

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BARTHIRA DE OLIVEIRA FERNANDES

**A OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO PRISIONAL PREVISTO NA LEI DE
EXECUÇÃO PENAL E A VEDAÇÃO DE PENAS DE TRABALHOS FORÇADO
DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

BRASÍLIA,
NOVEMBRO, 2020

BARTHIRA DE OLIVEIRA FERNANDES

**A OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO PRISIONAL PREVISTO NA LEI DE
EXECUÇÃO PENAL E A VEDAÇÃO DE PENAS DE TRABALHOS FORÇADO
DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP. Orientadora: Prof. Carolina Carvalhal Leite Brito.

BRASÍLIA,
NOVEMBRO, 2020

BARTHIRA DE OLIVEIRA FERNANDES

**A OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO PRISIONAL PREVISTO NA LEI DE
EXECUÇÃO PENAL E A VEDAÇÃO DE PENAS DE TRABALHOS FORÇADO
DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP. Orientadora: Prof. Carolina Carvalho Leite.

Brasília, novembro de 2020.

Professora Carolina Carvalho Leite Brito
Membra da Banca Examinadora

Professor Cristian Fetter Mold
Membro da Banca Examinadora

Professor Bruno André Silva Ribeiro
Membro da Banca Orientadora

RESUMO

O presente trabalho busca afrontar o trabalho prisional de caráter obrigatório previsto no artigo 31 da Lei de Execução Penal e a vedação das penas de trabalhos forçados expressa no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal.

Dessa forma, para uma melhor compreensão do tema, será abordada a evolução das penas, a história do sistema prisional brasileiro, bem como o trabalho prisional.

As penas privativas de liberdade inicialmente foram adotadas no Brasil como meio preventivo, a fim de obrigar o réu a cumprir a sentença caso fosse condenado, ou seja, a prisão não era uma pena, mas sim um meio adotado pelo processo penal.

Posteriormente, a privação da liberdade do indivíduo passou a ser executada como pena. Com isso, era necessário adotar meios para evitar a ociosidade dos presos.

Eis que surgiu o trabalho prisional, sendo desde já de caráter obrigatório, porém sem remuneração e com carga horária excessiva. Com o passar do tempo, pouco a pouco os aprisionados foram adquirindo seus direitos.

Atualmente, a doutrina majoritária entende que o trabalho é um direito-dever do preso, apesar do caráter obrigatório. Deve respeitar as aptidões e capacidades de cada condenado, deve ser remunerado e não pode ultrapassar a jornada de oito horas diárias.

Portanto, pretende-se investigar se há um descaso por parte do Poder Público quanto a adoção de políticas públicas na sua obrigação de assistência laboral.

Palavras-chave: trabalho prisional. Caráter obrigatório. Vedação de trabalhos forçados. Direito-dever do preso.

ABSTRACT

The present work seeks to confront the mandatory prison work provided for in article 31 of the Penal Execution Law and the prohibition of penalties for forced labor expressed in article 5, item XLVII, of the Federal Constitution.

Thus, for a better understanding of the theme, the evolution of sentences, the history of the Brazilian prison system, as well as prison work will be addressed.

The custodial sentences were initially adopted in Brazil as a preventive means, in order to compel the defendant to comply with the sentence if convicted, that is, imprisonment was not a penalty, but a means adopted by the criminal process.

Subsequently, the individual's deprivation of liberty came to be carried out as a penalty. With this, it was necessary to adopt means to avoid the idleness of the prisoners.

This is where prison work came into being, which is mandatory in nature, but without pay and with excessive hours. Over time, the prisoners gradually acquired their rights. Currently, the majority doctrine understands that work is a prisoner's right-duty, despite its mandatory nature. He must respect the skills and abilities of each convict, he must be paid and must not exceed eight hours a day.

Therefore, it is intended to investigate whether there is a disregard on the part of the Public Power regarding the adoption of public policies in their obligation of labor assistance.

Keywords: prison work. Mandatory character. Sealing forced labor. Prisoner's right-duty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. EVOLUÇÃO DAS PENAS	11
1.1- Período Colonial	11
1.2- Período Imperial	13
1.3- Período Republicano	15
2. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS	18
2.1- Sistema Pensilvânico	19
2.2- Sistema Auburniano	20
2.3- Sistema Progressivo	22
2.4- Sistema Progressivo inglês	23
2.5- Sistema Progressivo irlandês	24
2.6- Sistema de Montesinos	25
3. HISTÓRIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	26
4. TRABALHO PENITENCIÁRIO	33
4.1- Origem e natureza jurídica	33
4.2- Direito a remição pelo trabalho	36
4.3- Jornada e remuneração do trabalho prisional	38
5. CARÁTER OBRIGATÓRIO DO TRABALHO PRISIONAL E A VEDAÇÃO DE TRABALHO FORÇADO	40
6. A FALHA NA PRESTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA LABORATIVA PELO ESTADO	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o que é disposto na Lei de Execução Penal nº 7210/1984, referente à obrigatoriedade do trabalho prisional em paralelo com o artigo 5º, inciso XLVII, alínea c, da Constituição Federal de 1988, que veda as penas de trabalhos forçados. Promulgada em 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal em seu artigo 1º assegura que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

No Direito Penal, o trabalho se configura como um importante meio de reinserção social e como forma de evitar a reincidência do condenado. De acordo com o artigo 28 da LEP “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. Além disso, o trabalho poderá ser remunerado, e servirá como meio de remição da pena.

Para que se faça a distinção entre trabalho forçado e trabalho obrigatório previsto na Lei de Execução Penal, conhecido também por laborterapia, é necessário saber que a palavra “forçado” dá uma ideia de que o condenado terá que trabalhar nem que seja à base de violência, tortura, ameaça, ou qualquer outro meio coercitivo, não havendo, portanto, opção, sendo esses meios vedados pela nossa carta magna.

Já a laborterapia, disposta no art. 39 do CP, dá ao condenado uma oportunidade de trabalho remunerado, além de alguns dos benefícios oriundos da Previdência Social. Segundo o art. 29 da Lei de Execuções Penais, o preso será remunerado mediante tabela prévia, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo, sendo que o produto desta remuneração deverá atender: à indenização dos danos causados pelo crime; à assistência familiar da vítima; a pequenas despesas pessoais; ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado.

Reconhece-se que a inserção no mercado de trabalho para egressos do sistema prisional encontra pouca oferta de oportunidade de trabalho. Apesar de o labor ser um direito-dever do apenado durante a estadia no sistema prisional, o Estado não oferece estruturas para viabilizá-lo a toda população carcerária, retirando assim,

um direito que está consagrado na Constituição Federal do Brasil de 1988, bem como não disponibilizando vários benefícios que o condenado teria direito se estivesse trabalhando durante o cumprimento da pena.

O questionamento surge a partir do momento em que uma lei prevê o dever do apenado em trabalhar, e o Estado não tem estruturas para inserir toda a população presidiária em um labor. Além disso, caso o condenado se recuse a trabalhar, ele responde por falta grave, derivando assim, possíveis sanções. A partir do momento em que o preso se recusa a trabalhar, o que, afinal, fica caracterizado: um trabalho obrigatório ou trabalho forçado?

1. EVOLUÇÃO DAS PENAS

1.1- Período colonial

Desde quando Pedro Álvares Cabral chegou ao Brasil, em 22 de abril de 1500, vigorara no país a mesma legislação de Portugal, as Ordenações Filipinas, que era dividida em cinco livros, os quais versavam desde a história da necessidade daquelas leis até as questões de direito penal. Sua vigência durou até o ano de 1512.

O livro V tratava especificamente das matérias de direito penal. Sabe-se que as penas naquela época eram demasiadamente cruéis. O objetivo era a intimidação da pessoa através do medo, sendo marcada pela desproporcionalidade das penas e o crime cometido. Apesar do tratamento desumano dado aos infratores das leis penais, o livro V das Ordenações Filipinas é o diploma penal com maior durabilidade temporal no Brasil, pois vigorou por aproximadamente 220 (duzentos e vinte) anos.

A arbitrariedade e a crueldade na aplicação das penas refletiam em verdade o momento histórico daquela época, em que poucos eram os direitos da pessoa. Destaca-se alguns dos tipos de pena descritos no livro V das Ordenações Filipinas, quais sejam: as penas de mórresseis, que existiam em diversas modalidades, sendo que variavam de morte simples (aquela considerada sem tortura), à morte cruel, na qual poderia se utilizar dos mais variados tipos de tortura¹.

Além disso, o livro V previa também uma série de outras penas tais como: perda e confisco dos bens; prisão simples e prisão com trabalhos forçados; banimento ou exílio; açoites; decepção dos membros; entre outras.

Ademais, existia a classe privilegiada, que não poderia ser submetida a tais penas infames. Dentre essa classe, estavam os juízes, vereadores, privilégio de fidalguia, de cavalaria, de doutorado etc. Em suma, às leis degradantes se aplicavam apenas aos pobres, sem estudos e que não pertenciam a famílias importantes.

¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral – Tomo II**. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 3ª edição, 1967, pg. 47.

Posteriormente, no ano de 1512, entra em vigor as Ordenações Manuelinas, cujo nome foi dado em homenagem ao D. Manoel. O novo diploma era a cópia do anterior acrescido, porém, algumas leis extravagantes. Vigorou até o ano de 1603, quando foram revogadas, passando a vigorar o Código Filipino.

Este livro tornou-se muito conhecido em razão da severidade das penas, as quais iam de encontro com os valores fundamentais da dignidade humana. Outro ponto importante, é que as condições pessoais do réu deveriam ser avaliadas imprescindivelmente. Isto porque, neste código também havia as classes que detinham algumas regalias para aplicação de determinadas penas.

Isto posto, as penas mais severas e cruéis eram destinadas às pessoas de classes sociais inferiores, enquanto a nobreza possuía os privilégios de não poder ser punida com determinadas penas.

Edgard Magalhães Noronha destaca algumas modalidades de pena previstas neste código:

“O “morra por ello” se encontrava a cada passo. Aliás a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente dada na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, vinha ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela confraria da misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito pó.”²

Renê Ariel Dotti esclarece que apesar da vigência das ordenações manuelinas, esta não havia sido aplicada rigorosamente, tendo em vista que a justiça era realizada pelos donatários, vejamos:

“embora formalmente estivessem vigorando ao tempo das capitâneas hereditárias, as Ordenações Manoelinas não constituíam a fonte do direito aplicável no Brasil, pois o arbítrio dos donatários, na prática, é que impunha as regras jurídicas. Ao capitão era dada a faculdade de nomear ouvidor, o qual conhecia das apelações e agravos de toda a capitania e de ações novas até dez léguas de distância onde se encontrasse. A alçada do ouvidor era de cem mil réis nas causas cíveis, enquanto nas questões criminais o capitão e o ouvidor tinham competência para absolver ou para condenar impondo qualquer pena, inclusive a de morte, salvo “tratando-se de pessoa de mor qualidade, pois nesse caso – exceptuado os crimes de heresia, traição,

² NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. Ed. São Paulo, Saraiva, volume 1, 2001, pg. 55.

sodomias e moeda falsa – só tinha alçada até dez anos de degredo e cem cruzados de multa.”³

Nesse sistema, houve uma importante condenação na história do Brasil, no caso do Mártir da Inconfidência Mineira, conhecido popularmente como Tiradentes, cujo nome é José da Silva Xavier. René Ariel Dotti nos apresenta um pequeno trecho da sentença que condenou o então Tiradentes, vejamos parte do trecho original:

“Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barão e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Seboas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu”⁴

Verifica-se desse pequeno trecho a severidade, bem como a desproporcionalidade da pena aplicada, visto que além da condenação à pena de morte, ainda foi posteriormente decapitado, bem como teve os bens confiscados. Como se vê, não só o réu era condenado, mas toda a sua memória, além da transcendência da pena, visto que os filhos e netos homens também acabaram sendo penalizados.

Trazendo-a para o contexto das leis atuais, claramente fere vários princípios vigentes, incluindo a própria norma que veda a pena de morte e de caráter cruel.

1.2- Período Imperial

O Brasil conquistou a sua independência no ano de 1822, iniciando um novo ciclo, o período imperial. A princípio, não houve a revogação do Código Filipino, haja

³ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. Ed. São Paulo: revista dos tribunais, 1998, pg. 43.

⁴ *Id. Ibidem*. pg. 27.

vista a necessidade da elaboração de um novo código, assim como prometido por D. Pedro I desde o início.

O período imperial no Brasil teve dois monarcas: D. Pedro I e D. Pedro II. Ambos os reinados apresentaram momentos históricos para o país. No reinado de D. Pedro I, mais especificamente no ano de 1824, foi outorgada a primeira Constituição do Brasil, trazendo em seu bojo garantias a liberdades públicas e a direitos individuais.

Além disso, previu expressamente a necessidade da elaboração de um novo Código Criminal baseado nos pilares da justiça e da equidade. Assim, mais tarde, no ano de 1830, D. Pedro I sancionou o novo Código Criminal com relevantes modificações.

Com o advento do Código Criminal de 1830, adotou-se um maior respeito à integridade física para as penas aplicadas, portanto, passou a existir uma proporcionalidade maior entre o crime cometido e a pena imposta. Houve também a redução dos delitos que eram penalizados com a pena de morte. Além disso, às pessoas condenadas com a pena de morte não poderiam sê-las com resquícios de crueldade, isto é, não mais se admitia a tortura, enforcamentos, decapitações ou qualquer outro tipo cruel de executar o apenado, havendo, assim, uma humanização maior da pena.

Um ponto importante das significativas modificações, foi a criação da pena de privação de liberdade. Muito embora uma parcela da sociedade não fosse beneficiada por esse novo modelo de pena, era possível observar o início de uma transição, ainda que de forma lenta e gradual, as penas passariam a deixar de ser aplicadas no caráter corpóreo.

Em 1855, fato marcante da época, foi a condenação do fazendeiro Manoel da Motta Coqueiro, sendo o primeiro homem rico condenado a uma pena de morte. Embora seus juramentos de inocência e súplicas a graça imperial, foi condenado à

força pela acusação do assassinato de oito membros de família de colonos que trabalhavam em uma de suas propriedades⁵.

Posteriormente, foi descoberto que o fazendeiro era de fato inocente e fora condenado à morte por erro judiciário. Esse fato fez com que D. Pedro II passasse a conceder graça a maioria dos condenados, e aos poucos a pena de morte deixava de ser aplicada, mesmo durante a vigência do código criminal de 1830.

1.3- Período Republicano

Em 1890, a pena de morte foi abolida definitivamente, com exceção apenas em casos de guerra, após o decreto de nº 847 de 11 de outubro de 1890, assim como fora instituído o regime penitenciário correccional. O artigo 43 do novo código aduzia as penas permitidas, quais sejam: a) prisão cautelar; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatório; e) prisão disciplinar; f) interdição; g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro; h) multa.

Como se pode auferir, houve um abrandamento das penas, não admitindo mais penas infames, bem como restringiu as penas privativas de liberdade para o prazo máximo de trinta anos. Com isso vedava-se as penas de caráter perpétuo.

O Brasil se tornara uma república em 1889, após o golpe militar de Marechal Deodoro da Fonseca. Apesar de o código penal ser do ano de 1890, a nova constituição fora promulgada apenas em 1891, e com ela algumas penas foram abolidas do então código penal.

O novo código criminal foi bastante criticado por juristas da época, principalmente “por parte de setores das elites republicanas, que já assimilavam os novos discursos criminológicos e referentes às práticas penais que emergiam em

⁵ MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu, a história e o romance de um condenado à morte.** Ed. Rio de Janeiro, Record, 1998, pg. 56.

outros contextos sociais e políticos”⁶, porque havia inconsistências técnicas e em razão disso, em 1893, fora apresentado um novo projeto de reforma do código penal. Contudo, não logrou êxito.

Para suprir as referidas falhas técnicas, a primeira república fora invadida com diversas leis extravagantes. O Código estava dividido em três Livros: o Livro I, formado pelos primeiros 86 artigos, tratava “Dos crimes e das penas”, e por sua vez estava subdividido em 6 títulos, com normas gerais sobre a aplicação e os efeitos da lei penal, conceito e estrutura do crime, responsabilidade criminal, causas de justificação de crimes, espécies de penas, circunstância agravantes e atenuantes das penas, execução penal e extinção da punibilidade.

O Livro II abordava “Dos crimes em espécie”, formado por 13 Títulos, divididos em capítulos e sessões, seguido pelo Livro III, que prescrevia as “Contravenções em espécie” (DECRETO 847/1890).

Se for comparado ao seu antecessor, o código do Império, em relação à estrutura normativa e coerência teórica, foi muito insuficiente, inclusive fora considerado um dos piores códigos da história do Brasil. Entretanto, como mencionado acima, teve seus pontos positivos, tais como a abolição da pena de morte e a instalação do regime penitenciário correccional.

Em 1934, foi promulgada uma nova constituição a qual mantinha extintas as penas de banimento, morte, confisco e de caráter perpétuo, com exceção dos casos de guerra declarada. A Carta Magna de 1934 foi a de menor durabilidade em toda a história do Brasil, e durante a sua vigência permaneceu o mesmo código penal, o de 1890, sendo outorgada uma nova constituição no ano de 1937.

Embora o seu curto período de duração, a constituição de 1934 trouxe em seu texto significativas mudanças, tais como: o estabelecimento da competência da União

⁶ ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. **A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. Justiça e História.** Ed. Porto Alegre, volume 3, n. 6, 2003. pg. 3.

para legislar sobre direito processual; a competência do presidente da república para perdoar e comutar penas criminais em geral.⁷

Além disso, foi adicionado como crime de responsabilidade do presidente da república, os seus atos que atentarem contra decisões judiciais, entre outros.⁸

Em 1937, no Governo Vargas, foi outorgada a nova constituição, sob o prisma do poder autoritário e militar. Foi elaborada por Francisco Campos, então Ministro da Justiça do Governo Vargas. O bojo do texto da nova constituição era espelhado no fascismo polonês.

Em um histórico de retrocesso trazido pela nova Carta Magna, fora adotado novamente a pena de morte. Assim, traduzia o artigo 122, que dispusera acerca da possibilidade de a lei penalizar com pena de morte os crimes de homicídios por motivos fúteis.

A constituição apenas existiu formalmente, pois Getúlio Vargas era um ditador e governou por seus próprios termos, conforme pontua Antônio Fernando Pires:

“ A Constituição de 1937, não é preciso dizer, igualmente deixou de ser observada por Getúlio Vargas. Foi uma Constituição-fantoches. O Senado foi substituído por um Conselho Federal, cujos membros eram indicados pela Presidência da República. Embora mantida a Câmara dos Deputados, Getúlio Vargas tinha o poder constitucional de dissolvê-la, além de indicar os membros do Conselho Federal. Não se teve, nesta Constituição, no Preâmbulo, a evocação de Deus.⁹

No ano de 1940, ainda sob a égide da constituição de 1937, foi publicado o novo Código Penal, elaborado por Alcântara Machado, jurista de renome a época, cujas finalidades eram retributiva e preventiva. Vigente até os dias atuais, com as suas devidas modificações, a fim de se adequar a cada contexto histórico¹⁰.

A Constituição de 1946 seguiu com o mesmo Código Penal, além de restabelecer os valores democráticos de 1934. Denominada por muitos autores como

⁷ BRASIL, Constituição de 1934, Art. 56, §3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 23 de nov. 2020.

⁸ *Id. ibidem*, Art. 57, “I”

⁹ PIRES, Antônio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**, 2ª edição, método, 2016, pg. 51

¹⁰ MACHADO, Alcântara. **Direito: doutrina, legislação e jurisprudência**, Ed. Rio de Janeiro, Freitas, 1941, pg. 7.

a constituição mais democrática da história do Brasil, consoante ensinamentos de Antônio Fernando Pires:

“Carta de 1946, de 18 de setembro de 1946, é considerada por muitos autores como a melhor que tivemos. Saboreava ares de democracia e liberdade pós-guerra e restituiu inúmeros avanços que tivemos na Constituição de 1934. Uma das principais mudanças foi a restauração dos Três Poderes, independentes e harmônicos entre si. O Poder Judiciário recuperou seu prestígio ao declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos e fixou as três conhecidas garantias da magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos”¹¹

Alguns anos após, já no governo de Jânio Quadros, havia a previsão de modificação do código penal, tanto que já existia a criação da comissão de revisão do referido código. Contudo, com a renúncia do então presidente, a reforma fora adiada.

Na década de 1970, durante o regime da ditadura militar, período em que houve a supressão de vários direitos adquiridos ao longo dos anos depois de várias constituições, foram realizadas algumas alterações importantes no código penal, dentre elas a de conferir às penas criminais o papel ressocializador, através do sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Em verdade, nesse período, toda a parte geral do código fora reformada. Entretanto, não fora suficiente para os anseios da sociedade, que exigiam respostas imediatas aos acontecimentos da época, visto que nem mesmo a constituição vigente à época era respeitada.

Após longos anos sob a égide do regime da ditadura militar, em 1988, foi promulgada a nova constituição, então conhecida como “constituição cidadã” principalmente por reaver os valores democráticos.

Nesse sentido, afirma Rodrigo Rebello Pinho:

“Essa Constituição é fruto de um poder constituinte originário, que teve como origem em um processo de transição pacífica do regime militar para o regime democrático. A maior evidência de que a atual Constituição é fruto de um poder originário, muito embora tenha sido convocada por uma emenda à Constituição, foi a realização do plebiscito em que o povo brasileiro pode escolher a forma de governo a ser adotada pelo Estado brasileiro: República ou Monarquia. A República era uma das cláusulas pétreas de todas as Constituições republicanas. Só se foi possível a realização da consulta

¹¹*Id. ibidem*, p. 53.

popular em razão de a Assembleia Nacional Constituinte possuir poderes próprios de um constituinte originário, não estando subordinado a limitações anteriormente existentes".¹²

A nova Carta Magna trouxe em seu bojo novas modalidades de sanções penais, além de alterar o sistema de penas nacional e apresentar diversos princípios consagrando os direitos individuais, coletivos e sociais do cidadão.

Ademais, vigente até os dias atuais ficou conhecida como a mais completa das constituições existentes em toda a história do Brasil, apesar das críticas recebidas pela sua dimensão.

2. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

A pena de prisão é originária da idade média. Criada como forma de castigo para os clérigos e monges que viessem a cometer qualquer tipo de irregularidade. A finalidade era basicamente o arrependimento, de forma que, ao ficarem presos, se apegariam aos seus pensamentos e, assim, meditariam, e dessa forma acabariam se arrependendo da infração praticada e por conseguinte harmonizariam novamente com o Senhor Deus.

Percebe-se que a primeira hipótese de prisão que existiu no mundo, possuía o caráter de ressocialização, tendo em vista que a finalidade pretendida nesta época era fazer com que aquele que errasse pensasse nos seus atos, se arrependesse e, assim, não mais voltaria a cometê-los.

Inicialmente, na Grécia antiga, quando se adotava a prisão, esta não possuía caráter de pena, ou seja, não tinha como finalidade punir o infrator, mas sim, um meio de resguardar que aquele iria ter sua sentença cumprida. Resumidamente, a pena de prisão era um meio processual, não era a pena fim. Isto é, o preso ficaria encarcerado até o julgamento da sua sentença.

¹² PINHO, Rodrigo Rebello. **Da Organização do Estado, dos poderes e históricos das constituições**, Ed. 15ª, Saraiva, 2014, pg. 204.

No século XVI, na Europa, aconteceu as primeiras prisões seculares como forma de punir o infrator. Mas foi somente a partir do século XVIII, que outros países no mundo começaram a adotar prisão como forma de punição.

Até então não se falava em sistema penitenciário, que passou a surgir apenas no final do século XVIII, após um grupo de estudiosos que criticavam o excesso de rigor nas prisões eclesiásticas e defendiam um sistema ressocializador das prisões, se unirem para mudar essa realidade.

Como exposto acima, a pena de prisão é originária dos tempos da idade média. Os sistemas penitenciários, no aspecto evolutivo, podem ser divididos em três importantes modelos: o pensilvânico, o aurnburniano, o progressivo, o progressivo inglês, o progressivo Irlandês e o os montesinos.

2.1- Sistema Pensilvânico

Benjamim Franklin fundou, no ano de 1787, uma sociedade chamada “The Philadelphia Society for Alleniating the Meseries of Public Prisions”, na cidade de Filadélfia, nos Estados Unidos, a qual defendia o isolamento absoluto dos presos, visto que a aglomeração dos presos poderiam a vir causar transtornos como rebeliões, brigas internas, etc.

Esse sistema tinha como característica manter o condenado isolado vinte e quatro horas em sua cela, sendo permitido apenas a leitura da bíblia. Não tinha o direito de receber visitas ou trabalhar, pois era necessário que o acusado refletisse sobre suas ações, e por meio da reflexão e oração, arrepender-se dos seus atos¹³.

Segundo Michel Foucault, “o isolamento absoluto (...) não se pede a requalificação do criminoso ao exercício de uma lei comum, mas à relação do indivíduo com sua própria consciência e com aquilo que pode iluminá-lo de dentro.”¹⁴

Uma das vantagens desse tipo de sistema, era o fato da existência de separação individual entre os sentenciados, pois impedia a ocorrência de conflitos

¹³ GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal: parte geral**, Ed. 18ª, Rio de Janeiro, 2016, pg. 590.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, Ed. 20ª, Petrópolis – RJ, 1999, pg. 201.

entre eles, fugas e rebeliões. Como se pode auferir, a única forma de correção adotada por este sistema era a consciência de cada prisioneiro.

Em contrapeso, houve duros julgamentos a esse sistema, devido aos sofrimentos sem necessidade, o custo elevado, e por não induzir à ressocialização do criminoso. Von Henting, citado por Carlos Lélío Lauria Ferreira e Luis Carlos Valois, o definiu como uma tortura refinada “que desaparece aos olhos do mundo, mas continua sendo uma sevícia insuportável, embora ninguém toque no apenado. O repouso e a ordem são estados iniciais da desolação e da morte”.¹⁵

2.2- Sistema Auburniano:

O sistema auburniano foi criado baseado no sistema filadélfico, sendo que, o governador de Nova York a época criou uma comissão com a única finalidade de estudar o sistema filadélfico, registrando os pontos positivos e negativos.

Assim, em 1816, o capitão Elaes Lynds, da penitenciária de Auburn, adotou o então sistema que foi denominado de sistema auburniano ou sistema do silêncio. Nesse sistema, os condenados eram isolados apenas no período noturno. Contudo, realizava as alimentações em conjunto, assim como outras atividades, mas quando permaneciam na presença de todos deveria prevalecer o silêncio absoluto, sob pena de castigo corporal, que era extremamente cruel e desproporcional. No período diurno podiam exercer suas atividades laborativas normalmente, observando sempre o respeito ao silêncio.

João Farias Júnior relata como era a vida de um prisioneiro da penitenciária de Auburn:

“a) o condenado ingressava no estabelecimento, tomava banho, recebia uniforme, e após o corte de barba e do cabelo era conduzido à cela, com isolamento durante a noite; b) acordava às 5:30 horas, ao som da alvorada; c) o condenado limpava a cela e fazia sua higiene; d) alimentava-se e ia para as oficinas, onde trabalhava até tarde, podendo permanecer até às 20 horas no mais absoluto silêncio, só se ouvia o barulho das ferramentas e dos movimentos dos condenados; e) regime de total silêncio de dia e de noite; f) após o jantar o condenado era recolhido; g) as refeições eram feitas no mais completo mutismo, em salões comuns; h) a quebra do silêncio era motivo de castigo corporal. O chicote era o instrumento usado para quem rompia com o

¹⁵ VON HENTIG apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. Ed. São Paulo, Saraiva, 2011, pg. 79.

mesmo; i) aos domingos e feriados o condenado podia passear em lugar apropriado, com a obrigação de se conservar incomunicável.”¹⁶

Para Michel Foucault, a penitenciária de Auburn deveria ser como:

“microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical. (...) A coação é assegurada por meios materiais, mas sobretudo por uma regra que se tem que aprender a respeitar e é garantida por uma vigilância e punições”¹⁷.

Em 1821, houve uma modificação nesse sistema. Os presos foram divididos em três categorias as quais separavam os mais velhos e persistentes delinquentes, os menos incorrigíveis e por fim os presos com maior expectativa na regeneração. Aos de primeira categoria, era determinado o isolamento contínuo. Aos de segunda categoria, o isolamento ocorria três vezes por semana. E aos de terceira categoria era imposto apenas o isolamento noturno, podendo exercer sua vida cotidiana normalmente no período diurno.

O rigor da exigência do silêncio, para César Roberto Bitencourt, foi um dos motivos do fracasso desse sistema, tendo em vista que a imposição dessa medida tinha por outro lado penas cruéis e desproporcionais ao seu descumprimento. O principal ponto positivo desse sistema foi o trabalho penitenciário, mas por pressão dos sindicatos, que não aceitavam essa medida, não prosperou.

A principal diferença do sistema aurnburniano para o sistema filadélfico era o fato de que neste os detentos ficavam separados durante todo o dia; já naquele, o isolamento ocorria apenas no período noturno.

O sistema filadélfico era motivado por questões religiosas. Já o sistema aurnburniano baseou-se claramente em motivações econômicas, e por isso, uma das vantagens desse sistema era a baixa manutenção, pois os próprios detentos exerciam atividades laborais que amenizava os custos da penitenciária. Além disso, impedia a ociosidade deles.

¹⁶ FARIAS JUNIOR, João in: SÁ, Geraldo ribeiro de. **A prisão dos excluídos: origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade**, Ed. Juiz de Fora, UFJF, 1996, pg. 94.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, Ed. 33ª, 1987, pg. 200.

2.3- Sistema Progressivo

O conceito de um sistema penitenciário progressivo surgiu no final do século XIX. Entretanto, sua utilização expandiu-se através da Europa somente depois da primeira Guerra Mundial.

O sistema progressivo faz parte do nosso ordenamento jurídico penal, sustentando a ideia de que o preso poderá atenuar a sua pena, sob a condição de bom comportamento e que demonstre aptidão para se reintegrar à sociedade depois do cumprimento da sua pena.

A base desse regime consistia em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, permitindo determinadas regalias ao preso, de acordo com seu bom comportamento e nível de ressocialização. Outro aspecto importante, era o fato de possibilitar ao preso retornar à sociedade antes do final de sua pena. Assim, leciona Cezar Roberto Bittencourt:

“A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.”¹⁸

Esse sistema era constituído por três fases. Na primeira fase, o preso ficava isolado tanto no período diurno quanto no período noturno, inclusive poderia ainda nessa fase ser submetido ao trabalho prisional obrigatório. A segunda fase era marcada principalmente pelo exercício do trabalho comum pelo preso, no período diurno, visto que no período noturno deveria retornar a prisão e manter-se isolado. A progressão era baseada no empenho do trabalho exercido, assim como no comportamento prisional de cada detento, sendo que a cada dia era alcançado as denominadas marcas ou vale, e a quantidade obtida por cada um determinava a sua progressão e, assim, poderiam também reduzir a sua pena imposta pela sentença.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Ed. São Paulo, Saraiva, 2000, pg.129.

O sistema progressivo tinha como fundamento dois princípios: estimular a boa conduta do recluso e obter sua reforma moral para uma futura vida em sociedade. Se subdivide, ainda, em dois sistemas progressivos, o inglês e o sistema progressivo irlandês.

2.4- Sistema progressivo inglês

O sistema progressivo inglês foi desenvolvido pelo capitão Alexandre Maconochie, em 1840. Consistia em medir a duração da pena através da soma do labor e do bom comportamento imposto ao detento. À proporção que o sentenciado cumpria essas condições, o diretor da penitenciária registrava um certo número de marcas, de modo que, a quantidade de marcas que o condenado necessitava obter antes da sua liberdade, deveria ser proporcional a gravidade da infração por ele cometida. Ou seja, nesse sistema, a duração da pena baseava-se na conjugação da gravidade do delito, do aproveitamento do trabalho e da conduta do acusado.

Em casos de indisciplina, o preso era punido com uma pena de multa. Com isso, a sua pena de privação de liberdade variava de acordo com o bom comportamento prisional e o bom desempenho nas atividades labutarias. Esse foi um método adotado com o intuito de que o preso refletisse que a diminuição ou majoração dos dias de confinamento dependiam exclusivamente dele e das suas condutas.

A pena de prisão era dividida em três fases: a primeira fase era baseada no sistema Filadelfico, que consistia no isolamento celular diurno e noturno, com regime de trabalhos intensos e alimentação precária, com o intuito de fazer com que o criminoso refletisse sobre seu comportamento delituoso.

A segunda fase foi baseada no sistema auburniano. O trabalho era realizado por todos, sob a norma do silêncio. O criminoso fica isolado no período noturno, e caso, mantivesse a disciplina, poderia avançar para a terceira fase.

Por fim, a terceira fase era à liberdade condicional, onde o criminoso a recebia, e se não fosse revogada, vinha então a adquirir sua liberdade de forma definitiva.

2.5- Sistema progressivo irlandês: a prisão intermediária

O sistema progressivo inglês foi em seguida aperfeiçoado e substituído pelo irlandês. Tinha os mesmos fundamentos e ideologias, porém, diferenciando-se pela inserção de mais uma fase, intermediária entre o período de trabalho do condenado e o de liberdade condicional.

Na nova fase, o condenado trabalhava ao ar livre ou em prisões especiais, preferencialmente agrícolas. Não usava uniforme de preso e não sofria castigos corporais, podia comunicar-se com a população livre e ainda obtinha parte de remuneração de seu trabalho.

No mesmo sentido Luís Francisco Carvalho Filho diz:

“O modelo progressivo foi aperfeiçoado na Irlanda, onde se inclui, entre as fases estabelecidas na ilha Norfolk, um quarto estágio, a “Prisão intermediária”, na qual, antes de adquirir a liberdade condicional, o preso trabalhava ao ar livre, em estabelecimentos especiais, sem os rigores da prisão fechada. O modelo se espalhou pelo mundo.”¹⁹

2.6- Sistema de Montesinos

Esse sistema fora proposto pelo então coronel Manoel Montesinos, ao ser nomeado Governador do presídio de San Agustín, localizado na Cidade de Valença, na Espanha, no ano de 1835. Montesinos acreditava na reabilitação do condenado. Para ele, a pena deveria ser cumprida buscando sempre o fim da ressocialização. Devido a isso, o seu sistema havia quatro pilares fundamentais: tratamento humanitário; trabalho remunerado; ausência de castigos corporais; e, por fim, a apresentação das normas orientadoras da execução.

Montesinos era apaixonado pelo tema penitenciário. Poucas pessoas daquela época pensavam e acreditavam na potencialidade de a situação de preso como ele. Tanto é assim que, na entrada da penitenciária que governava havia a seguinte frase: “aqui entra o homem, o delito fica na porta.”²⁰

¹⁹ CARVALHO FILHO, Luis Francisco. **A prisão**. Ed. São Paulo, publifolha, 2002, pg.27.

²⁰ GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. Ed. 4ª, 2017, pg. 127.

As regras orientadoras para cumprimento da pena naquele presídio eram gradativamente compostas por três fases. Na primeira fase, os presos deveriam limpar o interior do estabelecimento prisional; na segunda fase, os presos poderiam escolher as oficinas que desejavam trabalhar; na terceira fase, após um certo período de cumprimento da pena, acrescido do bom comportamento do preso, este poderia sair para visitar seus familiares e trabalhar fora do presídio.

Apesar do sucesso desse sistema, produtores e artesãos começaram a boicotar o sistema sob a afirmativa de que o trabalho exercido pelos presos estaria prejudicando aqueles trabalhadores em seus negócios. Diante disso, juntamente com o apoio popular, começaram uma onda de protestos indo contra o referido sistema. O governo acabou cedendo a pressão popular, o que fez com que o coronel deixasse a direção do presídio e com isso aos poucos seu sistema foi deixando de ser eficiente para a ressocialização do condenado.

3. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O direito punitivo do estado se fez necessário devido a vida em coletividade, pois para que a paz e o interesse da maioria fossem preservados, era necessário criar regras comuns de convivência, e a infringência dessas regras gerava a punição do infrator. Em verdade, conforme nos ensina Noronha, “as penas existem desde os primórdios da existência humana.”²¹

Antes de tratar o assunto da evolução das penas e a origem das prisões no Brasil, é importante conceituar duas palavras, prisão e pena, àquela de uma forma ampla é um espaço idealizado para acolher pessoas condenadas a pena privativa de liberdade.

Segundo os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

“A privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regime de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada

²¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Ed. Saraiva, volume 1, 2003, pg. 22.

unicamente a vigorar, enquanto necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.”²²

A pena é uma espécie do gênero sanção penal. Romeu e Almeida Salles Júnior conceitua a palavra pena da seguinte forma:

“Pena é retribuição pelo delito cometido. Traduz em privação e bens jurídicos que a lei impõe ao infrator. Sempre teve caráter retributivo de castigo. No entanto, visa também a reeducação e readaptação do delinquente. A pena guarda sempre proporcionalidade com o delito praticado, com a lesão efetivamente causada ao bem tutelado. Sua finalidade é a prevenção geral, intimidando através de sua previsão em lei, advertindo aqueles que são propensos a transgredir a ordem do direito. E também a prevenção especial, uma vez que, aplicada ao caso concreto, objetiva reeducar ou recuperar o criminoso.”²³

Até 1830, o Brasil não tinha um código penal próprio, por ainda ser uma colônia portuguesa. Naquela época, o rol de crimes e penas que seriam aplicados no território brasileiro, estava previsto nas Ordenações Filipinas. Em seu livro V, as Ordenações traziam o rol de crimes e penas que seriam aplicados no Brasil. Entre as penas, destaca-se pena de morte, degrado para as galés e outros lugares, penas corporais (como açoite, mutilação, queimaduras), confisco de bens e multa e ainda penas como humilhação pública do réu. Não existia a previsão do cerceamento e privação de liberdade, posto que as ordenações são do século XVII e os movimentos reformistas penitenciários começaram só no fim do século seguinte.

Os estabelecimentos prisionais do Brasil seguiam o antigo entendimento de prisão como meio de evitar a fuga para a pena que viria, e não como fim, como pena. Somente em 1824, com a nova constituição, é que o sistema prisional brasileiro passou por mudanças. Foram banidas as penas de açoite, a tortura, o ferro quente e outras penas cruéis. Foi determinado que as cadeias deveriam ser seguras, limpas e bem ventiladas, bem como, diversas casas para a separação dos réus, conforme a circunstâncias, e natureza dos seus crimes. A abolição das penas cruéis não foi plena, já que os escravos ainda estavam sujeitos a elas.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**, Ed. 11ª, São Paulo, 2012, pg.606.

²³ JUNIOR, R. A. S. **Curso completo de direito penal**, Ed. 7ª, São Paulo, Saraiva, volume 1, 2012, pg. 81.

Em 1830, com o Código Criminal do Império, a pena de prisão foi introduzida no Brasil em duas formas: a prisão simples e a prisão com o trabalho, que podia ser perpétua. Passou a ter uma função essencial no rol das penas, porém, ainda foram mantidas as penas de morte e de galés (trabalhos forçados e poderia ser perpétua). O Código não nomeia nenhum sistema penitenciário específico. Ele deixa livre a definição desse sistema e do regulamento a ser seguido a cargo dos governos provinciais.

Além dessas penas, havia outros tipos, como classifica Manoel Barros da Motta:

“O arsenal das penas estabelecido pelo Código de 1830 compunha-se da morte na forca (artigo 38); galés (artigo 44); prisão com trabalho (artigo 46); prisão simples (artigo 47); banimento (artigo 50); degredo (artigo 51); desterro (artigo 52); multa (artigo 55); suspensão de emprego (artigo 58); perda de emprego (artigo 59). Para os escravos, havia ainda a pena de açoite, caso não fossem condenados à morte nem as galés. Depois do açoite, o escravo deveria ainda trazer um ferro, segundo a determinação do juiz.”²⁴

Em seu art. 49, já se notava a dificuldade de implantação da pena prisão com trabalhos na realidade brasileira.

“Art. 49. Enquanto se não estabelecerem as prisões com as comodidades, e arranjos necessários para o trabalho dos réos, as penas de prisão com trabalho serão substituídas pela de prisão simples, acrescentando-se em tal caso à esta mais a sexta parte do tempo, por que aquelas deveriam impôr-se.”

As penitenciárias do Brasil ainda eram precárias e enfrentavam vários problemas. Em 1828, a Lei Imperial de 1º de outubro, cria as Câmaras Municipais e, entre suas atribuições, tem em seu art. 56 o seguinte:

“Art. 56. Em cada reunião, nomearão uma comissão de cidadãos probos, de cinco pelo menos, a quem encarregarão a visita das prisões civis, militares, e eclesiásticas, dos carceres dos conventos dos regulares, e de todos os estabelecimentos públicos de caridade para informarem do seu estado, e dos melhoramentos, que precisam”.

Essas comissões que visitavam as prisões produziam relatórios de suma importância para a questão prisional do país, trazendo a realidade lastimável desses

²⁴ MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**, Ed. Rio de Janeiro, forense universitária, 2011, pg.78.

estabelecimentos. O primeiro relatório da cidade de São Paulo, datado em abril de 1829, já tratava de problemas que ainda hoje existem, como falta de espaço para os presos, mistura entre condenados e aqueles que ainda aguardavam julgamento.

Foi a partir de 1870 que começaram as críticas a Casa de Correção de São Paulo e principalmente ao sistema Auburn, que era o adotado na época. Até então, o Brasil era marcado pela escravidão, e tal sistema se encaixava na mentalidade das pessoas naquele momento.

Com o advento do Código Penal de 1890 que surgiu a ideia de punir o condenado, de forma a promover a reeducação, criando-se o regime penitenciário de caráter correccional. Tal código possibilitou o estabelecimento de novas modalidades de prisões com celas individuais e oficinas de trabalho, considerando que não mais haveria penas perpétuas ou coletivas, limitando-se às penas restritivas de liberdade individual, com penalidade máxima de trinta anos, bem como prisão cautelar, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar. Particularidades históricas deram então o contorno para o atual modelo do sistema de privação de liberdade.

Segundo Michel Foucault:

“Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens... “ à ilegalidade do bens foi separada da ilegalidade dos direitos.”²⁵

O Código, em seus artigos 45 e 50, assume claramente o Sistema Progressista Irlandês, notadamente pela progressão de pena presente no regime prisional do mais fechado, até o regime aberto:

“Art. 45. A pena de prisão celular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento celular e trabalho obrigatorio, observadas as seguintes regras:
 a) si não exceder de um anno, com isolamento celular pela quinta parte de sua duração;
 b) si exceder desse prazo, por um periodo igual a 4ª parte da duração da pena e que não poderá exceder de dous annos; e nos periodos sucessivos, com trabalho em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, Ed. 5ª, Petrópolis, 1998, pg.74.

Art. 50. O condenado a prisão celular por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena.

§ 1º Si não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahiu.

§ 2º Si perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, comtanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dous annos”.

Desde a promulgação do Código Criminal de 1830, era perceptível uma carência de estabelecimentos adequados para o cumprimento das penas estabelecidas, e com o Código de 1890, a situação ainda era a mesma. Enquanto a maioria dos crimes previa pena de prisão celular (que envolvia trabalhos dentro do presídio), não existiam estabelecimentos desse tipo para o cumprimento, e havia um déficit de vagas enorme.

Do mesmo modo o legislador se vê obrigado a criar opções para o cumprimento dessas penas, como se percebe no art. 409:

“Art. 409. Enquanto não entrar em inteira execução o sistema penitenciário, a pena de prisão celular será cumprida como a de prisão com trabalho nos estabelecimentos penitenciários existentes, segundo o regime actual; e nos logares em que os não houver, será convertida em prisão simples, com aumento da sexta parte do tempo.

§ 1º A pena de prisão simples em que for convertida a de prisão celular poderá ser cumprida fora do logar do crime, ou do domicilio do condenado, si nele não existirem casas de prisão cômodas e seguras, devendo o juiz designar na sentença o logar onde a pena terá de ser cumprida”.

No início do século XX, a legitimidade social da prisão ganhou variações para um melhor controle da população carcerária. Neste período surgiram tipos modernos de prisões, adequadas à qualificação do preso segundo categorias criminais: contraventores, menores, processados, loucos e mulheres. Assim, identificados com esta forma de distribuição, percebe-se uma racionalização do espaço, considerando o tipo do crime tendo por critérios o grau de infração e periculosidade do réu.

Com a reforma no Código Penal de 1940, pela Lei nº. 7210/84, foi abandonada a distinção entre penas principais e acessórias. Dessa forma, com a nova lei existem

somente as penas privativas de liberdade, podendo ser pena de detenção ou pena de reclusão, as alternativas (restritivas de direitos) e multa²⁶.

Em 1984, foi promulgada a Lei 7.210, denominada de Lei de Execução Penal, cuja finalidade primordial era regulamentar a execução da pena, de modo a individualizar as penas a serem cumpridas por cada detento, buscando sempre resguardar os seus direitos e estabelecendo os seus deveres.

Das inovações trazidas, é oportuno salientar acerca do trabalho prisional, pautado no artigo 31, da LEP, vejamos:

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.
Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Perceba que o trabalho trazido na Lei de Execução Penal é de caráter obrigatório, sendo facultativo apenas ao preso provisório. Além disso, no bojo do artigo 29, do mesmo diploma legal, leciona que o preso será remunerado pelo trabalho prestado, e o valor a ser auferido pelo preso não poderá ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo, senão vejamos:

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

Enquanto isso, a constituição federal promulgada em 1988 e vigente até os dias atuais, preocupou-se principalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana e os demais fundamentos trazidos no artigo 5º desta Carta, tais como, a proibição de tortura, respeito à integridade física e moral, entre outros.

Atualmente, é notória a precariedade que se encontra o sistema prisional brasileiro. São vários os fatores que contribuíram para isso: o abandono, a falta de investimento e o descaso do Poder Público. Dessa forma, aquele sistema que tinha a finalidade de se tornar um instrumento de substituição das penas desumanas, não tem desempenhado seu papel, pelo contrário, tem se tornado um motivo para aperfeiçoamento de criminosos, e conseqüentemente, afetar o que seria o papel principal: a ressocialização.

²⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, Ed. 11ª, São Paulo: Hemus, 1998.

Para um melhor entendimento do funcionamento do sistema prisional brasileiro atualmente, é necessário abordar as fases da execução penal, assim como as respectivas penitenciárias.

Como se sabe, no Brasil rege o sistema progressivo de penas²⁷. Dessa forma, existem três regimes para o cumprimento da pena, quais sejam: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto.

Assim, a Lei de Execuções penais – LEP define os requisitos e como devem ser cumpridas a pena em cada regime, regulamentando cada fase da sua execução. No bojo do artigo 87 do referido diploma, aduz que a penitenciária é destinada ao cumprimento de pena em regime fechado.

Seguindo, o artigo 88 do mesmo diploma trata do alojamento do preso:

“Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana. b) área mínima de 6 m² (seis metros quadrados).”

Em uma simples análise ao artigo retro, verifica-se que, em tese, o preso deveria ser alojado em célula individual, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, além de área mínima de seis metros quadrados. Ora, é indubitável que tal artigo é absolutamente incoerente com a realidade, visto que a principal reclamação do sistema carcerário é exatamente a superlotação, inclusive por cela, sendo que uma cela com capacidade para 10 presos, acaba alojando em torno de 40 presos.

O preso condenado, inicialmente em regime fechado, poderá progredir para o regime semiaberto, após cumprido um sexto da pena se a condenação se tratar de crime comum e, ainda, se cumprir os requisitos para a concessão da progressão. Nesse caso, observa-se além do cumprimento temporal de pena exigido em lei, também exige-se o bom comportamento do preso.

²⁷ - Lei de Execução Penal - Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para o regime menos rigoroso a ser determinada pelo juiz quando o preso tiver cumprido 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Em se tratando de condenado por crimes hediondos posteriores a 2007, o preso terá de cumprir dois quintos da pena e ter tido um bom comportamento no estabelecimento prisional, se réu primário; caso seja reincidente, terá de cumprir três quintos da pena.

Cabe ressaltar que o termo bom comportamento é bastante subjetivo. Portanto, o bom comportamento do preso averiguado para fins de progressão de regime é a ausência de falta grave homologada, ou seja, cada infração cometida pelo preso no estabelecimento prisional ou fora dele durante o cumprimento da pena, gera uma espécie de falta, podendo ser falta leve, média ou grave. Destas, apenas a falta grave incide na avaliação para a concessão de progressão de regime pelo juiz.

No caso da progressão para o regime aberto, além da exigência dos requisitos mencionados, exige-se ainda que o condenado trabalhe, isto é, para que possa ser deferida a concessão do regime aberto não é suficiente que tenha cumprido um sexto da pena e que tenha tido bom comportamento carcerário, é necessário também que tenha emprego garantido fora do estabelecimento prisional. Entretanto, o trabalho realizado pelo preso nesse regime não é contabilizado para fins de remição da pena.

4. TRABALHO PENITENCIÁRIO

4.1- Origem e natureza jurídica.

O trabalho penitenciário tem como objetivo central a ressocialização do condenado, de forma a prepará-lo para a reintegração a sociedade. Nesse sentido, é relevante abordar inicialmente acerca da origem do trabalho penitenciário e sua natureza jurídica.

O trabalho penitenciário foi introduzido no sistema carcerário no século XVI. Contudo, como já mencionado anteriormente, nessa época ainda predominava como penas principais a morte e a mutilação dos condenados. Assim, o trabalho como castigo era tido com uma exceção.

Até o século XVI não havia qualquer perspectiva, seja ressocializadora para o preso ou mesmo econômica nas prisões. O preso era considerado um ser à margem

da sociedade e tratado como animal, além de muitas vezes, lhe serem aplicadas penas severas e mesmo de morte. Isto porque, o trabalhador presidiário não era considerado um sujeito de direitos e, portanto, era obrigado a trabalhar em serviços rudes ou nocivos. No final do século XIX, e início do século XX, surgiram os direitos sociais, estabelecendo uma sociedade mais justa e igualitária. Num primeiro momento, tais direitos não eram aplicados aos presidiários²⁸.

Num segundo momento, partindo da perspectiva ressocializadora, Bitencourt acredita no poder reabilitador do trabalho e acha desaconselhável a condenação a trabalhos penosos e inúteis, devendo ser produtivos e atrativos. É um absurdo converter o trabalho em algo detestável, já que será o único meio que permitirá ao recluso uma existência honrada quando recuperar sua liberdade.

Nos dias atuais, o trabalho do preso é visto como uma forma de ressocialização. Por isso, é direito do preso ter acesso ao trabalho durante o cumprimento da pena. Inclusive, o trabalho prisional deve ser dotado de direitos semelhantes àqueles conferidos aos demais trabalhadores, conforme dispõe o código penal de 1940, em seu artigo 38: “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade”.²⁹

Mais do que um direito, a Lei de Execuções Penais afirma que o condenado a pena privativa de liberdade está obrigado ao exercício de trabalhos internos, conforme disposto em seu artigo 31 do referido diploma, senão vejamos:

“Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.
Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.”

A Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente o trabalho como direito social, sendo por meio dele que o homem é dignificado. O artigo 6º da Carta Magna dispõe:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção

²⁸ ASSIS, Rafael Damasceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>. Acesso em 23 de novembro de 2020.

²⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm/>. Acesso em 23 de novembro de 2020.

à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Já no artigo 7º do mesmo diploma assegura algumas garantias aos trabalhadores.³⁰

Em se tratando do trabalho prisional, a constituição federal e as legislações infraconstitucionais preveem como sendo um direito e um dever do preso.

De acordo com as regras adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção dos crimes e tratamento dos delinquentes, realizado no ano de 1955, na cidade de Genebra, o trabalho do preso não deve ser penoso e deve está em consonância com a aptidão física e mental de cada indivíduo privado de sua liberdade. Isto porque, o trabalho exercido durante o cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais possui a finalidade de proporcionar da ressocialização, devendo, portanto, o Estado proporcionar treinamento profissional a fim de que, após o devido cumprimento da pena, ao ser reinserido na sociedade o apenado possa exercê-lo. Por isso, sempre que possível deve ser facultado ao preso a escolha do tipo de trabalho que deseja exercer.

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal (LEP), dispõe em seu artigo 28 que “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”³¹, ratificando a finalidade do trabalho prisional como sendo a ressocialização.

Nesse sentido, acerca da evolução do trabalho do apenado, leciona Michel Foucault:

“Os trabalhos forçados[...]foram substituídos pelo trabalho prisional correcional, moralizante e disciplinador do corpo do condenado. Quanto ao trabalho nos dias atuais afirma que, o trabalho não é mais retributivo; constitui parte do tratamento penitenciário, que, por sua vez, é um dos pilares da propalada e discutível ressocialização do apenado, tendo como metas promover sua readaptação, profissionalizá-lo e inculcar em seu modo de vida os hábitos laborais.[...]No ambiente carcerário, então, empresta-se ao trabalho papel quase sagrado: funciona como panacéia para todos os desvios sociais nos quais incorrem os criminosos, presumidamente vadios e ociosos.”

³²

³⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/. Acesso em 24 de novembro de 2020.

³¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm/. Acesso em 24 de novembro de 2020.

³² Foucault, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**, Ed. 35ª, 1985, pg. 205.

A Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999, regulamenta as organizações institucionais de cooperativas sociais para auxiliar a inserção do condenado ao mercado econômico através do trabalho. Essas instituições buscam realizar contratos com entidades públicas e privadas para obtenção de trabalho do condenado.

A atividade exercida pelo trabalhador preso propicia ainda a valorização enquanto ser humano e a concretização de sua dignidade, além de possibilitar o preparo para sua vida, após alcançada a liberdade fora do estabelecimento prisional. Além disso, outra importante função do trabalho prisional, é a possibilidade de remir a pena, quando estiver nos regimes fechado e semiaberto, à razão de um dia de pena para cada três dias trabalhados, conforme disposto do artigo 126, II, da LEP:

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.
II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.”³³

Percebe-se que o trabalho penitenciário é um direito subjetivo do preso e a sua oferta constitui uma obrigação do Estado. Trata-se de um benefício previsto pelo próprio legislador, condicionando-o ao exercício de uma atividade laboral e por isso deve implantar os meios e os instrumentos necessários ao implemento dessa atividade.

4.2- Direito a remição pelo trabalho

Como é de grande notoriedade, os estabelecimentos penais do Brasil são desprovidos de recursos materiais e humanos suficientes para ofertar trabalho a todos os detentos. Assim, tem-se um impasse, haja vista que a remição apenas é concedida ao preso que efetivamente prestou alguma atividade, mas, e aos presos que não trabalharam, por que o Estado não forneceu condições adequadas para todos? Caberia a concessão da chamada remição ficta?

Na visão de Silva, a remição ficta é o reconhecimento do benefício da remição penal, diante da falha Estatal em proporcionar ao apenado, atividade laboral, para que

³³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm/. Acesso em 24 de novembro de 2020.

este possa cumprir o requisito objetivo expresso na Lei de Execução Penal, para alcançar o referido benefício. Entretanto, a obrigação legal do apenado é tolhida pela ausência de institutos prisionais, não adaptados a cumprir a imposição legal, fazendo com que os apenados permaneçam ociosos³⁴.

Segundo os ensinamentos de Rodrigo de Abreu Fudoli:

“[...] a remição é prevista em normas jurídicas que padecem do mas da eficácia prático-sociológica diminuta, quer porque os efeitos do instituto são, muitas vezes, neutralizados pela perda dos dias remidos; quer pela pequenez da extensão conferida ao conceito de trabalho, para fins remissionais; quer, por derradeiro, em virtude de apenas pequena percentagem dos condenados possuir, no atual estado de coisas da execução penal brasileira, a oportunidade de trabalhar nos estabelecimentos penais. De outro lado, poucos se dedicaram ao aprofundamento a respeito de aspectos de considerável importância relacionados a remição da pena.”³⁵:

Celio Cesar Paduani, neste sentido, esclarece:

“O objetivo da remição penal, segundo os ditames legais, é reduzir, pelo trabalho, a pena privativa de liberdade, além de ser um componente essencial à recuperação do condenado, pois inevitavelmente, o trabalho é a melhor terapia existente.”³⁶

E acrescenta, ainda, Celio Cesar Paduani:

“Pelo exercício do trabalho o ser humano se auto-realiza e, ao mesmo tempo, é levado a contribuir, com seu labor, ao bem comum, de tudo isso tendo o mesmo, consciência. Aliás, o trabalho, em sua essência, tem nítida função social. É por isso que, participando das atividades do trabalho, o condenado se auto-aperfeiçoa e se prontifica para servir a sociedade de que se viu alijado.”

Nesse sentido, segue o entendimento de Laís Helena Domingues de Castro Pachi:

“Se o Estado não propicia meios laboroterápicos ao condenado, não pode retirar dele o direito à remição da pena, o qual foi outorgado pelo próprio Estado. Caso contrário, o Estado, além de descumprir os fins propostos na LEP, ao não dotar os estabelecimentos penais de condições dignas e aptas

³⁴ SILVA, João Vicente. **Execução Penal- prática, processo e jurisprudência criminal**, Ed. 2ª, Curitiba, Juruá, 2002, pg. 22.

³⁵ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **Da remição da pena privativa de liberdade**, Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pg.17.

³⁶ PADUANI, Célio César. **Da remição na lei de execução penal**, Ed. 1ª, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pg. 17.

ao trabalho, impõe ao condenado sanção para o qual este não colaborou. É o próprio Estado negando a vigência da lei que sancionou. (grifo nosso).³⁷

Para alguns autores, a remição deve ser concedida apenas mediante trabalho prisional previamente prestado pelo preso, não podendo ele alegar a impossibilidade de realização em face de o Estado não fornecer condições adequadas para tanto. Segundo Bitencourt, a concessão da remição aos que não prestaram a atividade laboral os igualaria, de maneira injusta, aos que efetivamente realizaram a atividade laboral.³⁸

4.3- Jornada e remuneração do trabalho prisional.

Quanto a jornada de trabalho do preso, o artigo 33 da Lei de Execução Penal dispõe que não poderá ser inferior a seis horas, nem superior a oito horas diárias.³⁹ Além disso, deve haver descansos aos domingos e feriados. Em razão disso, parte da doutrina e jurisprudência entendem que os dias trabalhados em horários inferiores ao exigido em lei, de seis horas diárias, não devem ser computados para cálculo do benefício, igualmente os dias trabalhados com horários superiores ao permitido, oito horas diárias.

Em contrapartida a tal posicionamento, Alvim posiciona de maneira contrária. Para ele, a fixação da jornada diária do preso prevista na LEP, possui a finalidade de orientar a administração prisional a fim de que seja adequado o labor diário dos internos às circunstâncias da relação trabalhista social.⁴⁰

A reintegração social não depende unilateralmente do trabalho objetivado na produção, mas envolve uma relação trabalhista com respeito aos direitos sociais básicos do preso trabalhador, sendo que a contemporaneidade constitucional garante uma série de direitos aos trabalhadores, e excluir tais benefícios do âmbito do trabalho prisional seria uma atitude antijurídica e ilegítima.

O apenado também goza do direito de ser remunerado pelo serviço realizado, seja para o Estado, seja para uma entidade privada. A renda auferida pelo presidiário

³⁷ PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. **A remição da pena é direito do condenado e obrigação do Estado**, Boletim IBCCRIM, jurisprudência, São Paulo, v.1, n.9,1993, pg.22.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Ed. 13ª, São Paulo, Saraiva, 2008, pg. 472.

³⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm/. Acesso em 26 de novembro de 2020.

⁴⁰ ALVIM, Rui Carlos Machado. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**, Ed. São Paulo, Atlas, 1991, pg. 82.

deve atender seus interesses, os de sua família, bem como o da vítima, dispondo a Lei de Execução Penal a ordem da destinação dos valores obtidos:

“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.”

Percebe-se que o salário do preso além de já haver destinação pré-determinada, pode ser menor que o salário mínimo, conforme disposto no artigo 29 supra, não podendo, entretanto, ser menor do que $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo. Isto porque o detento não está regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

Para Luiz Vicente Cernicchiaro:

“Extinta a escravatura, não faz sentido o trabalho gratuito, ainda que imposto pelo Estado, mesmo na execução da sentença criminal. A remuneração do trabalho está definitivamente assentada. O Direito Penal virou também a página da história. O Código Criminal do Império estatuiu no art. 46: ‘A pena de prisão com trabalho obrigará os réus a ocuparem-se diariamente no trabalho que lhes for designado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos policiais das mesmas prisões’. A superação do trabalho gratuito caminha paralelamente à rejeição do confisco de bens”.⁴¹

Importante ressaltar que a constitucionalidade deste artigo está, inclusive, sendo questionada no Supremo Tribunal Federal – STF, em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, ajuizada pela Procuradoria Geral da República – PGR, na qual é questionada o valor monetário percebido pelo trabalhador preso ser menor do que o salário mínimo, de modo que estaria violando o princípio da isonomia, assim como o artigo 7º, inciso IV, da CF, que garante a todos os trabalhadores urbanos e rurais o direito ao salário mínimo.

⁴¹ CERNICCHIARO, Luiz. **Direito penal na constituição**. Ed. 3ª, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pg. 133.

Em contrapartida, a Advocacia Geral da União – AGU argumenta:

“(…) é de se observar que a situação do preso investe-se de um caráter excepcional e temporário e extingue-se com o cumprimento da pena. 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, a remuneração do preso não se presta, como no caso do trabalho comum, ao próprio sustento, mas ao atendimento das finalidades previstas no artigo 29 da Lei de Execução Penal.

Dessa forma, não merece acolhimento a pretensão de garantir ao preso um salário mínimo ‘capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às despesas com família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social’, nos moldes contemplados pelo artigo 7º, inciso IV, da Carta Republicana, pois a finalidade da remuneração do seu trabalho é diversa daquela dos trabalhadores urbanos e rurais.

Em outras palavras, não se verifica a apontada violação ao princípio da isonomia, tendo em vista que as situações comparadas, quais sejam, a do trabalhador preso e a do trabalhador comum, revelam-se distintas, a evidenciar tratamento diferenciado entre elas.

Nesse mesmo sentido, não se vislumbra ofensa à dignidade humana, pois o preso receberá uma remuneração condizente com o trabalho realizado. A realização de trabalho penoso, a ausência de remuneração ou o pagamento meramente simbólico decorrente do desempenho das atividades pelo preso poderiam ensejar a suposta ofensa ao princípio da dignidade, circunstâncias que não encontram amparo no ordenamento vigente.

Ademais, vale registrar, conforme destacado nas informações prestadas pelo Senado Federal, que a norma impugnada apenas estabelece um piso para a remuneração do trabalho do preso, circunstância que não impede a posterior reavaliação dos critérios que regulam a matéria, para efeito de aumento de tal remuneração”.⁴²

5. CARÁTER OBRIGATÓRIO DO TRABALHO PRISIONAL E A VEDAÇÃO DE TRABALHO FORÇADO.

O artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a vedação de penas de trabalho forçado, conforme descrito abaixo:

“Art. 5º, XLVII, CF/88 - Não haverá Penas:
a) de morte, salvo em caso de guerra declarada;
b) de caráter perpétuo;
c) de trabalhos forçados;
d) de banimentos;
E) cruéis;”

Em contrapartida, a Lei de Execução Penal prevê que o trabalho prisional possui caráter obrigatório, uma vez que não há incidência do regime celetista ou de

⁴² <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4735779/>. Acesso em 26 de novembro de 2020.

qualquer outro regime jurídico disciplinando o seu labor. Além disso, o condenado que não exercer o trabalho conferido incidirá em falta grave, retardando, assim, a sua progressão de regime e outros benefícios legais⁴³.

Os poucos direitos de que dispõe o apenado são aqueles previstos na própria LEP.

Ocorre que há uma confusão nesse sentido, pois, como descrito acima, a constituição federal prevê expressamente a vedação a penas de trabalho forçado, enquanto a LEP prevê a obrigatoriedade do trabalho prisional durante o cumprimento da pena.

Desse modo, o trabalho prisional em caráter forçado configuraria o *bis in idem* (penalizar duas vezes o indivíduo pelo mesmo fato), sendo, portanto, uma pena excessiva, violando diversos princípios constitucionais.

A confusão se dá porque, ao analisar o artigo 5º, XLVII, da CF e o artigo 31 da LEP surge o questionamento acerca da constitucionalidade deste último ao prever o caráter obrigatório do trabalho penitenciário, visto que a constituição veda as penas de trabalho forçado. Diante desse impasse, é necessário distinguir os termos trabalho forçado e trabalho obrigatório, para que assim, o trabalho prisional seja compreendido enquanto dever.

O trabalho forçado:

“existiu em um período histórico em que o trabalho era considerado uma espécie punitiva ou parte da pena, cujo objetivo era trazer sofrimento e aflição ao condenado. Nesse último caso, o trabalho consistia em um agravamento da pena privativa de liberdade. Quando o apenado se recusava a cumprir a atividade laboral que lhe havia sido imposta, era ele coagido, inclusive sob o uso de tortura e outros castigos físicos, a executá-lo.”⁴⁴

Portanto, a vedação de penas de trabalho forçado está intimamente relacionada aos períodos antepassados em que o indivíduo era obrigado a trabalhar sem qualquer benefício ou remuneração, e ainda sob ameaça de castigos corporais, como ocorria no período da escravidão, cujos efeitos sociais são sentidos até os dias de hoje.

⁴³ Lei de Execução Penal - Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

⁴⁴ RIOS, Samara Eller. **Trabalho penitenciário: uma análise sob a perspectiva justralhista**, 2009, pg. 44.

Seguindo essa linha de raciocínio, não há que se confundir o conceito de trabalho forçado, vedado pela Constituição Federal, com o conceito de trabalho obrigatório previsto na Lei de Execução Penal, o qual encontra-se em conformidade com as normas legais, visto que a lei prevê em seus artigos a remuneração do preso pelos serviços prestados, além da jornada diária não poder ser superior a 8 (oito) horas por dia, com descanso aos domingos e feriados.

Em verdade, não cabe a afirmação de que as atividades disciplinares realizadas pelo detento durante o cumprimento da pena são equiparadas a trabalho forçado, uma vez que além de fazer parte do regimento prisional, tem o condão de reeducar o apenado para que este seja reinserido na sociedade.

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

"O trabalho, segundo a Lei de Execução Penal (art. 31), é obrigatório, mas não forçado. Deve trabalhar o condenado que almejar conseguir benefícios durante o cumprimento da pena, tendo em vista que a sua recusa pode configurar falta grave (art. 51, III, c/c. Art. 39, V da Lei de Execução Penal – 7.210/84) e, conseqüentemente, o impedimento à progressão de regime e ao livramento condicional. O trabalho forçado, vedado constitucionalmente (art. 5º, XLVII, c) teria o condão de impelir o sentenciado à atividade laborativa, sob pena de sofrer outras e mais severas sanções. Logo, a remição é um incentivo à laborterapia".⁴⁵

E reafirma ainda que a função primordial do trabalho prisional é a recuperação do apenado:

"O principal é a obrigação de trabalhar, que funciona primordialmente como fator de recuperação, disciplina e aprendizado para a futura vida em liberdade. Não se cuida de trabalho forçado, o que é constitucionalmente vedado, mas de trabalho obrigatório. Se o preso recusar a atividade que lhe foi destinada, cometerá falta grave (art. 50, VI LEP)".⁴⁶

Ainda a respeito do trabalho penitenciário, Cezar Roberto Bittencourt considera da seguinte forma:

"O trabalho prisional é a melhor forma de ocupar o tempo ocioso do condenado e diminuir os efeitos criminógenos da prisão e, a despeito de ser obrigatório, hoje é um direito-dever do apenado e será sempre remunerado."⁴⁷

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**, Ed. 8ª, São Paulo, 2006 pg. 386.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**, Ed. 8ª, São Paulo, 2006, pg. 386.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, Ed. 16ª, São Paulo, Saraiva, 2011, volume 1, pg. 641.

Por fim, o autor Paulo Lúcio Nogueira também aborda a questão ao tratar dos benefícios da laborterapia conjuntamente ao tema da obrigatoriedade:

“[...] o trabalho não visa somente à produção, deve ser encarado também sob o aspecto existencial e de aprimoramento da formação humana, já que ele é necessário à realização pessoal do indivíduo e sendo de utilidade social. Cumpre, entretanto, salientar que, em regra, a clientela das prisões não é propensa ao trabalho, mas à vida ociosa, bastando fazer uma pesquisa sobre a modalidade de trabalho desenvolvida pelos presos, quando em liberdade, para se verificar que não são criaturas muito laboriosas. É por isso também que o trabalho carcerário deverá ser obrigatório, já que, sendo voluntário, provavelmente muitos preferirão manter-se ociosos. A atual Constituição dispõe que não haverá penas de trabalhos forçados, o que de modo algum pode ser entendido como trabalho obrigatório de todo condenado, sob pena de instalar-se definitivamente o regime de ociosidade, já existente nas prisões e que precisa ser substituído pelo regime de trabalho, como único meio de realmente reeducar o condenado.”⁴⁸

Conforme exposto, verifica-se que todos os autores acima apresentados defendem, veementemente, a aplicação e a constitucionalidade do caráter obrigatório imposto ao trabalho penitenciário. Porém, Luiz Antônio Bogo Chies possui entendimento diverso dos autores esplanadas, promovendo assim o debate da problemática, pois para o autor:

“Não sendo a pena privativa de liberdade uma pena de trabalhos forçados (em Constituição em seu artigo 5º, XLVII, "c"), como se pode imputar ao apenado a obrigatoriedade da atividade laboral? Sem que se entre aqui de forma mais aprofundada nesse debate, não obstante sua importância, nossa opinião é no sentido de que a obrigatoriedade do trabalho ao preso é incompatível com a moderna concepção do trabalho como um direito social além de individual. Entretanto, no vigente Direito de Execução Penal brasileiro a questão é também controversa.”⁴⁹

Para tanto, o autor explica os motivos do seu entendimento da seguinte forma:

“Mesclando disposições de obrigatoriedade, dever e direito na relação entre preso e trabalho penitenciário, mas sobretudo ao inserir no artigo 31 uma obrigação "condicionada" à medida das aptidões e capacidade do preso, temos que o conteúdo da LEP, em consonância com as disposições constitucionais acerca das penas (em especial os princípios de individualização e humanização – artigo 5º XLVI e III – bem como à vedação das penas cruéis e de intervenções degradantes da pessoa humana – artigo 5º XLVII e III), deve ser imperativamente interpretado como atribuidor e

⁴⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**, Ed. São Paulo, Saraiva, 1990, pg. 33-35.

⁴⁹ CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Prisão: tempo, trabalho e remição: reflexões motivadas pela inconstitucionalidade do artigo 127 da LEP e outros tópicos revisados**, In: Carvalho, Salo. **Crítica a execução penal**, Ed. 2ª, Rio de Janeiro, Lumen juris, 2007, pg. 535.

reconhecedor do caráter prioritário de direito, e, portanto, não de dever, do trabalho penitenciário.
Por óbvio que tal entendimento não é pacífico.”⁵⁰

Compartilhando do mesmo entendimento, o autor Rui Carlos Machado Alvim, afirma que para a realização do trabalho carcerário deveria haver a adesão desse pelo preso, visto que o trabalho de forma obrigatória extrapola o âmbito da pena:

“[...] o trabalho destaca-se, na moderna política penitenciária, como um dos momentos marcantes do tratamento e este não pode ser obrigatório [...]. Fina-se aí, e mais ali, a tal obrigatoriedade: primeiro, pelo fato de que a realização do tratamento deve imprescindivelmente contar com a adesão consciente do "tratado"; e segundo, porque a constituição brasileira desautoriza que, no cumprimento da pena, ofenda-se a integridade moral do presidiário (art. 5, XLIX). Impor-lhe, portanto, contra a sua vontade, o trabalho, como meio terapêutico ou como via de ressocialização, extrapola o âmbito da pena – que é unicamente o cerceamento da liberdade – e o campo do direito penal mesmo, carecendo de legitimidade, porque este não pode obrigar todos a uma conduta uniforme; sua função cessa na exigência de "mera conformidade exterior à lei". Esta é a única alternância para uma sociedade que se apregoa democrática e pluralista.”⁵¹

No mesmo sentido, a autora Anabela Miranda Rodrigues entende que o trabalho do recluso deve se dá de forma facultativa, visto que a finalidade é a ressocialização desse:

“Sabe-se como o consentimento e a participação do recluso no tratamento são essenciais para o seu correto entendimento. E foi exatamente este reconhecimento que levou alguns autores a adotar [sic] uma separação completa entre pena e tratamento, encontrando aí a razão da dissociação: a pena seria puramente repressiva e o tratamento totalmente facultativo.”⁵²

Embora os últimos entendimentos explanados estejam engajados de fundamentos sólidos, a maioria da doutrina possui entendimento contrário, consolidando a constitucionalidade do trabalho obrigatório do preso, principalmente porque o trabalho penitenciário não é desenvolvido com a finalidade prevista pelo regime celetista, a qual as pessoas trabalham porque precisam da remuneração para seu próprio sustento, mas, sim, com o fim educativo e produtivo, conforme disposto no artigo 28 da Lei de Execução Penal :

⁵⁰ *Id. ibidem*, pg. 535.

⁵¹ ALVIM, Rui Carlos Machado. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**, Ed. São Paulo, Atlas, 1991, pg. 38.

⁵² RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. Ed. São Paulo, IBCRIM, 2009, pg. 147.

“Art. 28 LEP. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.
§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.”

Importante mencionar, que o não cumprimento do trabalho prisional pelo preso incide em falta grave. Esta por sua vez, além de alterar a data base para progressão de regime, ainda incide na perda de dias remidos pelo apenado, seja com trabalho ou com estudos.

Diante de um caso concreto a esse respeito, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando que o Estado não poderia interferir na esfera pessoal do condenado, obrigando-o a trabalhar, uma vez que a Constituição Federal veda as penas de trabalho forçado.

Ao negar a ordem, o colegiado explicou que uma pena de trabalho forçado, como escravidão e servidão, vedados constitucionalmente, não se confunde com o dever de trabalho imposto ao apenado. Destacou ainda, o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), que não considera como trabalho forçado os trabalhos ou serviços exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. RECUSA INJUSTIFICADA AO TRABALHO. FALTA GRAVE. O DEVER DE TRABALHO IMPOSTO AO APENADO NÃO SE CONFUNDE COM A PENA DE TRABALHO FORÇADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a posição sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, uniformizou o entendimento no sentido de ser inadmissível o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. Contudo, se constatada a existência de manifesta ilegalidade, é possível a concessão da ordem de ofício. – O art. 50, inciso VI, da Lei de Execução Penal - LEP prevê a classificação de falta grave quando o apenado incorrer na inobservância do dever previsto no inciso V do art. 39 da mesma lei. Dessa forma, constitui falta disciplinar de natureza grave a recusa injustificada à execução do trabalho, tarefas e ordens recebidas no estabelecimento prisional. Ainda, determina o art. 31 da LEP a obrigatoriedade do trabalho ao apenado condenado à pena privativa de liberdade, na medida de suas aptidões e capacidades. – A pena de trabalho forçado, vedada constitucionalmente no art. 5º, inciso XLVIII, alínea 'c', da Constituição Federal, não se confunde com o dever de trabalho imposto ao apenado, consubstanciado no art. 39, inciso V, da LEP, ante o disposto no

art. 6º, 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos. – Habeas Corpus não conhecido.

(HABEAS CORPUS Nº 264.989 - SP (2013/0042756-9) RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)).”

Apesar de uma pequena parcela da doutrina ser divergente à maioria, o tema em questão é superado pelos Tribunais Superiores, que entendem como sendo trabalho forçado vedado constitucionalmente, aqueles análogos ao trabalho escravo. Sendo assim, de fato, o trabalho obrigatório do preso não há de se comparar ao trabalho escravo, visto que é dotado de direitos, ainda que não se compare também com o trabalho de uma pessoa livre.

6. A FALHA NA PRESTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA LABORATIVA PELO ESTADO.

Partindo da premissa da doutrina majoritária, em que o trabalho prisional é um direito-dever do preso, haja vista os benefícios fornecidos aos presos, o Estado deve proporcionar este direito a todos e não apenas a uma pequena parcela da população carcerária. Ora, não há sequer um critério adotado para que diante do surgimento de uma vaga de trabalho prisional – que são raras e disputadas – seja escolhido o preso “A” e não o “B”, assim, percebe-se a falta da isonomia para todos.

De acordo com os dados obtidos no sítio do Depen, disponibilizados em 14 de fevereiro de 2020, o Brasil possuía no primeiro semestre de 2019 uma população carcerária de aproximadamente 773.151 (setecentos e cinquenta e três mil, cento e cinquenta e um) pessoas privadas de liberdade, em todos os regimes. Desses, apenas 143.561 (cento e quarenta e três mil, quinhentos e sessenta e um) presos exerciam alguma atividade laborativa, ou seja, pouco mais de 17% do total de detentos trabalhavam.⁵³

Apesar da obrigatoriedade do trabalho prevista na Lei de Execução Penal, é indubitável que a maioria dos presos querem trabalhar de forma voluntária,

⁵³ <http://depen.gov.br/DEPEN/depen-atualiza-infopen-com-informacoes-de-trabalho-e-educacao-no-sistema-prisional/>. Acesso em 21 de novembro de 2020.

principalmente para usufruir do direito a remição de pena. Assim, o trabalho é um direito-dever do preso.

Enquanto dever, o trabalho é exigido de todos os condenados definitivos, tendo em vista o seu caráter obrigatório, respeitadas as aptidões e capacidades de cada apenado. Ao preso provisório, no entanto, não cabe tal exigência, uma vez que a Lei excluiu o preso provisório do trabalho penitenciário de forma obrigatória.

Enquanto direito, o trabalho tem a finalidade de dever social e condição de dignidade humana a fim de alcançar a educação e produção do preso. Além da previsão expressa na Lei de Execução Penal, o direito ao trabalho é assegurado a todos os condenados através do artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas⁵⁴, adotada pela Assembleia Geral por meio da Resolução 217 A (III), estando o Brasil entre os países signatários da Declaração.

Sobre o caráter dúplice do trabalho prisional, Alexis Couto de Brito nos ensina:

“É certo que o trabalho não é somente um dever, mas antes um direito. Como corretamente fórmula Cuello Calón, à assertiva de trabalho imposto ao condenado contrapõe-se seu direito a trabalhar. Reconhece-se que o condenado não só tem o dever, senão também o direito ao trabalho. O trabalho é inerente à personalidade humana e o recluso tem o direito de pretender que sua força e sua capacidade de trabalho não sofram prejuízo nem menoscabo pelo fato de sua reclusão, conservando a plenitude de suas aptidões e de seus conhecimentos profissionais. O Estado extrapolaria sua missão caso, durante a execução penal, cometesse tal injustiça privando o condenado daquele direito.”⁵⁵

É evidente que não há trabalho para a esmagadora maioria, apesar de a doutrina majoritária consolidar o entendimento do trabalho prisional ser obrigatório, e mais ainda, se tratar de um direito-dever do preso, não passa de mera formalidade da legislação.

⁵⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos - Artigo 23 - 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

⁵⁵ BRITO, Alexis Couto de, **Execução Penal**. Ed. 1ª, São Paulo, Quartier Latim, 2006, pg.111.

Como o Estado é omissivo com a sua obrigação de fornecer postos de trabalho a todos os presos para concretizar o direito-dever da assistência laborativa, os estabelecimentos penais se veem obrigados a realizar rodízios nas atividades laborativas existentes. Porém, devido a superlotação, dificilmente consegue atingir a todos, de modo que apenas uma pequena parcela consegue ter o direito ao trabalho.

Desta forma, não pode o apenado ser de qualquer forma sancionado pela falha do Estado em lhe fornecer um posto de trabalho, seja com a negativa de progressão de regime, seja com a imposição de falta disciplinar de qualquer gravidade pela ausência de trabalho.

Para esclarecer a realidade do sistema carcerário brasileiro, principalmente no que tange a assistência laborativa dos apenados, foi elaborada a seguinte tabela com dados oficiais do DEPEN referente ao período de julho a dezembro de 2019:

Tabela 1. Pessoas envolvidas em atividades laborativas no sistema prisional

UF	Total de pessoas trabalhando	% de pessoas que trabalham em relação ao total da população prisional	% em atividade externa à unidade prisional	% em atividade interna à unidade prisional	Total de presos
AC	1.710	20.32%	41.57%	58.43%	8.414
AL	1.013	11.06%	75%	25%	9.161
AM	961	8.82%	10.71%	89.29%	10.890
AP	343	12.47%	59.47%	40.53%	2.750
BA	2.139	14.16%	22.67%	77.33%	15.108
CE	1.536	4.87%	20.24%	79.76%	31.569
DF	2.926	17.59%	45.18%	54.82%	16.636
ES	4.933	21.06%	29.31%	70.69%	23.427
GO	4.126	16.02%	41.90%	58.10%	25.761
MA	4.378	35.46%	7.69%	92.31%	12.346
MG	21.458	28.72%	27.03%	72.97%	74.712
MS	6.564	37.34%	36.76%	63.24%	17.578
MT	2.089	16.69%	35.28%	64.72%	12.519
PA	1.555	7.47%	34.4%	65.6%	20.825
PB	907	6.81%	40.57%	59.43%	13.326
PE	2.739	8.14%	34.61%	65.39%	33.641
PI	228	5.14%	0%	100%	4.433
PR	8.839	29.63%	24.06%	75.94%	29.831
RJ	1.799	3.54%	33.68%	66.32%	50.822
RN	347	3.37%	0%	100%	010.290
RO	3.029	22.25%	44.27%	55.73%	13.611
RR	329	8.92%	82.37%	17.63%	3.688

RS	11.116	26.99%	26.07%	73.93%	41.189
SC	7.897	33.65%	37.73%	62.27%	23.470
SE	441	7.06%	0%	100%	6.244
SP	49.805	21.53%	12.5%	87.5%	231.287
TO	1004	22.41%	28.87%	71.13%	4.481
Brasil	144.211	19.28%	24.23%	75.77%	748.009

Fonte Ministério da Justiça (DEPEN, 2019)⁵⁶.

Segundo os dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, apresentados através do Relatório Descritivo do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN de dezembro de 2019, descritos na Tabela 1, aproximadamente um quinto apenas da população prisional brasileira, totalizando 144.211 (cento e quarenta e quatro mil e duzentos e onze) presos, encontra-se em um posto de trabalho.

Ainda segundo a Tabela 1, em dez estados da federação o percentual de presos que trabalham é inferior a 10% da população prisional total, sendo estes, Amazonas, com 8.82% de toda a sua população carcerária; Ceará, com 4.87%; Pará, com 7.47%; Paraíba, com 6.81%; Pernambuco, com 8.14%; Piauí, com 5.14%; Rio de Janeiro, com 3.54%; Rio Grande do Norte, com 3.37%; Roraima, com 8.92% e Sergipe, com 7.06%.

Como se pode auferir da tabela 1 acima, em nenhum dos Estados Brasileiros a população carcerária que exerce atividade laborativa chega a 40% da população total de presos. Os Estados que lideram esse ranking, em primeiro lugar, está o Mato Grosso do Sul, com 37.34% da sua população total, exercendo atividade laboral. Em segundo, está o Estado do Maranhão, com 35.46% e, por fim, em terceiro lugar está o Estado de Santa Catarina, com 33.65% da população prisional.

Vale ressaltar que, em âmbito nacional, apenas 19.28% da população prisional encontram-se trabalhando, e desses apenas 24.23% realizam atividade fora do estabelecimento prisional. Ainda sobre essa porcentagem, aproximadamente 25%

⁵⁶<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTIkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWVlMDktNzRlNmFkNTM0MlWl3liwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9/>. Acesso em 18 de novembro de 2020.

das vagas de trabalho foram conseguidas pelo próprio detento, sem qualquer intervenção da administração prisional.

Os dados apresentados demonstram uma clara falência do Estado em cumprir com o seu dever de garantir trabalho aos presos, que em sua esmagadora maioria são deixados ociosos, sem a possibilidade de dar início a sua futura reinserção a sociedade e ao mercado de trabalho, cumprindo, assim, as exigências previstas na Lei de Execução Penal. Isto porque, cabe ao Estado a oferta de postos de trabalho a todos os presos, não podendo se eximir desta responsabilidade, nem negar ao preso direitos que a própria Carta Maior o assegura.

Ignorar os dados e a falta de oferta de trabalho aos presos por parte do Estado é o mesmo que aceitar tacitamente. Não dá para continuar a aceitar tal omissão sob o argumento de que a sua implementação se dá de modo gradativo, pois, agindo dessa forma, é o mesmo que admitir que seja negado aos presos acesso a direitos fundamentais.

No que tange ao grau de escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil, é possível afirmar que 51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 14,9% com Ensino Médio Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo.

O percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo é de 0,5%. Ao analisarmos os dados de escolaridade da população brasileira, obtidos a partir da PNAD Contínua 2017, percebemos que não há uma representação no sistema prisional dos mesmos graus de escolaridade observados na sociedade brasileira. No sistema penitenciário, mais da metade das pessoas custodiadas possuem baixa escolaridade, ao passo que entre a população brasileira, percebe-se maior dispersão entre todos os níveis educacionais, conforme se aúfere na tabela abaixo:

Tabela 2. Grau de escolaridade dos presos no sistema carcerário brasileiro.

UF	Analfabeto	Alfabetizado	Ensino Fundamental Incompleto	Ensino Fundamental Completo	Ensino Médio Incompleto	Ensino Médio Completo	Ensino Superior Incompleto	Ensino Superior Completo	Ensino acima de Superior Completo	Não Informado
AC	3,46	3,60	63,09	9,67	11,75	6,03	0,78	0,14	0,04	1,45
AL	14,08	11,14	46,93	4,69	4,60	3,84	0,66	0,57	0,13	13,35
AM	1,80	2,06	54,53	10,01	12,44	11,98	1,17	0,73	0,67	4,61
AP	1,89	1,75	49,82	10,66	17,64	11,69	1,50	1,10	0,00	3,96
BA	7,45	11,97	46,41	8,20	8,82	6,43	0,45	0,43	0,00	9,85
CE	5,27	31,58	33,12	6,98	5,26	4,60	0,45	0,21	0,00	12,53
DF	1,76	0,77	52,04	9,34	14,25	9,10	1,73	0,65	0,00	10,36
ES	3,32	7,51	45,45	15,71	12,55	10,33	1,64	0,51	0,09	2,89
GO	3,77	12,49	37,63	13,61	13,47	6,73	0,60	0,37	0,01	11,31
MA	9,44	11,42	44,72	7,31	12,92	6,48	0,73	0,35	0,00	6,63
MG	2,53	6,72	50,39	12,05	13,44	7,57	0,86	0,52	0,03	5,88
MS	2,51	2,48	59,51	11,36	12,33	8,49	1,61	1,02	0,03	0,66
MT	3,56	6,89	39,18	12,33	22,08	10,67	1,11	1,18	0,00	3,00
PA	4,50	8,37	54,32	12,50	11,52	7,46	0,43	0,23	0,00	0,69
PB	11,59	22,27	35,25	5,79	4,91	3,27	0,40	0,28	0,00	16,23
PE	10,89	22,12	32,34	6,03	6,70	5,70	0,58	0,37	0,04	15,23
PI	10,83	7,81	45,22	5,26	7,20	4,68	0,50	1,38	0,00	17,11
PR	1,06	1,66	67,11	8,03	12,56	6,31	1,10	0,91	0,11	1,17
RJ	1,47	3,97	61,62	8,98	7,34	5,93	0,68	0,40	0,01	9,59
RN	10,08	12,68	45,49	4,46	5,44	3,18	0,27	0,17	0,00	18,23
RO	3,73	6,61	53,32	9,66	10,21	7,80	1,13	0,54	0,07	6,93
RR	2,72	11,10	27,44	13,74	14,84	14,65	2,99	1,30	0,08	11,14
RS	2,49	4,77	60,54	12,94	10,89	6,35	0,93	0,39	0,01	0,68
SC	2,33	4,68	46,26	14,15	13,96	10,40	1,39	1,00	0,24	5,60
SE	6,43	3,96	70,77	4,95	6,15	5,87	0,67	0,21	0,00	0,99
SP	2,52	1,19	44,24	15,88	19,72	12,34	0,94	0,53	0,02	2,61
TO	5,55	10,54	41,05	16,50	17,48	6,93	0,97	0,97	0,00	0,00
Brasil	3,27	5,55	48,72	12,47	14,21	9,16	0,92	0,53	0,04	5,12

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

Como se pode auferir dos dados apresentados acima, o nível de escolaridade dos condenados a pena restritiva de liberdade é extremamente baixo. De toda a população carcerária brasileira, menos de 1% possui nível superior, poucos são os Estados que ultrapassam essa margem, Piauí com 1,38%, Roraima com 1,30% e Mato Grosso com 1,18%.

Por outro lado, o nível de analfabetos em todo o sistema carcerário é de 3,27%, tendo como maiores índices os Estados de Alagoas, Paraíba e Pernambuco, contando com 14,08%, 11,59% e 10,89% respectivamente.

A maioria da população carcerária possui apenas o nível fundamental incompleto. Esse é mais um fator que dificulta a reinserção do preso à sociedade como um cidadão que não incidirá em reincidência. Isto porque, independente da finalidade que se cometem os crimes, é certo que ninguém sobrevive sem renda. Assim, um egresso do sistema prisional já encontra dificuldade em encontrar uma oportunidade de emprego exatamente por essa característica, além disso, na maioria das vezes, trata-se de uma pessoa de baixa escolaridade, sem capacitação.

É de notório conhecimento que o mercado de trabalho atualmente é bastante concorrido, com pessoas que procuram se qualificar cada vez mais. A pessoa privada

de liberdade que passa anos encarcerado sem qualquer tipo de especialização, sem exercer qualquer trabalho, dificilmente possui capacidade de concorrer a uma vaga com as pessoas que estão altamente preparadas na sociedade. Com isso, a probabilidade de que esse preso retorne a vida de crimes é exorbitante.

Importante destacar, que a garantia de trabalho ao preso condenado definitivamente está prevista na Lei de Execução Penal há mais de trinta anos, sem, contudo, atingir a maioria da população carcerária. O Estado ao retirar o preso do convívio em sociedade impede que este vá em busca de trabalho para o sustento de si mesmo e de sua família, de modo que, torna-se ao Estado a responsabilidade de garantir-lhe trabalho remunerado.

Assim, se faz necessário que o Estado cumpra com a sua função e passe a fornecer os postos de trabalho a todos os apenados, e não apenas a uma restrita minoria, devendo, ainda, observar a produção de valor econômico e aprimoramento do preso, a fim de que este possa ser reinserido na sociedade como um homem ressocializado, digno a exercer a profissão no mercado externo de trabalho de uma forma mais fácil.

O preso que ao sair do estabelecimento prisional conseguir dar continuidade ao trabalho como forma de sustento próprio e de sua família, dificilmente incidirá em reincidência de delitos, principalmente se considerarmos que há uma porcentagem relevante de crimes com fundo econômico no sistema prisional.

De acordo com dados fornecidos no *site* do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), pouco mais de 50% das pessoas presas são condenadas por crimes contra o patrimônio e 20,28% são pessoas condenadas pela incidência na lei de drogas, totalizando quase três quartos do total de condenados, sendo que ambos os grupos de crime possuem fundo econômico. Eis a importância da reeducação e habilitação profissional de um preso.

Claramente que a totalidade destes crimes não correspondem para benefício do seu próprio sustento ou de sua família, mas ambos estão relacionados a busca de ganho econômico através de cometimentos de delitos. Sendo assim, a obtenção de

um trabalho regular aos egressos do sistema penitenciário possui o potencial de reduzir a reincidência para tais crimes.

Ademais, quando se trata de apenados que não possuem qualquer experiência profissional, retirando o seu sustento de produtos de prática ilícita é esperado uma maior dificuldade na obtenção de emprego quando ocorrer a reinserção na sociedade, sem considerar o estigma social enfrentado pelos egressos do sistema prisional na busca por uma vaga de emprego.

Importante destacar, que os Estados possuem autonomia no gerenciamento de suas prisões, dessa forma a inserção de atividades laborativas nos presídios dependem diretamente da autoridade responsável por esse⁵⁷.

O Lei autoriza a celebração de convênios entre o Governo e instituições da iniciativa privada a fim de ver o direito ao trabalho do preso resguardados, contudo, a finalidade deve ser precipuamente a ressocialização dos condenados e não o lucro⁵⁸

O trabalho prisional pode ser desenvolvido extra e intramuros. A diferença é que no caso do trabalho desenvolvida extramuros apenas é permitido aos presos em regime semiaberto, pois somente a partir desse regime se permite que o preso se ausente do estabelecimento prisional no período diurno para o exercício de qualquer atividade laborativa, devendo, contudo, retornar ao presídio para pernoitar.

As empresas possuem amplos incentivos para escolher a mão de obra do sistema carcerário, especialmente no que tange a mão de obra constante e barata, à infraestrutura oferecida própria penitenciária, podendo se utilizar dos seus espaços interno, incluindo água, energia, telefone, aspectos básicos de qualquer setor empresarial sem qualquer ônus, diminuindo os custos da empresa⁵⁹.

⁵⁷ SILVA, Roberto da. **O que as empresas podem fazer pela reabilitação do preso**. Ed. São Paulo, 2001, pg. 37.

⁵⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984**. Ed. São Paulo, Atlas, 2002.

⁵⁹ SILVA, Roberto da. **O que as empresas podem fazer pela reabilitação do preso**. Ed. São Paulo, Instituto Ethos, 2001, pg. 36.

No Distrito Federal, a contratação dos presos ocorre por intermédio da Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso, vinculada a Secretaria da Segurança Pública e da Paz.

As empresas ficam responsáveis pelo fornecimento de uniformes, equipamentos de segurança, pagamento de salários, vale-transporte e alimentação, bem como segura para cobertura em casos de acidentes de trabalho. Entretanto, não são responsáveis quanto a vigilância do trabalhador preso, tal responsabilidade é inteiramente do preso.

Em que pese todos os benefícios concedidos pelos órgãos públicos à iniciativa privada para concretização da reabilitação dos presos, por meio da realização de trabalho, o déficit continua exorbitante, seja pelo preconceito ainda presente na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos primórdios do trabalho penitenciário, esse possuía caráter de trabalho forçado, principalmente porque o trabalho naquela época era uma modalidade de pena. Atualmente, apesar do caráter obrigatório, se trata mais de um direito do preso do que um dever.

A Lei de Execuções Penais prevê uma série de benefícios para os condenados que exercem qualquer atividade laboral durante o cumprimento da pena, como a remição da pena. Por outro lado, o trabalho é também um dever do sentenciado, haja vista que qualquer cidadão que participa do desenvolvimento econômico e social de uma comunidade na qual está inserido tem o trabalho como dever social e como forma de prover o seu sustento e da sua família, dando assim, ensejo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A sanção, portanto, restringe-se à pena privativa de liberdade e o trabalho deve ser realizado concomitantemente à execução da pena, não cabendo a equiparação a trabalhos forçados, uma vez que o seu não cumprimento não gera punições severas, apenas falta grave por falta de disciplina, desobediência a autoridade penal, cujo

regulamento tem a disciplina como papel primordial dentro dos estabelecimentos penais.

Além disso, a legislação brasileira prevê a extensão de alguns dos direitos trabalhistas aos trabalhadores presos, como a jornada de trabalho não superior a oito horas diárias. Contudo, estes ainda não possuem muitos dos direitos conferidos aos trabalhadores livres, como o salário mínimo, o FGTS e a compensação de jornada, visto que o preso pode ser remunerado em $\frac{3}{4}$ do salário mínimo, não podendo ser o seu salário inferior a isso.

De certa forma, chega a ser paradoxal que em um Estado Democrático de Direito, o trabalhador preso não possa usufruir dos mesmos direitos estabelecidos para os trabalhadores livres, exclusivamente em função de ter-lhe sido aplicada a pena privativa de liberdade. Outrossim, o salário inferior ao mínimo é visto como um incentivo à contratação de trabalhadores presidiários, favorecendo a exploração econômica de seu trabalho, prejudicando, assim, a sua finalidade ressocializadora.

O trabalho realizado pelo condenado em regime fechado ou semiaberto pode ser realizado tanto no âmbito interno do sistema carcerário como no âmbito externo, sendo que o presidiário que cumpre pena em regime aberto realiza trabalho externo. Várias são as controvérsias doutrinárias referentes às categorias do trabalho prisional.

Todavia, é quase unânime a concepção de que o trabalho prestado externamente e para organizações privadas, deve ser regido por contrato de trabalho comum, diferentemente do trabalho realizado em âmbito interno e subordinado diretamente ao Poder Público.

Os presídios, de um modo geral, não apresentam as condições materiais e humanas adequadas para a realização de trabalho, ficando prejudicada a recuperação do preso, demonstrando o descaso total por parte do estado em fazer cumprir a Lei. Apesar de a maioria dos condenados à pena privativa de liberdade cumpri-la no sistema carcerário comum, várias foram as iniciativas nas últimas décadas para promover a humanização das prisões e evitar a reincidência no crime, como a criação de Associações de Proteção e Assistência aos Condenados, que propiciam ao preso,

além da realização de trabalho condizente com o seu regime de cumprimento de pena, assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica

Desse modo, a atividade laboral, enquanto meio de ressocialização do condenado, ainda não atinge a maioria dos trabalhadores presos, muito pelo contrário, atinge pouco mais que 19% de toda a população carcerária. A legislação e a doutrina, em regra, não tratam o trabalhador livre e o trabalhador presidiário de maneira isonômica, o que prejudica a capacidade de reintegração social atribuída ao trabalho. Além disso, os estabelecimentos prisionais, em sua grande maioria, não apresentam as condições materiais e humanas necessárias ao exercício de qualquer atividade laboral.

Por fim, é totalmente ineficaz uma Lei que prevê o trabalho como sendo de caráter obrigatório, quando, em verdade, sequer há trabalho para quem quer voluntariamente exercer, seja pelo benefício da remição, seja para evitar a ociosidade, seja pensando em uma capacitação a fim de exercer após alcançar a liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Rui Carlos Machado. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Atlas, 1991.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002, pg 137.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. Editora Saraiva, 2019.
- BRASIL. **Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal.
- BRASIL. **Lei nº 4.320**, de 17 de março de 1964. Brasília: Senado Federal, 1964.
- BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.
- BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal – 4. Ed.** – São Paulo – Saraiva Educação, 2018.
- CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 11. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A Prisão**. 2002.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Prisão: tempo, trabalho e remição: reflexões motivadas pela inconstitucionalidade do artigo 127 da LEP e outros tópicos revisados**. In: CARVALHO, Salo (Org.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FARIAS JÚNIOR, João. In: SÁ, Geraldo Ribeiro de. Op.cit. p. 94.
- FERREIRA, Carlos Lélío Lauria. **Lei de execução penal: em perguntas e respostas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 5ªed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **Remição da pena privativa de liberdade**, 2004.
- GRECO, Rogério. **Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas**.
- JUNIOR, R. A. S. **Curso Completo de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MESAN, Luan. **Ordenações Afonsinas, Manuelinas, Filipinas. As Ordenações Portuguesas impostas no Brasil**. Disponível em: doutor-da-

lei.jusbrasil.com.br/artigos/540987951/ordenacoes-afonsinas-manuelinas-filipinas-as-ordenacoes-portuguesas-impostas-no-brasil.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei n. 7.210**, de 11-7-1984. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Dos sistemas penitenciários**. Disponível em: ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/dos-sistemas-penitenciarios/

MOTTA, Manoel Barros. **Da Crítica da razão punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. V. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11^a ed. São Paulo: RT, 2012.

PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. **A remição da pena é direito do condenado e obrigação do Estado**. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v.1, n.9, p. 22, out. 1993.

PADUANI, Célio César. **Da remição na Lei de execução Penal**. 1. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PINHO, Rodrigo Rebello. **Col. Sinopses jurídicas 18 – Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições**, 15^a edição. Saraiva, 10/2014. Vital Source Bookshelf Online.

PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**, 2^a edição. Método, 04/2016. Vital Source Bookshelf Online.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCRIM, 1999. p. 147.

VALOIS, Luis Carlos. **Sistema Penitenciário do Amazonas: história, evolução, contexto atual**. Curitiba. Juruá, 2010.