

**A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 336 E O
(NÃO) DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL
AO SALÁRIO MÍNIMO:** comentários sobre a
negação da dignidade para as pessoas presas

***THE CONSTITUTIONAL REQUEST FOR NON-
COMPLIANCE OF BASIC PRINCIPLES (ADPF)
Nº 336 AND THE (NON) FUNDAMENTAL SOCIAL
RIGHT TO THE MINIMUM WAGE: comments
on the denial of dignity for imprisoned people***

Vanessa Nunes Lopes*

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 336, em que o Supremo Tribunal Federal considerou que o art. 29, *caput*, da Lei de Execução Penal, foi recepcionado pela Constituição de 1988, de modo que, por isso, seria constitucional o pagamento de remuneração inferior a um salário mínimo como retribuição ao trabalho das pessoas presas. A partir de uma análise crítica, confrontando-se os argumentos apresentados no voto do relator da ação referida com textos doutrinários e com o posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal, que, anteriormente, reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro se encontra em um estado de coisas inconstitucional, se sustentará que a decisão da corte na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 336 viola a dignidade das pessoas presas.

PALAVRAS-CHAVE

ADPF 336. Direitos fundamentais sociais. Salário mínimo. Pessoas presas.

* Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). E- mail: nuneslopesvanessa@gmail.com.

ABSTRACT

This article intends to analyze the judgment of the Constitutional Request of Non-compliance of basic Principles (ADPF) n° 336, in which the Federal Supreme Court considered that art. 29, in the caption, of the Penal Execution Law, was adopted by the 1988 Constitution, so that, therefore, the payment of remuneration below the minimum wage in return for the work of prisoners would be constitutional. From a critical analysis, comparing the arguments presented in the vote of the reporter of the aforementioned action with doctrinal texts and with the position of the Federal Supreme Court itself, which, previously, recognized that the Brazilian penitentiary system is in a state of affairs that is unconstitutional, and it will be maintained that the court's decision in the Constitutional Request of Non-compliance of basic Principles (ADPF) n° 336 violates the dignity of prisoners.

KEYWORDS

ADPF 336. Fundamental social rights. Minimum wage. Imprisoned people.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 Os direitos fundamentais sociais. O salário mínimo como garantia para a vida digna;
 - 3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 336 e a violação da dignidade das pessoas presas;
 - 3.1 Argumentos com base na separação de poderes e no princípio democrático;
 - 3.2 Argumentos de caráter econômico;
 - 3.3 Argumentos de compensação;
 - 3.4 O argumento do precedente. Súmula Vinculante n° 6;
 - 4 Considerações finais;
- Referências.

Data da submissão: 10/09/2023.

Data da aprovação: 05/01/2024.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais assumem a centralidade das democracias constitucionais contemporâneas, colocando-se

como critério de avaliação do grau de legitimidade do exercício do poder em cada Estado (CUNHA JÚNIOR, 2022).

Entre diversas possibilidades de terminologias que abarquem esses direitos (direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos individuais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, direitos humanos...), optamos por aderir, neste trabalho, à terminologia adotada pela própria constituição brasileira, como o fazem muitos respeitados doutrinadores (CUNHA JÚNIOR, 2022; KRELL, 2002; SCARPA, 2021; SILVA, 2010). Não obstante, necessário frisar que não há diferença ontológica entre direitos fundamentais e direitos humanos, cabendo a ressalva de que, normalmente, a doutrina utiliza a primeira expressão para se referir aos direitos humanos positivados em uma constituição, e a segunda para se referir a direitos consagrados por meio de normativas internacionais.

De todo modo, o fato é que, por sua característica de constante mutabilidade, é difícil chegar a um conceito exaustivo para a expressão “direitos fundamentais” – e nem é este o objeto do presente artigo –, já que, de acordo com as necessidades e fragilidades de cada momento histórico, eles se modificam. Ainda assim, é possível compreender, de maneira aberta, que os direitos fundamentais, considerados materialmente, são todos aqueles que se voltam a proteger a dignidade da pessoa humana.

Neste artigo, buscaremos refletir um pouco sobre o papel do direito fundamental social ao salário mínimo como um elemento indispensável à garantia da dignidade da pessoa humana, propondo uma análise crítica acerca do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 336 (BRASIL, 2021), em que o Supremo Tribunal Federal negou às pessoas presas o direito ao salário mínimo em igualdade de condições com as pessoas livres.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. O SALÁRIO MÍNIMO COMO GARANTIA PARA A VIDA DIGNA

Acerca de seu desenvolvimento ao longo dos tempos, os direitos fundamentais vão se consolidando gradualmente na história da humanidade, desde um passado remoto em que se interpretavam como sendo direitos inatos às pessoas, por sua especial condição humana, até sua caracterização como fator limitador do poder político. Em geral, emergiram com mais força após momentos de graves violações contra o ser humano, e sua caminhada pode ser acompanhada a partir das declarações de direitos.

Embora a doutrina constitucional em geral venha dando destaque aos movimentos constitucionalistas como manifestações quase que exclusivamente europeias (ressalva feita à experiência norte-americana), aparentemente desvinculadas do processo simultâneo de colonização, é importante destacar que esses movimentos não se restringiram a tais territórios, sendo amplamente afetados e confrontados pelo colonialismo sobre o qual a construção da ideia de “direitos fundamentais” se deu (LOSURDO, 2015). É aí que identificamos a relação paradoxal entre o avanço retórico do ideal de liberdade e do direito individual como proteção frente ao exercício do poder público, e a prática massiva da escravização de pessoas como expressão máxima de exercício do poder privado. Como assinala Susan Buck-Morss:

No século XVIII, a escravidão havia se tornado a metáfora fundamental da filosofia política ocidental, conotando tudo o que havia de mau nas relações de poder. A liberdade, sua antítese conceitual, era considerada pelos pensadores iluministas o valor político supremo e universal. Mas essa metáfora política começou a deitar raízes justamente no momento em que a prática econômica da escravidão - a sistemática e altamente sofisticada escravização capitalista de não europeus como mão de obra nas colônias - se expandia quantitativamente e se intensificava qualitativamente, ao ponto de, em

meados do século XVIII, ter chegado a sustentar o sistema econômico do Ocidente como um todo, facilitando, paradoxalmente, a expansão global dos próprios ideais do Iluminismo que tão frontalmente a contradiziam (BUCK-MORSS, 2011, p. 131).

Esse paradoxo, registrado pela autora ao olhar para o século XVIII, parece dar mostras de sua persistência, ao menos em parte, no sistema de justiça brasileiro contemporâneo. Isso porque, como registrado na introdução, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADPF nº 336 (BRASIL, 2021), julgou que é válido que as pessoas presas que trabalham recebam remuneração inferior a um salário mínimo, já que, entre outras coisas, receberiam como “compensação” do estado as prestações materiais mínimas para sobrevivência – as mesmas prestações que ele próprio disse, pouco tempo antes, no julgamento do pedido cautelar da ADPF nº 347 (BRASIL, 2015), que igualavam nosso sistema penal ao Inferno de Dante¹, reconhecendo-o como uma expressão do chamado estado de coisas inconstitucional².

Paradoxos à parte, fato é que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) colocou em destaque a defesa dos direitos fundamentais, trazendo-os para a abertura de seu texto e colocando o Estado como um instrumento de realização da dignidade da pessoa humana.

O catálogo de direitos previsto na Constituição (BRASIL, 1988) não é exaustivo, o que significa dizer que a Constituição tem uma

¹ A referência é expressa na própria petição inicial da ADPF em comento. No voto em que acompanhou o relator, a Ministra Rosa Weber fez constar: “De qualquer maneira, apenas para enfatizar, com relação a esse estado de coisas inconstitucional, permito-me o registro de que a metáfora, lembrada da tribuna e também invocada pelo Ministro Fachin, Inferno de Dante me parece absolutamente adequada quando se trata do sistema prisional brasileiro, ainda que - e digo isso em função de uma observação muito pertinente do Ministro Teori - haja exceções.”

² Confira-se, a respeito, o julgamento do pedido cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (BRASIL, 2015).

roupagem aberta, de modo a abrigar outros direitos, em especial os decorrentes de tratados e convenções de que o Brasil seja parte (estes com caráter supralegal).

Os direitos sociais também estão inseridos no catálogo mais amplo dos direitos fundamentais. Tais direitos têm o seu desenvolvimento ligado a um momento histórico em que a profunda desigualdade entre os cidadãos exigiu do Estado uma postura mais ativa na equalização das condições materiais de vida. São incluídos nesse rol os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e assistência às pessoas vulnerabilizadas. Ainda nesse conjunto, de extrema importância são os direitos do trabalhador, que atuam para promover a dignidade do trabalho e vedar a exploração. O salário mínimo é uma importante ferramenta dessa proteção.

De acordo com Scarpa (2021), a caracterização dos direitos sociais como direitos fundamentais se dá tanto pelo aspecto formal quanto pelo aspecto material. Quanto ao aspecto formal, o autor refere que os direitos sociais se encontram no mesmo título da carta magna que se dedica aos direitos e garantias fundamentais (Título II). Quanto ao aspecto material, o autor refere que “sem condições materiais mínimas, a pessoa não vive dignamente nem tem como desfrutar suas liberdades” (SCARPA, 2021, p. 51). É que, conforme Krell:

[...] a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos (KRELL, 2002, p. 21).

Do mesmo modo, Sarlet (2009) trata os direitos sociais como direitos fundamentais. O autor nos lembra de que a dignidade humana, além de ser princípio fundamental de nossa ordem constitucional, é também uma finalidade da ordem econômica, nos termos do art. 170, caput, da Constituição da República

Federativa do Brasil (CRFB) (SARLET, 2009, p. 309-310), o que tem especial relevância quando se colocam em aparente disputa as metas de desenvolvimento econômico e os direitos sociais.

Especificamente sobre o direito fundamental social ao salário mínimo, é possível observar um debate consistente na doutrina constitucional sobre a sindicabilidade judicial do valor a ele atribuído pelo legislador (BARROSO, 2000; MELLO, 1981; SARMENTO, 2008; SCARPA, 2021), em que se discute se e como o Poder Judiciário poderia avaliar a adequação do valor do salário mínimo às finalidades que a Constituição lhe atribui (custeio de moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social). Não se cogita, em tal debate, sobre a possibilidade de o legislador estabelecer um valor abaixo do mínimo para o salário de determinado grupo de pessoas, até porque esse seria um debate nitidamente contra o texto constitucional. Justamente por isso, causa surpresa o desfecho da ADPF nº 336 (BRASIL, 2021), examinada com mais profundidade no tópico a seguir.

3 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 336 E A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DAS PESSOAS PRESAS

Em março de 2021, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, por maioria, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 336 (BRASIL, 2021), em que se sustentava que o art. 29 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), ao prever como remuneração mínima para o trabalho das pessoas presas o valor de 3/4 do salário mínimo, seria incompatível com a ordem constitucional, por violar os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do direito ao salário mínimo. O relator da ADPF em questão, Ministro Luiz Fux, considerou que o dispositivo questionado não teria nenhuma incompatibilidade com a Constituição (BRASIL, 1988), no que foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio, Luís

Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Nunes Marques. Vencidos os ministros Edson Fachin, que abriu a divergência, Gilmar Mendes, Cármen Lucia e Rosa Weber.

Passaremos agora a analisar os argumentos que sustentaram a decisão do relator, confrontando-os, nessa caminhada, com um pouco do que já adiantamos nos tópicos anteriores.

3.1 Argumentos com base na separação de poderes e no princípio democrático

O argumento que abre o exame da matéria pelo relator é o de que o controle judicial de políticas públicas seria limitado pelos princípios democrático e da separação de poderes. O Parlamento estaria sujeito a uma série de vetores constitucionais para a sua atuação, muitas vezes realizando escolhas políticas sem certeza empírica sobre os impactos de tais escolhas na promoção dos vetores constitucionais mencionados, não cabendo ao Judiciário, pela inviabilidade de fazer uma espécie de medição empírica sobre o erro ou acerto das escolhas do legislador, interferir nas decisões legislativas, sob pena de violar os princípios mencionados no começo.

Trata-se de um raciocínio que enuncia um falso problema, uma vez que o pedido veiculado na ADPF nº 336 (BRASIL, 2021) não exigia que o Poder Judiciário substituísse o Legislativo ou tomasse decisões em seu lugar. Ali, a questão era bem mais objetiva: uma lei anterior à Constituição impedia a um grupo de pessoas (os presos) o acesso ao salário mínimo nacionalmente unificado pela nova ordem constitucional, direito fundamental social cujo valor é definido por lei. Caso acolhesse o pedido, este último valor, já definido em lei – e não pelo Poder Judiciário –, é que vigoraria para todos, sem distinção inferiorizante em desfavor das pessoas presas.

Ora, ninguém discute que o Judiciário deve respeitar a separação de poderes e o princípio democrático, e que

intervenções na esfera do Legislativo ou do Executivo devem ocorrer com a máxima cautela e apenas em casos extremos. Da mesma forma, não se questiona que o Judiciário não deve ocupar o lugar rotineiro de legislador (SCARPA, 2021, p. 54). Porém, no caso da ADPF nº 336 (BRASIL, 2021), esse não era o caso. O pedido ali deduzido não demandava que o Supremo Tribunal Federal substituísse o legislador para implementar algum direito social de roupagem constitucional ampla. Muito longe disso, a questão colocada era de outra ordem: a Constituição já define, expressamente, que o salário mínimo é um direito do trabalhador, sem qualquer tipo de distinção entre os seus possíveis titulares, e que esse direito é nacionalmente unificado. Frente a isso, legislação que faça distinção no acesso a tal direito com base no fato de o trabalhador estar sujeito a regime de prisão é incompatível com a Constituição. Simples assim. O julgamento do caso, portanto, não dependia de que o Judiciário definisse o modelo da política pública a ser adotado, e, sim, que reafirmasse a força normativa do art. 7º, IV, da Constituição da República (BRASIL, 1988), fazendo-o prevalecer em face de norma infraconstitucional que a contradiz.

Trata-se de distinção de cenários que parece ter sido antecipadamente captada por Andreas Krell:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve interferir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional (KRELL, 2002, p. 22).

Trata-se simplesmente, como bem resume Antônio Osvaldo Scarpa, de assegurar a supremacia da Constituição, em detrimento da supremacia do Parlamento. Indo além, o autor registra:

Todavia, se a autorrestrição do Judiciário, nessa seara, for absoluta, ou seja, se não se permitir conhecer, em qualquer hipótese, de questões

envolvendo direitos sociais, estará conferindo prioridade absoluta ao princípio da separação dos Poderes e nenhuma importância aos direitos sociais. A solução que nos parece apropriada é o juiz aceitar a missão constitucional de resguardar o conteúdo mínimo dos direitos sociais, obrigando os demais Poderes a tornar efetivo esse mínimo (SCARPA, 2021, p. 170).

Por conta disso é que afirmamos que o argumento inicial sustentado pelo relator coloca um falso problema, já que a medida requerida na ADPF nº 336 (BRASIL, 2021) não exigia que o Judiciário realizasse tarefas próprias do Legislativo.

De qualquer forma, ainda que se tratasse de questão a exigir o delineamento de uma política pública – o que, como vimos, não é o caso da ADPF nº 336 –, ainda assim, a alegação de resguardo do princípio da separação de poderes não seria suficiente para, por si só, afastar o pedido. Isso porque tal raciocínio equivaleria a reduzir esse princípio a um “efeito paralisante às reivindicações de cunho social” (KRELL, 2002, p. 88), contrário ao seu propósito original de garantir direitos frente ao arbítrio, ainda mais em sociedades nas quais uma das formas de arbítrio se revela justamente nas omissões do Legislativo e do Executivo.

3.2 Argumentos de caráter econômico

Os argumentos seguintes têm como ponto comum a preocupação do relator com os efeitos econômicos de um eventual acolhimento do pedido. De maneira resumida, seriam eles:

- a) por não haver consenso científico sobre os efeitos do salário mínimo na promoção do bem-estar social, não haveria parâmetros para o Poder Judiciário definir se o estabelecimento do salário mínimo em determinado patamar gera benefícios ou prejuízos quanto à distribuição da riqueza entre os trabalhadores, em contraste com eventual aumento nos índices de desemprego;

- b) restrições naturais ao exercício do trabalho de uma pessoa presa produziram correspondente depreciação do valor pago pela mão de obra;
- c) considerando as peculiaridades da situação do preso, que constituem prováveis barreiras à sua inserção no mercado de trabalho, é razoável que o legislador reduza o valor mínimo de remuneração pela sua mão de obra com o intuito de promover as chances da sua contratação, o que seria um fator de promoção, e não de violação, da isonomia. Assim, acolher o pedido poderia promover a violação da dignidade da pessoa humana, em vez de garanti-la, porque a elevação do valor pago às pessoas presas poderia desestimular sua contratação.

Como se vê no item ‘a’, o relator entendeu que seria razoável relativizar a aplicação de uma norma constitucional que tem conteúdo bastante claro, objetivo e direto – garantir o salário mínimo de maneira nacionalmente unificada, sem distinções quanto à situação criminal de seus beneficiários –, porque não haveria “provas” de que a extensão da garantia do salário mínimo aos presos aumentaria o bem-estar social (BRASIL, 2021). Trata-se de uma expressão de franco utilitarismo, absolutamente incompatível com o valor da dignidade da pessoa humana, que faz de cada pessoa um fim em si mesma e impede (ou deveria impedir) que alguns indivíduos ou grupos sejam sacrificados em nome de um suposto bem-estar geral.

Também nos chama atenção o fato de o relator ter criticado a “ausência de provas científicas” quando construiu a argumentação acerca do item ‘a’, já que ele mesmo, nos pontos seguintes (itens ‘b’ e ‘c’), afirma sem provas³ que a elevação da remuneração

³ O relator cita três estudos que atribuem à elevação do salário mínimo um possível efeito de ampliação do desemprego formal. Contudo, nenhum desses estudos trata especificamente dos efeitos dessa elevação para uma parcela relativamente baixa da população, como é o caso das pessoas presas.

do salário dos presos poderia, em suma, ser pior para eles, que acabariam sendo preteridos nas contratações para vagas de trabalho.

Ainda que superássemos a contradição apontada, não poderíamos nos deixar levar pela aparente “boa intenção” dos argumentos ‘b’ e ‘c’, cujo objetivo seria, ao final, proteger os postos de trabalho das pessoas presas. Isso porque, quando transportamos esses mesmos argumentos para avaliação hipotética de casos envolvendo outros grupos sociais vulnerabilizados, damos-nos conta de seu caráter violador da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Basta pensar, por exemplo, em como reagiríamos se uma lei estabelecesse que mulheres ou pessoas negras em geral, por serem usualmente preteridas para cargos de liderança, poderiam receber salários menores que homens brancos na mesma posição, para que com isso tivessem mais chances de serem contratadas. Ou então, que pessoas com deficiência, por exigirem das empresas contratantes ajustes para plena acessibilidade, poderiam receber salário inferior ao salário mínimo, como modo de incentivar a sua contratação. Certamente, ninguém duvidaria do absurdo de tais proposições. Ora, se a pessoa que é presa não deixa de ser uma pessoa (ao menos, é nisso que desejamos seguir acreditando), então por que motivo toleramos que o raciocínio odioso acima se aplique a elas quando se trata de sua possibilidade de exercerem trabalho e serem remunerada dignamente por isso?

Comparando dados do Depen e do IBGE, o número de pessoas presas no Brasil seria de cerca de 680 mil, enquanto a população total seria de cerca de 213 milhões de pessoas. Além disso, no caso da ADPF nº 336 (BRASIL, 2021), não estava em pauta uma majoração do salário mínimo em sentido amplo, e, sim, uma elevação do valor pago às pessoas presas, que hoje é de 3/4 do salário mínimo, e que, se houvesse o acolhimento do pedido, passaria ao valor do salário mínimo integral.

Este quadro nos fornece um bom exemplo de como os argumentos de política (DWORKIN, 2002), quando utilizados como base para decisões judiciais, acabam resultando em desprestígio dos direitos fundamentais, fragilizando a dignidade da pessoa humana em troca da promoção de práticas utilitaristas.

Conforme o autor, os argumentos de política justificam decisões políticas ao fomentar ou proteger algum objetivo ou meta coletiva: “O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política” (DWORKIN, 2002, p. 129). Já os argumentos de princípio justificam decisões políticas ao garantir direitos de um indivíduo ou de um grupo:

O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio (DWORKIN, 2002, p. 130).

Quando se trata de decisões tomadas pelos poderes Executivo e Legislativo, o trânsito entre estes dois tipos de argumento é aceitável, já que a atuação de ambos os poderes inclui tanto a proteção a direitos individualmente considerados quanto o implemento de políticas públicas que têm como parâmetro objetivos ou metas coletivos, com foco no alcance do maior número de indivíduos possível. O mesmo, contudo, não deveria acontecer com o Poder Judiciário, que deveria guiar-se apenas por argumentos de princípio, sob pena de sujeitar a proteção individual a critérios utilitários.

É preciso lembrar que os direitos, muitas vezes, colocam-se como direitos contra o Estado, o que pode implicar, por certo, conflito entre objetivos coletivos, traçados pelos poderes Executivo e Legislativo, e direitos individuais. Diante de cenários como esse, o Poder Judiciário deve se comportar como uma trincheira de proteção dos direitos, para evitar que indivíduos ou minorias sejam desconsiderados em nome de metas coletivas, por conta

de correlações de força desproporcionais. É por conta disso que, nas decisões judiciais, os chamados “argumentos de política” não devem ser considerados.

Tomando a questão sob outro prisma, Antônio Oswaldo Scarpa destaca que, muitas vezes, haverá certa confusão entre aquilo que, com Dworkin (2002, p.129-130), são chamamos de “argumentos de princípio e argumentos de política”. Assim, segundo aquele autor, uma questão política pode ter uma “face judicial”:

É justamente o que defendemos no tocante a direitos fundamentais sociais: em larga medida, a satisfação desses direitos incumbe aos Poderes Executivo e Legislativo, mas têm um conteúdo essencial, que é, para usar a expressão de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a sua face judicial, ou seja, que autoriza a intervenção do Poder Judiciário.

Nesse aspecto, embora possa haver discricionariedade quanto aos meios, há vinculação aos fins estabelecidos na Constituição (SCARPA, 2021, p. 168-169).

No entanto, Scarpa (2021) parece confirmar o pensamento de Dworkin (2002), quando afirma que o Judiciário deve interferir para evitar que, nos embates por políticas públicas, os grupos minoritários sofram lesões a seus direitos por conta de pressões da maioria:

Ao sabor desse embate democrático, as políticas públicas vão-se delineando. Isso é muito natural, é próprio da democracia e de uma sociedade pluralista. Acontece que não se pode ignorar o risco de, no final das contas, após se atender a vários interesses, resultar pouco ou quase nada para a satisfação dos direitos sociais, principalmente de pessoas ou grupos pouco representativos ou de menor poder de pressão ou influência.

Esse é mais um argumento, ao lado dos outros expostos, para justificar a necessidade de atuação do Poder Judiciário como fator de equilíbrio,

assegurando um mínimo social (SCARPA, 2021, p. 180).

Desse modo, ainda segundo o autor, a interferência do Poder Judiciário nessas questões, em vez de violar a separação de poderes, preserva-a, na medida em que mantém as funções estatais mais equilibradas, livrando os cidadãos com menor representação política dos efeitos negativos do viés eleitoral – voltado, portanto, às majorias – que pode orientar a atuação dos demais poderes.

3.3 Argumentos de compensação

Por fim, o último grupo de argumentos utilizados pelo relator se baseia na suposta existência de medidas compensatórias que justificariam o pagamento aos presos de valor inferior ao salário mínimo, quais sejam: (i) concede-se ao preso o benefício da remição da pena, na proporção de 1 (um) dia de redução da sanção criminal para cada 3 (três) dias de trabalho, o que corresponderia a uma espécie de “pagamento” pelo trabalho, e (ii) são impostos ao Estado deveres de prestação material em relação ao interno, a fim de garantir o atendimento de todas as suas carências básicas.

Quanto ao primeiro ponto, embora a remição pelo trabalho seja, de fato, uma vantagem que advém do trabalho, ela não pode se confundir com o salário, uma vez que o salário tem uma função específica: garantir à pessoa que trabalha e à sua família (e é bom lembrar que pessoas presas têm família) as condições mínimas para sobreviver, ou seja, alimentar-se, vestir-se, cuidar da saúde, transportar-se, obter moradia, entre outras despesas. Assim, por mais que a remição seja benéfica e vantajosa, ela não tem como substituir a função da remuneração. Pensar que a remição compensa o pagamento que é feito abaixo do salário mínimo é, portanto, um erro.

Quanto ao segundo ponto, a situação é ainda mais grave, já que o relator assume que o Estado garantiria aos presos boa

parte as condições materiais necessárias para a sobrevivência, quando o próprio Supremo Tribunal Federal, menos de seis anos antes, mais precisamente em maio de 2015, ao julgar o pedido cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, reconheceu de maneira inequívoca (e com voto favorável do próprio Ministro Luiz Fux, que depois veio a ser o relator da ADPF nº 336), que as condições das prisões brasileiras são insalubres, indignas e incapazes de oferecer de maneira adequada as prestações materiais que a Lei de Execução Penal determina. O voto do relator da ADPF nº 347, Ministro Marco Aurélio, acompanhado pelos demais ministros, descreve um cenário vergonhoso:

Os presos não têm acesso a água para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo (BRASIL, 2015).

É contraditório e estarrecedor, portanto, que essa mesma corte tenha aceitado o argumento do “suprimento das necessidades básicas, nos termos da Lei de Execução Penal”, como justificativa para que o pagamento das pessoas presas fique abaixo do salário mínimo. Mais perturbador ainda é saber que, entre os votos favoráveis a esse entendimento na ADPF nº 336, encontre-se o do próprio relator da ADPF nº 347, Ministro Marco Aurélio, que, naquela ocasião, comparou nossos presídios a masmorras medievais⁴, Luís Roberto Barroso, que afirmou, na oportunidade, que as pessoas presas estariam sujeitas a “sofrerem violência físicas, a sofrerem violências sexuais, a não terem sabonete, pasta de dente, escova de dente, papel higiênico, nem lugar para fazer as suas necessidades básicas⁵”, e Ricardo Lewandowski, que

⁴ Vide o voto na ADPF 347.

⁵ Vide o voto na ADPF 347.

afirmou que aquele “estado insuportável se tornou permanente, tendo em conta ações e omissões das autoridades públicas responsáveis pelo Sistema Penitenciário Brasileiro⁶”. Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Nunes Marques, que completaram a maioria para o julgamento da ADPF nº 336, não participaram da votação do pedido cautelar da ADPF nº 347, por isso, no ponto, não podemos examinar eventual contradição de manifestações.

3.4 O argumento do precedente. Súmula Vinculante nº 6

O último argumento apontado pelo relator para sustentar a decisão foi o seguinte: o Plenário da Corte já havia definido (súmula vinculante nº 6 (BRASIL, 2008a)) que a Constituição (BRASIL, 1988) não estendeu a garantia do salário mínimo de maneira uniforme a toda e qualquer mão de obra, uma vez que, por unanimidade, julgou que o soldo daqueles que exercem serviço militar obrigatório pode ser inferior ao salário mínimo definido nacionalmente, sem que isso implique lesão aos princípios da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB), ou à regra do art. 7º, IV, da Carta Magna.

Trata-se de argumento desleal, porque omite a viga central do julgado que deu origem à súmula mencionada - RE 570.177⁷(BRASIL, 2008b). Naquele caso, foi considerado constitucional o pagamento de soldo abaixo do salário mínimo **aos praças** que exercem serviço militar obrigatório, porque a própria Constituição, no art. 142, § 3º, VIII (BRASIL, 1988), previu essa exceção. Confira-se, a esse respeito, o que bem destacou o Ministro Edson Fachin em seu voto divergente na ADPF nº 336:

É certo que o Supremo Tribunal Federal tem orientação, com força vinculante, no sentido de que “não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial”.

⁶ Vide o voto na ADPF 347.

⁷ Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26.08.2008.

No principal precedente que deu origem à Súmula (RE 570.177, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26.08.2008), no entanto, fez-se observar que a autorização para remuneração inferior ao mínimo decorreria de cláusula expressa da Constituição, isto é, o art. 142, § 3º, VIII, da CRFB, que excepcionava do regime remuneratório dos militares o direito ao salário mínimo, previsto no art. 7º, IV, da CRFB. Noutras palavras, à exceção do art. 142, § 3º, VIII, da CRFB, a garantia estabelecida no art. 7º, IV, da CRFB é ampla, razão pela qual nenhum trabalhador pode ser remunerado em patamar inferior. No caso dos presos, essa garantia é plenamente aplicável (BRASIL, 2021).

Esse último argumento, informado de maneira louvável pelo Ministro Edson Fachin, de certa forma nos leva à discussão inicial, apresentada quando do início do exame dos argumentos do relator da ADPF nº 336 (BRASIL, 2021), ou seja: a Constituição foi clara quando estabeleceu a garantia do salário mínimo sem fazer distinções entre trabalhadores livres e trabalhadores submetidos ao sistema carcerário. Dessa forma, não resta qualquer fundamento que justifique o comportamento do Supremo Tribunal Federal, que no caso da ADPF nº 336, perdeu uma grande oportunidade de exercer o seu papel de guardião efetivo da Constituição.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise crítica dos argumentos que embasaram a decisão do relator da ADPF nº 336, acreditamos ter demonstrado que aquela decisão não tem sustentação constitucional e que suas consequências violam a dignidade das pessoas presas, conferindo-lhes tratamento diferente daquele que é dado às pessoas livres sem que haja base constitucional para tanto, bem como lhes negando os meios de auferir, por meio do trabalho, a renda suficiente para suprir as condições materiais que o próprio Estado não lhes fornece a contento, e, ainda, por sugerir que,

para as pessoas presas, é suficiente a lógica do “menos pior” quando se trata de miséria e negação do básico.

Este quadro evidencia que, não obstante a especial proteção que a Constituição confere aos direitos fundamentais – entre eles, o direito fundamental social ao salário mínimo –, não há como contar com posições definitivas em matéria de direitos. Nada está definitivamente assegurado, e as ameaças de restrição não vêm somente dos poderes Executivo e Legislativo, mas também do próprio Supremo Tribunal Federal, como se viu aqui.

Embora tais constatações possam, em um primeiro momento, lançar-nos em um estado passivo de desalento, frente ao desamparo que a maioria do Supremo Tribunal Federal, no caso da ADPF nº 336, conferiu a um grupo extremamente vulnerabilizado, devemos tomá-las como um alerta para uma postura mais ativa de defesa constante dos direitos fundamentais e, em especial, daqueles de roupagem social. Se olharmos bem, nada nos garante que o direito ao salário mínimo, hoje relativizado em relação às pessoas presas, não venha a ser, em um futuro próximo, relativizado também em relação a outros grupos de pessoas, materializando uma espécie de distopia movida à precarização do trabalho e mercantilização da vida. Lutemos, portanto, para que, na brecha de nosso descuido para com os direitos do “outro”, não se infiltre em nossa casa a perdição de nossos próprios direitos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=7210&ano=1984&ato=c6fUTUU9EeBpWT4ac>. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 336.** Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida cautelar. Lei Nº 7.210/1984 (lei de execução penal). Ofensa aos preceitos fundamentais descritos no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), no art. 5º, caput (princípio da isonomia) e no art. 7º, IV (direito ao salário mínimo), todos da CRFB/88. Aplicação do rito do art. 5º, §2º, da lei nº 9.882/1999. Relator Min. Luiz Fux. Autuada em 17/03/2015. Decisão de julgamento (Lei 9.882/99) publicada no DJE e no DOU de 19/05/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4735779>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.** Direitos fundamentais dos presos. ADPF. Sistema carcerário. Violação massiva de direitos. Falhas estruturais. Necessidade de reformulação de políticas públicas penais e prisionais. Procedência parcial dos pedidos. Relator Min. Marco Aurélio. Autuada em 27/05/2015. Decisão de julgamento em 09/09/2015. Publicação, DJE Divulgado em 19/02/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 570.177.** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Antônio de Maia e Pádua,

Defensor Público da União, e, pela Advocacia Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. Plenário, 30.04.2008. Data de publicação DJE 27/06/2008b - Ata nº 21/2008 - DJE nº 117, divulgado em 26/06/2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2574140>. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 6**. Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2008a]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1202#:~:text=N%C3%A3o%20viola%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20o,prestadoras%20de%20servi%C3%A7o%20militar%20inicial>. Acesso em: 1 maio 2024.

BUCK-MORSS, Susan. Hegel e Haiti. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 90, p. 131–171, 2011. Disponível em: https://novosestudios.com.br/wp-content/uploads/2017/03/06_Buck-Morss_90_p130a171.pdf.zip. Acesso em: 20 fev. 2024.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo**. São Paulo: Ideias e Letras, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 57-58, 1981.

QUEIRÓZ, Marcos. Constitucionalismo Negro: elementos de teoria e história constitucional a partir da Revolução Haitiana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 13, n. 1, p. 85-109, 2021. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2021.131.07>. Disponível em: <https://revistas.unisinus.br/index.php/RECHTD/article/view/16763/60748524>. Acesso em: 20 fev. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCARPA, Antônio Oswaldo. **Direitos fundamentais sociais: conteúdo essencial, judicialização e direitos sociais em espécie**. Salvador: JusPodivm, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.