

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acolho o relatório proferido pelo e. Ministro Luiz Fux.

No mérito, peço vênua 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 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 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.”

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, § 1º, 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 “nã o 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 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 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 aflitiva, obrigatória e remunerada.”

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 Virtual - minuta de voto - 19/02/2019 00:00