

DIVERGÊNCIA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de segundo referendo de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a Lei 14.434/2022, a qual, alterando a Lei 7.498/1986, institui o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira.

Na presente oportunidade, o Ministro Relator, Roberto Barroso, submete ao referendo desta Suprema Corte decisão, de 15.05.2023, que revogou, parcialmente, a medida cautelar anteriormente deferida. A revogação, ora apreciada, teve como fim o restabelecimento dos efeitos da Lei 14.434/2022, com exceção da expressão “acordos, contratos e convenções coletivas”, constantes do seu artigo 2º, §2º da referida lei, para que seja implementado o piso salarial nacional por ela instituído, nos seguintes termos:

(i) em relação aos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações públicas federais, a implementação do piso salarial nacional deve ocorrer na forma prevista na Lei nº 14.434/2022; (ii) em relação aos servidores públicos dos Estados, Distrito Federal, Municípios e de suas autarquias, bem como aos profissionais contratados por entidades privadas que atendam, no mínimo, 60% de seus pacientes pelo SUS, a implementação da diferença resultante do piso salarial nacional deve se dar em toda a extensão coberta pelos recursos provenientes da assistência financeira da União; e (iii) em relação aos profissionais celetistas em geral, a implementação do piso salarial nacional deve ocorrer na forma prevista na Lei nº 14.434/2022, a menos que se convençione diversamente em negociação coletiva, a partir da preocupação com demissões em massa ou comprometimento dos serviços de saúde.

Era o que cabia lembrar.

Primeiramente, acompanho o Relator quanto ao primeiro item da decisão sob referendo.

Divirjo, entretanto, nos segundo e terceiro itens, com as vênias do e. Relator, pois entendo que a implementação do piso salarial nacional deve

ocorrer na forma prevista na Lei nº 14.434/2022, para todas as situações concretas.

Tenho consignado, nos julgamentos que envolvem os direitos sociais relacionados ao trabalho, que a Constituição da República de 1988, tal como anunciado por seu Preâmbulo, institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o pleno e efetivo exercício dos direitos sociais:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a 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, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A Justiça Social como vetor e fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CRFB), positivado e espraiado pelas normas da Constituição de 1988, é a diretriz segura de que a valorização do trabalho humano objetiva garantir a todos e todas uma existência digna (art. 170 da CRFB), bem como de que o primado do trabalho é a base da ordem social brasileira, tendo por objetivos o bem-estar e a justiça social dos cidadãos e cidadãs brasileiros (art. 193 da CRFB).

É importante aqui lembrar que a Justiça Social trata das relações do indivíduo com a comunidade em que ele se insere. Assim, a Justiça Social, ao chamar a atenção para aquilo que é justo em comunidade, também, e ao mesmo tempo, determina os deveres de uns em relação aos outros, no seio dessa comunidade. Nesse sentido:

A justiça social, ao regular as relações do indivíduo com a comunidade, não faz mais do que regular as relações do indivíduo com outros indivíduos, considerados apenas na sua condição de membros da comunidade. (BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito, in Revista Jurídica Virtual, vol. 5, n. 48, p. 1-21, maio 2003, p. 8).

A ordem econômica, conforme dicção da própria literalidade da norma constitucional (art. 170 da CRFB), deve ser balizada pelo princípio da

valorização do trabalho humano, conforme observa o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

"A (ordem) econômica deve visar assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim."(FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A legitimidade na Constituição de 1988, in FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Stevenson. Constituição de 1988: legitimidade, vigência, eficácia e supremacia. São Paulo : Editora Atlas, 1989, p. 53)

As relações contratuais, em geral, e as relações contratuais trabalhistas, em particular, devem considerar sujeitos e objetos concretos, fazendo referência às pessoas e aos seus comportamentos inseridos no mundo da vida em que tais relações acontecem. Conforme anotei, em contexto paralelo:

Em dimensão elasticada do objeto imediato se localiza um determinado comportamento. A referência mediata é àquilo que é tangível ou corpóreo. Portanto, o que passa a avultar no objeto da relação jurídica são os comportamentos, ou seja, dar relevância, por exemplo, à boa-fé, à confiança, valores que juridicamente passam a ser recuperados. O objeto não é mais algo em si, passa a ter função. (FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, 3a ed. São Paulo /Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 108)

Não se olvida que as múltiplas possibilidades de compreensão do fenômeno jurídico podem conduzir a resultados diferentes na hermenêutica constitucional, porém, o estabelecimento de visões contrapostas também pode colaborar para impulsionar formas mais adequadas de enfrentar os desafios contemporâneos. Nesse contexto, já refleti e registrei:

A crise efetiva do direito contemporâneo pode não tão somente acostar à fragilidade dos pilares da modernidade, passíveis de estarem fincados na universalidade do sujeito, no individualismo e na autonomia; pode, também, cunhar o esboroar da abstração, da

racionalidade única, da ausência de contradição no discurso da ciência. Mais ainda, sob as antinomias, o risco e o relativismo, instala-se a possibilidade do respeito à diferença e aos direitos fundamentais olvidados. (FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, 3ª ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 95-96).

O Estado Social e Democrático de Direito, considerando essa realidade, deve direcionar todos os seus esforços institucionais para o ser humano considerado em sua comunidade, ou seja, aquela em que o outro é tomado como sujeito de direitos e deveres, digno de inclusão no grupo social e enredado por obrigações recíprocas.

É consabido que há harmônica convivência entre princípios que inspiram o Estado Liberal de Direito, que prestigia as liberdades, e o Estado Social de Direito, que se compromete com a igualdade, no Texto Constitucional de 1988. Sob a síntese do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CRFB), é possível testemunhar que a dinâmica histórica, social e cultural está construindo as balizas concretas do direito do trabalho brasileiro, sempre com as interferências econômicas locais e globais recíprocas no rumo de novas conformações das relações trabalhistas.

Assim sendo, os destinatários das normas constitucionais de 1988 são legitimados para reivindicarem, sob os auspícios da Constituição positivada, direitos sociais fundamentais trabalhistas como corolários primários do modelo político alcunhado de Estado Democrático de Direito. A concretização das normas constitucionais efetiva-se nas relações jurídicas que se firmam em atos, contratos e outras formas de relações civis a que os sujeitos envolvem-se no ordenamento jurídico.

Não raro se associa o fenômeno de mitigação dos direitos fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas, em face de contingências da realidade social, econômica e política, as quais supostamente seriam impeditivas da sua plena concretização. Sem maiores divergências, a proteção jurídica ao trabalho é considerada como direito fundamental social, de modo que sempre que são necessários ajustes nas condições jurídicas estabelecidas para o contrato de trabalho, com a finalidade de que sua regulamentação pelas normas infraconstitucionais não afronte diretamente a proteção constitucional que lhe é endereçada.

Considerando o contexto de concretização da Justiça Social, como fundamento constitucional inarredável do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, o fundamento constitucional da dignidade humana será tomado no seu aspecto intersubjetivo, ou seja, a partir de uma concepção em que o ser humano é tido a partir e no contexto de sua relação com os seus pares em comunidade.

T rata-se de uma concepção de dignidade da pessoa humana, como fundamento do ordenamento constitucional, o qual exige proteção concreta e real, com a finalidade de que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da própria comunidade, indicando, portanto, uma inarredável dimensão política de tal princípio fundamental.

Numa dimensão mais verticalizada, em relação à teoria do reconhecimento, é possível afirmar que a dignidade exige o respeito e a proteção sempre dirigida ao outro, ou seja, observância de direitos e de forma sempre recíproca. Isso tem como principal consequência a exigência de respeito à dignidade do outro como condição da dignidade própria, exigindo das autoridades públicas e dos indivíduos de toda a comunidade atitudes de igual respeito e consideração mútuas.

No contexto do respeito recíproco à dignidade, como dimensão intrínseca da vida em comunidade, deve-se registrar que o princípio da dignidade humana não vincula apenas os atos das autoridades públicas, mas, também, e principalmente, atos dos indivíduos que convivem em comunidade, o que projeta o direito constitucional, especialmente a sua dogmática dos direitos fundamentais, também para as relações privadas.

Importante aqui deixar expresso que o objetivo maior de tal concepção é reconhecer direitos fundamentais e estabelecer deveres fundamentais decorrentes, sempre com o intuito de viabilizar condições concretas de os seres humanos tornarem-se, serem e reconhecerem-se entre si como pessoas dignas, seja nas suas relações perante o Estado, seja nas suas relações privadas.

A Constituição da República confirma, em seu art. 7º, a garantia de um patrimônio jurídico-constitucional mínimo assegurado ao trabalhador, trazendo para o manto de sua tutela um rol exemplificativo de direitos sociais, muitos deles designadamente referentes às relações trabalhistas.

Ao estar expresso, no *caput* do art. 7º da Constituição, que São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, ampliou-se o rol de direitos fundamentais e estabeleceu um pressuposto de contínuo progresso e aperfeiçoamento de garantias e direitos sociais do cidadão, vetor axiológico-normativo a nortear, por sua vez, a elaboração, interpretação e aplicação de toda a legislação infraconstitucional desse ramo do Direito.

Maurício Godinho Delgado, em obra doutrinária, elucida que o patamar civilizatório mínimo é composto por normas constitucionais, em geral, ressalvadas as hipóteses de flexibilização dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição da República, por normas de tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil e por normas infraconstitucionais, que asseguram patamares de cidadania ao cidadão. (Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e autorizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1539)

Aplicando-se a exegese lógica, sistemática e teológica de ampliação protetiva que a própria Constituição indica (art. 5º, §2º, CRFB), tem-se que, em consonância com o inciso XXVI do seu art. 7º, é direito social do trabalhador o reconhecimento das convenções e os acordos coletivos de trabalho, os quais garantam proteção e concretização aos direitos fundamentais ali expressamente protegidos.

Ora, o destinatário do direito é o próprio trabalhador e, se o espírito do legislador constituinte foi o de garantir a ampliação da melhoria de suas condições sociais e de conferir maior segurança à negociação coletiva, não se afigura admissível interpretação literal que, ao invés de garantir o cumprimento da Constituição, subscreva a sua própria desconstitucionalização.

A noção que sobrevém da convergência de inúmeros preceitos constitucionais, a exemplo, entre outros, dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da valorização social do trabalho (art. 1º, IV) e da justiça social (arts. 3º, I, II e III; 7º a 9º; 170; e 193) conduz à necessidade

de máxima proteção da relação de trabalho, com vistas à concretização do direito fundamental ao trabalho (art. 5º, XII) e à promoção dos direitos fundamentais sociais trabalhistas (arts. 7º a 11).

Aliás, está a interpretação constitucional com propósito de conferir a maior efetividade possível aos direitos sociais fundamentais também está amparada na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil no ano de 1992. O Brasil assumiu, segundo o art. 26 da referida Convenção, o compromisso de potencializar progressivamente os direitos sociais, econômicos e culturais, de forma a garantir sua plena efetividade, por via legislativa ou por outro meio considerado apropriado. Assim está posto:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Art. 26. Disponível em: Acessado em 05.10.2020)

Assim, do dever de desenvolvimento progressivo, decorre atribuição do Estado de que sejam tomadas todas as providências possíveis e fornecidos suficientemente recursos aptos ao cumprimento do compromisso internacional firmado.

Nessa lógica, do imperativo de ampliação da efetividade destes direitos, sucede o dever de não regressividade, a demandar que medidas de restrição ao seu exercício se deem mediante justificação concernente à totalidade de direitos sociais, econômicos e culturais, em atenção ao patamar civilizatório mínimo.

O sistema de proteção das relações de trabalho opera, então, pela garantia de patamares mínimos dos direitos sociais, de forma a não se admitir o retrocesso social, porquanto a noção de concretização dos direitos

fundamentais sociais requer a manutenção da rede de proteção ao trabalhador, posto que medidas flexibilizadoras implicariam desfazimento do sistema constitucional de garantia de direitos sociais trabalhistas, e de esvaziamento da orientação à atuação negocial coletiva.

Com efeito, segundo Maurício Godinho Delgado, o princípio da adequação setorial negociada dispõe sobre as possibilidades e os limites da negociação coletiva, com vistas a promover a harmonia entre normas coletivas e normas estatais. Esclarece, nestes termos:

Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). (Rev. TST, Brasília, vol. 67, n s 2, abr/jun, 2001)

Ou seja, para que as convenções ou acordos coletivos de trabalho prevaleçam, exige-se que da negociação coletiva resultem vantagens compensatórias a direitos fundamentais cuja reserva negocial seja expressa no próprio rol sugerido pelo legislador constituinte.

Nesse ponto, não se admite a mera renúncia a direitos fundamentais sociais, nem se pode negociar, individual ou coletivamente, o dever de contínuo e progressivo desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema protetivo das relações de trabalho. A Constituição de 1988 garante as condições sociais dos trabalhadores e, portanto, veda, de forma sistemática e inequívoca, prejuízos resultantes de negociação coletiva que contrariem tal sistema.

Dessa forma, considerando que, no caso dos autos, a discussão envolve negociação sobre piso salarial, cuja previsão constitucional está expressa e,

sem reserva legal, no artigo 7º, V, da CRFB, tem-se a impossibilidade de que a negociação coletiva sobreponha-se à vontade do legislador constituinte e ordinário, no particular.

A liberdade do empregador, seja ele um ente público ou uma empresa privada, quanto à restrição de direitos fundamentais dos cidadãos-trabalhadores, está vinculada e comprometida com a noção de que a concretização dos direitos fundamentais requer a manutenção da rede de proteção social deferida ao cidadão-trabalhador, haja vista que, ausente valor constitucional que fundamente a restrição a um direito fundamental, as medidas restritivas, como é o caso da flexibilização do valor nacional do piso salarial, implicariam desfazimento do sistema constitucional de garantia de direitos sociais trabalhistas, que, em razão de sua condução à elevação da pessoa humana e de sua vida em sociedade, deve servir de orientação à atuação do Estado.

Já pontuei em outras oportunidades (v.g. ADI 5.013, Relator Ministro Edson Fachin, J. 24.08.2020) que a justiça social como valor e fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CRFB), positivado e espreado pelas normas da Constituição de 1988, é a diretriz segura de que a valorização do trabalho humano objetiva assegurar a todos e todas uma existência digna (art. 170 da CRFB), bem como de que o primado do trabalho é a base da ordem social brasileira, tendo por objetivos o bem-estar e a justiça social (art. 193 da CRFB).

Assim sendo, decorre cristalina a atribuição do Estado Federativo, com seus entes nacional e subnacionais, de que sejam tomadas providências e fornecidos recursos aptos ao cumprimento do compromisso constituinte originário e também pelas normas internacionais respectivas.

Nessa lógica, do imperativo de ampliação da efetividade destes direitos, sucede o dever de não regressividade, a demandar que medidas de restrição ao seu exercício se deem mediante justificação concernente à totalidade de direitos sociais, econômicos e culturais, em atenção ao patamar mínimo civilizatório.

Diante do exposto, pedindo vênias para as compreensões contrárias, **divirjo parcialmente** do e. Relator, referendando apenas parcialmente a decisão apresentada, para diante das novas condições jurídicas postas,⁹

revogar integralmente a decisão cautelar originalmente deferida , a fim de que todos os contratos da categoria de enfermeiros, técnicos de enfermagem, auxiliares de enfermagem e parteiras, sejam implementados, respeitando-se o piso salarial nacional, na forma prevista na Lei nº 14.434 /2022, e nos termos da Emenda Constitucional 127/2022 e da Lei 14.581 /2023.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/05/2023