

01/03/2021

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 336  
DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CONGRESSO NACIONAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>

**EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PENITENCIÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. TRABALHO DO PRESO. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. ARTIGO 29, CAPUT, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA (ARTIGO 1º, III, DA CRFB) E DA ISONOMIA (ARTIGO 5º, CAPUT, DA CRFB), BEM ASSIM AO DIREITO AO SALÁRIO MÍNIMO (ARTIGO 7º, IV, DA CRFB). CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO (ARTIGO 1º, CAPUT, DA CRFB). BUSCA DO PLENO EMPREGO (ARTIGO 170, VIII, DA CRFB). INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE DE EXECUÇÃO (ARTIGO 5º, XLVI, DA CRFB). EFEITOS DA POLÍTICA DE SALÁRIO MÍNIMO. INCERTEZA EMPÍRICA. AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL. TRABALHO DO CONDENADO. NATUREZA DE DEVER. FINALIDADES EDUCATIVA E PRODUTIVA. ARTIGOS 28, CAPUT, 31 E 39, V, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. RESTRIÇÕES NATURAIS AO EXERCÍCIO DO TRABALHO. POTENCIAL REPERCUSSÃO NEGATIVA NA REMUNERAÇÃO DA MÃO DE OBRA. DISTINÇÃO ENTRE O TRABALHO DO PRESO E O DOS EMPREGADOS EM GERAL. LEGITIMIDADE. CARÊNCIAS BÁSICAS DO DETENTO ATENDIDAS PELO ESTADO (ARTIGOS 12 E SEGS. DA LEP). BENEFÍCIO DA REMIÇÃO DE PENA PELO TRABALHO. CONFORMIDADE COM REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES**

**ADPF 336 / DF**

**UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO DE 2015. INEXISTÊNCIA DE LESÃO AOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS APONTADOS. ADPF JULGADA IMPROCEDENTE.**

1. O trabalho do preso, cuja remuneração é fixada em três quartos do salário mínimo o patamar base de remuneração do trabalho do preso (artigo 29, *caput*, da Lei de Execução Penal) deve ser analisada não apenas sob a ótica da regra do salário mínimo (artigo 7º, IV, da CRFB), mas também de outros vetores constitucionais, como a busca do pleno emprego (artigo 170, VIII, da CRFB) e a individualização da pena na fase de execução (artigo 5º, XLVI, da CRFB).

2. O controle judicial de políticas públicas deve preservar o âmbito de liberdade interpretativa do legislador em homenagem ao princípio democrático (artigo 1º, *caput*, da CRFB), ante a ubiquidade e a indeterminação semântica caracterizadoras do texto constitucional, porquanto a multiplicidade de vetores estabelecidos pelo constituinte, a serem promovidos com igual importância pelas instâncias democráticas, obriga o Parlamento à realização de escolhas políticas em matérias que normalmente carecem de certeza empírica quanto aos seus impactos na promoção daqueles valores constitucionais.

3. A margem de conformação do Parlamento aos ditames constitucionais na formulação de políticas públicas é ampla, máxime quando não há consenso científico sobre os efeitos da mesma adotada em relação ao bem-estar social, o que só ocorrer no exame do salário mínimo quanto à distribuição da riqueza entre os trabalhadores e ao eventual aumento nos índices de desemprego. Literatura: ENGBOM, Niklas; MOSER, Christian. *"Earnings Inequality and the Minimum Wage: Evidence from Brazil"*. CESifo Working Paper nº 6393, mar. 2017, p. 40; NEUMARK, David; WASCHER, William. *Minimum Wages and Employment, Foundations and Trends in Microeconomics*, vol. 3, nº. 1+2, pp 1-182, 2007.

4. A pessoa em cumprimento de pena privativa de liberdade, por isso não está sujeita ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como que será remunerada por tabela previamente fixada, em valor não inferior a três quartos do salário mínimo (respectivamente, artigos 28, §

**ADPF 336 / DF**

2º, e 29, *caput*, da Lei de Execução Penal).

5. O trabalho do condenado constitui um dever, obrigatório na medida de suas aptidões e capacidade, e possui finalidades educativa e produtiva, nos termos dos artigos 28, *caput*, 31 e 39, V, da Lei de Execução Penal, em contraste com a liberdade para trabalhar e prover o seu sustento garantida aos que não cumprem pena prisional pelo artigo 6º da Constituição.

6. O cumprimento da pena privativa de liberdade gera restrições naturais ao exercício do trabalho, com potencial repercussão negativa na remuneração da mão de obra, o que se extrai do peculiar regime jurídico a que se submetem os trabalhadores presos, a saber: (i) necessidade de implantação de oficinas de trabalho, por empregadores privados, referentes a setores de apoio dos presídios (artigo 34, § 2º, da LEP); (ii) a finalidade de formação profissional do condenado (artigo 34 da LEP), ainda que não produza benefício econômico para terceiros; (iii) a aquisição pelo poder público, com dispensa da concorrência pública, dos bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares (artigo 35 da LEP); (iv) a necessidade de observância das cautelas contra a fuga e em favor da disciplina no trabalho externo (artigo 36 da LEP); (v) a possibilidade de revogação da autorização de trabalho externo se o preso tiver comportamento contrário aos requisitos de aptidão, disciplina e responsabilidade, bem assim quando praticar fato definido como crime ou for punido por falta grave (artigo 37, parágrafo único, da LEP) etc.

7. A legitimidade da diferenciação entre o trabalho do preso e o dos empregados em geral na política pública de limites mínimos de remuneração é evidenciada pela distinta lógica econômica do labor no sistema executório penal, que pode até mesmo ser subsidiado pelo Erário, de modo que o *discrímen* promove, em vez de violar, o mandamento de isonomia contido no artigo 5º, *caput*, da Constituição, no seu aspecto material.

8. A autorização legal para a percepção de remuneração inferior ao salário mínimo no trabalho do preso é acompanhada de medidas

**ADPF 336 / DF**

compensatórias, quais sejam: (i) é fixado um patamar mínimo de três quartos do salário mínimo, percentual razoável para configurar uma justa remuneração pelo trabalho humano, nos termos definidos democraticamente pelo Parlamento; (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; e (iii) 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.

9. O salário mínimo, na dicção do artigo 7º, IV, da Constituição, visa satisfazer as necessidades vitais básicas do trabalhador e as de sua família *“com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”*, ao passo que o preso, conforme previsão legal, já deve ter atendidas pelo Estado boa parte das necessidades vitais básicas que o salário mínimo objetiva atender, tais como educação (artigos 17 e seguintes da LEP), alojamento (artigo 88 da LEP), saúde (artigo 14 da LEP), alimentação, vestuário e higiene (artigo 12 da LEP).

10. A disciplina do trabalho do preso no Brasil também está em conformidade com as normas internacionais que regem o tema, porquanto o acordo sobre as regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de prisioneiros de 2015 (denominadas *“regras de Mandela”*), aprovado por Resolução da Comissão sobre Prevenção de Crime e Justiça Criminal de Viena, determina seja *“estabelecido sistema justo de remuneração do trabalho dos presos”* (Regra 103.1), em contraste com outras disposições do mesmo diploma que exigem condições não menos vantajosas que aquelas que a lei disponha para os trabalhadores livres (v. g., Regra 101.2).

11. 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 (artigo 1º, III, da CRFB) e da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CRFB), ou à regra do artigo 7º, IV, da Carta Magna: RE 570177, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/4/2008. Súmula vinculante 6 deste Supremo Tribunal Federal.

12. O patamar mínimo diferenciado de remuneração aos presos

**ADPF 336 / DF**

previsto no artigo 29, *caput*, da Lei de Execução Penal não representa violação aos princípios da dignidade humana (artigo 1º, III, da CRFB) e da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CRFB), sendo inaplicável à hipótese a garantia de salário mínimo prevista no artigo 7º, IV, da Constituição.

13. As normas insculpidas nos artigos 1º, III, 5º, *caput*, e 7º, IV, da Carta Magna caracterizam preceitos fundamentais, autorizando o ajuizamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental quando apontada violação direta à Carta Magna e atendido o teste da subsidiariedade. Precedentes: ADPF 388, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 9/3/2016; ADPF 33 MC, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003).

14. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada **IMPROCEDENTE**.

**A C Ó R D ã O**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 19 a 26/2/2021, por maioria, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Rosa Weber.

Brasília, 1º de março de 2021.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

*Documento assinado digitalmente*

03/04/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 336  
DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CONGRESSO NACIONAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Cuida-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do artigo 29, *caput*, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Eis o teor do dispositivo impugnado:

*“Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.”*

O Requerente argumenta que o referido preceito, ao fixar a remuneração mínima pelo trabalho do preso abaixo do salário mínimo, viola os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CRFB), da isonomia (artigo 5º, *caput*, CRFB) e do direito ao salário mínimo (artigo 7º, IV, CRFB). Sustenta que a fixação de patamar mínimo de remuneração pelo trabalho do preso inferior ao salário mínimo não pode ser considerada como discriminação lícita, pois a desigualdade existente no plano fático – prisão *versus* liberdade – não justificaria a regra.

Postula-se a concessão de medida cautelar e, ao final, pede-se a declaração de não recepção, pela Constituição de 1988, do artigo 29, *caput*,

**ADPF 336 / DF**

da Lei 7.210/84.

Apliquei ao caso o rito célere para apreciação direta do mérito, seguindo-se o artigo 5º, § 2º, da Lei 9.882/99.

A Presidência da República se manifestou pela improcedência da ADI. Ressaltou que o trabalho do preso não está sujeito ao regime da CLT e que o artigo 7º da Constituição não é aplicável ao condenado. Salientou, por fim, que a remuneração do preso não segue a mesma disciplina dos estipêndios do servidor público.

A Advocacia-Geral da União acostou aos autos manifestação com a seguinte ementa:

*“Processual Penal. Artigo 29, caput, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Remuneração do trabalho do preso. Alegada violação à dignidade da pessoa humana, ao direito ao trabalho do preso, à garantia constitucional ao salário mínimo e à isonomia (artigos 1º, incisos III e IV; 5º, caput; 6º, caput; 7º, inciso IV; e 170, caput, todos da Carta Republicana). O trabalho do preso não configura um direito social, mas sim um dever social, e não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Inaplicabilidade das garantias previstas no artigo 7º da Constituição da República à hipótese. Caráter excepcional e temporário do trabalho realizado pelo preso. A remuneração do trabalho do preso deve ser equitativa. Ausência de violação aos preceitos indicados pelo arguente. Manifestação pela improcedência do pedido.”*

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer assim ementado:

*“CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E PENITENCIÁRIO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 29 DA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL). PISO DA REMUNERAÇÃO DO TRABALHO DO PRESO AQUÉM DO SALÁRIO MÍNIMO.*

**ADPF 336 / DF**

*ARTS. 1º, III E IV; 5º, CAPUT, 6º, 7º, IV, E 170, CAPUT, DA CR. NÃO RECEPÇÃO DA NORMA DA LEP.*

*1. Fixação do piso remuneratório do trabalho de cidadãos presos em 3/4 do salário mínimo viola os princípios da dignidade humana e da isonomia, a garantia de salário mínimo (art. 7º, IV, da Constituição da República) e o valor social do trabalho (arts. 1º, IV; 6º, e 170, caput, da CR).*

*2. O art. 29, caput, da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), não foi recepcionado pela Constituição de 1988.*

*3. A declaração de não recepção do art. 29 da LEP pela CR não retira fundamento legal para remuneração do trabalho do preso, pois o direito a trabalho e a sua remuneração estão previstos na CR e, no plano infraconstitucional, no art. 41, II, da LEP.*

*4. Parecer pela procedência do pedido."*

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro requereu admissão no feito como *amicus curiae*, o que foi negado.

É o relatório.



03/04/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 336  
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** *Ab initio*, reconheço o cabimento da presente Arguição, máxime por envolver discussão sobre a recepção de norma anterior à Constituição de 1988, consoante expressamente admitido pelo artigo 1º, I, da Lei 9.882/99. Com efeito, cuida-se de via processual que atende ao requisito da subsidiariedade, mercê de não existir outro meio para sanar a controvérsia com caráter abrangente e imediato. A esse respeito, colaciono os seguintes precedentes:

*“O princípio da subsidiariedade é aferido no momento da propositura da ADPF, de modo que não se depreende qualquer outra ação constitucional com aptidão para evitar a lesividade ao pacto federativo em questão. (...) A ocorrência de coexistência de jurisdições constitucionais estadual e nacional configura a hipótese de suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local. Precedentes.” (ADPF 190, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/9/2016)*

*“Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). (...) Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. (...) A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de*

**ADPF 336 / DF**

*preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação.” (ADPF 33, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 7/12/2005)*

As normas constitucionais alegadamente violadas, inculpidas nos artigos 1º, III, 5º, *caput*, e 7º, IV, da Carta Magna, se qualificam como preceitos fundamentais, autorizando a instauração da via eleita, consoante a jurisprudência desta Corte, *verbis*:

*“ADPF: Parâmetro de controle. Inegável qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros), dos princípios protegidos por cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF) e dos “princípios sensíveis” (art. 34, VII). A lesão a preceito fundamental configurar-se-á, também, com ofensa a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a um desses princípios.” (ADPF 388, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 9/3/2016)*

*“Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais.” (ADPF 33 MC, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003)*

Relativamente ao mérito, este Supremo Tribunal uma vez mais se depara com pretensão de controle judicial de políticas públicas, agora em matéria de regulação do mercado de trabalho e do sistema executório criminal. Em razão disso, é necessário discorrer, introdutoriamente, sobre os limites da revisão judicial dos atos legislativos e administrativos, em atenção aos princípios democrático e da separação dos Poderes (artigos 1º, *caput*, e 2º da CRFB).

**ADPF 336 / DF**

A medida concreta em escrutínio diz respeito ao estabelecimento de patamares mínimos de remuneração diferentes para trabalhadores submetidos ao sistema penitenciário e para trabalhadores em liberdade, nos termos do artigo 29, *caput*, da Lei de Execução Penal. Observe-se que, no caso em apreço, a política pública questionada em juízo é estabelecida diretamente pelo legislador, cujo âmbito de liberdade interpretativa deve ser preservado em homenagem ao princípio democrático, ante a ubiquidade e a indeterminação semântica caracterizadoras do texto constitucional. É dizer, a multiplicidade de vetores estabelecidos pelo constituinte, a serem promovidos com igual importância pelas instâncias democráticas, obriga o Parlamento à realização de escolhas políticas em matérias que normalmente carecem de certeza empírica quanto aos seus impactos na promoção daqueles valores constitucionais. A revisão dessas escolhas pelo Judiciário, quando ausente a demonstração cabal e cientificamente segura da arbitrariedade da política implementada, consiste em indevida substituição dos critérios dos mandatários eleitos pelos dos julgadores, em expansão institucional não autorizada pela Carta Magna.

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte reconhece que o legislador apenas está submetido a um limite fraco, derivado da cláusula do *due process of law* insculpida na Quinta Emenda à Constituição. Assim, a lei reguladora, para que seja adequada à Carta Magna, deve ser capaz tão somente de resistir ao teste da “base racional” (*rational basis review*). Conforme explicitado pela Suprema Corte no caso *FCC v. Beach Communications, Inc.* 508 U.S. 307 (1993), “a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos” (“*Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data*”).

No caso concreto ora enfrentado, o legislador brasileiro está vinculado a normas constitucionais mais específicas e abrangentes, o que

**ADPF 336 / DF**

inclui não apenas a regra do salário mínimo invocada na inicial (artigo 7º, IV, da CRFB), mas também outros vetores, como a busca do pleno emprego (artigo 170, VIII, da CRFB) e a individualização da pena na fase de execução (artigo 5º, XLVI, da CRFB). Nada obstante, ainda há ampla margem de conformação ao Parlamento, quanto mais quando não há consenso científico sobre os efeitos da política pública adotada em relação ao bem-estar social. Por exemplo, não há parâmetros seguros para que o Judiciário defina 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.

O professor da Universidade de Harvard Adrian Vermeule defende que o Judiciário deve se limitar a um exame de racionalidade estreita (*thin rationality review*) de atos regulatórios, sendo-lhe permitido apenas: (i) obrigar o regulador a considerar um fator relevante expressamente previsto em norma de regência ou vedar a adoção de fator por ela proibido; (ii) anular atos que não possuam fundamentação minimamente racional, seja pela ponderação direta entre custos e benefícios dos diversos fatores envolvidos (razões de primeira ordem), seja pela impossibilidade de realizar esse tipo de ponderação (razões de segunda ordem); e (iii) obrigar o regulador a demonstrar que empregou recursos razoáveis para reunir os dados necessários à estimação dos efeitos da regulação. Afirma o referido jurista que, em regra, a formulação de políticas públicas ocorrerá em um cenário de incerteza, não competindo ao Judiciário, nessas situações, substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado pelas suas próprias escolhas. Pela pertinência ao tema em apreço, faço transcrever as suas palavras, versando sobre o controle judicial dos atos das agências reguladoras no sistema norte-americano, *in verbis*:

*“Há um papel adequado para os Tribunais, que é assegurar que as agências investiram adequadamente recursos na reunião de informações, o que pode resolver a incerteza, possivelmente*

**ADPF 336 / DF**

*transformando-a em risco ou até mesmo certeza. (...) a existência de um problema de incerteza implica, por vezes, em que a própria questão sobre se a reunião de mais informações estará justificada à luz dos seus custos é, em si, incerta. Em casos como esses, as Cortes devem deixar espaço para que as agências adotem decisões racionalmente arbitrárias sobre quando interromper o processo de reunião de informações. (...) Por razão de primeira ordem, refiro-me à razão que justifica a escolha relativamente a outras escolhas dentro do conjunto possível à agência. Uma razão de segunda ordem é uma razão para fazer uma escolha ou outra dentro do conjunto das que são possíveis, mesmo se nenhuma razão de primeira ordem puder ser apresentada. Em situações de incerteza, agências frequentemente terão razões de segunda ordem perfeitamente válidas mesmo quando não é possível fornecer uma razão de primeira ordem. Em outras palavras, há um domínio de decisões das agências que são necessariamente e inevitavelmente arbitrárias, em um sentido de primeira ordem. As Cortes de controle devem se abster de ampliar suas demandas por razões e por racionalidade do processo decisório além do ponto a partir do qual a possibilidade de razão se esgota.”*

*(No original: “There is a proper role for courts in ensuring that agencies have adequately invested resources in information-gathering, which may resolve uncertainty, perhaps by transforming it into risk or even certainty. (...) the existence of an uncertain problem implies that, sometimes, the very question whether collecting further information will be cost-justified is itself uncertain. In cases like that, courts must leave room for agencies to make rationally arbitrary decisions about when to cut off the process of information-gathering. (...) By a first-order reason, I mean a reason that justifies the choice relative to other choices within the agency’s feasible set. A second-order reason is a reason to make some choice or other within the feasible set, even if no first-order reason can be given. In situations of uncertainty, agencies will often have perfectly valid second-order reasons even when no first-order reason is possible. In other words, there is a domain of agency decisions that are necessarily and unavoidably arbitrary, in a first-order sense. Reviewing courts must*

**ADPF 336 / DF**

*not press their demands for reasons and reasoned decision-making beyond the point at which the possibility of reason is exhausted."*

VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)

Conforme será adiante demonstrado, há diversas razões, de primeira e de segunda ordem, a conferir legitimidade à política estabelecida pela lei. Atento à peculiar situação da pessoa em cumprimento de pena privativa de liberdade, o legislador definiu que o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como que será remunerado por tabela previamente fixada, em valor não inferior a três quartos do salário mínimo (respectivamente, artigos 28, § 2º, e 29, *caput*, da Lei de Execução Penal).

Nos termos dos artigos 28, *caput*, 31 e 39, V, da Lei de Execução Penal, o trabalho do condenado constitui um dever, obrigatório na medida de suas aptidões e capacidade, e possui finalidades educativa e produtiva, em contraste com a liberdade para trabalhar e prover o seu sustento garantida aos que não cumprem pena prisional pelo artigo 6º da Constituição.

É evidente que o cumprimento da pena privativa de liberdade gera restrições naturais ao exercício do trabalho, as quais, por sua vez, tendem a produzir correspondente depreciação do valor pago pela mão-de-obra. Por exemplo, quanto ao trabalho interno, empregadores da iniciativa privada devem realizar convênio com o poder público e providenciar a implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios (artigo 34, § 2º, da LEP), gerando custos para o empreendedor que se somam ao valor pago pelo trabalho. Quando é prestado à Administração Pública, podendo ser gerenciado por ente da Administração indireta, o trabalho tem por objetivo a formação profissional do condenado (artigo 34 da LEP) – ou seja, destina-se à geração de valor para o próprio interno, ainda que não produza benefício econômico significativo para terceiros. Tanto é assim que o artigo 35 da

**ADPF 336 / DF**

Lei de Execução Penal exorta o Poder Público a adquirir, com dispensa da concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

No que tange ao trabalho externo do preso, devem ser “*tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina*” (artigo 36 da LEP), o que acarreta custos pelo financiamento dos mecanismos de cautela e também pelo desvio da operação normal do empreendimento. Além disso, a autorização de trabalho externo pode ser revogada se o preso tiver comportamento contrário aos requisitos de aptidão, disciplina e responsabilidade, bem assim quando praticar fato definido como crime ou for punido por falta grave (artigo 37, parágrafo único, da LEP), fator que produz incerteza quanto à continuidade do trabalho, podendo depreciar o seu valor.

Logo se percebe que o trabalho do preso segue lógica econômica distinta da mão-de-obra em geral, podendo até mesmo ser subsidiado pelo Erário, conferindo rendimento ao preso quando uma pessoa livre, mantidas as demais condições, estaria desempregada, por ausência de interessados na sua contratação. Cai por terra, dessa maneira, o argumento de que não há base para a diferenciação entre o trabalho do preso e o dos empregados. As diversas nuances, limitações e objetivos entre os dois tipos de labor tornam legítima a diferenciação realizada pela lei, que promove, em vez de violar, o mandamento de isonomia contido no artigo 5º, *caput*, da Constituição, no seu aspecto material.

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. A esse respeito, a incerteza científica também milita pela não intervenção judicial nesta seara. A literatura econômica apresenta estudos com variadas conclusões a respeito da relação entre salário mínimo e

**ADPF 336 / DF**

desemprego. Sem prejuízo, diversas pesquisas apontam impacto negativo do aumento do salário mínimo em relação à empregabilidade e à fluidez no mercado de trabalho, principalmente no que diz respeito aos mais jovens e aos trabalhadores com menor qualificação.

Analizando dados do Brasil de 1996 a 2012, extraídos da base de dados da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), para estimar os efeitos das variações na política de salário mínimo no país, pesquisadores das universidades de Princeton e Columbia afirmaram recentemente que, *verbis*: “Relativamente ao topo, a taxa empírica de sucesso na procura por trabalho na parte de baixo da distribuição da qualificação da mão-de-obra caiu 11 por cento” (“Relative to the top, the empirical job finding rate of the bottom of the skill distribution fell by 11 percent.” ENGBOM, Niklas; MOSER, Christian. “Earnings Inequality and the Minimum Wage: Evidence from Brazil”. CESifo Working Paper nº 6393, mar. 2017, p. 40. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2940013>>). Outro estudo sobre o panorama brasileiro, considerando dados do IBGE (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD) de 2001 a 2009, concluiu que o tamanho do mercado informal é aumentado em cerca de 39% (trinta e nove por cento) em comparação com o que existiria na ausência da política de salário mínimo, o que pode ser atribuído aos efeitos do salário mínimo sobre o desemprego no setor formal e à movimentação de trabalhadores do mercado formal para o informal (JALES, Hugo. “Estimating the Effects of the Minimum Wage in a Developing Country: A Density Discontinuity Design Approach”. (out. 2015). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2674724>>).

Em perspectiva mais ampla, os economistas David Neumark (professor da *University of California*) e William Wascher realizaram extensa revisão dos trabalhos produzidos sobre o assunto, tecendo as seguintes conclusões:

*“A extensa maioria dos estudos pesquisados nesta monografia fornece uma indicação relativamente consistente (muito embora nem*



**ADPF 336 / DF**

*sempre estatisticamente significativa) dos efeitos negativos nos índices de emprego causados pelo salário mínimo. Além disso, dentre os artigos que consideramos possuírem as evidências mais críveis, quase todos apontam para efeitos negativos nos índices de emprego, tanto para os Estados Unidos quanto para muitos outros países. (...) os estudos que focam nos grupos menos qualificados fornecem evidências relativamente esmagadoras da maior intensidade dos efeitos de desemprego para esses grupos.”*

*(Tradução livre do trecho: “A sizable majority of the studies surveyed in this monograph give a relatively consistent (although not always statistically significant) indication of negative employment effects of minimum wages. In addition, among the papers we view as providing the most credible evidence, almost all point to negative employment effects, both for the United States as well as for many other countries. (...) the studies that focus on the least-skilled groups provide relatively overwhelming evidence of stronger unemployment effects for these groups.” NEUMARK, David; WASCHER, William. Minimum Wages and Employment, Foundations and Trends in Microeconomics, vol. 3, nº. 1+2, pp 1-182, 2007.)*

Havendo base racional, como acaba de ser demonstrado, para a afirmação de que a redução do patamar de remuneração mínima pode representar estímulo para a contratação, esvazia-se a possibilidade de atuação do Judiciário no sentido de impedir a implementação de política pública com esse objetivo, considerada a ausência de capacidade institucional e expertise dos Tribunais para realizarem semelhante tarefa técnico-política.

O Requerente argumenta que o “Estado não pode violar direitos fundamentais sob a justificativa de trazer vantagens à contratação de presos, pois a instituição do salário mínimo visou justamente a assegurar à parte vulnerável da relação de emprego patamar mínimo de remuneração como forma de proteção à dignidade da pessoa humana” (fls. 10 da inicial). A alegação causa perplexidade, pressupondo que a dignidade humana é violada quando o indivíduo é remunerado aquém de certo patamar, mas admitindo a

**ADPF 336 / DF**

possibilidade de que ele não aufera qualquer remuneração, por falta de quem se interesse na sua contratação. Não se atina como poderia o legislador afrontar direitos fundamentais na busca de garantir o pouco, sem incorrer em semelhante afronta quando o protecionismo legal resulta em uma garantia do nada.

O próprio Requerente aponta, na inicial, com base em dados de junho de 2012 fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), que apenas 22% (vinte e dois por cento) dos presos no sistema penitenciário brasileiro exercem alguma atividade laborativa. No momento de crise econômica atual, em que o total de desempregados no país atingiu o patamar recorde de 14.200.000 (quatorze milhões e duzentas mil) pessoas (cf. dados do IBGE – Pnad contínua, taxa de desocupação em março de 2017), indaga-se: uma vez imposta judicialmente a exigência de salário mínimo uniforme entre detentos e não detentos, como pretende o Requerente, a quem será imputável a violação à dignidade dos presos que eventualmente fiquem sem trabalho, em razão da maior onerosidade da contratação? A questão revela o nítido *trade-off*, a ser resolvido politicamente pelo legislador, entre o valor mínimo de remuneração e a facilidade de contratação da mão-de-obra.

É importante assinalar que o Requerente da presente Ação Direta, ao questionar o *discrímen* entre pessoas presas e livres quanto ao valor do trabalho com base no princípio da isonomia, não impugnou o artigo 28, § 2º, da LEP, o qual afasta a incidência da CLT sobre as relações de trabalho envolvendo presos. Parece claro que o mesmo critério de diferenciação a justificar esta última norma também se presta a conferir supedâneo ao dispositivo impugnado pela ADI. Entendendo-se que o preso possui direito ao salário mínimo em igualdade de condições com as demais pessoas por aplicação do artigo 7º, IV, da Constituição, a consequência lógica seria assegurar-lhe todos os outros direitos do mencionado dispositivo constitucional (inclusive férias e FGTS).

**ADPF 336 / DF**

Deve-se ter em mente, ao analisar a opção política realizada pela lei, que a autorização para a percepção de remuneração inferior ao salário mínimo é acompanhada de medidas compensatórias, quais sejam: (i) é fixado um patamar mínimo de três quartos do salário mínimo, percentual razoável para configurar uma justa remuneração pelo trabalho humano, nos termos definidos democraticamente pelo Parlamento; (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; e (iii) 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.

Por essas razões, tem-se que a medida de fomento à contratação de mão-de-obra do sistema penitenciário, estimulando empregadores à escolha de detentos em detrimento de indivíduos não inseridos no sistema penitenciário, deixa incólume a dignidade humana do preso contratado, máxime quando o legislador obriga o poder público ao provimento das utilidades indispensáveis que o próprio salário se destinaria a cumprir.

*Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.*

Nesse contexto, sabe-se que o salário mínimo, nos termos do artigo 7º, IV, da Constituição, visa satisfazer as necessidades vitais básicas do trabalhador e as de sua família “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Ocorre que o preso, conforme previsão legal, já deve ter atendidas pelo Estado boa parte das necessidades vitais básicas que o salário mínimo objetiva atender, tais como educação (artigos 17 e seguintes da LEP), alojamento (artigo 88 da LEP), saúde (artigo 14 da LEP), alimentação, vestuário e higiene (artigo 12 da LEP). Eis o teor do disposto na Lei de Execução Penal:

**ADPF 336 / DF**

**Lei de Execução Penal:**

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

§ 1º O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

§ 2º Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos.

**ADPF 336 / DF**

(Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

§ 3º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Não se ignora que os valores recebidos pelo preso em razão de seu trabalho devem também promover o ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a sua manutenção (artigo 29, § 1º, *d*, da LEP). Essa circunstância, nada obstante, não afasta a atuação do Estado como garante do atendimento das necessidades do interno fundamentais ao resguardo da sua dignidade humana (artigo 1º, III, da CRFB). Note-se, ainda, que a lei também limitou a destinação dos proventos recebidos pelo preso, estabelecendo que o produto da remuneração pelo trabalho deverá atender à indenização dos danos causados pelo crime, à assistência à família e a pequenas despesas pessoais (artigo 29, § 1º, alíneas *a* a *c*, da LEP).

Todas as circunstâncias ora assinaladas evidenciam que o trabalho do preso tem natureza e regime jurídico distintos da relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, motivo pelo qual não experimenta a incidência do disposto no artigo 7º da Constituição, inclusive no que diz respeito ao salário mínimo.

A disciplina do trabalho do preso no Brasil também está em conformidade com as normas internacionais que regem o tema. O acordo sobre as regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de prisioneiros de 2015 (denominadas “regras de Mandela”), aprovado por Resolução da Comissão sobre Prevenção de Crime e Justiça Criminal de Viena, determina, na Regra 103.1, o seguinte: “*Será estabelecido sistema*

**ADPF 336 / DF**

*justo de remuneração do trabalho dos presos*". Não há exigência, portanto, de que o sistema de remuneração dos presos seja idêntico ao dos trabalhadores livres, mas apenas de que seja minimamente equitativo. Isso resta claro quando a redação antes transcrita é comparada ao disposto na Regra 101.2, *verbis*: "*Serão adotadas medidas para indenizar os presos em caso de acidente de trabalho ou doença decorrente do trabalho, em condições não menos vantajosas que aquelas que a lei disponha para os trabalhadores livres*". A interpretação sistemática do diploma revela que o tratamento igualitário entre o trabalho de presos e livres apenas é obrigatório em relação a acidentes de trabalho ou doenças dele decorrentes, mas não no que tange à remuneração.

Consigne-se, por fim, que o Plenário desta Corte já definiu que a Constituição não estendeu a garantia de salário mínimo de maneira uniforme a toda e qualquer mão-de-obra, ao afirmar por unanimidade 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 (artigo 1º, III, da CRFB) e da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CRFB), ou à regra do artigo 7º, IV, da Carta Magna. Eis a ementa do julgado:

*"EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. SOLDADO. VALOR INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, III, 5º, CAPUT, E 7º, IV, DA CF. INOCORRÊNCIA. RE DESPROVIDO. I - A Constituição Federal não estendeu aos militares a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo, como o fez para outras categorias de trabalhadores. II - O regime a que submetem os militares não se confunde com aquele aplicável aos servidores civis, visto que têm direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos próprios. III - Os cidadãos que prestam serviço militar obrigatório exercem um múnus público relacionado com a defesa da soberania da pátria. IV - A obrigação do Estado quanto aos conscritos limita-se a fornecer-lhes as condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas. V - Recurso extraordinário*

**ADPF 336 / DF**

*desprovido.*" (RE 570177, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/4/2008)

Esse entendimento foi reproduzido no teor da Súmula Vinculante nº 6, *litteris*: "*Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial*".

Conclui-se, assim, que o patamar mínimo diferenciado de remuneração aos presos previsto no artigo 29, *caput*, da Lei de Execução Penal não representa violação aos princípios da dignidade humana (artigo 1º, III, da CRFB) e da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CRFB), sendo inaplicável à hipótese a garantia de salário mínimo prevista no artigo 7º, IV, da Constituição.

*Ex positis*, julgo **IMPROCEDENTE** a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

É como voto.

03/04/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 336**  
**DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CONGRESSO NACIONAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>

**VOTO - VOGAL**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Acolho o relatório proferido pelo e. Ministro Luiz Fux.

No mérito, peço vênica à Sua Excelência, pois tenho compreensão distinta sobre a matéria.

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental suscita dúvida quanto à compatibilidade do disposto no art. 29 da Lei de Execução Penal com o art. 7º, IV, da Constituição Federal.

Os dispositivos têm a seguinte redação:

**Lei de Execução Penal**

“Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e



**ADPF 336 / DF**

sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.”

**Constituição Federal**

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

Em seu voto, o e. Ministro Luiz Fux assinala que, de acordo com a Lei de Execução Penal, o trabalho do preso constitui um dever e possui finalidade educativa e produtiva. Sublinha que há especificidades em relação ao trabalho do preso, como, por exemplo, a necessidade de criação de oficinas e controle e disciplina, quando o trabalho for externo. Em seu entender, “o trabalho do preso segue lógica distinta da mão-de-obra em geral”.

Essa diferenciação, ainda de acordo com o Ministro, torna razoável a criação de um regime que vise incentivar a contratação de presos. Isso porque a legislação adota medidas que mitigam o impacto da redução do valor salarial, como a redução de apenas um quarto do valor, o fornecimento, pelo Estado, de prestação material que garante a subsistência do preso e, finalmente, a concessão do benefício da remição. Assim, adotando uma postura de deferência para as opções legislativas, assenta o Ministro:

“Havendo base racional, como acaba de ser demonstrado, para a afirmação de que a redução do patamar de remuneração

**ADPF 336 / DF**

mínima pode representar estímulo para a contratação, esvaziasse a possibilidade de atuação do Judiciário no sentido de impedir a implementação de política pública com esse objetivo, considerada a ausência de capacidade institucional e expertise dos Tribunais para realizarem semelhante tarefa técnico-política.”

Reforçando o pedido de vênia, tenho que o sentido da proteção constitucional ao salário mínimo foi o de estabelecer a retribuição mínima para o trabalho, piso-garantia aplicável a todo e qualquer trabalhador. Como garantia fundamental, o texto constitucional prevê aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1, da CRFB), que não pode ser restringida pela legislação inferior.

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”. 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.

Em primeiro lugar, apenas os direitos definidos na sentença é que podem ser restringidos pelo juiz (art. 3º, *caput*, da Lei de Execução Penal), sendo certo que, nos termos do art. 5º, XLVII, “c”, da CRFB, não haverá pena de trabalho forçado. É por isso que estabelece a Lei de Execução que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

Em segundo lugar, o trabalho do preso, ainda que com caráter educativo e produtivo, é benefício, não pena. O trabalho do apenado visa

**ADPF 336 / DF**

precisamente a mitigar uma discriminação que lhe seria possível, em virtude do afastamento do convívio social. Se sua liberdade pode ser restringida pela sentença, sua capacidade laboral, visando a sua integração social futura, não. Nesse sentido, cumpre rememorar pioneira lição de Aldacy Rachid Coutinho (COUTINHO, Aldacy Rachid. “Trabalho e Pena”. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 32, p. 15):

“Constitui o trabalho um direito e um dever social dos apenados, reeducativo e produtivo, de forma a possibilitar o alcance dos escopos secundários a que se destina a pena e não uma obrigação imputada por sentença. Outrossim, diz-se, poderá preparar-se o preso com formação profissional para o mercado de trabalho que deverá enfrentar no futuro, quando recuperar a sua liberdade, pelo cumprimento da pena, embora não se constitua tal em finalidade própria da imposição de sanções penais.

(...)

“Se na prestação de trabalho pelo apenado estiverem presentes todos os elementos de uma relação de emprego, pela realização de um trabalho subordinado com continuidade e pessoalidade, o pagamento deverá ser igual ou superior a um salário mínimo. A norma constitucional, em seu art. 7º, IV, garante a percepção de um salário mínimo por todo o trabalhador. Sendo norma de eficácia plena, implica automaticamente a não recepção da Lei de Execução Penal, que permite a realização de trabalho remunerado pelo apenado em valores inferiores ao mínimo legal, quando está caracterizada a relação de emprego”.

Não se desconhece que deve o legislador buscar harmonizar os direitos fundamentais com os demais interesses constitucionais. Não se afigura possível, contudo, invocar a Ordem Econômica da Constituição para alterar a obrigação do Estado com a garantia do emprego (art. 170, VIII, da CRFB) e a proteção social do trabalho, sob pena de, para relembrar o famoso *dissent* de Oliver Holmes no caso *Lochner*, decidir-se

**ADPF 336 / DF**

a causa com base em uma teoria econômica que a maior parte da sociedade não acolhe.

Quanto aos demais “benefícios” postos à disposição do preso, em nada servem eles para diminuir o valor de seu trabalho enquanto pessoa, sujeito de direitos. O preso têm direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, nos termos do art. 41, VII, da Lei de Execução, e, mais importante, ele paga o Estado para isso (art. 29, § 1º, “d”, da LEP). A remição também é direito e não se aplica exclusivamente ao trabalho, porquanto a pena também pode ser remida pelo estudo (art. 126 da LEP).

Além disso, quanto à não aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho à atividade desempenhada pela pessoa presa, prevista no art. 28, § 2º, da LEP, trata-se de orientação interpretativa que subverte a primazia constitucional. Não é possível, porém, ler a Constituição Federal à luz da legislação. É a Constituição a fonte de validade das demais normas do ordenamento.

Por essas razões, assiste razão jurídica ao requerente, quando demonstra que a distinção remuneratória traduz inconstitucional diferenciação entre trabalhadores. O sentido do trabalho do preso é, em essência, o mesmo dos demais trabalhadores, como bem aponta André Ribeiro Giamberardino (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Comentário à Lei de Execução Penal. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018, p. 63-64):

“Ao lado da assistência, o trabalho é o segundo eixo do tratamento penitenciário e se desdobra entre trabalho interno e externo. Em ambos, vale o princípio da individualização do tratamento, o que significa que o trabalho deve sempre corresponder às condições, habilidades e futuras necessidades do preso. Trata-se do trabalho como “dever social e condição de dignidade humana”, teleologicamente orientado ao cumprimento de uma dupla finalidade de educação e produção. Na perspectiva que o define como elemento do tratamento e assim decisivo para a reeducação, será atividade não afluente, obrigatória e remunerada.”

**ADPF 336 / DF**

Ante o exposto, com as vênias do e. Relator, reconheço a não-recepção do *caput* do art. 29 da Lei de Execução Penal e, por consequência, julgo procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Registro, por fim, que o afastamento da norma impugnada do ordenamento jurídico não retira o fundamento normativo para o exercício de trabalho remuneratório pelo preso, em virtude do disposto no art. 41, II, da Lei de Execução Penal, ao prever que constitui direito do preso “atribuição de trabalho e sua remuneração”.

É como voto.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 336**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Luiz Fux (Relator) e Alexandre de Moraes, que julgavam improcedente a ação; e do voto do Ministro Edson Fachin, que a julgava procedente, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 27.3.2020 a 2.4.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário

01/03/2021

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 336  
DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CONGRESSO NACIONAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>

**VOTO VOGAL**

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES:** Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, objetivando a declaração de não recepção, pela Constituição Federal de 1988, do art. 29, *caput*, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

A norma impugnada possui o seguinte teor:

*“Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.”*

O requerente aduz violação aos preceitos fundamentais positivados nos arts. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana); 5º, *caput* (princípio da isonomia); e 7º, IV (direito ao salário mínimo), todos da Constituição de 1988.

Compreende que o trabalho é meio de dignificação do homem e sustenta que a *“restrição ao direito à liberdade de ir e vir não impede o exercício do direito ao trabalho não forçado, bem como o direito à pertinente remuneração.*

**ADPF 336 / DF**

*O artigo 28 da Lei 7.210/84 anuncia o trabalho do condenado como ‘dever social e condição de dignidade humana’, com ‘finalidade educativa e produtiva’.*

*Argumenta que a “Constituição Federal garante ao trabalhador urbano e rural, no artigo 7º, inciso IV, ‘o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (...)’.*

*Afirma que “O salário mínimo é direito social, com ‘status’ de direito fundamental, oponível ‘erga omnes’, vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana (...)”, e que esta Corte já teria assentado entendimento de que a remuneração total não poderia ser inferior ao salário mínimo.*

*Defende que o art. 29, caput, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ao estabelecer pagamento de salário aquém do mínimo constitucional, deveria ser declarado não recepcionado pelo art. 7º, IV, da Constituição Federal.*

*Aduz, ainda, que referida previsão violaria o princípio da isonomia, “pois a desigualdade existente no plano fático – prisão ‘versus’ liberdade – não torna razoável ou justifica a regra posta”.*

*Requer a concessão de medida cautelar e, no mérito, julgamento de procedência do pedido, para declarar a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, do art. 29, caput, da Lei nº 7.210/84.*

*Foi adotado o rito do artigo 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99.*

*O Presidente da República apresentou informações, sustentando a inaplicabilidade do art. 7º, IV, da Constituição Federal ao condenado, pois, nos termos do art. 28, § 2º, da LEP, o preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e o artigo constitucional é aplicável aos trabalhadores com vínculo empregatício.*



**ADPF 336 / DF**

Afirma que entendimento diverso geraria o reconhecimento, aos condenados, de todos os direitos e garantias trabalhistas como a percepção de 13º salário, férias anuais e depósitos atinentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

*Aduz que “o condenado e o Estado quando aquele trabalha com base no artigo 29, ‘caput’, da Lei 7.210/84 não é relação de emprego; logo, a essa relação não se aplicam os incisos do artigo 7º da Constituição Federal”.*

Por sua vez, o Congresso Nacional manifesta-se no sentido de que a norma impugnada não imporia ao Poder Público a obrigatoriedade da remuneração do preso em valor inferior ao mínimo, sendo a administração penitenciária livre para remunerar o preso em valor superior ao salário mínimo, conforme entender conveniente.

Também destaca que o preso trabalhador não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, não caracterizando relação de emprego ou vínculo estatutário e que, justamente por essa razão, não tem direito a férias, 13º salário, entre outros direitos garantidos aos trabalhadores rurais e urbanos e aos servidores públicos.

Entende que o dispositivo impugnado foi recepcionado e alega que se a norma for declarada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, o preso ficaria sem remuneração, uma vez que a Administração não teria suporte legal para remuneração.

A Advocacia-Geral da União apresentou informações, esclarecendo que o trabalho do preso possui características e regramentos diversos do trabalho comum, uma vez que, nos termos do parágrafo 2º do art. 28 da Lei de Execução Penal, o trabalho do preso não se sujeita ao regime celetista; a Lei nº 7.210/84 regula a matéria e define as regras, condições, características, espécies e consequências próprias para o trabalho designado aos presos.

**ADPF 336 / DF**

*Assevera que “o ordenamento jurídico pátrio está provido de um regime direcionado especificamente aos presos e que se mostra completamente distinto daquele estatuído na Consolidação das Leis do Trabalho”.*

Ressalta, ainda, que o trabalho do preso serve à remição da pena, nos termos do art. 126 da Lei de Execução Penal.

*Defende que “as garantias previstas no artigo 7º da Carta Magna não são aplicáveis ao trabalho do preso” e que “o reconhecimento ao preso do direito à percepção do salário mínimo apenas faria sentido se os demais direitos previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 fossem igualmente aplicáveis, circunstância que não se evidencia em se tratando do cumprimento de um dever social investido de finalidade educativa e produtiva”.*

*Lembra que “a situação do preso investe-se de um caráter excepcional e temporário” e que, “Durante o período de privação de liberdade, o preso submete-se à custódia do Estado, ao qual é atribuída a responsabilidade pela maior parte das despesas de manutenção do detento no regime prisional”. Assim, compreende que “a remuneração do preso não se presta, como no caso do trabalho comum, ao próprio sustento, mas ao atendimento das finalidades previstas no parágrafo 2º do artigo 29 da Lei de Execução Penal”.*

Por essas razões, entende que não haveria violação ao princípio da isonomia, pois as situações comparadas, quais sejam, a do trabalhador preso e a do trabalhador comum, revelam-se distintas, a evidenciar a justificativa do tratamento diferenciado entre elas; e sequer restaria configurada ofensa à dignidade da pessoa humana, pois a norma estabelece que o preso receberá remuneração condizente com o trabalho realizado.

Manifesta-se pela improcedência do pedido formulado pelo arguente e pela declaração da recepção, pela Constituição de 1988, do art. 29, *caput*, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

**ADPF 336 / DF**

É o sucinto relatório do essencial. Adota-se, no mais, o relatório do eminente Relator, Ministro Luiz Fux.

Acompanho o eminente Ministro Luiz Fux.

O art. 29, *caput*, da Lei de Execução Penal não viola os princípios da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB), da isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB) nem a garantia de salário mínimo prevista no art. 7º, IV, da Constituição.

Diferentemente do que ocorre com os trabalhadores urbanos e rurais e, também, com os servidores públicos civis, aos quais os arts. 7º, IV, e 39, § 3º, da Constituição Federal asseguram remuneração nunca inferior ao salário mínimo, não contam os trabalhadores presos com a mesma garantia constitucional.

Também as praças prestadoras de serviço militar não contam com referida garantia, uma vez que não se pode classificá-los, por extensão, como trabalhadores, na acepção que o inciso IV do art. 7º da Constituição Federal empresta ao conceito.

Isso porque é reconhecido que os militares, em geral, submetem-se a regime próprio, que não se confunde com o dos servidores públicos civis, motivo pelo qual não se aplicar àqueles as normas a que estes estão jungidos.

Entendo que o mesmo raciocínio se aplica ao trabalhador preso, que não se amolda ao conceito do art. 7º da Constituição Federal e que, nos termos do parágrafo 2º do art. 28 da Lei de Execução Penal, não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Deveras, o regime a que se submetem os presos apresenta peculiaridades próprias, diferindo daquele estabelecido para os

**ADPF 336 / DF**

servidores públicos civis e os trabalhadores urbanos e rurais, possuindo regramento específico por meio da Lei de Execução Penal, que define as regras, condições, características, espécies e consequências do trabalho designado aos presos.

Constata-se, assim, uma opção clara do legislador de diferenciar as regras e garantias dispensadas aos servidores públicos, aos trabalhadores celetistas, às praças prestadoras de serviço militar inicial e aos trabalhadores presos. Não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade nessa distinção.

Por esses motivos, acompanho o Relator e julgo improcedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

**É como voto.**

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 336**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Luiz Fux (Relator) e Alexandre de Moraes, que julgavam improcedente a ação; e do voto do Ministro Edson Fachin, que a julgava procedente, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 27.3.2020 a 2.4.2020.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Rosa Weber. Plenário, Sessão Virtual de 19.2.2021 a 26.2.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário