

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Roberto Barroso.

No mérito, peço vênua a Sua Excelência e aos que o acompanharam para não referendar a medida cautelar.

A Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNSaúde), requerente da ação, suscita inconstitucionalidade formal e material da Lei nº. 14.434/2022, que institui o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira.

Sob o ponto de vista formal, a alegação é a de vício de iniciativa: a lei impugnada teve origem parlamentar e, como o piso se aplica tanto aos entes públicos como aos privados, apenas o Presidente da República poderia dar início ao processo legislativo. A Confederação reconhece que, antes do envio do projeto de lei à sanção presidencial, houve a promulgação da Emenda Constitucional nº 124/2022. No entanto, defende que a promulgação da emenda, tal como a sanção presidencial, não seria capaz de sanar a inconstitucionalidade por vício de iniciativa.

Além disso, ainda sob o ângulo formal, sustenta haver ofensa à autonomia de Estados e Municípios, que não poderiam ser obrigados pela União a arcar com o ônus da instituição do piso salarial.

Sob o ângulo material, defende que a instituição do piso é uma restrição estatal excessiva, cujos custos sequer foram estimados quando da aprovação da lei. Haveria, portanto, além de uma violação da razoabilidade, uma violação da liberdade econômica, na medida em que os sindicatos foram substituídos pelos legisladores. Por fim, ainda de acordo com a inicial, a medida seria eleitoreira e não teria levado em conta as graves consequências econômicas possíveis.

Reputo que nenhum dos argumentos erigidos é capaz de justificar a concessão da medida cautelar.

Em relação ao alegado vício de iniciativa, é de se questionar se esta é, de fato, privativa do chefe do Poder Executivo. À luz da jurisprudência desta Suprema Corte, a resposta é negativa.

A Constituição da República prevê, em seu art. 61, § 1º, II, “a” e “c”, competir ao Presidente da República a iniciativa para leis que disponham sobre “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração” e “servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria”.

No entanto, quando a lei aplica-se indistintamente a toda uma categoria e estabelece piso salarial para todos os servidores e servidoras dessa ampla categoria, abrangendo inclusive os empregados da iniciativa privada, a iniciativa deixa de ser privativa e passa a ser comum, como decidiu este Tribunal, no julgamento da ADI 5.241, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 22.09.2021.

As razões de decidir constantes da fundamentação do voto do Ministro Relator, na referida ADI 5.241 refletem importante compreensão sobre o regime de distribuição da reserva de iniciativas legislativas de nossa Constituição da República:

(...) Dentro de um regime verdadeiramente democrático, as cláusulas de exclusividade inseridas no art. 61, §1º, inciso II, da Constituição Federal apenas se legitimam quando e na medida em que forem estritamente necessárias para a consecução de propósitos constitucionais, em especial a manutenção do espaço de autodeterminação do Poder Executivo e do equilíbrio inerente a divisão funcional dos poderes.

Daí que a supressão tópica do poder de iniciativa dos membros do Congresso Nacional, das comissões de qualquer de suas Casas, bem assim dos cidadãos, no caso de iniciativa popular, somente deve prevalecer diante de norma constitucional expressa e inequívoca e, ainda assim, apenas no que seja rigorosamente necessário para afastar interferências indevidas do Poder Legislativo na organização interna e na moldura orgânica da Administração Pública federal. (STF-ADI 5.241/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, 20.08.2021).

No caso dos presentes autos, ao instituir um piso nacional salarial para toda uma categoria, abarcando inclusive empregados da iniciativa privada, não se deve exigir reserva de iniciativa para a lei impugnada.

Dois motivos justificam tal compreensão. Primeiro porque a competência legislativa plena é do Congresso Nacional e qualquer restrição às prerrogativas do parlamento deve ser restritamente interpretada. Não se olvide que o Congresso Nacional, no ponto, regulamentou um direito

constitucional fundamental, sendo desnecessária norma constitucional expressa para garantir um direito fundamental social. Vale dizer, o piso salarial é um direito fundamental social *per se*, instituído pelo art. 7º, V, de modo que não se pode exigir emenda constitucional para dar a ele concretude.

Segundo porque, ainda que se considerasse haver iniciativa privativa para a fixação de salário mínimo profissional para uma determinada categoria, não haveria inconstitucionalidade formal no caso específico sob análise desta Suprema Corte.

A superveniência da Emenda Constitucional n. 124/2022, ainda durante o processo legislativo da lei aqui impugnada, teria, ao menos em juízo preambular, próprio das medidas cautelares, força para afastar o alegado vício de iniciativa.

Não é preciso retomar a jurisprudência antiga – e há muito considerada superada – do Supremo Tribunal Federal, formada sob a Constituição de 1946, que dizia que “a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo” (Súmula 5).

Basta reconhecer, na esteira das célebres lições do Prof. Menelick de Carvalho Netto (CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 295), que pactos políticos forjados no ambiente próprio da representação popular, sobretudo quando possuem alta participação das categorias e de seus representantes, devem ter sua validade assegurada. O procedimento deve estar a serviço da prática deliberativa, não o contrário.

Não se trata, aqui, de reconhecer artificialmente a prática parlamentar como superior às regras do procedimento legislativo, mas de acolher, nas palavras de Carlos Nino, o valor epistêmico da democracia, de forma a privilegiar o processo de discussão coletiva e de decisão majoritária frente a quaisquer outros procedimentos para solucionar conflitos morais e sociais (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 293).

Por isso, no ponto, acertada a manifestação do e. Ministro André Mendonça: “*sem que se questione a constitucionalidade da própria emenda constitucional – com ônus argumentativo muito maior –, não há como deixar de reconhecer a constitucionalidade, sob o ângulo formal, da lei impugnada. A promulgação de emenda constitucional antes do envio do projeto de lei de iniciativa parlamentar à deliberação executiva tem aptidão*”

para afastar o vício de iniciativa. Houve alteração de parâmetro de controle, haja vista que a lei deve ser analisada à luz da emenda constitucional editada antes da sua existência jurídica. Só houve piso nacional após a Emenda Constitucional nº. 124, de 2022.”

Quanto à inconstitucionalidade por ofensa à autonomia dos entes federativos, basta lembrar não só o precedente firmado por este STF na ADI nº 4.167, mas também o próprio precedente da ADI nº. 5.241, ambas já referidas, para se reconhecer que não há ofensa à autonomia dos entes. Trata-se antes, tal como nesses precedentes, do reconhecimento de um direito fundamental social a uma categoria que presta relevante serviço público.

De fato, nas ADIs nºs 4.167 e 5.241, considerou-se não haver nenhuma violação ao pacto federativo, por se tratar de legislação que dá concretude direta ao art. 7º, V, da Constituição da República, regulando, ainda, a política educacional. É dizer, o Supremo Tribunal Federal nunca considerou que a prévia vigência de norma específica sobre piso salarial é requisito de constitucionalidade formal de leis reguladoras e minudenciadoras deste mesmo piso. Tem a União, portanto, iniciativa legislativa plena para legislar sobre o tema, como de resto tem para instituir política de salário mínimo.

Por fim, considero, com a devida vênia, pouco plausíveis os argumentos que apontam para uma inconstitucionalidade material. Não porque não se deve ter cuidado com os impactos e consequências das decisões públicas, mas porque não houve qualquer violação das normas constitucionais.

As informações trazidas pelas Casas do Congresso Nacional indicam que, ao contrário do que alega a Confederação Nacional de Saúde, o Legislativo levou em conta os possíveis impactos que a medida poderia implicar. Se há outros dados ou outros elementos que deveriam ter sido levados em conta, essa não é matéria que deva ser submetida à juízo de deliberação, porque demanda instrução processual apta a, de forma completa, espancar qualquer dúvida sobre a suficiência de informações.

Não se pode presumir, em sede de controle de constitucionalidade, que as informações trazidas por apenas uma das partes interessadas no processo legislativo sirva para diminuir a presunção de plena constitucionalidade das manifestações congressuais.

Além disso, se, de um lado, é certo que a preocupação em reduzir o desemprego deve ser vista como um objetivo nacional, de outro, as manifestações nestes autos de diversas entidades representativas dos

trabalhadores parece apontar que também essa preocupação foi levada em conta quando da elaboração da lei.

A doutrina tem feito severas críticas ao uso do conceito de “capacidades institucionais” para escamotear a justificativa para a deferência que as cortes constitucionais devem ter com as decisões dos outros poderes (GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017).

No entanto, se há um sentido mínimo a essa ideia é o de impedir que o Judiciário substitua a vontade de quem tenha plenas condições de realizá-la. No presente caso, são os próprios titulares dos direitos fundamentais sociais (ou seja, os trabalhadores) que reclamaram a norma exaustivamente debatida no Congresso Nacional.

Nada justifica, teórica ou empiricamente, que esta Corte Suprema tenha melhores condições de definir o que os próprios representantes do povo, com a reivindicação da sociedade civil organizada em diversas etapas do processo legislativo, deliberaram.

Nesse particular, importante esclarecer que o debate legislativo durou tempo suficiente para o amadurecimento dos impactos que a norma teria na realidade social, principalmente na realidade econômica. Ademais, a aprovação da Emenda Constitucional n. 124/2022 demonstrou, inequivocamente, a intensidade da vontade legislativa para a criação do piso salarial dessa categoria.

Por fim, vale o registro dos estudos do professor colombiano César Rodríguez-Garavito que sustenta grassar um verdadeiro estado de parco consenso quanto a abordagens e metodologias no campo do estudo de impactos de decisões judiciais.

À luz da classificação por ele proposta, é possível que as Cortes abram o canal das burocracias para uma determinada pretensão (*unlocking effect*); bem como que elas exerçam um efeito de coordenação interinstitucional (*coordination effect*). De outra parte, a capacidade das decisões judiciais de fazerem com que uma determinada política adote a linguagem de direitos é o que se chama de *policy effect* ; já os chamados *participatory* , *sectoral* e *reframing effects* seriam aqueles que atuariam no plano dos impactos simbólicos, aumentando a participação social em torno de uma agenda, promovendo a adoção de uma determinada linguagem pela sociedade civil envolvida, reconfigurando perante a mídia a natureza de um problema e transformando agendas difusas ou associadas à violência em problemas de

direitos humanos. (RODRÍGUEZ-GARAVITO, César Rodriguez. *Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication. The Future of Economic and Social Rights* . Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

Em resumo, impactos judiciais podem ser diretos ou indiretos e, para a sua mensuração, hão de ser analisadas variáveis causais múltiplas, as quais não são consensuais na doutrina e não constam no raio de prognósticos da decisão cautelar exarada.

A simples obstrução dos efeitos de uma legislação de forte impacto e densidade social, como vem a ser lei instituidora de piso de categoria que se dedicou intensamente a atuar no combate à pandemia de COVID-19 e viu tramitar por longos anos o debate em torno de tema, não é medida capaz de ensejar os efeitos virtuosos de aumento da participação social e de empoderamento da sociedade civil imaginados por Rodríguez-Garavito. Ao contrário, obstaculizam a imaginação institucional, a busca por soluções orçamentárias e o diálogo entre os poderes.

Quanto às alegadas ofensas às normas econômicas constitucionais, pode-se, simplesmente, reproduzir, *ipsis literis*, o famoso dissenso do juiz Oliver Wendell Holmes, no caso *Lochner v. New York*:

“Este caso está sendo decidido a partir de uma teoria econômica que uma parte grande do país não utiliza. Se me fosse perguntado se eu concordo com essa teoria, meu desejo era o de estudá-la com mais profundidade antes de escolher. Mas eu não acho que esse seja o meu dever, porque eu acredito que a minha concordância ou discordância não tem nada a ver com o direito da maioria de traduzir suas opiniões em lei. (...) Uma constituição não tem a intenção de espessar uma teoria econômica particular, seja uma paternalista em relação ao cidadão e ao Estado, seja uma de *laissez faire*. Ela é feita para pessoas de opiniões fundamentalmente diferentes (...).”

Por fim, tenho que a linha de precedentes recentes em relação à matéria trabalhista sugere que o risco da demora é, no presente caso, inverso.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, em matéria trabalhista, vem chancelando a redução dos espaços institucionais em que os trabalhadores tradicionalmente podiam ventilar suas insatisfações: o

direito de greve de servidores públicos foi significativamente reduzido, a representação sindical foi severamente atingida pela redução do imposto sindical e o ônus para se recorrer à Justiça do Trabalho aumentou consideravelmente.

Nesse cenário, não chega a surpreender que a única via que tenha restado às categorias seja o recurso à representação política e que, na esteira do piso para os enfermeiros, outras categorias também planejem reivindicações semelhantes.

A presente ação é paradigmática, porque pode acabar por fechar a única via que restou aos trabalhadores brasileiros para fazer valer suas demandas. Se nem quando uma maioria constitucional tem, aos olhos desta Suprema Corte, legitimidade para assegurar direitos fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas, é sinal de que uma minoria foi por ele privilegiada.

Renovando as vênias de estilo, entendo que acolher a alegação de inconstitucionalidade, tal como formulada, parece atentar contra o sentido mais básico de legitimidade democrática.

Ante o exposto, voto por **não referendar a medida cautelar** .

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/09/2022