

TRABALHO PRISIONAL E REMIÇÃO FICTA PRISIONAL WORK AND FICTIONAL REMISSION

*Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna*¹
PUC Minas

Resumo

A pessoa encarcerada vê-se submetida a diversas limitações, impostas pela sentença condenatória, às quais deve-se submeter, pois que legalmente previstas pelo Estado sancionador. Entretanto, no Estado de Direito brasileiro, necessário que se resguardem os demais direitos, não atingidos pela pena. Um destes é o direito ao trabalho, garantido pela Constituição, Tratados Internacionais e pela Lei de Execução Penal. A questão posta em estudo possui significativa relevância, diante da frequente inexistência de oferta de trabalho aos presos, o que lhes impede de gozar deste direito, bem como de benefícios dele advindos, como é o caso da remição da pena. Diante desta situação, verifica-se, neste breve artigo, a possibilidade de concessão da chamada “remição ficta”, que reduz o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade, independentemente do exercício efetivo do trabalho, quando o ócio se dá por culpa do Estado.

Palavras-chave

Direito dos Presos. Trabalho Prisional. Remição da Pena. Remição ficta.

Abstract

The incarcerated person is subjected to several limitations, imposed by his criminal conviction, to which he must submit, as legally imposed by the sanctioning State. However, in the Brazilian Rule of Law, it is necessary to safeguard his other rights, not affected by the penalty. One of those, is the right to work, which is guaranteed by the Constitution, International Laws and Brazilian Criminal Enforcement Act. This issue has significant relevance, given the frequent lack of job offer for prisoners, which hampers the enjoyment of this right, as well as from its benefits, such as the remission of the sentence. Faced with this situation, in this brief article, we verify the possibility of granting the so-called "fictional remission", which reduces the time of execution of the prison sentence, regardless of the effective work, when this occurs by State's fault.

Keywords

Prisoners rights. Prisional work. Sentence Remission. Fictional remission.

¹ Doutoranda em Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas – PUCMINAS. Bolsista CAPES. E-mail: flavia.penna@sga.pucminas.br.

INTRODUÇÃO

O trabalho prisional esteve sempre presente no Direito Penal. Já utilizado como espécie de sanção, meio de produção de riquezas e instrumento de regeneração moral; atualmente constitui fonte de diversos benefícios à execução penal. Além de ser reconhecido legalmente como um direito do preso, é meio hábil à sua reintegração social bem como instrumento para a diminuição da duração de sua sanção, através do instituto da remição da pena privativa de liberdade, entre outros.

Entende-se necessário discutir o direito do preso à atividade laboral, bem como, em última instância, a possibilidade jurídica de que venha a obter o benefício de remição da pena, na hipótese de se ver impossibilitado de exercer o trabalho prisional, por desídia da administração, o que é conhecido como “remição ficta” ou “remição automática”, a fim de buscar preservar ao apenado as garantias que o ordenamento jurídico prevê, evitando que (mais) ônus ilícitos sobre eles se imponham.

Iniciamos pela abordagem das principais teorias que buscam determinar a finalidade, ou as finalidades, da sanção penal, especificamente da pena privativa de liberdade, investigando as concepções acerca do tema.

Este exame, ressalte-se, apresenta diferentes concepções relativas à função da pena, com especial atenção à busca pela reintegração social do preso, concebida, por parte da doutrina, como finalidade da pena, para cujo alcance essencial se mostra a atividade laboral, a qual se entende, acima de tudo, como um direito subjetivo do condenado.

Em seguida, passa-se ao estudo do trabalho prisional, sua evolução e relevância jurídica, conforme ordenamento brasileiro, garantido como direito fundamental pela Constituição da República, bem como resguardado por Tratados Internacionais e pela Lei de Execução Penal; analisando, ainda, a natureza da relação jurídica que se forma entre o recluso e o Estado.

Verificadas as consequências e os benefícios do trabalho para o encarcerado, explica-se o instituto remicional, assim como se apresentam alguns questionamentos e considerações, relativos à sua natureza, realizados pela doutrina e jurisprudência atuais.

Finalmente, passa-se à análise acerca da possibilidade do encarcerado receber os benefícios advindos do trabalho prisional, especificamente o que chamamos “remição ficta”, na hipótese de se ver impedido de trabalhar em face de omissão do Estado, recebendo o benefício da diminuição temporal de sua pena, nos termos em que receberia se tivesse, efetivamente, desempenhado a atividade à qual fazia jus.

1. A PENA E SUAS FINALIDADES

A aplicação da pena é a inflicção de um mal. Nos dizeres de Francesco Carnelutti, “a pena, assim como o delito, é um mal ou, em termos econômicos, um dano; quando o homicida, por sua vez, é morto pelo carrasco, em lugar de uma só, há duas mortes: parece, por isso, à primeira vista, que o castigo, a um mal, agrega outro”².

Entretanto, sendo a pena, mais especificamente a pena privativa de liberdade, o meio de coerção próprio do Direito Penal,

² CARNELUTTI, Francesco. O problema da pena. Tradução Ricardo Pérez Banega. São Paulo, Editora Pillares, 2015, p. 27.

buscou-se, ao longo dos séculos, a atribuição de diferentes funções e/ou finalidades que pudessem responder “¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?”

Segundo Muñoz Conde⁴, seria necessário se fazer uma distinção entre a justificação, o sentido e o fim da pena, sendo os dois últimos objetos de uma “*lucha de Escuelas*”, através do desenvolvimento das teorias absolutas, relativas e ecléticas ou de união, as quais se explica de forma breve.

Inicialmente, conforme teorias denominadas “Absolutas” ou “Retributivas”, “a reacção criminal é uma pura exigência de justiça, corresponde a uma necessidade absoluta de afirmação, existente em si e por si⁵”. A pena privativa de liberdade seria considerada mera retribuição, a qual se impõe “*quia peccatum est (sólo) porque se ha delinquido (...) una postura científica que ve el sentido de la pena en la retribución del pasado*”⁶. Impinge-se o mal da pena como meio de punição pelo mal causado pelo criminoso, através da infração cometida.

Santiago Mir Puig, citando Kant e Hegel, os expoentes das teorias absolutas, assim resume:

³ ROXIN, Claus. Problemas basicos del derecho penal. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976, p.11.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Intruducción al Derecho Penal. 2. ed. Buenos Aires: B e F Ltda, 2001, p.69-71.

⁵ CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. V. 1. Reimp. 1915. Lisboa: Almedina, 2016. p. 40.

⁶ HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p.348.

proclamar la función retributiva de la pena supone entender que la finalidad esencial de esta se agota en el castigo del hecho cometido. Ésta fue la posición defendida, desde perspectivas diversas, por KANT y HEGEL. El primero concibió la pena como "*imperativo categórico*" y, como tal, una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria: la pena no se funda en que *sirva* a la sociedad, porque el castigo del individuo, que es "fin en sí mismo", no puede *instrumentalizarse* en favor de fines preventivos ajenos a la proporción con el mal causado. Para HEGEL el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la "voluntad general" representada por el orden jurídico con la "voluntad especial" del delincuente, concordancia quebrada por el delito. Ello se consigue negando con la pena la negación de la voluntad general por la voluntad especial del delincuente, de acuerdo con el método dialéctico hegeliano: la *posición* es la voluntad general (orden jurídico), la *negación* de la misma es el delito y, por último, la *negación de la negación* se consigue con la pena. En este planteamiento la pena se concibe sólo como *reacción* que *mira al pasado* (al delito) y no como instrumento de fines posteriores⁷. (grifos originais)

⁷ MIR PUIG. Santiago. Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método.

Esta teoria possui como mérito a elaboração da ideia de proporcionalidade, ao considerar que a pena somente está justificada *“dentro del margen de una retribución justa, vale decir, salvaguardando una graduación homogénea de la gravedad de las penas; desde la pena más grave, moralmente admitida, hasta la más leve, proporcionalmente a la gravedad de la culpa; desde los delitos más graves hasta los más leves”*.⁸

Entretanto, diversas são as críticas às teorias absolutas, que têm origem especialmente ainda na Roma Antiga, no diálogo “Protágoras”, onde se encontra a celebre frase: *“Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque”*.⁹

Contrapondo-se às teorias absolutas, surgiram as teorias relativas, também chamadas “Preventivas”, “Utilitaristas” ou “Teleológicas”, para as quais “a reação criminal tem em vista proteger certos interesses, conservá-los e defende-los, tirando a sua razão de ser da necessidade de evitar que esses interesses venham a ser violados¹⁰”. A pena, ao contrário do que preconizam as teorias absolutas, não é um fim em si mesma, mas meio para se evitar que novos delitos sejam praticados.

Em sentido contrário ao que pregava Kant, retributivista, segundo o qual o último crime praticado em um sociedade que se desfaz deve ser punido, em razão de sua função de mera retribuição; para as teorias preventivas, “às vésperas de se dissolver e desaparecer, uma sociedade não teria o direito de erguer cadafalsos.

2a ed. Reimpresion. Montevideo: B de F, 2003, p.49-50.

⁸ WEZEL, Hans. Derecho penal: parte general. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p.236.

⁹ Apud HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p.347.

¹⁰ CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. V. 1. Reimp. 1915. Lisboa: Almedina, 2016. p. 40.

O último dos crimes só pode ficar sem punição”¹¹, pois que não há o que se evitar, o que se prevenir naquela mesma sociedade.

Francesco Carnelutti, na esteira de Beccaria¹², afirma que “se aquilo que é feito é feito e não pode converter-se em não feito, a pena poderá, naturalmente, impedir um novo feito, mas não eliminar o feito já acontecido; tal é o fundamento da inclinação a resolver em ‘*ne peccetur*’ o ‘*quia peccatum est*’ ou, como costumamos dizer, a repressão na prevenção.¹³”

As teorias relativas se dividem em teorias de prevenção geral e especial, subdividindo-se, cada uma destas, em vertentes positiva e negativa.

As teorias da prevenção geral possui fundamento na ideia de “coação psicológica”, desenvolvida por Feuerbach, que afirma ser possível, em alguma medida, prevenir a prática de delitos através da ameaça contida na cominação de sanção penal, uma vez que o impulso criminoso pode ser “*cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho*”¹⁴.

Nos dizeres de Hassemer, diferenciando as vertentes positiva e negativa (ou concepções ampla e estrita, respectivamente) da teoria preventiva geral, como o próprio nome diz, dirige-se à generalidade

¹¹ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p.78.

¹² BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução Torrieri Guimarães. V. 48. São Paulo: Martin Claret, 2003.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. O problema da pena. Tradução Ricardo Pérez Banega. São Paulo, Editora Pillares, 2015, p. 36.

¹⁴FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Trad. Eugênio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editora Hamurabi, 1989, p. 60.

dos membros da sociedade, “esperando que la pena y su ejecución, por un lado, sirvan para intimidar a los delincuentes potenciales (concepción estricta de la prevención general), y, por otro, contribuyan a robustecer la conciencia jurídica de todos (concepción amplia de la prevención general)¹⁵”

Assim, de acordo com a teoria da prevenção geral negativa, ou concepção estrita da prevenção geral, na medida em que o Direito Penal prevê as condutas proibidas, às quais atribui uma sanção, estas normas passam a funcionar como uma espécie de advertência a quem possa estar propenso a violar a norma penal. Entretanto, mera ameaça não surtiria efeito, se não se concretizasse, conforme previsão do ordenamento jurídico, o que se faz através da efetiva aplicação e execução da pena.

A pena tem, pois, função de intimidação, como forma a desencorajar os demais membros da sociedade à prática de condutas criminosas. Contudo, tal dissuasão se dá através de outra pessoa, “meio” para o fim de prevenção. É esta a razão da mais severa crítica de Claus Roxin à teoria preventiva geral, questionando “¿Cómo puede justificarse el que se castigue al individuo no en consideración a él mismo, sino en consideración a otros? Aun cuando fuera eficaz la intimidación, es difícil comprender cómo puede ser justo que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan cometer un mal¹⁶”.

A teoria da prevenção geral positiva, por sua vez, estabelece que a legitimidade da aplicação da pena está na reafirmação da Lei Penal, em fazer valer a proteção dos valores jurídicos prevalentes em

¹⁵ HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p.348.

¹⁶ ROXIN, Claus. Problemas basicos del derecho penal. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976, p.18.

uma determinada sociedade, inculcando na população o respeito e a fidelidade a essas normas protetivas e aos bens jurídicos por elas tutelados.

Conforme expõe Zaffaroni *et al.*, a prevenção geral positiva produziria seus efeitos sobre “os não-criminalizados, não porém para dissuadi-los pela intimidação, e sim como valor simbólico produtor de consenso, e, portanto, reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)¹⁷.

Leonardo Siqueira e Camila Andrade¹⁸ possuem opinião igualmente crítica à referida teoria, afirmando que a finalidade proposta

assume contornos muito mais simbólicos, voltados a uma função sistêmica de revalidação das normas, que tendente à efetiva proteção de bens jurídicos (...) Para tanto, é indiferente que haja redução das taxas delitivas, por se tratar de confirmação simbólica e não empírica dos valores selecionados pelo ordenamento, de modo que a proteção de bens jurídicos não mais constitui a missão primordial das normas penais.

¹⁷ ZAFFARONI, Raul Eugenio; BATISTA, Nilo *et. al.* *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003cit. p. 121.*

¹⁸ SIQUEIRA, Leonardo; ANDRADE, Camila Andrade. Teorias da pena: das correntes funcionalizantes à perspectiva negativa. In. *Delictae*, Vol. 1, No1, Jul-Dez. 2016, pp.96-139. p.113.

As teorias preventivas, contudo, possuem, além do geral, um viés especial, atribuindo à pena a finalidade de “atuação diretamente sobre o autor da infração, sobre o apenado, com o objetivo declarado de evitar que o mesmo volte a delinquir, através de sua correção ou reintegração, de sua intimidação, ou, finalmente, de sua segregação¹⁹”. Nas palavras de Muñoz Conde, “*Las teorías de la prevención especial ven el fin de la pena en apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección y educación, bien a través de su aseguramiento*²⁰”, respectivamente prevenção especial positiva e negativa.

O maior expoente da teoria foi Franz von Liszt. De acordo com Santiago Mir Puig, o “Programa de Marburgo”, de autoria de Liszt, previa que

La finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología: *a)* Frente al *delincuente de ocasión* necesitado de corrección, la pena constituye un "recordatorio" (*Denkzettel*) que le inhiba de ulteriores delitos; *b)* frente al *delincuente de estado* (*Zustandsverbrecher*) corregible, deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; *c)* frente al *delincuente habitual incorregible*, la pena ha de conseguir la inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo²¹.

¹⁹ KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Niterói, Rio de Janeiro: Luam, 1993. p.174.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Intruducción al Derecho Penal. 2. ed. Buenos Aires: B e F Ltda, 2001, p.72.

²¹ MIR PUIG. Santiago. Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método. 2a ed. Reimpresion. Montevideo: B de F, 2003, p.56-57.

A prevenção especial negativa atribui à pena a função de evitar a prática de novos crimes pelo apenado, o que se faz mediante intimidação pessoal e da inocuização, através da sua segregação do meio social – enquanto privado da liberdade – período durante o qual não voltaria a violar o ordenamento jurídico penal.

A vertente positiva da teoria, por sua vez, aponta a reintegração social do apenado como o fim último da aplicação da pena. Segundo esta teoria, a pena teria a finalidade de evitar que novos crimes fossem praticados pelo condenado, finalidade que seria atingida através de sua ressocialização – ou melhor expressando – sua reintegração social.

Àquele que praticou um crime é atribuída uma sanção, cuja função se concretiza pela forma de cumprimento, exigindo-se que a pena possibilite a reinserção do condenado no meio social, mais adaptado, a fim de que não volte a delinquir.

Várias são as críticas à dita “função ressocializadora” da pena. Uma das críticas aponta a possibilidade de se argumentar pela dispensa da aplicação da pena, em casos como de criminosos eventuais, ou seja, não havendo a previsibilidade de que o criminoso, adaptado ao meio social (a despeito da prática de um crime), venha a praticar outros crimes, não seria necessária ou adequada a aplicação de uma pena²². Seria, assim, desnecessária a medida penal, pois que esta visaria a ressocialização de alguém já devidamente socializado, bem como não haveria a probabilidade de reincidência a ser prevenida.

Outra crítica diz respeito à dificuldade de se compatibilizar a proporcionalidade da pena aplicável ao fato à necessidade individual de readaptação social. Aconteceriam, segundo esta corrente,

²² ROXIN, Claus. *Problemas basicos del derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976, p.16.

hipóteses em que o tempo de pena fixado seria insuficiente em relação à necessidade ressocializadora; por outro lado, poderia haver penas de duração mais longa que o necessário ao cumprimento de sua função ressocializadora, mostrando-se, pois, excessivas²³.

Discute-se, ainda, a legitimidade do exercício do poder do Estado sobre a subjetividade do preso, expressa por Siqueira e Andrade como uma “nova roupagem, aparentemente democrática, do maniqueísmo positivista – (através da qual) busca-se, em última análise, a neutralização dissimuladamente gentil e paternal do indivíduo defeituoso²⁴”, interferência estatal seriamente questionada por Claus Roxin,

Más bien hay que preguntar: ¿Qué legitima a la mayoría de una población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquélla? ¿De dónde obtenemos el derecho de poder educar y someter a

²³ “Por regla general el tiempo de duración de la pena, exigido por la retribución y limitado por el principio de proporcionalidad, no es suficiente para llevar a cabo un tratamiento, por lo que el concepto de resocialización tiene que fracasar necesariamente. Pero también puede ocurrir que la duración de la pena sea demasiado larga para el tratamiento del recluso; este peligro se debe a los límites mínimos del marco penal del respectivo delito, que impiden que el juez pueda imponer una pena inferior, aunque el delincuente no necesite ser resocializado o pueda ser tratado en menos tiempo. El sistema penitenciario, orientado hacia el tratamiento, se perturba si el recluso sólo está en la cárcel perdiendo el tiempo (o una parte de ese tiempo), sin que pueda comprender la productividad de ese tiempo. Es evidente que estas circunstancias por lo menos ponen en peligro gravemente el éxito del tratamiento”. HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p.359.

²⁴ SIQUEIRA, Leonardo; ANDRADE, Camila Andrade. Teorias da pena: das correntes funcionalizantes à perspectiva negativa. In. Delictae, Vol. 1, No1, Jul-Dez. 2016, pp.96-139. p.124

tratamiento contra su voluntad a personas adultas? (...) Preguntas tales suenan algo provocadoras. Pero con ello sólo se prueba que la mayoría de la gente considera como algo evidente el que se reprima violentamente lo distinto, lo discrepante. Pero en qué medida existe en un Estado de Derecho una facultad para esto, es el verdadero problema, que de antemano no puede resolver la concepción preventivo-especial, porque cae fuera de su campo visual²⁵.

Lado outro, vasta é a doutrina que atribui à pena, como finalidade premente, a (re)socialização do criminoso. Segundo Mir Puig, *“quien vea en la protección de bienes jurídicos la función del derecho penal y atribuya consecuentemente a la pena la finalidad de prevención, deberá admitir que contribuye generalmente a la evitación de delitos una configuración de las penas que tienda a resocializar o al menos a impedir la definitiva perversion del delincuente²⁶”*.

Finalmente, há que se levar em conta a necessidade de “participação ativa do recluso²⁷”, como ressalta Anabela Miranda Rodrigues, sem a qual o processo reintegrador é mero discurso retórico, vez que não é possível a ressocialização por imposição,

²⁵ ROXIN, Claus. Problemas basicos del derecho penal. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976, p.18.

²⁶ MIR PUIG. Santiago. Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método. 2a ed. Reimpresion. Montevideo: B de F, 2003, p.58.

²⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda Rodrigues. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito. São Paulo: Ibccrim, 1999. p. 63.

necessitando o interesse e o empenho do sujeito em sua própria reintegração

Em que pese toda a discussão existente, há séculos, as teorias desenvolvidas e explicadas acima não conseguiram justificar satisfatoriamente seus fins ou limitar efetivamente o Direito Penal, razão que levou ao ecletismo das teorias chamadas “unificadoras” ou “mistas” que reúnem partes das teorias absolutas e relativas.

Esta seria uma posição intermediária, que, de acordo com Muñoz Conde²⁸, buscaria conciliar as teorias retributivas e preventivas, teorias estas que não conseguem explicar devidamente a finalidade da pena, pois que cada uma delas se fixa em apenas parte de seus aspectos.

El Derecho penal cumple, por un lado, la misión de proteger a la sociedad mediante el castigo de transgresiones del Derecho que ya han tenido lugar; posee, por ello, una naturaleza represiva. Pero, por otro, cumple asimismo la misión de prevenir infracciones cuya comisión se teme en un futuro; posee también, pues, una naturaleza preventiva. Sin embargo, la función represiva y preventiva del Derecho penal no son opuestas, sino que deben ser entendidas de modo unitario: el Derecho penal, a través de la amenaza, imposición y ejecución de penas justas, tiene como **finalidad evitar la comisión de**

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Intruducción al Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: B e F Ltda, 2001, p.72-73.

futuras infracciones del Derecho (prevención mediante represión)²⁹ (grifos originais)

Segundo Von Liszt, “*la pena es prevención mediante retribución, o, como bien podríamos también expresarlo, retribución mediante prevención*”³⁰. Referido autor não descartava o retributivismo, por ele tida como essência da pena, mas, conforme se expressa Luis Jiménez de Asúa, “*buscó el equilibrio entre prevención y represión(...)*dividiéndolo, según la clase *de* delinquentes a los que se apliquen las sanciones, *en intimidación, corrección e inocuización*”³¹”.

A ameaça, imposição e execução, expressas por Muñoz Conde³², são descritas por Roxin como as três etapas da eficácia do Direito Penal, igualmente indispensáveis para “esgotar o sentido e a missão do Direito Penal³³”, e que, em cada uma delas, a pena possuiria uma finalidade própria.

Na primeira etapa, em que se fazem as cominações penais (observadas a subsidiariedade do Direito Penal e a proteção de bens jurídicos, como ressalta Roxin), estar-se-ia diante da finalidade de prevenção geral. Prévia à prática da conduta lesiva e dirigida a todos, a previsão legal das condutas penalmente puníveis informaria as proibições (a quem não necessita intimidação preventiva da prática criminal); bem

²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Ornedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p.04.

³⁰ VON LISZT, Franz. La idea de fin en el derecho penal. Mexico D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. P.130.

³¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, "Corsi e ricorsi": La vuelta de von Liszt. In. VON LISZT, Franz. La idea de fin en el derecho penal. Mexico D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. P.49-50.

³² MUÑOZ CONDE, Francisco. Intruducción al Derecho Penal. 2. ed. Buenos Aires: B e F Ltda, 2001, p.74-75.

³³ ROXIN, Claus. Problemas basicos del derecho penal. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976, p.24.

como geraria (quando necessário), algo como a já explicada “coação psicológica”, de Feuerbach, ou seja, sabendo da proibição de determinada prática, sob ameaça de ser submetido a uma pena, haveria um desestímulo a pratica-la.

A etapa seguinte, posterior à prática criminosa, quando o criminoso seria sentenciado, cumprir-se-iam as finalidades retributivas e, uma vez mais, preventiva geral. Seria fixado o quantum concreto de pena a cumprir, como retribuição proporcional ao mal causado com o crime. Além disto, sendo a aplicação da pena a concretização da cominação penal, estaria presente, ainda, a finalidade preventiva especial, uma vez que *“El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz)”*³⁴.

Finalmente, na terceira fase - a execução penal – a pena, que possuiria exclusivamente fins racionais, *“sólo puede estar justificada si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Así pues, sólo está indicada una ejecución resocializadora”*³⁵.

Para Anabela Rodrigues³⁶, haja vista o Estado Social, a Constituição apontaria a reintegração social do preso como a finalidade da execução penal, resultando “indubitável e evidente o interesse social em que se aproveite e oriente a fase de execução da pena privativa de liberdade para prosseguir finalidades de prevenção especial,

³⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Trad. Eugênio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editora Hamurabi, 1989, p. 61.

³⁵ ROXIN, Claus. Problemas basicos del derecho penal. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976, p.31.

³⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda Rodrigues. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito. São Paulo: Ibccrim, 1999. pp. 65-71.

concretamente, na sua forma mais construtiva e positiva de ressocialização”. Além disto,

A validade de certos direitos sociais para os reclusos encontra-se justificada à luz do princípio de Estado Social; mas é a finalidade atribuída à execução – que esse mesmo princípio aponta, visando preparar o recluso para voltar a ocupar seu lugar na sociedade de onde foi afastado, que faz impender sobre a administração penitenciária o dever de colocar à sua disposição os meios necessários ao desenvolvimento pleno da existência individual.

Zaffaroni³⁷, por outro lado, não reconhece nem mesmo a dita “racionalidade” da pena, negando a esta qualquer função. Segundo o autor, os fins do discurso oficial da pena são inatingíveis, pois a pena vive hoje uma crise sem paradigma. Os locais de cumprimento desta sanção, assemelham-se, em maior ou menor grau de, a campos de extermínio, senão físico, ao menos de extermínio mental; às vezes ambos.

Para o autor, a pena possuiria a mesma fonte de legitimação da guerra, qual seja, o poder. O Estado aplicaria a pena não por buscar retribuir um crime passado ou prevenir crimes futuros, mas porque tem poder para tanto.

Em que pese o posicionamento do mestre argentino, certo é que, uma vez aplicada a pena, faz-se indispensável o tratamento digno do preso, de forma a fazer cumprir seus direitos, previstos na legislação

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 ed., 2001.

interna, bem como em tratados internacionais³⁸, ratificados pelo Estado brasileiro, em especial o exercício da atividade laboral.

Segundo Jeronymo da Cunha Pimentel, “*Elle (o trabalho) é, porém, tão importante na questão penitenciária que não será demais tudo o que a tal respeito se diga (...)no campo da sciencia penitenciária, hoje é axioma a necessidade de trabalho para os reclusos cellulares*”³⁹

Cesar Barros Leal adverte, no mesmo sentido:

É preciso, sem nos iludirmos com a fata

³⁸ *A título de exemplo, têm-se as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos: 65. O tratamento das pessoas condenadas a uma pena ou medida privativa de liberdade deve ter por objetivo, na medida em que o permitir a duração da condenação, criar nelas à vontade e as aptidões que as tornem capazes, após a sua libertação, de viver no respeito da lei e de prover às suas necessidades. Este tratamento deve incentivar o respeito por si próprias e desenvolver o seu sentido da responsabilidade. 66.1) Para este fim, há que recorrer nomeadamente à assistência religiosa nos países em que seja possível, à instrução, à orientação e à formação profissionais, aos métodos de assistência social individual, ao aconselhamento relativo ao emprego, ao desenvolvimento físico e à educação moral, de acordo com as necessidades de cada recluso. Há que ter em conta o passado social e criminal do condenado, as suas capacidades e aptidões físicas e mentais, as suas disposições pessoais, a duração da condenação e as perspectivas da sua reabilitação. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.*

³⁹ Relatório: Penitenciária Central de Lisboa. Anno de 1886. Jeronymo da Cunha Pimentel (diretor). Apresentado ao Ministro dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça. Lisboa: Imprensa Nacional, 1887. p. 31-32

*morgana da recuperação, assistir o preso e dar-lhe trabalho, necessário este à auto-suficiência dos presídios e reconhecido como dever social e requisito da dignidade humana, levando-se em conta, em sua oferta, a habilitação, a condição penal e as necessidades futuras dos internos, assim como as oportunidades do mercado*⁴⁰.

Parte-se, assim, neste estudo, da premissa segundo a qual a atividade laboral, ademais de instrumento útil a proporcionar a reintegração social, constitui inegável direito do preso.

2. O TRABALHO PRISIONAL

Anabela Miranda Rodrigues, desde 1993, considerava “um dos problemas mais delicados que actualmente se levantam na execução da pena de prisão é o do trabalho prisional⁴¹”, questão que se mantém até os dias atuais.

⁴⁰ LEAL, César Barros *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 73-74

⁴¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Temas fundamentais de execução penal. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.24, São Paulo, out. 1993. pp.11-37. p.28.

Como afirmado acima, “o trabalho sempre esteve associado à prisão. A ideia de utilizar a mão-de-obra de criminosos, portanto, não é nova. É, ao contrário, recorrente ao longo de toda a história do pensamento da humanidade, que sempre chega à conclusão de ser o preso útil através de seu trabalho⁴²”. O trabalho já foi empregado como espécie de punição, como na pena de trabalhos forçados⁴³; como fator de produção econômica, para manutenção dos estabelecimentos prisionais; como elemento de regeneração moral⁴⁴, de emenda; atualmente, instrumento integrante do processo executivo, como método tendente a auxiliar a busca de reinserção social do apenado.

Michel Foucault cita, em diversas passagens, a relevância fundamental da oferta de trabalho e de outros métodos aptos a desenvolver bons hábitos nos condenados. O célebre autor afirma ainda que “a ociosidade é a causa geral da maior parte dos crimes”⁴⁵, demonstrando a necessidade de ocupação dos prisioneiros.

Não sofrerá certamente contestação ao afirmar-se que o trabalho é pelo menos tão necessário ao preso como ao homem livre, até porque, como elemento essencial à estabilização psíquica, a sua necessidade se

⁴² CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. *DESLEGITIMAÇÃO DO TRATAMENTO PRISIONAL* (dissertação de mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001. p.185.

⁴³ ROMÃO, Miguel Lopes. *Prisão e ciência penitenciária em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2014.

⁴⁴ LOPES, J. de Seabra. *Do trabalho penitenciário: aspectos e problemas*. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.97: Lisboa, 1960. p. 26-28.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p.100.

manifesta flagrantemente na prisão, onde, por via de regra, o equilíbrio psíquico é facilmente afectado pelo carácter deprimente da privação da liberdade. A primeira regra de tratamento penitenciário será, pois, a de ocupar o delincente⁴⁶.

De acordo com Célio César Paduani, o labor prisional “se torna a medida do êxito do novo regime penitenciário ou do cognominado tratamento reeducativo, como elemento da reeducação e da reinserção social. Nele, veem o seu conteúdo social ou ético-social”⁴⁷.

Porém, para que o preso possa contribuir para sua reinserção social, é necessário que lhe sejam oportunizados meios para tanto, pois sua posição de sujeição ao poder do Estado o faz depender daquilo que este lhe oferece, nada podendo fazer sem a aquiescência deste.

Afirma-se que, na maioria das vezes, “o preso quer – e precisa – trabalhar. Os presos, normalmente, pretendem acelerar o cumprimento da pena pela remição do período trabalhado (art. 126 da LEP) e ainda contribuir para o sustento da família, mas são obstados pela ausência de requisitos triviais, de difícil comprovação”⁴⁸.

⁴⁶ LOPES, J. de Seabra. Do trabalho penitenciário: aspectos e problemas. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.97: Lisboa, 1960. p. 14.

⁴⁷ PADUANI, Célio César. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.49.

⁴⁸ ADOLFO, Lúcio. *Execução penal e sua aplicação: o preso e seus direitos – modelos e quadros de procedimento*. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 47.

No mesmo sentido, Julita Lemgruber destaca a busca pelo exercício do direito ao trabalho, pelos presos, afirmando que ao contrário do que pensa a maior parte da população, o preso busca o trabalho dentro dos muros. Principalmente porque, segundo a mesma Lei de Execução Penal, para cada três dias trabalhados, desconta-se um dia da pena. No entanto, o Estado brasileiro tem sido historicamente incompetente para prover trabalho ao preso⁴⁹.

Esta omissão, por parte do Estado, é uma das muitas limitações impostas ao preso que, privado de sua liberdade e da autonomia na gerência de sua vida, vê-se impedido de exercer seus direitos, como a seguir se explica, bem como de gozar de benefícios previstos em Lei.

2.1. Do direito constitucional ao trabalho

O Estado Democrático de Direito brasileiro, em que pese não seja propriamente um Estado Social, é regido pela Constituição da República, de 1988, que indica claramente este viés, especialmente a partir da consagração pormenorizada dos chamados direitos sociais.

Como tal, o direito ao trabalho é previsto nos arts. 5º e 6º como garantia fundamental do ser humano, como condição de

⁴⁹ LEMGRUBER, Julita. Trabalho nas Cadeias. Justiça e Cidadania. Rio de Janeiro, 05 de Outubro de 2003. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/trabalho-nas-cadeias/>. Acesso em: 10.jan.2019.

dignidade humana, assim como o preveem Tratados Internacionais ratificados e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Esta garantia, como condição de dignidade humana, não pode ser afastada simplesmente porque a pessoa se encontra submetida a uma pena privativa de liberdade. Ao contrário, a Lei de Execução Penal, em seu art. 3º, expressamente prevê a observância dos direitos não atingidos pela sentença condenatória. Ademais, conforme ensina Maria João Escudeiro, “a pena de prisão apenas implica que se retire a liberdade aos cidadãos e não o seu bem maior, a dignidade.”⁵⁰

2.2. O trabalho como direito do preso

O Ordenamento Jurídico, além de assegurar, no corpo da Constituição, entre as garantias fundamentais, o direito ao trabalho, também confere o mesmo direito através de Tratados Internacionais, os quais, ao versarem sobre direitos humanos, adquirem *status* de norma constitucional, nos termos do que preveem os parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º da Carta Magna.

Exemplos são a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, cuja efetividade dos princípios se dá através do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e as Regras Mínimas para Tratamento de Presos.

Estas normas internacionais, internalizadas como se dispositivos constitucionais fossem, contêm, especificamente, normas que tratam do respeito e tratamento humano dos presos,

⁵⁰ ESCUDEIRO, Maria João Simões. Execução das penas e medidas privativas da liberdade: análise evolutiva e comparativa. Obtido de <http://www.oa.pt/upl/%7B16258631-095e-4c50-bc13-27981e007a2a%7D.pdf>. p.580.

como previsto no art. 10 do Pacto de Direitos Civis e Políticos⁵¹. Além disto, há expressa proteção ao direito do preso ao trabalho, conforme dispõem os artigos 6^{o52} e 7^{o53}, do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como as Regras Mínimas para Tratamento de Presos, da ONU, nas regras 96⁵⁴ e seguintes.

Não pode haver dúvidas, assim, acerca da garantia, constitucionalmente assegurada pelo Estado brasileiro, do direito do apenado ao exercício de atividade laborativa, durante seu encarceramento, pois que, como a seguir se detalha, a sentença que o condenou a uma pena privativa de liberdade restringiu-lhe este direito, mas não todos, em especial, não seu fundamental direito ao trabalho.

A legislação ordinária coerentemente caminha no mesmo sentido.

Em 1984 entraram em vigor as Leis 7.209⁵⁵, que modificava a parte geral do Código Penal de 1940, e 7.210⁵⁶, que instituía a atual

⁵¹ [Decreto nº 592](#). Art. 10 - 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

⁵² [Decreto nº 591](#), Art. 6º - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

⁵³ [Decreto nº 591](#), Art. 7º - Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis (...)

⁵⁴ **Regras de Mandela**. Regra 96 1. Os presos condenados devem ter a oportunidade de trabalhar e/ou participar ativamente de sua reabilitação, sendo esta atividade sujeita à determinação, por um médico ou outro profissional de saúde qualificado, de sua aptidão física e mental. 2. Trabalho suficiente de natureza útil deve ser oferecido aos presos de modo a conservá-los ativos durante um dia normal de trabalho.

⁵⁵ BRASIL. *Código Penal*, Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.

⁵⁶ BRASIL. *Lei de execução penal*, nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Lei de Execução Penal – LEP, legislação especial há tanto ansiada, como nos advertira Fragoso, em obra de 1980⁵⁷.

A Lei de Execução Penal pormenorizou as normas que devem ser observadas pelos presos e pela administração penitenciária, uma vez que aquele, ao ser recolhido à prisão, tem suspensos alguns dos direitos que possuía antes do aprisionamento. Conserva, contudo, o preso, todos os demais direitos não atingidos pela sentença, conforme prevê o artigo 3º, da LEP⁵⁸, bem como garantem a Constituição da República e Tratados Internacionais a preservação do direito a ter respeitada sua dignidade humana.

O sujeito, ao ingressar no sistema penitenciário, passa a compor uma relação jurídica com a administração pública, como a seguir se explicará, na qual existem direitos e deveres recíprocos.

Visando proteger o preso, contra eventual arbítrio do Estado, dispôs o Item 75 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal que, “a fim de evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissos”⁵⁹, seriam arrolados, expressamente, os direitos dos presos, cujo respeito se exige.

O trabalho do preso é um destes direitos não limitados pela pena. Mais do que isto, é expressamente assegurado pela Lei de Execução Penal, tamanha sua relevância.

⁵⁷ FRAGOSO, Heleno. *Direitos dos presos: os problemas de um mundo sem lei*. In FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direitos dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

⁵⁸ LEP. Art. 3º - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

⁵⁹ BRASIL. *Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. Item 75.

Tais disposições são expressas na LEP, em especial nos arts. 28 e 41, II⁶⁰, dispositivos que coadunam perfeitamente com as garantias constitucionais, contidas nos artigos. 5º e 6º, da Constituição da República, que afirmam o trabalho como direito fundamental, bem como as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos – Regras de Mandela⁶¹ – que prevê, nas Regras 96 e seguintes, a necessidade de se atribuir trabalho aos presos, a fim de que possam participar ativamente de sua reabilitação.

Ademais, a Exposição de Motivos traz inúmeras passagens acerca do trabalho prisional, como se percebe nos itens 54 e 57, em que se demonstra a busca pela máxima semelhança entre este e o trabalho livre, preconizando-se, de acordo com “o grau de recuperação”, a possibilidade de trabalho externo. Assim também o item 59, segundo o qual o trabalho do preso “sua remuneração e forma de aplicação de seus frutos, sua higiene e segurança poderiam se tornar inócuas sem a previsão de mudança radical em sua direção e gerência, de forma a protegê-lo ao mesmo tempo dos excessos de burocracia e da imprevisão comercial⁶².

⁶⁰ Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...)II - atribuição de trabalho e sua remuneração.

⁶¹ **BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.**

⁶² BRASIL. Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal. São Paulo: Saraiva, 2007, Item 59.

• Em que pese ser o labor prisional também referido na mesma Lei, como um dever, neste artigo deixaremos de analisa-lo sob o referido aspecto, pois que foge ao objeto da pesquisa.

O que se arrola demonstra a declaração oficial de adoção da função reintegradora da pena privativa de liberdade, de forma destacada, pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que se vê a partir do artigo 1º, da Lei LEP, em que se afirma ser um dos objetivos da execução penal “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

A este propósito, e atribuindo ao trabalho e à educação natureza de “função essencial” à finalidade reintegradora, explica Alexis Couto de Brito⁶³ que

A execução da pena tem outra perspectiva: o futuro. Tudo o que se projeta em termos político-criminais olha para o futuro, futuro no qual o condenado será fatalmente colocado em liberdade. E mirar o futuro implica a seguinte pergunta: de que forma podemos colaborar com o momento em que esta pessoa retornará ao convívio social? (...)Portanto, a única resposta lógica possível é que um sistema de execução penal deve oferecer o máximo possível de oportunidades, diante das necessidades concretas do condenado, para um voluntário incremento pessoal, que possa contribuir para seu retorno e posterior convívio harmônico, integrado aos demais cidadãos.

⁶³ BRITO, Alexis Couto de. Fundamentos e limites da execução penal no Estado Democrático de Direito. In Delictae, Vol. 1, No1, Jul.-Dez. 2016, p.55.

O preso, mantendo seu status de pessoa humana, sujeito de todos os direitos próprios do ser humano (não atingidos pela sentença condenatória ou pela lei), deve ter a escolha de ser participante do seu processo de reintegração social, de se utilizar de instrumentos aptos a tanto; contudo, tais instrumentos devem ser oferecidos pelo Estado.

Conforme ensina Brito⁶⁴, o trabalho do preso não constitui em um meio de agravamento da pena. Ao contrário, tem a finalidade de “respeitar a dignidade humana daquele que possui capacidade para exercê-lo (...). É certo que o trabalho não é somente um dever, mas antes um direito”, direito este que, ignorado pelo Estado, invalida por completo os propósitos da execução.

O Direito declara que o trabalho é um dever social e é condição de dignidade humana, por isso, não é compatível com a finalidade da pena o ócio, o qual, não promovendo a dita dignidade humana, torna ainda mais difícil a volta do preso ao convívio com os valores decorrentes dos deveres sociais de que trata a lei⁶⁵.

⁶⁴ BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P.107.

⁶⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.334.

Segundo Foucault⁶⁶, remonta à *House of Correction*, na Inglaterra, e à *Rasphuis*, em Amsterdã, a utilização do trabalho como meio para se obter a finalidade preventiva especial da pena privativa de liberdade, “fenómenos precursores de um novo ideal de reclusão que incorpora o trabalho como elemento essencial para a reforma moral”⁶⁷, ocupando a reintegração social pelo trabalho lugar de destaque na política criminal moderna.

Assim sendo, o direito do preso ao trabalho deve ser entendido, como se pretende demonstrar, como direito individual e social, inerente à dignidade humana, que traz diversos benefícios econômicos, como a remuneração, formação de pecúlio e previdência social, além de ganhos de caráter social e psicológico, como a possibilidade de aprendizagem de ofício e participação no mercado de trabalho, de colaboração para o sustento de sua família, melhorando sua autoestima e facilitando seu retorno ao convívio social; e, finalmente, a diminuição do tempo de cumprimento de sua pena, através do instituto da remição

Percebe-se que o legislador pretende conferir ao preso a possibilidade de se reintegrar socialmente pelo trabalho, assim como pela instrução; acostumá-lo às condições que deverá encontrar na sua vida em liberdade, devendo-se aproximar o trabalho e o estudo efetivados no ambiente prisional aos realizados extramuros. Conforme ensina Maria João Escudeiro, os “factores como o ensino,

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. FOUCAULT, Michel. Vigiare e punir: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p.100.o

⁶⁷ ROMÃO, Miguel Lopes. Prisão e ciência penitenciária em Portugal. Coimbra: Almedina, 2014. p. 174.

a formação profissional e o trabalho devem ser proporcionados numa lógica de empregabilidade e de reinserção social⁶⁸”.

Esta é, também, a visão de Rui Medeiros, para quem:

a laborterapia é a pedra de toque de toda a moderna Penologia. O trabalho acaba com a promiscuidade carcerária, com os malefícios da contaminação dos primários pelos veteranos delinquentes, e dá ao condenado a sensação de que a vida não parou e ele continua um ser útil e produtivo, além de evitar a solidão, que gera neuroses, estas, por sua vez, fator de perturbação nos estabelecimentos penais e fermento de novos atos delituosos⁶⁹.

Além dos benefícios supra, há, como mencionado, o direito à remição da pena, instituto que reduz a duração da pena, através do estudo e do trabalho, atividades cujo exercício fica condicionado à oferta de oportunidades pelo Estado.

⁶⁸ ESCUDEIRO, Maria João Simões. Execução das penas e medidas privativas da liberdade: análise evolutiva e comparativa. Obtido de <http://www.oa.pt/upl/%7B16258631-095e-4c50-bc13-27981e007a2a%7D.pdf>. p.580.

⁶⁹ MEDEIROS, RUI. *Prisões abertas*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 61.

Mas, a despeito de todas as vantagens apontadas, o direito dos presos acaba por se tornar letra morta, para a maioria dos presos⁷⁰, devido à desídia estatal.

Alerta-nos Kildare Gonçalves Carvalho que, diferentemente da autoaplicabilidade dos direitos individuais, para que os direitos sociais se tornem “operativos e efetivos, dependem de prestações positivas do Estado”⁷¹, sendo estas grande obstáculo à concretização das referidas previsões normativas.

2.3 – Da relação jurídica entre o Estado e os Reclusos

Entre o Estado e o recluso existe uma relação jurídica de características peculiares, chamadas “relações especiais de poder”, cujo conteúdo atual, porém, diverge significativamente de conceito clássico.

Primeiramente, desenvolveu-se a ideia de que a execução penal constituiria atividade administrativa, regida sem observância do princípio da legalidade, ou seja, a execução penal seria conduzida conforme normas estabelecidas pela Administração penitenciária, a par das Leis postas, que aos presos não se aplicariam.

Classicamente, as “relações especiais de poder” significavam absoluta sujeição dos presos às definições arbitrárias do órgão administrativo responsável pela sua custódia.

⁷⁰ Segundo dados mais recentes, em média, apenas 15% (quinze por cento) dos presos exercem atividade laboral. Cf. INFOPEN Atualizado – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65p. p.56.

⁷¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 18. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 803.

Esta conceituação clássica, porém, é abandonada, em respeito ao Estado de Direito e a atual concepção do princípio da legalidade, que submete a todos, inclusive – e especialmente – a Administração.

Segundo Anabela Rodrigues, à formalidade exigida pelo Princípio da Legalidade, ínsito ao Estado de Direito, soma-se o conteúdo próprio de um Estado Social, que deve orientar as relações jurídicas, ainda que “especiais”.

Assim como a Constituição Portuguesa, analisada pela autora⁷², também a brasileira é “dominada por uma viva indicação social, evidenciada na consagração pormenorizada de um conjunto de direitos, agrupados sob a designação de direitos econômicos, sociais e culturais. (...) rica em disposições polarizadas para um fim de natureza social”, buscando efetivar a ideia de igualdade, “a correção do individualismo clássico liberal por meio de uma afirmação dos referidos direitos sociais e de uma realização dos objetivos de justiça social”

Este Estado Social, assim, ao ter por objetivo a igualdade, a justiça social, a participação de todos nos bens, vale, acima de tudo, àqueles que se veem mais carecidos de proteção, como é o caso do recluso, submetido à custódia estatal.

Desta forma, contrariamente ao que classicamente significavam as ditas “relações especiais de poder”, sua conceituação atual reconhece ao preso a garantia de todos os direitos, comuns aos homens livres, excepcionando-se exclusivamente aqueles que sejam limitados pela sentença condenatória.

⁷² RODRIGUES, Anabela Miranda Rodrigues. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito. São Paulo: Ibccrim, 1999. p. 55-56.

Isto significa que é vedado ao Estado a interferência, limitação, dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. Mas, mais do que estas chamadas “prestações negativas”, representa, pelo caráter social do Estado, a obrigatoriedade de que este adote também “prestações positivas”, especificadas pelo Legislador ordinário, a partir das diretrizes constitucionais gerais, as quais fixam um conteúdo concreto, um “estatuto positivo do recluso” que, mediante “a incidência do pensamento social mostra sobretudo a relação de reciprocidade dos direitos e deveres do Estado e do recluso”⁷³.

O Ordenamento Jurídico brasileiro, por sua vez, como já dito, além de garantir, constitucionalmente, o direito ao trabalho, também o prevê, especificamente, como direito do preso, tornando-se, assim, seu direito subjetivo, ao qual se contrapõe um dever do Estado.

O impasse se dá na medida em que o Estado se abstém de proporcionar meios ao apripionado para o exercício de seu direito ao trabalho. Em que pese o reconhecimento, pelo ordenamento brasileiro, da reintegração social como uma das finalidades da pena; o trabalho e o estudo como direito dos presos; atividades que viabilizam o abreviamento da pena, através da remição; além de configurarem instrumentos para se alcançar a pretendida reinserção social do apenado; de forma incongruente, o Estado não oferece ao preso a oportunidade de exercer tais direitos, impossibilitando, por consequência, a obtenção de todos os benefícios deles advindos.

A partir desta compreensão, impende buscar solucionar o problema que se apresenta no presente estudo, razão pela qual se

⁷³ RODRIGUES, Anabela Miranda Rodrigues. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito. São Paulo: Ibccrim, 1999. p. 62.

passa a explicar o instituto da remição da pena, bem como a analisa-lo à partir da realidade prisional brasileira.

3. REMIÇÃO DA PENA

Remir significa adquirir de novo, resgatar, expiar. Advém do latim “*redimere*”, sendo benefício conferido pela Lei de Execução Penal “*através do qual parte da liberdade do preso é readquirida*”⁷⁴.

Pelo trabalho ou pelo estudo o preso, que se encontra cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto, resgata parte da sanção que lhe foi aplicada através da remição. Não há, propriamente, um abatimento da pena, mas uma ficção legal mediante a qual se considera o tempo remido como de pena efetivamente cumprida.

A propósito, ressalta Paduani que

O instituto da remição constitui, sem dúvida, uma das grandes inovações da Lei de Execução Penal, mormente por se encontrar vinculado ao trabalho, que deve ser o fator mais importante da reeducação do sentenciado. Deveras, a laborterapia deve constituir um dos

⁷⁴ BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.336.

*tratamentos mais adequados, ao lado da educação, ao preso que vive em nossas penitenciárias e cadeias públicas em completa ociosidade*⁷⁵.

Para fazer jus à obtenção da remição da pena, que deverá ser concedida pelo juiz da execução, é necessário o cumprimento dos requisitos previstos no art. 128 da Lei de Execução Penal. Através do estudo, haverá a remição de “1 (um) dia de pena a cada 12(doze) horas de frequência escolar”, divididos, no mínimo, em 3 (três) dias. Pela atividade laboral, considera-se cumprido “1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho”.

Na hipótese de que o preso pratique falta grave, cujo rol está contido no artigo 50 da LEP, poderá perder até 1/3 (um terço) do tempo remido, conforme, disposto no art. 127, da mesma Lei.

Até 2011, a legislação previa a possibilidade de perder a integralidade do período remido. Contudo, com a Lei 12.433, que incluiu expressamente a possibilidade de remição por estudo, restringiu-se a sanção pela falta grave ao terço daquele.

Finalmente, importa ressaltar que o preso que sofrer acidente de trabalho, que lhe impossibilite de prosseguir na atividade, de acordo com o § 2º do artigo 126 da Lei de Execução Penal, continuará a obter a remição, contando-se os dias em que ele usualmente trabalharia.

⁷⁵ PADUANI, Célio César. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.15.

Quanto ao aspecto processual, para a concessão da remição é necessário que haja declaração judicial, após a oitiva do Ministério Público, e comprovação dos dias trabalhados pelo preso. “Para esse fim, a autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao Juízo da Execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, certificando os dias de trabalho e as horas de frequência escolar de cada um deles”⁷⁶.

O período remido, pelo trabalho ou pelo estudo, é considerado tempo de “pena cumprida, para todos os efeitos”, conforme prevê o art. 128, da LEP, razão pela qual, além de diminuir o tempo de cumprimento da pena, antecipa a progressão de regime, assim como o livramento condicional, no que se refere ao requisito temporal.

A possibilidade da remição da pena pelo trabalho prisional, bem como pelo estudo, abreviando, assim, o tempo de cumprimento de pena, constitui, como já ressaltado, um direito do preso, além de um importante estímulo ao mesmo, procurando afastar o ócio e aproveitar o seu potencial produtivo.

3.1. A remição e o preso provisório

Existe discussão acerca de quem poderia ser beneficiado com a remição, prevalecendo, contudo, a posição segundo a qual “o instituto é inteiramente aplicável ao preso provisório – neste caso, porém, o trabalho é uma faculdade, e não um dever, do apenado, e a

⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal: parte geral*. V.I. 2.ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 954.

remição será posteriormente considerada na detração, no caso de condenação⁷⁷?

Tal posição, inclusive, é de adoção necessária, especialmente tendo-se em vista o número de presos provisórios, como se extrai dos mais recentes dados compilados pelo Departamento Penitenciário Nacional⁷⁸, bem como considerando a longa duração desta privação de liberdade, durante longos processos penais.

Além disto, é possível fazer-se uma análise paralela com o instituto da detração, que determina o abatimento, da pena privativa de liberdade, o tempo cumprido em prisão cautelar; nada mais coerente, assim, do que conferir, também, ao preso provisório, o direito ao abatimento da pena pelo exercício do trabalho, durante a prisão cautelar.

Considerando-se os aspectos que revestem o direito ao trabalho, atribuído ao preso provisório como ao preso com condenação definitiva; pela semelhança de tratamento que estes têm recebido, na prática; e ainda tendo em vista sua elevada presença, no sistema penitenciário brasileiro, que, após a última apuração, em junho de 2016, pode estar ainda mais próximo de significar metade da população carcerária, necessário se faz atribuir o mesmo tratamento que se considera devido ao preso definitivo.

Desta forma, em que pese não ser obrigatório, para os presos provisórios, estes têm o direito ao trabalho e, conseqüentemente, farão jus à remição, nos mesmos termos adotados para os

⁷⁷ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 198.

⁷⁸ De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, cerca de 40% (quarenta por cento) dos encarcerados são presos provisórios, conforme pesquisa de junho de 2016.

definitivamente condenados, que a seguir se especificará de forma pormenorizada, incluindo-se eventual direito à remição ficta.

3.2. Remição através de atividades artesanais

O artigo 32, §1º, da Lei de Execução Penal, limita, tanto quanto possível, o exercício da atividade artesanal sem importância econômica, excetuadas as regiões turísticas, o que levaria a crer na restrição da possibilidade de se remir a pena através da prática de tal atividade.

Massimo Pavarini e André Giamberardino, conduzido, ressaltam que, apesar da previsão legal, “à atividade de artesanato deve ser expandida e incentivada, inclusive se admitindo a remição da pena, mormente considerando a escassez da oferta de oportunidades de trabalho penitenciário em relação à demanda⁷⁹”.

Este entendimento é complementado por Célio César Paduani, ao afirmar que “Se o preso esteve disponível para o trabalho sem que o Estado lhe oferecesse condições para tal, vindo, por isso, a desenvolver atividade artesanal, esse tempo (...) deve ser contado para efeito de remição⁸⁰”.

Neste diapasão, importa discutir acerca das consequências da ausência de meios, nos estabelecimentos prisionais, para a execução do trabalho por parte dos presos, o que pode leva-los ao exercício de atividades “meramente” artesanais, sem valor econômico, ou mesmo ao absoluto ócio. É este o ponto central desta pesquisa.

⁷⁹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 198.

⁸⁰ PADUANI, Célio César. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.53.

Questiona-se a existência ou não de direito do preso à remição, quando não realize efetivamente o trabalho por ausência de oferta pelo Estado. Assim, ante a impossibilidade prática da execução do trabalho, em razão da desídia do Estado, discute-se se poderia o preso se beneficiar da remição.

4. O TRABALHO DO PRESO E O DIREITO À REMIÇÃO

O encarcerado, apesar de encontrar-se em uma posição diferente dos homens livres, mantém sua condição de sujeito de direitos e deveres, apenas podendo sofrer as limitações que advenham da sentença condenatória.

O trabalho não figura entre os direitos limitados pela condenação à pena privativa de liberdade. Ao contrário, está elencado na Lei de Execução Penal como direito do preso, na esteira das disposições constitucionais vigentes, que elevam o direito ao trabalho ao “*status*” de garantia social fundamental.

De acordo com Anabela Miranda Rodrigues, “antes de mais, há que se dizer que o direito ao trabalho constitucionalmente consagrado, como direito positivo à obtenção de trabalho, não sofre qualquer restrição em virtude da reclusão. O Estado tem, portanto, o dever de providenciar trabalho destinado aos reclusos⁸¹”

Além disto, a atividade laboral desenvolve importante papel na busca pela reintegração social do condenado. Prepara o encarcerado para o retorno ao convívio em liberdade e promove sua reintegração à sociedade da qual foi alijado; é, pois, método indispensável à execução da pena privativa de liberdade.

⁸¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Temas fundamentais de execução penal. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.24, São Paulo, out. 1993. pp.11-37. p.29.

É, também, em última instância, um meio de abreviar a duração da pena, a agonia da permanência no cárcere. Trata-se, assim, o labor prisional de atividade atribuída ao recluso, como direito, a par de dever, recaindo sobre o Estado “a obrigação de prover o estabelecimento penal de meios para a realização do trabalho do apenado⁸²”.

Como o instituto representa uma ampliação do *status libertatis* do condenado, afirma-se constituir *direito público subjetivo*, a que fazem jus, independente da discricionariedade do juiz da execução, aqueles que preencham os requisitos exigidos para tanto.

Além disto, sendo “o trabalho e a educação direitos sociais e a remição instituto concebido para benefício das pessoas presas, sua interpretação, aplicação e extensão devem ser as mais amplas possíveis, inclusive com admissão da analogia in bonam partem⁸³”

Assim, ao direito do preso, corresponde um dever, que é atribuído ao Estado, dada a especial relação jurídica que entre eles se forma, estando aquele, privado de liberdade, sob exclusiva custódia deste.

Não cumprindo, a Administração, as obrigações que lhe cabem na referida relação de sujeição, necessária a análise das consequências, afinal, “não é razoável que o Estado exija do condenado o cumprimento do dever de trabalhar, mas não ofereça condições para tanto, e pior, não compense o inadimplemento de seu dever de oferta laborativa⁸⁴”, nesta hipótese, a atribuição ao encarcerado dos benefício remicional.

⁸² BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.336.

⁸³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 411.

⁸⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 420.

Muitos dos benefícios que são obtidos pelo desempenho do trabalho têm caráter pessoal, subjetivo, como a aprendizagem de um ofício, o crescimento da autoestima, bem como a própria reintegração social, vantagens que não podem ser conferidas ao preso, de maneira fictícia, senão obtidas pelo mesmo através da efetiva realização da atividade laboral, e em razão dela.

Entretanto, há contraprestações possíveis, diante do cenário de omissão estatal, independentemente do real desempenho do trabalho pelo preso, como é o caso da remição da pena.

4.1. Da inexistência de trabalho

A remição “ficta” ou “virtual” é a diminuição da pena privativa de liberdade, nos mesmos termos previstos no citado art. 126, da LEP, sem a efetiva prestação de serviço pelo preso, desde que isso se deva à omissão do Estado.

A atualidade e a relevância da discussão acerca da remição ficta se devem ao estado crítico do sistema prisional brasileiro, em que, segundo dados do Ministério da Justiça⁸⁵, há uma população prisional da ordem de cerca de 726.000 (setecentos e vinte e seis mil) presos, sendo deficitário em mais de 358.000 (trezentos e cinquenta e oito mil) vagas, ou seja, uma taxa de ocupação de 197% (cento e noventa e sete por cento), segundo os últimos dados fornecidos pelo INFOPEN.

Ainda segundo este mesmo relatório, em todo o país, em média, apenas 15% (quinze por cento) dos presos trabalham.

Como não houve, no mais recente relatório, dados tão específicos relativos ao trabalho prisional, necessário se utilizar das

⁸⁵_BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN – atualizado junho de 2016, 2017. 65p. p.7.

informações contidas no relatório anterior⁸⁶, segundo o qual, entre os presos que trabalhavam, cerca de 34% (trinta e quatro por cento) teriam conseguido trabalho externo, por meios próprios, ou seja, a despeito da participação da Administração.

Além disto, em 78% (setenta e oito por cento) dos estabelecimentos prisionais não há sequer oficina de trabalho, e em 45% (quarenta e cinco por cento), ou seja, quase metade dos estabelecimentos não há um único preso trabalhando, qualquer que seja a função.

Verifica-se, assim, com dados oficiais, que o que existe atualmente, no sistema prisional brasileiro, são presos ociosos, impossibilitados de buscarem sua reintegração social, fadados ao retorno ao cárcere, já que no convívio social não terão perspectiva de reintegração, situação que se deve, em boa parte, à falta de políticas direcionadas à concretização das previsões legais relativas à execução penal.

7.3. Direito subjetivo do preso ao trabalho e sua relação com a remição ficta

Uma das questões discutidas para se aferir a existência ou não de direito à remição ficta é a definição da natureza jurídica do instituto do trabalho prisional.

Há quem sustente que, em que pese possuir o preso o direito ao trabalho, a este direito não corresponde um dever do estado. Este é, há muito, o entendimento majoritário. Nossos tribunais⁸⁷ decidem,

⁸⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN – junho de 2014. 147p. p. 127 e ss.

⁸⁷ EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* ORIGINÁRIO. REMIÇÃO FICTA OU VIRTUAL DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. 1. A remição da pena pelo trabalho configura importante instrumento de ressocialização do sentenciado. 2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a remição da pena exige a efetiva realização de atividade laboral ou estudo por parte do reeducando. Precedentes.

reiteradamente, pela existência do dever, e não do direito do preso de trabalhar. Ou, ainda que admitam o direito do preso e o dever do Estado, negam veementemente a possibilidade de concessão da remição ficta.

Para tanto, utilizam-se, para fundamentar seu entendimento, os mais diversos argumentos, desde a necessidade de tratamento isonômico entre os presos que trabalham e os que não o fazem, ainda que por desídia do Estado, em prejuízo dos apenados, por óbvio; até o “risco” dos efeitos práticos da generalização do reconhecimento deste direito, embora se reconheça seja dever do Estado o atendimento à demanda por trabalho.

Ainda, inviável seria a remição ficta porque a Lei de Execução “condiciona a remição à comprovação documental da jornada de trabalho realizada pelo condenado para o reconhecimento do direito à remição, o efetivo exercício da atividade laborativa pelo sentenciado, não bastando eventual predisposição pessoal para fazê-lo⁸⁸”; por não se reconhecer sequer o trabalho como direito do preso, senão como seu dever, como obrigação resultante da condenação a pena privativa de liberdade; ou ainda porque “o trabalho do preso não está catalogado na lei como direito do preso e obrigação do Estado”⁸⁹, não havendo obrigação, por parte do Estado, de oportunizar o trabalho prisional, desconsideram a máxima de que a todo direito corresponda um dever, pois que, estando o preso encarcerado, a quem poderia corresponder este dever, senão a quem detém a sua custódia?

3. Não caracteriza ilegalidade flagrante ou abuso de poder a decisão judicial que indefere a pretensão de se contar como remição por trabalho período em relação ao qual não houve trabalho. 4. *Habeas Corpus* denegado. (STF. Habeas Corpus 124.520-RO – 1ª. T. Rel. Min. Marco Aurélio Melo. Publ. 27.06.2018)

⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal: parte geral. V.I. 2.ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 954.

⁸⁹ MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Assim, o preso teria o dever de trabalhar – caso lhe fosse oportunizada tal atividade – e, caso o seja, e em razão desta atividade, o Estado lhe confere o benefício da remição da pena

Há, lado outro, um crescente número de doutrinadores⁹⁰ que, a despeito do retro mencionado entendimento jurisprudencial e doutrinário, têm afirmado que a remição da pena pelo trabalho possui natureza de direito subjetivo do preso.

Para estes doutrinadores, o trabalho do preso é um direito seu, e como tal deve, obrigatoriamente, ser oferecido pelo Estado, uma vez que “a vedação da remição ficta implica dupla punição: a impossibilidade de exercer os direitos constitucionais ao trabalho ou estudo e a inviabilidade de valer-se da remição e, com isso, reduzir os danos causados pelo maior período de encarceramento⁹¹”

Para estes, como consequência do direito ao trabalho, surge o direito à remição, quer o trabalho prisional tenha sido efetivamente exercido, quer não o tenha sido por omissão do Estado.

Mas quando a legislação impõe o trabalho como dever e direito, o Estado deverá proporcioná-lo. Isto significa que descumprindo a lei ao não proporcionar a opção laborativa, o Estado deverá reconhecê-la, ainda que o preso não tenha efetivamente cumprido a atividade, como *remição ficta*. Se é dever do preso o exercício do trabalho, será dever do Estado oferecê-lo. Estando o detento disposto à realização do trabalho e não podendo fazê-lo, caberá aos órgãos de execução o reconhecimento e dedução da remição, pela

⁹⁰ Entre outros, estão Cláudio Brandão, Alexis Couto de Brito, Rodrigo Duque Estrada Roig, entre outros.

⁹¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 420.

impossibilidade de transferência de sua ineficiência ao cidadão⁹².

Ainda, conforme assevera Cláudio Brandão⁹³, após ressaltar a expressa garantia legal referente ao direito do preso ao trabalho e, por consequência, a obrigação do Estado de fornecer meios para o exercício do referido direito, se o preso requer a oportunidade de trabalho mas é obstaculizado pela omissão do Estado, haveria o direito à remição por analogia ao que dispõe o art. 126, §2º, da LEP, pois, parafraseando Miguel Reale Júnior, “um motivo de força maior que impede a realização do trabalho”.

Entre outros os argumentos a fundamentar a admissão da remição ficta, diante da omissão do Estado, em fornecer ao preso meios para desempenhar atividade laborativa, estaria a configuração do chamado “desvio de execução”, que geraria ao encarcerado o direito de pleitear indenização. O desencontro entre as previsões da sentença e da lei, que assegura o direito ao trabalho, “e o seu cumprimento efetivo é que dará azo a uma eventual indenização devida pelo Estado ao condenado. (...) caracteriza desvio de execução, acarretando dano material e moral traduzível em pecúnia⁹⁴”.

Neste sentido, importa trazer à baila, ainda, recente discussão empreendida pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁵, acerca da possibilidade de

⁹² BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P.255.

⁹³ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.336.

⁹⁴ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Op. cit.* p. 217.

⁹⁵ Embora tenha sido voto vencido, o Ministro Barroso propôs tese segundo a qual, “*em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário*”, apontando a remição da pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, em patamar flexível, de 1 dia de pena a cada 03 a 07 dias de pena.

aplicação da remição ficta – no mesmo sentido adotado por Cortes Europeias – como meio de indenização dos presos submetidos a condições desumanas de aprisionamento. Seria, pois, adotada a analogia *in bonam partem* do art. 126, da LEP, mais um fundamento a justificar a remição ficta, diante da ilegalidade da ausência de oportunidade de trabalho (situação essencialmente análoga à ilegalidade do desrespeito às mínimas condições legais de encarceramento, pelo Estado).

Finalmente, para os doutrinadores que defendem a remição ficta, não seria cabível, para a omissão do dever do Estado, argumentar a insuficiência de recursos, ou a “reserva do possível”, pois “em hipótese alguma a falta de recursos estatais pode ser usada como argumento para a violação ou a não prestação de direitos humanos (...) no confronto entre as proclamadas ‘insuficiência de recursos’ ou ‘reserva do possível’, e a tutela da dignidade humana, esta deve sempre preponderar⁹⁶”

Não seria, pois, caso de se atribuir o benefício a todo preso. Caso o preso, tendo podido trabalhar, não o faça, não fará jus à remição. Contudo, caso o Estado não cumpra seu papel na relação jurídica, caso não forneça ao preso condições de trabalhar, deverá, necessariamente, atribuir a ele a remição da pena, em razão da natureza do instituto: direito subjetivo do preso, previsto pela Lei de Execução Penal e, em última instância, pela Constituição da República e Tratados Internacionais.

CONCLUSÃO

O trabalho prisional tem estado, há muito, presente na execução penal, como a própria pena de trabalhos forçados; como instrumento de contrição e arrependimento do culpado; como meio de correção, pela meditação solitária. Atualmente, além de ser visto como instrumento reabilitador, o trabalho é um direito do preso.

⁹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 421.

A constituição garante o direito fundamental ao trabalho, no art. 6º. Legislações outras o garantem especificamente ao preso, como é o caso das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, da Organização das Nações Unidas, em seus art.96, bem como outros tratados ratificados pelo Brasil, e ainda pela legislação interna, qual seja a Lei de Execução Penal, em seus arts. 28 e 41.

Também a Lei de Execução Penal assegura a remição da pena, diminuindo um dia de pena a cada três dias trabalhados.

Ao preso, a par das previsões supra, mantém-se assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória, em especial o respeito à sua dignidade, não perdendo o status de pessoa humana, titular de direitos, especialmente titular dos direitos fundamentais previstos na constituição e não atingidos pela sentença condenatória.

Ao Estado, que integra, com o preso, uma especial relação jurídica, compete garantir ao preso o gozo dos seus direitos, entre os quais o constitucional direito ao trabalho, trabalho este que, além de conferir ao preso remuneração, garantias previdenciárias, entre outras, assegura, nos termos da lei, a redução de sua pena, através do instituto remicional.

Entretanto, verifica-se que o Estado constantemente se omite em seu dever de possibilitar aos condenados o gozo de seus direitos. Esta desídia gera ilícito ônus aos presos, que se veem impossibilitados de, executando a atividade laboral, consiga agilizar o cumprimento de sua pena.

Não se pode admitir, pelas premissas desenvolvidas neste trabalho, sofra o apenado maiores restrições do que impostas em sentença, cabendo ao Estado, na especial relação jurídica firmada com o preso, garantir o exercício destes direitos, especificamente, no que compete ao presente estudo, o direito ao trabalho.

Assim, não cumprido o dever pelo Estado, diante da sua omissão em oportunizar ao preso o exercício da atividade laboral, apta a gerar o benefício remicional, este deverá concedido, a despeito do efetivo desempenho do trabalho prisional, ou seja, fará jus o preso à remição ficta.

9. BIBLIOGRAFIA

ADOLFO, Lúcio. *Execução penal e sua aplicação: o preso e seus direitos – modelos e quadros de procedimento*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. *Das penas e da execução penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANCEL, Marc. social: *A nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: forense, 1979.

BATTAGLIA, Heitor Paulo. FUNAP: fundação de auxílio ao preso. In: FUJIWARA, Luis Mario; ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel; FARAH, Marta Ferreira Santos (orgs.). *20 Experiências de gestão pública e cidadania*. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. V. 48. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANT, Vinícius Caldeira. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. 40. ed. São Paulo, 2007.

BRASIL. *Código Penal*. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. *Decreto n.591*, de 06 de julho de 1992.

BRASIL. *Decreto n.592*, de 06 de julho de 1992.

BRASIL. *Lei de execução penal*, nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução n. 14, de 11.11.1994. Fixa as Regras Mínimas para o tratamento do preso no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, 1995.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN – junho de 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN – junho de 2016.

BRITO, Alexis Coutro de. Fundamentos e limites da execução penal no Estado Democrático de Direito. In *Delictae*, Vol. 1, No1, Jul.-Dez. 2016.

_____. *Execução penal*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. T. I.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução José Antônio Cardinalli. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

_____. O problema da pena. Tradução Ricardo Pérez Banega. São Paulo, Editora Pillares, 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 18. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Deslegitimação do tratamento prisional (dissertação de mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001.

- CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. V. 1. Lisboa: Almedina, 2016.
- DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.
- EL HIRECHE, Gamil Föppel. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ESCUDEIRO, Maria João Simões. Execução das penas e medidas privativas da liberdade: análise evolutiva e comparativa. Obtido de <http://www.oa.pt/upl/%7B16258631-095e-4c50-27981e007a2a%7D.pdf>. p.580. bc13-
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Trad. Eugênio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editora Hamurabi, 1989.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- FRAGOSO, Heleno. *Direitos dos presos: os problemas de um mundo sem lei*. In FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. Direitos dos Presos. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, "Corsi e ricorsi": La vuelta de von Liszt. In VON LISZT, Franz. La idea de fin en el derecho penal. Mexico D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói, Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEMGRUBER, Julita. Trabalho nas Cadeias. Justiça e Cidadania. Rio de Janeiro, 05 de Outubro de 2003. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/trabalho-nas-cadeias/>. Acesso em: 10.jan.2019.

LOPES, J. de Seabra. Do trabalho penitenciário: aspectos e problemas. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.97: Lisboa, 1960.

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDEIRO, Rui. *Prisões abertas*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MINAS GERAIS. Lei nº 7.226, de 11 de maio de 1978. Dispõe sobre os regimes penitenciários do estado, na forma da Lei Federal 6.416, de 24 de maio de 1977 e dá outras providências. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa, 1978. Art. 42.

MINAS GERAIS. Lei nº 8.533/84, lei de 17 de abril de 1984. Dispõe sobre os regimes penitenciários do estado, na forma da Lei Federal 6.416, de 24 de maio de 1977 e dá outras providências. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa, 1984. Art. 60.

MINAS GERAIS. Lei 11.404, de 25 de janeiro de 1994. Belo Horizonte, MG: Assembléia Legislativa, 1994.

MINAS GERAIS. Lei 16.940, de 17 de agosto de 2007. Dá nova redação ao § 3º do art. 39 da Lei nº 11.404, de 25 de janeiro de 1994, que contém normas de execução penal, e acrescenta o § 4º ao mesmo artigo. Belo Horizonte, MG: Assembléia Legislativa, 2007

- MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método. 2a ed. Reimpresion. Montevideo: B de F, 2003, p.49-50.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Lei de execução penal. In: _____. *Leis Penais Especiais*. 10. ed. Cap. 5. São Paulo: Atlas, 2007. p. 142-200.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Intrudccion al Derecho Penal. 2. ed. Buenos Aires: B e F Ltda, 2001.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal: Lei n. 7.210, de 11-7-1984*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PADUANI, Célio César. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PASTORE, José. Trabalho forçado para presos? “*Jornal da Tarde*”. São Paulo. 06 de fevereiro de 2002.
- PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- PIERANGELI, José Henrique. Coerção Penal e os fins da pena. In: _____. (coord) *Coleção jus aeternum*. Tomo 5. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p147-212.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal: parte geral. V.I. 2.ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Temas fundamentais de execução penal. In. Revista Brasileira de Ciências Criminas, v.24, São Paulo, out. 1993. pp.11-37. p.28.
- _____. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito. São Paulo: Ibccrim, 1999.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

- ROMÃO, Miguel Lopes. Prisão e ciência penitenciária em Portugal. Coimbra: Almedina, 2014.
- ROXIN, Claus. Problemas basicos del derecho penal. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Comentário à Lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.
- SIQUEIRA, Leonardo; ANDRADE, Camila Andrade. Teorias da pena: das correntes funcionalizantes à perspectiva negativa. In. *Delictae*, Vol. 1, Nº1, Jul-Dez. 2016, pp.96-139.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- VON LISZT, Franz. La idea de fin en el derecho penal. Mexico D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- WEZEL, Hans. Derecho penal: parte general. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 ed., 2001.
- ZAFFARONI, Raul Eugênio; BATISTA, Nilo et. alli. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal – primeiro volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.