

A MEDIDA CAUTELAR NA ADI 7.222: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE PRECAUTIONARY MEASURE IN ADI 7.222: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF ECONOMIC LAW ANALYSIS

LA MEDIDA CAUTELARES EN ADI 7.222: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ECONÓMICO

Givanilson Bezerra de Lima¹
Jean Karlo de Barros Correia²
Eloy Pereira Lemos Junior³
Taciana Elisa Patriota Querino Paes de Lira⁴
Maria Carolina Domingos Cursino Carvalho⁵
Jefferson Cavalcanti de Azevedo⁶
João Paulo de Sousa Curvêlo⁷
Gláucio de Aquino Cabral Angelim⁸

RESUMO: O presente artigo científico tem por escopo estudar a aplicação da análise econômica do direito na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7.222. Desse modo, o presente trabalho busca analisar a referida decisão e perquirir se houve aplicação da Análise Econômica do Direito e se, as concepções desta, tais como eficiência e pragmatismo trouxeram o equilíbrio e eficácia à decisão judicial retromencionada. Para alcançar esse enfoque, a pesquisa buscou conceituar e trazer aspectos históricos do Controle de Constitucionalidade e seus sistemas no Brasil e a definição de Medida Cautelar em ADI. Pesquisou-se também sobre a luta dos profissionais de saúde, em especial, enfermeiros, dos técnicos de enfermagem, dos auxiliares de enfermagem e das parteiras para a aprovação do Projeto de Lei nº 2564/2020, que resultou na Lei 14.434/2022. Também se buscou os aspectos históricos da análise econômica do Direito, definição e conceito. Desta forma, conclui-se pela relevância pragmática da análise econômica do direito e sua importância para sociedade.

6995

Palavras-chave: Análise econômica do direito. Constitucionalidade. Piso nacional da enfermagem. Consequencialismo.

¹Mestrando em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, Bacharel em Direito pela Autarquia de Ensino Superior de Garanhuns – AESGA.

² Mestrando em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, Bacharel em Direito pela Associação Caruaruense de Ensino Superior – ASCES.

³ Doutor em direito pela UFMG e Professor do programa de pós-graduação em direito e graduação da universidade de Itaúna, UEMG e Veni Creator Christian University.

⁴ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, Bacharel em Direito pela Associação Caruaruense de Ensino Superior- ASCES.

⁵ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, Bacharel em Direito pela Universidade Maurício de Nassau.

⁶ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, formação universitária em Agronomia pela Universidade Federal Rural de Pernambuco.

⁷ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, Bacharel em Direito pela Associação Caruaruense de Ensino Superior – ASCES.

⁸ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

ABSTRACT: The purpose of this scientific article is to study the application of the economic analysis of law in the Precautionary Measure of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) nº 7.222. Thus, the present work seeks to analyze the said decision and inquire whether there was application of the Economic Analysis of Law and whether its conceptions, such as efficiency and pragmatism, brought balance and effectiveness to the aforementioned judicial decision. To achieve this focus, the research sought to conceptualize and bring historical aspects of Constitutionality Control and its systems in Brazil and the definition of Precautionary Measure in ADI. Research was also carried out on the struggle of health professionals, especially nurses, nursing technicians, nursing assistants and midwives for the approval of Bill 2564/2020, which resulted in Law 14.434/2022. The historical aspects of the economic analysis of Law, definition and concept were also sought. In this way, it is concluded by the pragmatic relevance of the economic analysis of law and its importance for society.

Keywords: Economic analysis of law. Constitutionality. National nursing floor. Consequentialism.

RESUMEN: El alcance de este artículo científico es estudiar la aplicación del análisis económico del derecho en la Medida Cautelar de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) nº 7.222. Por lo tanto, el presente trabajo busca analizar la referida decisión e indagar si se aplicó el Análisis Económico del Derecho y si sus conceptos, como eficiencia y pragmatismo, aportaron equilibrio y eficacia a la referida decisión judicial. Para lograr este enfoque, la investigación buscó conceptualizar y traer aspectos históricos del Control Constitucional y sus sistemas en Brasil y la definición de Medida Cautelar en ADI. También investigamos la lucha de los profesionales de la salud, especialmente enfermeros, técnicos de enfermería, auxiliares de enfermería y parteras, por la aprobación del Proyecto de Ley nº 2564/2020, que resultó en la Ley 14.434/2022. También se buscaron los aspectos históricos del análisis económico del Derecho, definición y concepto. De esta manera, concluimos que es evidente la relevancia pragmática del análisis económico del derecho y su importancia para la sociedad.

6996

Palabras clave: Análisis económico del derecho. Constitucionalidad. Piso nacional de enfermería. Consecuencialismo.

1 INTRODUÇÃO

A proposta que aqui se propõe é uma análise da decisão em Medida Cautelar dada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.222, Relator desta ação, que posteriormente foi referendada pelo plenário da Suprema Corte. A dita ADI questiona a constitucionalidade da Lei 14.434/2022, que alterou a Lei nº 7.498/1986, e instituiu o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira, a ser aplicado aos profissionais contratos sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais e aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, de suas autarquias e fundações.

Diante do teor da decisão do Ministro Barroso busca-se perquirir se de fato se trata de uma aplicação da Análise Econômica do Direito (AED), ademais, o presente trabalho se propõe a estudar essa corrente interpretativa norte-americana, os aspectos do Controle de Constitucionalidade, incluindo a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade e seus efeitos e como se deu a aplicação da AED na decisão dada na ADI 7.222.

Esclareça-se que, com origem nos Estados Unidos, a Análise Econômica do Direito “*Law and Economics*” surge como programa de pesquisa na área de Direito e Economia, no entanto, no final do século XX ganhou força e status de escola jurídica, sendo atualmente umas das principais correntes interpretativas norte-americanas.

Inicialmente, por ter sua base na Universidade de Chicago e estar por ser extremamente liberal, sofreu muitas críticas, porém, isso não impediu de ser estudada. Foi a partir da segunda metade do século XX que a Análise Econômica do Direito passou a se desenvolver, através de Ronald Coase em 1960. Talvez hoje o seu maior expoente seja a pessoa do Professor de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago Richard Posner. (AGUIAR, 2012).

Como toda corrente jurídica que surge, a Análise Econômica do Direito não está imune a críticas, há aqueles que dizem ser ela contrária a direitos fundamentais e direitos humanos. Em sentido contrário, os que defendem essa corrente sustentam que ela tem a capacidade de aplicar a Economia ao Direito trazendo uma maior efetividade das normas e decisões jurídicas, proporcionando menor custo e maior eficiência, evitando-se assim decisões judiciais inócuas e prejudiciais à sociedade como um todo.

Há grande importância entre o Direito e a Economia, uma aplicação necessária e para muitos obrigatória, contudo, unir essas duas ciências não é tarefa das mais fáceis, é o que afirma SALAMA (2008, p. 49):

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Econômica é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.

É fato que são duas ciências aparente antagônicas, mas que se completam na medida que uma afeta a outra. Do magistério de REALE (1994, p. 117-118), extrai-se além do conceito de Direito, uma razão lógica do envolvimento deste com a Economia.

Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito

não é, principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor.

Esclareça-se que o presente trabalho não tem o condão de esgotar o tema, por isso focará nas ideias de Richard Posner, brilhante jurista da Universidade de Chicago, apontando suas ideias, sem deixar de fazer contraponto com outros teóricos dessa corrente doutrinária. Como ponto de partida, é imprescindível identificar se de fato a Análise Econômica do Direito é eficiente para dar respostas às questões que envolvem problemas sociais e econômicos, como é o caso do famigerado piso nacional da enfermagem.

Também será feita uma análise da decisão dada na Medida Cautelar da ADI 7.222, sob o ponto de vista do Controle de Constitucionalidade Concentrado no Brasil, com o fito de identificar se o Ministro Relator se debruçou sobre as inconstitucionalidades alegadas ou sua decisão preocupa-se muito mais com a Análise Econômica do Direito.

2. O GRANDE DESAFIO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE FACE AO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DA COVID-19 E A LUTA PELA VALORIZAÇÃO DA CATEGORIA

Os profissionais de saúde ganharam grande destaque, não apenas no Brasil, mas mundo, no combate ao Covid-19. Desde a dedicação, aos riscos de infecção deles próprios e de seus familiares e amigos. Isso os colocou na “vitrine” e o Brasil passou a vê-los como verdadeiros heróis. Também ficou evidente a falta de valorização de suas profissões, com salários baixos, condições de trabalho inadequadas e jornadas laborais desumanas, passaram a ser vistos pela sociedade como profissionais que precisam ser valorizados.

De acordo com CASTRO (2020) a pandemia provocada pela Covid-19 levou o mundo a sofrer uma das suas mais graves crises sanitárias, provocando também a morte de milhares de profissionais de saúde. Segundo o monitoramento do Observatório da Enfermagem COFEN (2020), até o dia trinta e um de janeiro de 2023, 64.859 enfermeiros, técnicos e auxiliares contraíram a covid-19. Deste total, 872 foram a óbito.

Tudo isso levou os profissionais de saúde, em especial os enfermeiros, auxiliares e técnicos a lutarem pela aprovação do Projeto de Lei nº 2564/2020, que instituiria o famigerado “piso nacional da enfermagem”.

Depois de muita luta, enfim, a conquista desses profissionais da saúde, porque não dizer da sociedade brasileira, foi alcançada com a aprovação do dito projeto, que se transformou então na Lei 14.434/2022:

Munidos desse espírito de luta, em ação coordenada pelo Fórum Nacional da Enfermagem, que reúne entidades de representação da categoria, conquistamos a aprovação do Projeto de Lei 2564/2020, em todas as instâncias, e a publicação da Lei nº 14.434/2022, que institui o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem. (PÜSCHEL, 2022).

A Lei 14.434/2022 que tinha como ementa: “Altera a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira.” Foi sancionada e publicada no dia 05 de agosto de 2022, pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, entrando em vigor naquela data. (BRASIL, 2022).

Ocorre que no dia 08 de agosto de 2022, a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNSaúde ajuizou no Supremo Tribunal Federal, órgão competente para julgar tal pleito, conforme art. 102, da CRFB/1988, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a qual foi distribuída e teve como Relator o Ministro Relator Luiz Roberto Barroso, na mesma data. (BRASIL, 2022).

Ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei nº 14.434/2022, que altera a Lei nº 7.498/1986 para instituir o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira, a ser aplicado (a) aos profissionais contratados sob o regime da CLT, (b) aos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais e (c) aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e fundações. (BRASIL, 2022)

6999

Antes de adentrar nos detalhes da decisão na Medida Cautelar da ADI 7.222, prolatada pelo Ministro Barroso, é de bom alvitre trazer esclarecimentos do que vem a ser uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o conceito do Controle de Constitucionalidade e seus aspectos históricos e atuais no Brasil, inclusive a base constitucional e legal da ADI e da medida cautelar nesta Ação Constitucional.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O controle de constitucionalidade pode ser definido como sendo a verificação da compatibilidade das leis e dos atos normativos com a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma decorrência da supremacia formal da Constituição sobre as demais leis do ordenamento jurídico de um país. Como a Constituição é a lei maior do país, sendo o pressuposto de validade de todas as demais leis, qualquer norma para ser válida necessita estar compatível com a Constituição. Do contrário, a lei ou o ato normativo não tendo compatibilidade com a lex maior, será inválida, portanto, inconstitucional. (ALVES JÚNIOR, 2021, p. 478)

A despeito da origem do controle de constitucionalidade, em que pese alguns apontarem como tendo sido na Grécia, foi nos Estados Unidos que surgiu o primeiro caso em que um Tribunal analisou a compatibilidade de uma lei em face da Constituição:

O antecedente histórico mais remoto do controle de constitucionalidade pode ser encontrado na Antiguidade, em Atenas. Trata-se de uma ação pública, criada por volta do ano de 415 a.C, como substituta do ostracismo, que teria caído em desuso na mesma época. O nome significa "ação contra leis" podendo ser ajuizada contra leis e atos já elaborados, bem como durante o período de proposição... Séculos depois, o controle de constitucionalidade é um corolário da Constituição norte-americana de 1787, embora não previsto expressamente. Como foi extraído dessa Constituição o princípio da supremacia formal da Constituição sobre as outras leis, em 1803 o Chief Justice John Marshall, no famoso caso *Marbury v. Madison* declarou uma lei inválida, inconstitucional (a lei que dava à Suprema Corte a competência para julgar o respectivo caso). (ALVES JÚNIOR, 2021, p. 480)

No Brasil, o controle de constitucionalidade surge pela primeira vez na Constituição de 1891, notadamente influenciada pela Constituição norte-americana, por isso iniciou-se pelo controle difuso, também chamado via da exceção, típico da matriz norte-americana. (FERNANDES, 2017, p. 1445).

Assim, o controle repressivo de constitucionalidade exercido eminentemente pelo Poder Judiciário pode ser feito em dois sistemas: Difuso e Concentrado. O primeiro é aquele exercido por qualquer juiz ou tribunal, portanto, não se limita a um ou alguns órgãos jurisdicionais apenas. Ao passo que o Controle Concentrado é o que é feito apenas por alguns Tribunais. (ALVES JÚNIOR, 2021, p. 521-522).

As ações do Controle Concentrado estão previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e são as seguintes: a) Ação de Direta de Inconstitucionalidade - ADI Genérica, art. 102, I, alínea "a", da CRFB/1988; b) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADI por omissão, art. 103, § 20, da CRFB/1988; c) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva - ADI Interventiva, art. 36, III, da CRFB/1988; d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, art. 102, § 1º, da CRFB/1988 e e) Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, art. 102, I, alínea "a", da CRFB/1988.

São legitimados para ajuizar a ADI Genérica, a ADO, a ADC e a ADPF, conforme o art. 103, da CRFB/1988: O Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988).

Ao contrário das quatro ações mencionadas, a ADI Interventiva, que tem como único legitimado o Procurador Geral da República, consoante o art. 36, inciso III, da CRFB/88.

O legislador infraconstitucional editou a Lei 9868/99 (BRASIL, 1999), com o fito de dar processamento e julgamento às ações direta de inconstitucionalidade (ADI Genérica), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). Criando também a Lei 9.882/99 que versa sobre a ADPF. (BRASIL, 1999)

O órgão competente para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI Genérica), de acordo com o art. 102, I, alínea “a”, da CRFB/1988 é o Supremo Tribunal Federal – STF. (BRASIL, 1988).

3.1 A MEDIDA CAUTELAR EM ADI GENÉRICA

Como a proposta deste trabalho trata da decisão em medida cautelar na ADI 7.222, é importante trazer à luz a base legal e a definição do que vem a ser Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A medida cautelar em ADI está prevista nos artigos 10 a 12, da Lei 9.868/99:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Interessante ressaltar os efeitos dessa decisão na medida cautelar, porquanto apesar de não ser definitiva na prática é como se o fosse:

Segundo o art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868/99, a medida cautelar produzirá efeitos contra todos (*erga omnes*) e *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Primeiramente, o efeito cautelar na ADI é *erga omnes*. Não poderia ser diferente, por se tratar de um processo objetivo, em que tecnicamente não há partes. Outrossim, o efeito, em regra, será *ex nunc*, ou seja, não retroativo, produzindo efeitos a partir da publicação da decisão, no Diário da Justiça da União, da ata do julgamento do pedido de cautelar (ADI 711-QO, rel. Min. Néri da Silveira). Todavia, embora os efeitos da cautelar sejam, em regra, *ex nunc*, poderá o STF, expressamente, determinar que sejam dados à decisão de inconstitucionalidade efeitos retroativos: "a eficácia *ex tunc* da medida cautelar não se presume, pois depende de expressa determinação constante da decisão que a defere, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. (ALVES JÚNIOR, 2021, p. 524).

Como o cerne do presente trabalho é perquirir se houve aplicação da teoria da análise econômica do direito na decisão na Medida Cautelar da ADI 7.222, é de bom alvitre trazer à baila definições sobre tal corrente interpretativa.

4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em que pese as primeiras pesquisas sobre a Análise Econômica do Direito terem surgindo entre 1940 e 1950, foi em 1960 que ela ganhou força na Universidade de Chicago. Ela passa a se desenvolver de forma mais robusta estudando condutas que não são exclusivas de mercado através de três obras clássicas: *The Economics of Discrimination* de G. Becker em 1957; *The Problem of Social Cost* de Ronald Coase em 1960; e, por fim, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* de Guido Calabresi em 1961. (AGUIAR, 2012)

7002

Ronald Coase inicia os debates sobre custos de transação e a manutenção de uma empresa, não se preocupando com a definição desta, mas na própria existência desta de forma eficiente, buscando resolver o problema do Direito e da Economia em relação com o problema social.

Nesse diapasão, a Análise Econômica do Direito deixa de ser um trabalho de pesquisa, passando a ganhar notoriedade e torna-se uma grande escola jurídica, não apenas nos Estados Unidos, mas por toda a Europa, Ásia e América do Sul, tendo em Ronald Coase um dos seus principais estudiosos:

A discussão em torno dos direitos de propriedade e de organização industrial abrem espaço para as conclusões de Ronald Coase sobre o problema dos custos de transação, apresentados pela primeira vez em 1937 em seu trabalho intitulado *The Nature of the Firm*. Nele Coase argumenta que a principal razão para o estabelecimento de uma empresa é o fato de que ela proporciona meios eficientes para organizar a produção ao permitir a celebração de contratos de longa-duração, principalmente no mercado de

trabalho, reduzindo assim os grandes custos provenientes de uma freqüente negociação. (COELHO, 2007).

A Universidade de Chicago nos Estados Unidos é o berço da Análise Econômica do Direito. É bem verdade que inicialmente os estudos centravam-se numa área do Direito ligada à Economia, como Direito Antitruste, Direito Comercial, Direito de Regulação e Direito Tributário, contudo, em 1960 essa tradição é rompida e a Análise Econômica do Direito passa a explicar regras contratuais, de responsabilidade civil, de Direito Penal e Processual Penal. (COELHO, 2007).

4.1 AS FASES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

É importante destacar que a Análise Econômica do Direito tem seus postulados na aplicação jurídica e econômica, cabendo destacar, para fins desse texto, os seguintes: 1) a finitude dos recursos materiais disponíveis, 2) a necessidade de se fazer escolhas e, portanto, arcar com “custos de oportunidade”, 3) o fato de o ser humano usualmente reagir aos incentivos do ambiente em que vive, 4) a circunstância de, num mercado em livre concorrência, os bens acabarem indo para as mãos de quem mais os valorize. (MARTINS, 2022, p. 13).

Interessante e didática a divisão e não necessariamente um rompimento histórico dessa corrente jurídica em pelo menos três escolas 1) A Escola Fundacional, que posteriormente deu origem à Escola Pragmática; 2) a Escola Regulatória e 3) as Escolas Institucionalistas.

A primeira escola (Fundacional) tinha como seu maior defensor Richard Posner, no entanto, referida Escola recebeu críticas, porque de certa forma desprezava princípios jurídicos, nesse sentido:

O Posner pragmático, portanto, reconheceu que, por mais que se tente justificar a defesa das liberdades individuais com base em critérios de eficiência (por exemplo, sustentando que no longo prazo o Estado Democrático de Direito promove o desenvolvimento econômico e as liberdades individuais), haverá casos em que a repulsa ao trabalho escravo, à exploração de menores, à tortura, às discriminações raciais, religiosas ou sexuais, etc. terá que ser feita em bases outras que não a eficiência. (SALAMA, 2008)

Já a Escola Regulatória entende o direito como uma ferramenta de apoio na concretização de políticas públicas, o que significa que a eficiência econômica não tem como finalidade embasar a verificação do “justo jurídico”, contudo, as questões de distribuição e equidade influem no resultado obtido. (MARTINS, 2022, p. 13).

Por fim, a Escola Institucionalista enxerga a AED sob o prisma da democracia, com amplo respeito às instituições e aos direitos fundamentais, como tais a liberdade de expressão, conforme se vê abaixo:

Os pesquisadores ligados a essa linha de pensamento consideram que o crescimento e o desenvolvimento econômico e social dos países dependem diretamente da maneira como as respectivas instituições foram forjadas ao longo da história de cada um, sendo as combinações de melhor resultado aquelas que promovem, dentre outras circunstâncias: respeito à propriedade e aos contratos, segurança jurídica e previsibilidade do comportamento judicial, mercados predominantemente livres, educação básica pública de qualidade, tudo dentro de um ambiente democrático que, dentre outras características, conte com eleições periódicas e confiáveis, além da possibilidade de manifestação do pensamento e da crítica de forma livre, seja por meio da imprensa tradicional, seja através das redes sociais da internet, sem qualquer espécie de prévia censura ou controle oficial. (MARTINS, 2022, p. 15-16).

O fato é que a Análise Econômica do Direito buscou a sistematização do direito norte-americano a partir da análise econômica e, notadamente, microeconômica. Contudo, para Posner, a eficiência da Common Law reflete a expressão jurídica de um sistema social de certa forma voltado para a maximização da riqueza da sociedade. Ele propôs que as instituições jurídico-políticas, deviam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (isto é: eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem, injustas. (FERNANDES, 2017, p. 221).

Posner passou uma parte considerável da década de 80 se defendendo das críticas contra sua teoria. Assim, em 1990, ele deu uma guinada e mudou seu posicionamento, aderindo ao pragmatismo jurídico:

Nesse sentido, Posner modifica (reve) sua posição e ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, passa a propor a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam, de um modo geral, o que Posner enxerga como as intuições de justiça do povo americano. Temos aí a guinda de Posner ao pragmatismo jurídico. (FERNANDES, 2017, p. 222).

Importante discorrer um sobre o pragmatismo jurídico, porquanto essa foi a corrente para a qual Posner direcionou seus pensamentos logo após a mudança de posicionamento a despeito da Análise Econômica do Direito. Nesse sentido, convém trazer à baila o pensamento daquele que é considerado o pai do pragmatismo jurídico – Oliver Holmes Jr.:

A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de

se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes. (HOLMES, 1991, p. 1)

Em terras brasileiras quem primeiro defendeu as ideias do pragmatismo jurídico foi Miguel Seabra Fagundes, para quem o direito jamais poderia estar dissociado da realidade:

A realidade que o legislador pensa abranger com a norma hoje editada, amanhã será outra, não sem raízes não-originária, mas revestindo particularidades tais, dela de tal modo se fazendo progressivamente autônoma, que a insuficiência da previsão legislativa de logo se mostra evidente. A norma não evolui, mas evoluem os fenômenos da vida aos quais deve aplicar-se”. (apud MELO, 2011, p. 510)

Outrossim, importante apresentar as características da AED para entender como se dá a sua aplicação em casos concretos, como o que ora se estuda, notadamente a Medida Cautelar na ADI 7.222.

4.2 CARACTERÍSTICAS

Para muitos o pragmatismo jurídico subdivide-se em três características contextualismo,

antifundacionismo e o consequencialismo. O contextualismo exige que na aplicação ao caso concreto, seja observado o contexto cultural, notadamente o contexto político, social e moral no qual a norma está sendo aplicada. As decisões devem respeitar, portanto, o contexto social em que se aplicam. Para o antifundacionismo o que importa são as questões apresentadas e a maneira como são resolvidas. Por fim, o consequencialismo preocupa-se com os resultados possíveis e as consequências da decisão, visando, portanto, limitar o poder discricionário do juiz, do qual se exige compromisso com os efeitos da decisão e não apenas restritos ao processo. (DANTAS, 2022, p. 19).

A corrente do "consequencialismo forte", defende que a decisão judicial deve ser tomada não com os olhos no passado, mas sempre com os olhos voltados para o futuro (de forma prospectiva), assim, irá escolher, entre as opções, aquela que trazer uma maior linha de vantagem que, para Posner, deve ser de cunho econômico. (FERNANDES, 2017, p. 222).

Richard Posner adverte que o juiz deve atentar para as más consequências da decisão:

Um bom juiz pragmático tentará pesar as boas consequências da pronta adesão às virtudes da norma jurídica, que defendem a firmeza, em detrimento das más consequências de serem tentados a inovar quando deparam com controvérsias que as decisões judiciais anteriores e textos canônicos não estão bem adaptados para solucionar (POSNER, 2010, p. 16)

Apesar de ser criticado, Posner chegou a fundamentar o acerto da decisão da Suprema Corte Americana sendo mantido o resultado original, em que se pleiteava a recontagem de

votos na eleição para Presidente dos Estados Unidos entre George W. Bush e Al Gore, no ano 2000. Apesar de polêmica, para Posner a decisão contrária (pela recontagem dos votos) teria causado um grande prejuízo às instituições do país, além de uma instabilidade, pois haveria uma indecisão sobre quem seria o futuro Presidente. O professor da Universidade de Chicago, sustenta que a decisão pela não recontagem dos votos foi acertada pela Suprema Corte, pois ao se analisar as consequências práticas da decisão, especialmente, porque não iria terminar a recontagem da eleição presidencial na Flórida e não poria fim à polêmica eleitoral. Portanto, para o Juiz Posner, este é um exemplo excelente e louvável da "abordagem pragmática com a lei", da qual ele é defensor há muito tempo. (ALVES JÚNIOR, 2021, p. 422). Para o professor Bernardo Gonçalves “as ideias do Professor de Chicago são vistas sob uma perspectiva utilitarista, na qual o juiz deve pautar sua decisão numa relação custo-benefício.” (FERNANDES, 2022).

Ao analisar se uma lei é ou não compatível com a Constituição o Magistrado deve ter o domínio instrumental das questões econômicas, políticas e sociais envolvidas. É preciso que ele tenha um domínio de forma previsível das consequências geradas por sua decisão, adotando medidas que tragam maior benefício ou uma melhora nas condições gerais observadas pelas pessoas envolvidas no caso. (FERNANDES, 2017, p. 224)

A Análise Econômica do Direito mostra-se imprescindível para nortear as decisões judiciais, conduzindo o magistrado a analisar não apenas as consequências “frias” do processo, mas a realidade que o cerca, especialmente as pessoas envolvidas no seu aspecto econômico naquilo que se pode chamar de “custo-benefício”, qual o efeito prático da decisão? A justiça será feita apenas com o deferimento de um pedido ou o seu indeferimento, ainda que aparentemente injusto e certamente polêmico? As respostas para essas questões podemos encontrar na teoria de Posner, no seu cunho consequencialismo e utilitarista.

5. A MEDIDA CAUTELAR NA ADI 7.222 – ASPECTOS DA DECISÃO DO MINISTRO BARROSO

Como já dito a ADI 7.222 foi ajuizada pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNSAÚDE, um dos nove legitimados para ajuizar a ação, conforme art. 103, Inciso IX, da CRFB/1988. Sendo protocolada em 08 de agosto de 2022.

A Medida Cautelar foi deferida em 19 de setembro de 2022 e teve a seguinte Ementa:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO LEGISLATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO DE MEDIDA CAUTELAR. 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. (BRASIL, 2022)

A autora da ADI 7.222, alegou violação ao processo legislativo, tendo em vista que a lei tramitou sem que houvesse amparo constitucional e posteriormente o projeto ficou sobrestado, até a aprovação de Emenda à Constituição que assegurou o piso. Suscitou também que houve violação ao pacto federativo, uma vez que fez interferência drástica na autonomia financeira e orçamentária dos Estados e Municípios, e por fim, que a medida (lei) era desproporcional para os entes mais pobres a que se destinava, tais como santas casas, hospitais conveniados e também ao Sistema Único de Saúde (SUS). (BRASIL, 2022)

Na Decisão da Medida Cautelar o Ministro Luiz Roberto Barroso, Relator da ADI 7.222, não analisou as questões de inconstitucionalidade suscitadas pela parte autora: “Se vier a ser o caso, essas são questões importantes a serem examinadas.” (BRASIL, 2022)

Contudo, o Relator analisou os impactos da medida legislativa, configurando clara aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito (AED), muito embora não tenha feito menção a isso:

Antes de tudo, porém, valores e bens jurídicos constitucionais substantivos impõem a avaliação prévia acerca (a) do impacto financeiro e orçamentário sobre Estados e Municípios e os riscos para sua solvabilidade (CF, art. 169, § 1º, I), (b) do impacto sobre a empregabilidade no setor, tendo em vista as alegações plausíveis de demissões em massa trazidas aos autos (CF, art. 170, VIII) e (c) do impacto sobre a prestação dos serviços de saúde, pelo alegado risco de fechamento de hospitais e de redução nos quadros de enfermeiros e técnicos (CF, art. 196). (BRASIL, 2022)

No dispositivo da decisão o Ministro Barroso deferiu o pedido até que fosse analisada os impactos sobre a situação financeira dos Estados e Municípios, a empregabilidade e a qualidade dos serviços de saúde, solicitando informações a diversos entes, no prazo de 60(sessenta) dias. (BRASIL, 2022).

Em 30 de dezembro de 2022, o Ministro Barroso proferiu despacho determinando que a Câmara e o Senado Federal se pronunciassem sobre a tramitação de projeto de lei para regulamentação do artigo 198, §§ 14 e 15, da CRFB/1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 127/2022, promulgada em 22 de dezembro de 2022. Aguarda-se, portanto, essas informações para o julgamento do mérito da ação ou até mesmo revogação da Medida Cautelar na ADI 7.222.

Percebe-se que o Ministro Barroso não decidiu sobre a constitucionalidade da Lei 14.434/2022, pois não enfrentou os argumentos da parte autora nas inconstitucionalidades alegadas. O relator verificando que deveria ser tomada uma decisão pragmática, entre a lei e sua eficácia e entre a relação lei constitucional e custo-benefício ou resultado prático.

Por isso, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), referendou a decisão do Ministro Barroso, que atentou para o risco de demissões em massa, da dificuldade de pagamento do “ piso nacional da enfermagem ” pelos Estados e Municípios.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por maioria de votos, em referendar a medida cautelar, para suspender os efeitos da Lei nº14.434/2022, até que sejam esclarecidos os seus impactos sobre: (i) asituação financeira de Estados e Municípios, em razão dos riscos para a sua solvabilidade. Intimem-se, para tal fim, o Ministério da Economia; os vinte e seis Estados-membros e o Distrito Federal; e a Confederação Nacional de Municípios (CNM); (ii) a empregabilidade, tendo em vista as alegações plausíveis de demissões em massa. (grifo próprio) (BRASIL, 2022)

Assim, entende-se que a decisão do Ministro Barroso, referendada pelo plenário do STF acabou por aplicar a Análise Econômica do Direito, naquilo que Richard Posner chamaria de relação “ custo-benefício ”.

CONCLUSÃO

7008

Notadamente, a decisão na medida cautelar na ADI 7.222, pode ser vista como uma aplicação da corrente do “ consequencialismo forte ”, pois segundo FERNANDES (2017, p. 222), a decisão judicial deve ser tomada fitando os olhos no futuro, além de se escolher a opção que traga maior vantagem, porquanto, aquela de cunho econômico.

O grande expoente da Análise Econômica do Direito fundamentaria como acertada a decisão do Ministro Barroso:

Um bom juiz pragmático tentará pesar as boas consequências da pronta adesão às virtudes da norma jurídica, que defendem a firmeza, em detrimento das más consequências de serem tentados a inovar quando deparam com controvérsias que as decisões judiciais anteriores e textos canônicos não estão bem adaptados para solucionar. (grifo próprio) (POSNER, 2010, p. 16)

O pragmatismo e o consequencialismo da análise econômica do direito refletem a sua importância para a sociedade e demonstram o quanto as decisões judiciais devem ser úteis, eficientes e eficazes. Buscando cada vez mais a relação custo-benefício, providas de uma certa coerção, mas dotadas de exequibilidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira de. **A análise econômica do direito: aspectos gerais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41089&seo=1>>. Acesso em: 30 Jan. 2023.

ALVES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de direito constitucional**. 5^a. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jan 2023.

Brasil. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei no 14.434, de 4 de agosto de 2022**. Altera a Lei no 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14434.htm. Acesso em 31 jan 2023.

Brasil. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.8768, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 31 jan 2023.

7009

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.222 (2022)**. Ministro Relator: Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6455667>. Acesso em 02 fev 2023.

CASTRO, Paulo Sérgio David de. **É tempo de pandemia: possibilidades e desafios da enfermagem no enfrentamento à Covid - 19**. 2020. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/enfermagemrevista/article/view/25026/2020>> Acesso em 31 jan 2023.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. 01 maio 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em 28jan. 2023.

Conselho Federal de Enfermagem (COFEN). **Observatório da Enfermagem**. [Internet]. Brasília: COFEN: 2020. Disponível em: <http://observatoriodaenfermagem.cofen.gov.br>. Acesso: 31 jan 2023.

DANTAS, Matusalém Jobson Bezerra. **O Processo Civil sob a ótica do Pragmatismo Democrático**. Editora Epitaya. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <<https://portal.epitaya.com.br/index.php/ebooks/article/view/442/340>>. Acesso em 30 jan. 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **A Teoria da interpretação judicial para além do interpretativismo e do não-interpretativismo**. 2022. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f3173935ed8ac4bf>>. Acesso em 30 jan 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. rev, ampl. e atual.-Salvador. JusPODIVM, 2017.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. New York: Dover, 1991.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Afinal, o que é Análise Econômica do Direito?** *Revista Jurídica, OAB-Tatuapé*, V. 1 n^o 1, 2022.

MELO, Gustavo de Medeiros. **A contribuição de Seabra Fagundes para o Direito Processual Civil brasileiro: homenagem pelo centenário de seu nascimento**. *Revista de Processo*. Vol. 198/2011, p. 505-522, ago.2011.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PÜSCHEL, Vilanice Alves de Araújo. **Valorização do trabalho da Enfermagem: sustentáculo do sistema de saúde brasileiro**. *Rev. Sobecc, São Paulo*. 2022;27:E222840. Disponível em: <https://sobecc.emnuvens.com.br/sobecc/article/view/840/777>. Acesso em 31 jan 2023.

7010

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito: situação atual**. São Paulo: Saraiva. 1994.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “direito e economia”?** In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** *Cadernos Direito GV*, vol. 05, n. 02, mar. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%25202022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 jan. 2023.