional de todo o texto.

O que se buscará analisar, portanto, é até que ponto a Análise Econômica do Direito pode ser eleita como argumento para barrar esse tipo de promoção de direitos fundamentais, sob a perspectiva da Constituição Federal brasileira de 1988. Para tanto, na primeira seção deste artigo, fala-se sobre a realidade brasileira e serão realizados comentários em relação à ADI nº 7.222/2022, relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que foi a responsável em barrar o aumento do piso salarial. Na segunda seção, questiona-se a aplicação do Direito Econômico dentro da Constituição de 88, principalmente no que condiz à efetivação dos direitos fundamentais e sociais para a população brasileira. Por fim, na terceira e última seção, explica-se sobre a importância em adaptar corretamente as teorias estrangeiras no ordenamento jurídico pátrio. A metodologia utilizada é a bibliográfica, baseada em doutrinas, notícias, decisões, legislações e artigos relacionados ao tema.

2 CONTEXTO DA PUBLICAÇÃO DA ADI Nº 7.222 – O QUE A REALIDADE BRASILEIRA APRESENTA?

No ano de 2020, o mundo foi surpreendido pelo vírus da COVID-19, que acometeu parte significativa da população com uma doença que atinge principalmente o sistema respiratório, levando muitos infectados a óbito. Por causa de um dos sintomas mais agressivos ser a falta de ar, a população recorreu aos hospitais públicos e particulares a fim de amenizar as aflições do vírus, e, neste cenário, a atuação dos profissionais da enfermagem e técnicos de enfermagem foi indispensável para o combate ao coronavírus, fato que emergiu a discussão sobre a valorização destes profissionais:

Uma categoria com reconhecimento internacional, mas que ainda luta em nosso país por condições mais justas de trabalho, referindo a carga horária de 30h semanais que ainda não está regulamentada nacionalmente, e salários mais justos. Assim, perguntamos quais os

desafios sobre a saúde do profissional de enfermagem frente ao coronavírus, num ano em que deveríamos comemorar o ano internacional de uma profissão tão discriminada, mitigada, vitimada, e em situação de vulnerabilidade pelos riscos que corre diariamente? (COSTA, 2020, p. 19-21)

Para que a atuação dos profissionais de enfermagem se tornasse possível, no entanto, não foi preciso somente esforços físicos: colocar a vida em risco como circunstância da profissão, ao mesmo tempo em que se vivenciava mortes em massa ou pessoas com acometimento dos sintomas mais graves da doença, exigiu um psicológico muito forte para que se conseguissem manter o atendimento padrão de pacientes com coronavírus: “nessa perspectiva, o sofrimento do profissional de enfermagem associa-se às diversas relações deste contexto no laboral, social e familiar durante a pandemia” (MIRANDA, 2021, p.1-10). Bercovici (2022), ao realizar as suas considerações sobre a pandemia do COVID-19 e suas interseções com o Direito Econômico, apresenta o seguinte:

A atual pandemia do Covid-19 e as crises sanitária e econômica dela decorrentes trouxeram à baila novamente as discussões sobre o direito em tempos de crise. No caso específico do direito econômico, a crise faz parte da sua própria essência, tendo em vista que é um campo que surge e se consolida em virtude das grandes crises e transformações econômicas e sociais da primeira metade do século XX (BERCOVICI, 2022, p. 431).

Mediante a crise que abarcou da pandemia e a busca por reconhecimento dos profissionais da saúde que foi promulgada a Lei nº 14.434/2022, junto à Emenda Constitucional nº 124/2022, em que se estipula o piso salarial de R\$ 4.750,00 (quatro mil setecentos e cinquenta reais) para enfermeiros, R\$ 3.325,00 (três mil, trezentos e vinte e cinco reais) para técnicos e R\$ 2.375,00 (dois mil, trezentos e setenta e cinco) para auxiliares de enfermagem e parteiras. O que, inicialmente, parece uma ação justa, foi suspensa pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.222, por razões econômicas: “o impacto anual da medida seria de R\$ 5,5 bilhões

para o setor público e R\$ 11,9 bilhões para o setor privado, segundo cálculos da Instituição Fiscal Independente (IFI), órgão ligado ao senado” (BRASIL, 2022a).

Como se pode observar, o foco da discussão quanto à valorização dos profissionais de enfermagem possui como ponto central a questão econômica – e isso ocorre desde antes de 2022, quando, ao ser comprovada a necessidade de isolamento social, a economia foi convocada como escudo para que o governo federal se esquivasse de cumprir com as regras de prevenção que a Organização Mundial da Saúde estipulou, no entanto, estas (não) medidas foram alvo de diversas críticas, principalmente no que se referia ao posicionamento negacionista do ex Presidente da República, e uma frase pode resumir o principal argumento entre os profissionais da saúde no momento pandêmico: “não há dicotomia entre salvar vidas e manter a atividade econômica” (SILVA, 2020, p. 1-12).

Emerge, então, um paradoxo: se foi invocada a economia para que não houvesse o isolamento social, aumentando os casos de coronavírus e, conseqüentemente, os trabalhos dos profissionais de saúde, qual o sentido de atribuir o mesmo argumento na situação em que estes profissionais poderiam receber a mais, sendo reconhecidos seus esforços? É sabido que “distintos saberes terão explicações diferentes e complementares para o fenômeno da litigância no país, entre os quais poderão ser lembradas aquelas com fundamentos históricos, sociológicos, econômicos e jurídicos, por exemplo” (PINHEIRO; PORTO; SAMPAIO, 2019). Isso significa que é preciso realizar um estudo que observe esses pontos para se chegar na solução mais plausível e congruente com a Constituição brasileira de 1988. Na supracitada ADI, o Ministro Luís Roberto Barroso pondera a situação:

As questões constitucionais postas nesta ação são sensíveis. De um lado, encontra-se o legítimo objetivo do legislador de valorizar os profissionais, que, durante o longo período da pandemia da Covid-19, foram incansáveis na defesa da vida e da saúde dos brasileiros. De outro lado, estão os riscos à autonomia dos entes federativos, os reflexos sobre a empregabilidade no setor, a subsistência de inúmeras

instituições hospitalares e, por conseguinte, a própria prestação dos serviços à saúde. (BRASIL, 2022)

A realidade brasileira demonstra que ainda há muito o que aprender sobre a interdisciplinaridade entre Direito e Economia, necessitando de uma análise crítica para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988: “a aproximação entre o Direito e a Economia segundo a LaE [law and economic] traduz-se pela defesa do comportamento técnico-racional maximizador de resultados em detrimento pela prática técnico-legal estritamente formalista” (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 77-122).

Somaram-se três os dispositivos constitucionais eleitos por Barroso para fundamentar a decisão, e aqui se discorre sobre cada um deles. O primeiro, pelo inciso I do §1º do art. 169, iluminado pelo princípio do equilíbrio orçamentário, que, em sua função estabelece um rigor quanto ao “paternalismo na admissão de pessoal e a frágil profissionalização da burocracia, necessita de regras moralizadoras quanto aos gastos improdutivos com o excesso de funcionários, sob pena de não alcançar o equilíbrio orçamentário” (TORRES, 2013, p. 3829). Esta afirmação não condiz com o argumento do Ministro: “do impacto financeiro e orçamentário sobre Estados e Municípios e os riscos para sua solvabilidade” (BRASIL, 2022). Na situação em que o objetivo da profissão é cuidar de enfermos e salvar vidas, não há como afirmar que o aumento de salário seja um gasto improdutivo, pois dessa maneira haveria o incentivo financeiro para estes profissionais, o que conseqüentemente pode trazer novos interessados em ingressar nesta área de serviço. Além disso, conforme explicitado pelo próprio Ministro Relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6303/RR, que reafirma o legislador como o ente responsável em emitir tais tipos decisórios e que a necessidade estudo financeiro aparece somente para a compreensão dos gastos, não como fator de impedimento realizado pelo poder judiciário.

A exigência de estudo de impacto orçamentário e financeiro não atenta contra a forma federativa, notadamente a autonomia financeira dos entes. Esse requisito visa a permitir que o legislador, como poder vocacionado para a instituição de benefícios fiscais, compreenda a extensão financeira de sua opção política. (BRASIL, 2022b)

O segundo artigo constitucional invocado por Barroso para corroborar sua decisão foi o inciso VIII do art. 170, sob o argumento do “impacto sobre a empregabilidade no setor, tendo as alegações plausíveis de demissões em massa trazidas aos autos” (BRASIL, 2022). É perceptível, porém, que o entendimento deste artigo por outros doutrinadores, como Eros Grau, possui sentido contrário ao atribuído na ADI 7.222, em que a Constituição de 1988 consagra o princípio do pleno emprego “de modo mais amplo, de sorte a afirmar as políticas de pleno emprego como instrumentais da valorização do trabalho humano” (GRAU, 2013, p. 3829). Importa mencionar, inclusive, que na premiação do Nobel de Economia de 2021 houve uma demonstração realizada através de pesquisa empírica pelos economistas David Card e Alan Krueger da relação entre o aumento do salário mínimo seria equivalente ao aumento do desemprego, sob a fundamentação de que com maior salário os profissionais desempregados estariam motivados a procurar emprego (GIOVANAZ, 2021). Questiona-se: aumentar o salário não seria uma valorização do trabalho humano, principalmente estando em evidência um cenário pandêmico, em que a atuação dos profissionais de enfermagem foi essencial? Dessa forma, compreende-se que a referida ADI não segue corretamente os preceitos constitucionais.

Por fim, o último dispositivo constitucional utilizado para fundamentar a ação foi o art. 196, em que o direito à saúde é garantido pelo Estado e é dever de todos. A motivação de Barroso para invocar este artigo é pelo “impacto sobre a prestação dos serviços de saúde, pelo alegado risco de fechamento de hospitais e de redução nos quadros de enfermeiros e técnicos” (BRASIL, 2022). Neste artigo, ao contrário dos demais, aparece uma problemática de que, apesar de se tratar do direito à

saúde e aparecer de forma ampla (abrangendo o Estado, particulares e sociedade enquanto comunidade solidária), não define exatamente até onde se estende sua completude, sendo que “é certamente na condição de direito a prestações materiais entretanto, que o direito à saúde incita as maiores controvérsias” (SARLET, 2013, p. 4169).

É necessário sempre reiterar que a Constituição brasileira de 1988, inspirada nas demais constituições no período do segundo pós-guerra, apresenta a humanidade enquanto preceito constitucional, pautada no princípio da dignidade humana. Isso significa que as necessidades da população como um todo devem estar constantemente sendo observadas para que, enfim, sejam compreendidas e que o Estado possa realizar as ações que fossem precisas para poder conter os problemas ou saná-los, se possível. Na pandemia, porém, diversas necessidades emergiram de uma vez só, o que fez com que as mais diversas áreas de conhecimento precisassem estar atentas ao que estava acontecendo, e, neste sentido, Boaventura de Sousa Santos (2020) destaca a importância do papel dos intelectuais em compreenderem o período de exceção que o mundo vivenciava, assim como eles deveriam agir:

Os intelectuais devem aceitar-se como intelectuais de retaguarda, devem estar atentos às necessidades e às aspirações dos cidadãos comuns e saber a partir delas para teorizar. De outro modo, os cidadãos estarão indefesos perante os únicos que sabem falar sua linguagem e entender suas inquietações (SANTOS, 2020, p. 14).

Conclui-se neste capítulo que a decisão da ADI 7.222 é um tanto quanto problemática, podendo ser considerada injusta, pois não apresenta justificativa constitucional palpável para a suspensão da Lei 14.434/2022 e da Emenda Constitucional nº 124/2022, e emergir a discussão de como funcionaria com o mercado privado não é, de forma alguma, uma proteção constitucional de direitos fundamentais, observada os limites do que é objeto de manutenção para diminuição de uma desigualdade social ou não: “quando o aumento da expectativa de retorno

da classe empresarial nada agrega para aumentar a expectativa dos trabalhadores, essa majoração é injusta, pois não ocorre 'para o maior benefício dos menos favorecidos'" (JESUS, 2021, p. 35). A valorização dos profissionais da área da saúde (sem contar a medicina) precisa urgentemente acontecer, principalmente por meio do aumento de salários para que o profissional consiga ter uma vida economicamente tranquila, e a pandemia ensinou que a qualquer momento poderá ocorrer uma crise sanitária novamente e eles que estarão com a população para atendimento e prestação de socorro. Lembrando que a decisão judicial é uma forma de se fazer política, o que não necessariamente significa fazer justiça: "A justiça é o parâmetro interno de avaliação da prática social chamada direito. Sem dúvida, as normas jurídicas e decisões judiciais podem ser injustas" (JESUS, 2021, p. 30). Desse modo, é preciso analisar os preceitos constitucionais enquanto promotores dos direitos fundamentais, de modo a evitar regredir para com a população. Na próxima seção, analisar-se-á o aspecto econômico dessa decisão, assim como a recepção da análise econômica do direito em solo brasileiro.

3 O PAPEL DO DIREITO ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a transição do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar-Social, houve mudanças paradigmáticas significativas para o Direito. A primeira delas foi compreender o Estado como garantidor de direitos dos cidadãos, não somente um regulamentador dos conflitos sociais. O contexto histórico importa: ora, se do final do século XVIII até o início do século XX os detentores do poder eram os mesmos detentores da economia (burguesia) e do direito, priorizava-se o mercado enquanto instância independente do Estado, que se autorregula. No entanto, com a ascensão dos movimentos sindicalistas e do proletariado, compreendeu-se que havia um compromisso do Estado com seus cidadãos, a fim de proteger direitos trabalhistas e garantir outros direitos fundamentais (que, por sua vez, foram se aprimorando com o

tempo). Logo, começou a se observar então as relações entre as matérias de Direito e Economia para que se possibilitasse efetivar a proteção dos direitos individuais dentro de sociedades que o mercado é ponto relevante para seu funcionamento. Assim, conforme Salama:

O Direito e Economia é tido por muitos como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado. Tendo surgido nos Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos e depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil. Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado, e há também considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental. (SALAMA, 2017, p. 20-21)

Primeiramente, faz-se importante rever qual o papel da economia dentro do Direito brasileiro, e para isso utiliza-se do conceito e função da constituição econômica. Na Constituição de 1988, a manutenção da economia é tipificada a partir do art. 170, a fim de garantir a democracia e as relações dos cidadãos com a economia: “trata-se, no fundo, da expansão da soberania popular para a esfera econômica, ou seja, da capacidade de todos, e não apenas uma minoria privilegiada, decidir, democraticamente, sobre a utilização do capital acumulado pelos frutos de seu trabalho no interesse coletivo” (BERCOVICI, 2022, p. 149).

Em contrapartida a um regime autoritário, os constituintes tomaram precauções na nova Constituição a fim de tentar garantir, ao máximo, que as funções pré-estabelecidas pelo preâmbulo de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, justa e sem preconceitos” (BRASIL, 1988). Compreende-se, então, que a economia deve ser adequada à esfera constitucional, o que significa encontrar um ponto de equilíbrio

entre o sistema capitalista imposto dentro de uma sociedade em que a justiça social é importante:

Nos termos do texto constitucional, a economia capitalista não é incompatível com a axiologia ética adotada pela República Federativa do Brasil. Em que pese a produção e o lucro serem de suma importância, pois fomentam o mercado, abrem postos de empregos e aceleram o desenvolvimento, enquanto escopos do capitalismo, devem também submeter-se aos ditames de uma justiça social. (SILVA; MEIRA; CALDAS, 2019)

Admite-se, portanto, que a transição entre as constituições liberais que antecederam a Carta Magna alterou a maneira dos juristas compreenderem a aplicarem as relações entre Direito e Economia dentro do Estado, abrindo as possibilidades para uma permissão de intervenção estatal nas relações econômicas. Encontra-se uma produção de efeitos jurídicos em que a ordem econômica é produzida e mantida sob dois valores basilares: o da valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (FARIA, 2013, p. 247). Ou seja, é preciso que o Estado saiba como e quando encontrar situações em que a intervenção na ordem econômica (o que se inclui a manutenção de pisos salariais quando necessário), obedecendo aos princípios constitucionais.

Longe de ser uma intervenção excepcional e temporária do Estado no setor privado, esses princípios e diretrizes convertem o desempenho do Estado no campo socioeconômico num dever constitucional cuja "legitimidade" depende do respeito aos principais objetivos fixados pela Constituição. (FARIA, 2013, p.244)

Há, portanto, a necessidade de analisar se o princípio da dignidade humana está sendo considerado nas decisões, ainda que o argumento de contrapartida seja de viés econômico. Voltando para o caso do piso salarial dos profissionais de enfermagem, Barroso expõe que "as circunstâncias constitucionais e fiscais aqui apontadas não significam que o valor não seja justo e que as categorias beneficiadas não mereçam a remuneração mínima" (BRASIL, 2022). Ora, quais circunstâncias

constitucionais, exatamente, não permitem que este piso seja efetivado? Se a Constituição é baseada em princípios que visam o desenvolvimento econômico e social, qual a dificuldade em compreender que a dignidade dos trabalhadores em questão está acima dos lucros do sistema capitalista? Neste sentido, há concordância com Bercovici quando afirma que “as relações entre dignidade humana e constituição econômica exigem também a realização da democracia econômica e social” (BERCOVICI, 2022, p. 148). O Estado, portanto, ao exercer função indispensável no combate à pandemia, precisa interferir no âmbito econômico para alcançar os direitos dos cidadãos, conforme afirma Bercovici (2022):

O papel do Estado e do direito econômico são essenciais para o combate à pandemia e aos efeitos negativos das crises econômicas e sanitária. Mas o direito econômico, em um Estado capaz de planejar e reestruturar os fatores de produção, é ainda mais importante para a reorganização do processo produtivo brasileiro no período pós-crise com o objetivo de construir um futuro em que seja possível voltar a buscar a superação do subdesenvolvimento (BERCOVICI, 2022, p. 447).

No ditame do art. 7º, inciso V, da Constituição de 1988, encontra-se a declaração de que, sobre os direitos dos trabalhadores, há a garantia de um “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” (BRASIL, 1988). Sendo assim, entende-se que, neste caso em específico, direitos econômicos e sociais se misturam: “essa opção do legislador em realocar os direitos sociais perto dos direitos e garantias fundamentais teve como base o fato de os direitos sociais fazerem parte da ordem social, que se encontra ligada à ordem econômica” (MARTINS; FERREIRA, 2021, p. 454-472). Para fins de diferenciação conceitual, este artigo vai ao encontro, no que se refere ao direito, à citação de Gonçalves e Stelzer:

Ao Direito compete, pois, acompanhar a fenomenologia social, segundo ideologia político-social-econômica constitucionalmente adequada para o Estado, como instrumento adequado para fazer ouvir a voz de todos que dele necessitem para a solução de seus

conflitos e para o reconhecimento de seus direitos e garantias, considerando, ainda, a pluralidade da sociedade que não pode ver submetida ao individual ineficiente e ao casuísmo das arbitrariedades (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 77-122).

Sobre a economia, utiliza-se o conceito dentro da perspectiva de constituição econômica, mais precisamente com a percepção do constitucionalismo social que surgiu no segundo pós-guerra: “deste modo, a característica essencial da atual Constituição Econômica, dado que as disposições econômicas sempre existiram nas Constituições, é a previsão de uma ordem econômica programática” (BERCOVICI, 2022, p. 53). Ou seja, neste trabalho, só faz sentido que o piso salarial dos profissionais de enfermagem seja deferido, pois, a função da economia dentro do direito não poderia ser de barrar dispositivos constitucionais, muito pelo contrário, “no caso específico do direito econômico, a crise faz parte da sua própria essência, tendo em vista que é um campo que surge e se consolida em virtude das grandes crises e transformações econômicas e sociais da primeira metade do século XX” (BERCOVICI, 2022, p. 431).

Diante destas afirmações, infere-se que a recepção da Análise Econômica do Direito no Brasil foi realizada de forma equivocada. Quando se analisa dados empíricos, fornecidos por Luiz Fernando de Paula e Manoel Pires (2017), pode-se trazer aqui que “é preciso discutir uma agenda de médio e longo prazos que permita o melhor uso dos instrumentos de política econômica no Brasil” (PAULA; PIRES, 2017, p. 125-144). Ao voltar para a questão do piso salarial, “na presente crise, o papel de organização do processo econômico do direito econômico se torna evidentemente fundamental” (BERCOVICI, 2022, p. 432). Entende-se, portanto, que ao mesmo passo que os profissionais de saúde se disponibilizaram de forma emergencial para atender à crise da COVID-19, já era necessário que os poderes se movimentem para que o aumento salarial fosse efetivado, consoante com o inciso V do art. 7º da Constituição de 1988.

4 A IMPORTÂNCIA DE ADAPTAR TEORIAS ALIENÍGENAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma das possíveis motivações para que estes problemas existam no direito pátrio é a questão da importação de teorias estrangeiras sem a devida adaptação para o Brasil. Neste sentido, autores como Pécio Arida (2005) tentam responder ao seguinte questionamento: “qual é a vertente da pesquisa em Direito mais profunda do ponto de vista do pensamento econômico sobre a norma?” (ARIDA, 2005, p. 60), análise esta necessária, principalmente sobre o fato de que seguir a Constituição considerando os direitos fundamentais é algo que está em falta atualmente: “questiona-se, assim, por que razão, apesar de o País ser uma das maiores economias mundiais, os direitos fundamentais ainda carecem de maior efetividade” (SILVA; MEIRA; CALDAS, 2019).

O primeiro ponto de discussão a ser considerado é que “a origem da discussão contemporânea entre Direito e Economia encontra-se nos trabalhos pioneiros de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarcchi, que apontaram novos aspectos e questões para o tratamento da relação entre Direito e Economia” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 1). Ao destrinchar esta afirmação, pode-se observar que os três autores mencionados não são brasileiros, sequer da América Latina: Ronald Coase é Londrino e faleceu em Chicago, Guido Calabresi nasceu na Itália e se formou em universidades dos EUA, e Pietro Trimarcchi é um economista italiano. Isso, por si só, não é um problema, no entanto, ao se deslocar para a realidade brasileira, depara-se com a questão da soberania econômica nacional ser percebida de forma diferente entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos:

A soberania econômica é relativa. Como o sistema capitalista mundial é um sistema hierarquizado, cada país percebe a soberania econômica a seu modo. Na potência hegemônica, por exemplo, o debate sobre soberania econômica é quase inexistente. Já para os países periféricos, em que se compreende o subdesenvolvimento

como um fenômeno de dominação, como uma realidade histórico-estrutural, simultânea, e não como uma etapa prévia, ao desenvolvimento, a questão da soberania econômica é fundamental, pois diz respeito à autonomia das decisões de política econômica e à percepção de suas limitações e constrangimentos internos e externos (BERCOVICI, 2022, p. 467).

Ou seja, compreende-se que para se construir uma Análise Econômica do Direito condizente com a Constituição, é necessário que haja a leitura constitucional apropriada. Primeiramente, é preciso definir um segmento sobre a função da disciplina Direito e Economia, que serve “para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas” (SALAMA, 2017, p. 13). Contudo, um dos pilares da economia de um país é que seus cidadãos estejam empregados e que tenha circulação de riquezas, tópico imprescindível do sistema capitalista: “mister apontar que o sistema capitalista opera em um esquema em que a compra da força do trabalho a um valor definido pelo próprio ser humano, a produção de bens e a prestação de serviços são determinantes para o lucro e, de conseguintes, para o acúmulo de capital” (SILVA; MEIRA, CALDAS, 2019). Importa mencionar novamente a pesquisa premiada pelo Nobel de Economia que comprovou empiricamente o aumento de salários com o aumento dos empregos.

No entanto, o que parece é que não há uma verdadeira preocupação com todo esse sentido que é atribuído sobre a Análise Econômica do Direito, sendo a questão meramente de se há verba ou não para determinados setores o único ponto de discussão que importa, não havendo necessidade em observar os possíveis reflexos positivos na própria economia que uma decisão como o aumento do piso salarial de uma classe de trabalhadores possa ter na sociedade brasileira. Neste caso em específico, não se pode negar que a atuação do judiciário não rompeu com as expectativas criadas pelo legislativo, que, apesar de ter desenvolvido e aprovado a PEC 11/22, já esperava que o Supremo Tribunal Federal pudesse tomar decisão semelhante à ADI 7.222/2022: “de nada adiantará a aprovação do piso para enfermeiros se, no dia seguinte, ele for suspenso pelos tribunais sob o argumento de

vício de iniciativa’, explicou a senadora Eliziane Gama (Cidadania-AM), primeira signatária da PEC” (MACHADO, 2022). Menção esta que se confirma, conforme consta na ADI 7.222: “são relevantes e merecem consideração detida os argumentos de que teria ocorrido (a) vício de iniciativa do processo legislativo, uma vez que toda a sua tramitação se deu sem amparo de norma constitucional legitimadora (...)” (BRASIL, 2022). Porém, este é somente um dos motivos evocados para barrar o aumento do piso salarial; também foi eleita uma razão econômica:

Tais valores têm potencial para impactar as finanças públicas, já que, diante do eventual desequilíbrio econômico-financeiro que sobrevenha aos convênios e contratos formalizados para a prestação de serviços do SUS, é esperado que os particulares busquem a revisão de suas cláusulas em face dos Estados e Municípios celebrantes. (BRASIL, 2022)

Todavia, ao contrário do entendimento de Barroso, Bercovici afirma que “a importância da saúde na construção da sociedade nacional sempre foi destacada pelos teóricos desenvolvimentistas” (BERCOVICI, 2022, p. 435). Assim, compreende-se que aplicar dinheiro na área da saúde não deve ser visto como um gasto, mas sim um investimento no desenvolvimento de um país, e que em uma sociedade tão desigual como a brasileira, o retorno se dará na saúde populacional cada vez melhor. Na prática, o que se pode observar que as decisões se dão de formas diferentes, e o modo com que elas são elaboradas não condizem com os princípios fundamentais da Constituição de 1988:

A relação patrão-empregado, o lucro e as atividades produtivas e prestacionais não são, em si mesmos, um problema. Porém, percebe-se que, por vezes, há um domínio concreto do sistema capitalista sobre o jurídico, inobstante ser possível conciliar os valores constitucionais com a busca da produtividade do produto (SILVA; MEIRA; CALDAS, 2019).

Voltando à questão da importação das teorias econômicas de direito, não se pode esquecer da influência de Richard A. Posner (estadunidense). Sob a sua teoria,

é possível compreender a valoração do liberalismo dentro do ordenamento jurídico pátrio, que, à luz das tendências dos países de primeiro mundo, adotou medidas muito semelhantes às dos Estados Unidos, que exerce influências teóricas no Brasil até os dias de hoje. Gonçalves e Stelzer apresentam uma breve – porém precisa – explicação do que se trata a teoria em evidência:

Posner, assim, fundamenta o Direito segundo critérios econômicos de valoração tal como a eficiência – entendida como maximização da riqueza – tornando-se, esta, para o Direito, um valor em si; um valor social máximo, cuja realização torna evidente a eficiência da sociedade e de suas instituições, dentre as quais, o Poder Judiciário. Passa a ser de fundamental importância, então, que advogados e economistas trabalhem junto vencendo suas dicotomias em nome da governabilidade por parte do Estado (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 77-122).

O reflexo desta concepção econômica do direito pode ser observado no caso que aqui analisado, quando o primeiro motivo para a suspensão do novo piso salarial é o “impacto financeiro e orçamentário sobre Estados e Municípios e os riscos para sua solvabilidade” (BRASIL, 2022). Bercovici, todavia, explana que os preceitos constitucionais permitem que haja este tipo de regulação econômica dentro dos serviços públicos, pois “em primeiro lugar, o artigo 170, parágrafo único da Constituição deixa explícito que o exercício de qualquer atividade econômica é livre, salvo nos casos previstos em lei” (BERCOVICI, 2022, p. 174). A função da Law and Economics, possui, portanto, diversas vertentes a serem consideradas:

Aplicar a LaE é intentar visão interdisciplinar jurídico-econômica para verificação da fenomenologia social segundo perspectiva jurídica que não despreze a visão econômico-racional do economista e de suas metodologias com fins à segura e eficiente tomada de decisão apropriada para elidir o conflito social ou solucionar a lide de forma a serem maximizadas as expectativas de uso racional da riqueza social e individualmente apropriada (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 77-122).

Por fim, considera-se que o problema maior da falta de adequação das teorias econômicas de direito na legislação pátria não está somente na recepção destas sem o toque de realidade brasileiro, mas também na sobreposição do capitalismo e dos interesses do mercado sobre os direitos fundamentais, e, neste caso, no que se refere ao piso salarial dos profissionais de enfermagem. Apesar de a própria Constituição Federal determinar o regime capitalista, é preciso observar até que ponto este respeita aos próprios princípios constitucionais, “afinal, a Constituição de 1988, para desespero ou fúria de nossos autointitulados ‘liberais’ (estariam melhor classificados como conservadores ou até reacionários), não é liberal, por maiores exercícios hermenêuticos que eles façam” (BERCOVICI, 2022, p. 148). Ou seja, pautar uma decisão unicamente sob a ótica de uma perspectiva liberal (lembrando que há diferença entre um Estado Liberal e um Estado pautado no liberalismo econômico), que é considerar somente a questão econômica, é ir de encontro com a Constituição brasileira, e isso significa que a ADI 7.222/22 beira a inconstitucionalidade ao vetar o aumento no piso salarial dos profissionais de enfermagem, peças fundamentais no combate à COVID-19.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetivação dos direitos fundamentais segue muito além da mera criação e aplicação de leis e políticas públicas que busquem melhorar a questão das garantias individuais dos cidadãos do Estado. É preciso que se enfrentem as questões de distanciamento entre discurso (o que a Constituição determina) e prática (o que é aplicado na sociedade). A luta pelo direito em sua plenitude é, portanto, contínua e passível de revisões. As diversas análises de teorias do direito são necessárias para a concretização do Estado Democrático de Direito, pois o Direito, sozinho, não consegue suprir a demanda de solucionar os problemas que podem surgir.

Quando o Direito se relaciona com a Economia, contudo, existe a problemática de que em diversas situações a Economia acaba por se sobrepor ao Direito, o que não é uma surpresa, visto que a sociedade brasileira é fundada pelo capitalismo, fato que, inclusive, é determinado pela Constituição. O caso aqui analisado, em que se discute sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222/2022, em que se explora a possibilidade de o piso salarial dos profissionais de enfermagem receber um aumento, é uma ilustração de como a Economia, quando sobreposta ao Direito, pode interferir de maneira negativa na efetivação dos direitos fundamentais.

Entender a influência do liberalismo econômico auxilia na análise do caso concreto supracitado pelo fato de que não basta estar ciente e levar em consideração somente o que está sendo exposto, mas o que há por trás de cada decisão, considerando que tudo é fruto de uma construção, e, sendo assim, a tal construção também deve ser analisada a fim de observar se o resultado chegado condiz com os princípios constitucionais ou não. Pretender utilizar a Análise Econômica do Direito para fundamentar que profissionais da enfermagem não podem ter aumento do piso salarial é um tanto quanto equivocado, pois, partindo da mesma lógica, a movimentação do mercado depende também do poder aquisitivo dos cidadãos para a circulação de bens.

Não pretendendo esgotar os estudos sobre o assunto, o que se conclui sobre a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.222 é que a interpretação do Direito brasileiro aparece na prática de maneira um tanto quanto confusa, principalmente quando se trata desta questão dos limites dos poderes em interferir no funcionamento entre um e outro. Ora, o Supremo Tribunal Federal não deveria ser o protetor dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos? Então, por qual motivo barrar legislação que promove uma melhoria na área da saúde, englobada pelos direitos fundamentais, sociais e econômicos? As respostas destas perguntas

são complexas, e exigem um esforço para que a construção de teorias em solo pátrio seja compreendida e aplicada da maneira mais próxima que a Constituição pretende.

Dito isto, a recepção de teorias estrangeiras deve também ser tratada de maneira mais séria e próxima da realidade brasileira, visto que não é porque uma teoria foi bem-sucedida em seu país de origem que ela será adaptada facilmente em qualquer território, deixando o seu entendimento à mercê de aplicadores que utilizem o direito e de seus diversos argumentos para chegar a um resultado que seja mais conveniente em determinados momentos. Valorizar profissionais que atuaram de maneira quase heróica durante uma pandemia, época atípica para todo o mundo, não está somente em aplausos e homenagens, mas reside na valorização econômica para que eles consigam ter um acesso efetivo às benesses de terem realizado um trabalho tão complicado durante um período de quase dois anos.

Compreende-se que não é justo – no sentido de justiça social – que os profissionais de enfermagem estejam tão à margem econômica em comparação com os médicos, que possuem funções semelhantes na missão de salvar vidas, e que uma profissão sem a outra não funciona. Lembrando que o aumento não seria aplicado somente aos enfermeiros(as), incluindo técnicos e auxiliares de enfermagem e parteiras. Ou seja, o aumento prestigiaria toda uma classe responsável pelos mais diversos cuidados com pessoas enfermas, o que significa, de forma indireta, um incentivo para melhorar os serviços de saúde. Assim, infere-se que os argumentos expostos ADI 7.222 não são sensíveis às premissas constitucionais de dignidade humana e valorização do trabalho e pleno emprego.

REFERÊNCIAS

ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 6ª reimpressão. p. 60-73.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Assembleia Constituinte. Brasília – DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 de nov 2022.

BRASIL, Senado Federal. Piso salarial da enfermagem: senado busca fontes de financiamento, após decisão do STF. 2022a. **Agência Senado**. Publicado em 16 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/16/piso-salarial-da-enfermagem-senado-busca-fontes-de-financiamento-apos-decisao-do-stf>. Acesso em 07 de nov 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.222** Distrito Federal. Direito constitucional e processo legislativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 14.434/2022 e emenda constitucional nº 124/2022. Piso salarial dos profissionais de enfermagem. Ausência de avaliação de impacto, pondo em risco valores constitucionais. Cautelar deferida. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, de 04 de set de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adi-7222-mc-decisao-mlrb.pdf>. Acesso em: várias datas.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.303** Roraima. Direito constitucional e tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Ipva. **Isenção**. Ausência de estudo de impacto orçamentário e financeiro. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, de 14 de março de 2022b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759738022#:~:text=Com%20base%20no%20art.,da%20Lei%20de%20Responsabilidade%20Fiscal>. Acesso em 04 de abr 2023.

COSTA, Dalva Marques. Os desafios do profissional de enfermagem mediante a COVID-19. **Gestão & Tecnologia**, Faculdade Delta. Ano IX, v. 1, edição 30, 2020. p. 19-21.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIOVANAZ, Daniel. Novo Nobel de Economia mostrou que aumentar salário mínimo não significa aumento do desemprego. **Brasil de fato**, São Paulo (SP). Publicada em 11 de outubro de 2021. Disponível em:

<https://www.brasilefato.com.br/2021/10/11/novo-nobel-de-economia-mostrou-que-aumentar-salario-minimo-nao-significa-aumento-do-desemprego>. Acesso em 04 de abr 2023.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, [S.I.], v. 1, n. 28, 2012, p. 77-122. ISSN 2316-753X.

GRAU, Eros Roberto. **Comentário ao artigo 170, VIII**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina, 2013. p. 3916-3920.

JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **Entre justiça e eficiência**: sobre a interação entre direito e economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coords.). *Temas em direito e economia*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021. p. 25-44.

MACHADO, Ralph. Proposta insere piso salarial da enfermagem na Constituição. **Agência Senado**. Publicado em 20/06/2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/887983-proposta-insere-piso-salarial-da-enfermagem-na-constituicao/>. Acesso em 21 de nov 2022.

MARTINS, Crystopher Willian dos Santos; FERREIRA, Rafael Alem Mello. Uma análise do princípio da proibição do retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro: fundamentos e aplicação frente à autonomia legislativa. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. v. 12. n. 1. Juiz de Fora, 2021. pp. 454-472.

MIRANDA, Fernanda Berchelli Girão; et. al. Sofrimento psíquico entre os profissionais de enfermagem durante a pandemia do COVID-19: Scoping Review. **Escola Anna Nery** (25), 2021. p. 1-10.

PAULA, Luiz Fernando de; PIRES, Manoel. Crise e perspectivas para a economia brasileira. **Revista Estudos Avançados** 31 (89), 2017. pp. 125-144.

PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus** [recurso eletrônico]. – 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

SARLET, Ingo. **Comentário ao artigo 196**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina, 2013. p. 4165-4172.

SALAMA, Bruno Meyerhof (Organizador). **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Francisca Valda da. *Enfermagem no combate à pandemia do COVID-19*. **Revista Brasileira de Enfermagem**. Editorial da Edição suplementar 2 CORONAVÍRUS/COVID-19, 2020. p. 1-2.

SILVA, Marcelo Gonçalves; MEIRA, Alexandre Augusto Fernandes; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. A interface axiológica do sistema capitalista na constituição federal: hermenêutica aplicada para um desenvolvimento sustentável. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. v. 35, n. Edição Especial, 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/34>. Acesso em: 16 nov. 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. **Comentário ao artigo 169**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina, 2013. p. 3827-3836.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Análise econômica do direito e das organizações**. In: _____. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 6ª reimpressão. p. 1-15.