

" "

O Princípio Constitucional do Valor Social Trabalho e a Obrigatoriedade do Trabalho Prisional

João José Leal*

Sumário

1. Execução Penal e Obrigatoriedade do Trabalho Prisional. 1.1 Doutrina Predominante: Legitimidade da Obrigatoriedade. 1.2 Trabalho Prisional como Atividade Facultativa. 1.3 Trabalho como Valor Social e Princípios Constitucionais. 1.4 Trabalho Prisional como Componente Indissociável do Processo de Execução da Pena Privativa de Liberdade. 2. Trabalho Externo nos Regimes Fechado e Aberto. 2.1 Incompatibilidade do Trabalho Externo com o Regime Fechado. 2.2 Trabalho Externo como Fundamento do Regime Aberto. 3. Regime Semiaberto e Trabalho Externo. 3.1 Destinatários e Estabelecimento Penal. 3.2 Posição do CP. 3.3 A LEP e o Trabalho Externo em Regime Semiaberto. 3.4 Doutrina sobre o Trabalho Externo. 4. Considerações Finais. Bibliografia.

Resumo

Partindo da premissa éticopolítica de que o trabalho – erigido à categoria de princípio fundante do Estado do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso IV, da CF) - é um valor social, o presente artigo analisa a constitucionalidade das normas que estabelecem a

* Professor do CPCJ/ UNIVALI. Ex-Promotor de Justiça e Procurador Geral de Justiça. Ex-Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da FURB. E-MAIL: jleal@brturbo.com

obrigatoriedade do trabalho prisional. Conclui que estas normas, além de terem sido recepcionadas pela CF/88, são um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade.

A partir desta premissa de trabalho, são examinadas as normas de Direito Penal e de Execução Penal que disciplinam a questão relativa ao trabalho prisional. Considerando o trabalho externo incompatível com a execução da pena em regime fechado, o estudo focaliza essa forma de trabalho pelos presos em regime semiaberto.

A idéia central deste estudo é a de que o trabalho externo, apesar da omissão da LEP, é perfeitamente compatível com o regime semiaberto. Como regra, deve sempre ser realizado no interior do estabelecimento próprio, que é a Colônia Penal Agrícola ou Industrial. No entanto, em face da falta deste tipo de estabelecimento (fato comum em nosso país), o trabalho externo deve ser autorizado ao condenado em regime semiaberto.

Palavras-chave

Código Penal - Colônia Penal Agrícola – Colônia Penal Industrial – estabelecimento penal - execução penal – Lei de Execução Penal – LEP - regime fechado - regime prisional - regime semiaberto - trabalho externo - trabalho penitenciário – trabalho prisional.

Abstract

1. Execução Penal e Obrigatoriedade do Trabalho Prisional

1.1 Execução Penal e Obrigatoriedade do Trabalho Prisional

A Lei de Execução Penal – LEP, além de visar a efetivação das disposições da sentença criminal, tem por objetivo éticopolítico o difícil e complexo desafio de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º). No tocante ao trabalho penitenciário (interno ou externo), compreendido como dever social e condição de dignidade humana, estabelece a lei que esse terá “finalidade educativa e produtiva” (art. 28, caput).

A legitimidade das normas que estabelecem a obrigatoriedade do trabalho do preso, observadas suas aptidões e capacidade (arts. 34 § 1º, 35, § 1º e 36 § 1º, do CP e 31 da LEP), é aceita pela maior parte da doutrina sem qualquer restrição.

Ney Moura TELES parte da premissa de que, por meio do trabalho, o homem se tornou um ser social e afirma que o trabalho prisional é “muito mais que um direito, pois constitui um importante método para o tratamento do desajustado social que é o condenado, com vistas a obter sua reinserção na vida social livre.”¹ Romeu FALCONI não discrepa desta posição, ao lecionar que “a laborterapia é uma das formas mais eficazes de reinserção social, desde que dela não se faça uma forma vil de escravatura.”²

Jason ALBERGARIA entende que a idéia de trabalho como dever social, “ênfatisa a responsabilidade pessoal do preso, como a de todo homem, ao assumir seu posto na sociedade”. Conclui que a “reinserção social do preso como objetivo da pena retirou do trabalho o seu aspecto de castigo, opressão e exploração.”³

Odir PINTO DA SILVA e José Antônio BOSCHI assinalam que o trabalho prisional impede que o preso venha a desviar-se dos objetivos da pena “de caráter eminentemente ressocializador, embrenhando-se, cada vez mais nos túneis submersos do crime.”⁴

Para Júlio MIRABETE, o trabalho prisional não constitui uma agra-

vação da pena, “mas um mecanismo de complemento do processo de reinserção social”.⁵ Armida Bergamini MIOTTO escreve que “o trabalho, com seu sentido ético, suas funções e finalidades éticas, se integra no regime de execução da pena, concomitantemente, como um direito e um dever”. Para a autora, a laborterapia constitui importante instrumento de adaptação à disciplina prisional e de autopreparação para a vida em liberdade.⁶

Helena Cláudio FRAGOSO admite que o trabalho sempre foi considerado “elemento essencial ao tratamento penitenciário, por ser um dever social e condição da dignidade humana” e lamenta que a realidade penitenciária de nosso país não oferece oportunidade de trabalho para a maioria dos condenados.⁷ No entanto, admite não só a necessidade como também, implicitamente, a legitimidade da obrigatoriedade do trabalho prisional.

1.2 Trabalho Prisional como Atividade Facultativa

Doutrina mais recente, no entanto, questiona a constitucionalidade do dispositivo que obriga o preso a trabalhar. Carmen Silvia BARROS, com base nos dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de escolha de trabalho, ofício e profissão ou no que proíbe a pena de trabalho forçado (art. 5º, incisos XIII e XLVII, c), afirma que “o trabalho do preso só pode ter caráter facultativo”. Entende a autora que, como parte do processo que objetiva a reinserção social do preso, cabe ao Estado oferecer a oportunidade de trabalhar, mas no que diz respeito ao condenado “só pode ser uma oferta que ele é livre para aceitar ou não”. Em nota de página, escreve de forma incisiva: “Trabalho obrigatório com o qual não consente o preso é, sem dúvida, trabalho forçado.”⁸

Ao analisar o direito português e, embora reconhecendo a existência de um *dever fundamental* (constitucional) de trabalhar, que considera relevante para a posição jurídica do recluso, Anabela Miranda RODRIGUES afirma inexistir uma “*consagração legal de um dever específico de trabalhar*”. Defende a idéia de que existe sim um *direito* e não um *dever legal ao trabalho*. A autora, no entanto, reconhece que o trabalho penitenciário está consagrado na legislação da maioria dos países europeus “*como um dever para os reclusos condenados*”.⁹

Há uma dificuldade aparente para se harmonizar a regra da obrigatoriedade do trabalho prisional com as normas constitucio-

nais que asseguram a liberdade de escolha de uma atividade laboral e a que proíbe o trabalho forçado (art. 5º, incisos XIII e XLVII, letra c, da CF). Além disso, o art. 6º *caput* consagra o trabalho como um *direito social* e não como dever do cidadão.

Pode-se, ainda, acrescentar o argumento de que, num Estado Democrático de Direito, o preso, mesmo tolhido em sua liberdade física de locomoção, tem a liberdade de se autodeterminar para o trabalho e decidir se quer ou não exercer uma atividade laboral no interior de um estabelecimento penal. Ao ser condenado a uma pena privativa de liberdade, o preço éticojurídico a ser pago pelo seu crime consiste na perda de sua *liberdade física de locomoção*. Este seria o único bem jurídico legitimamente atingido pela sanção privativa da liberdade.

Além disso, o próprio CP estabelece que o “*preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade*” (art. 38). Em conseqüência, poder-se-ia argumentar que, mesmo privado de sua liberdade de locomoção física, o preso conserva o direito de se abster do trabalho penitenciário.

E mais: numa sociedade democrática e plural, desde que não prejudique interesses de terceiros ou perturbe o espaço de liberdade coletivo, o cidadão tem o direito de ser diferente, de optar por uma forma comportamental divergente daquela ditada pelos padrões ou paradigmas predominantes de normalidade ética. Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia afirmar que a obrigatoriedade do trabalho prisional é, à luz do Direito Penal Democrático, inadmissível, pois o preso pode optar por cumprir sua pena no interior da cela, sem causar qualquer problema relacionado com a disciplina prisional. Portanto, o poder estatal se ressentiria da indispensável legitimidade para acrescentar à resposta punitiva uma obrigação a mais a ser suportada pelo condenado.

1.3 Trabalho como Valor Social e Princípios Constitucionais

A nosso ver, a contradição inexistente. O fato de ser obrigatório, o moderno trabalho prisional não pode ser comparado à antiga prática penal do *trabalho forçado*. Este consistia na própria pena, enquanto que o encarceramento representava tão somente um indispensável instrumento de contenção do condenado, para que a pena corporal, com toda a carga de crueldade de que se revestia, pudesse ser efetiva e compulsoriamente executada. A recusa do conde-

nado em exercer o penoso trabalho acarretava o emprego dos meios violentos e dos suplícios que se fizessem necessários para a execução forçada do trabalho. A própria morte do condenado não era descartada.

Portanto, não nos parece aceitável a idéia de que a obrigatoriedade do trabalho prisional equivale à prática do trabalho forçado.

Hodiernamente, a expressão *trabalho obrigatório* deve ser interpretada à luz dos princípios políticojurídicos que emanam da Constituição e do próprio sistema normativo infraconstitucional (CP, CPP e LEP). Isto significa que, embora o Direito estabeleça o dever ao trabalho prisional, o preso pode recusar-se a trabalhar e o aparelho estatal responsável pela condução do processo material de execução da pena privativa de liberdade não poderá utilizar legitimamente de qualquer meio ou instrumento para compelir ao trabalho.

A recusa ao trabalho, se injustificada, configura, é lógico, falta grave e o condenado não apresentará o necessário mérito prisional para ser beneficiado pela progressão de regime e por institutos despenalizadores como a remição, comutação de pena, indulto ou livramento condicional. Será o preço jurídico a pagar por sua injustificada recusa a cumprir uma das regras mais relevantes da disciplina prisional e por sua opção de, voluntariamente, cumprir sua pena de forma diferente daquela estabelecida pela lei de execução penal.

Ainda no campo dos princípios constitucionais, não se deve esquecer de que, um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil é o do *valor social do trabalho*, consagrado no inciso IV do art. 1º, da CF. Da mesma forma, a Carta Magna estabelece como fundamento da ordem econômica a *valorização do trabalho* (art. 170), enquanto que a "*ordem social tem como base o primado do trabalho*" (art. 193). Ora, se o trabalho reveste-se de valor social e se a própria ordem social se constitui e se legitima a partir do trabalho, é lógico que o trabalhar representa um inquestionável dever cívico para todo e qualquer cidadão. E se isto é válido para o cidadão livre, vale também para o cidadão-condenado da justiça criminal. A própria Anabela Miranda RODRIGUES, acima mencionada, não deixa de reconhecer que "*como qualquer cidadão, o recluso encontra-se vinculado ao dever fundamental de trabalhar.*"¹⁰

Cabe ressaltar que, além de estar positivada na maioria das legis-

lações penais e penitenciárias das nações contemporâneas, a obrigatoriedade do trabalho prisional é prevista como uma das Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário (nº 71.2) da ONU. Trata-se, portanto, de dever jurídico cuja fonte material transcende o plano do direito interno para se projetar como uma norma jurídica de natureza verdadeiramente internacional.

Finalmente, não podemos esquecer do discurso éticopolítico, vigente desde o Século XVIII, fixador da idéia de que a sociedade em que vivemos – a nossa sociedade – é, ideologicamente, concebida, sentida, apreendida e praticada como uma *sociedade de trabalho*. Somente quem trabalha desfruta de efetiva cidadania e tem efetiva dignidade. Conforme assinalou Josué Pereira da SILVA, historicamente, o trabalho se transformou num “*princípio organizador fundamental das relações sociais*” e num importante e indispensável instrumento de aquisição da existência e identidade social. Para esse autor, a sociedade em que vivemos se constituiu como uma indiscutível “*sociedade de trabalhadores*”.¹¹

Nessa mesma linha de pensamento, Wanderley CODO e outros afirmam que a “*construção do indivíduo é a história do trabalho*. Inicialmente, o indivíduo aparece como um repositório dos vários outros. A dissolução da aparência das reposições se dá através do trabalho. O trabalho é, portanto, maneira do indivíduo existir, objetivar-se e, ao objetivar-se, se subjetivar”.¹²

1.4 Trabalho Prisional é Componente Indissociável do Processo de Execução Material da Pena Privativa de Liberdade

Cremos que toda essa polêmica ficaria superada se entendermos o trabalho prisional como um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade. Na verdade, o penitenciarismo surgiu, no final do Século XVIII, com uma proposta definida quanto ao fundamento e funções da pena: punir pelo crime praticado (função retributiva da pena), prevenir novos crimes (função preventiva da pena) e recuperar moral e socialmente o condenado (função utilitarista). Com base na ideologia liberal e cristã (principalmente a doutrina protestante) da época, acreditava-se no trabalho como um dever do cidadão e de todo o bom cristão. Somente os que exercessem trabalho produtivo poderiam ser considerados merecedores da condição humana de dignidade política e religiosa.

Por isso, o Penitenciarismo foi concebido e praticado para associar, à perda da liberdade física (retributivismo), a oportunidade para a recuperação moral e social do condenado pelo trabalho prisional (utilitarismo). Assim, fica evidente que, desde a origem, a pena privativa de liberdade pressupôs a prática do trabalho como um de seus componentes indissociáveis.

Com muita propriedade, Michel FOUCAULT assinala que a prisão teria se constituído antes que o Direito Criminal dela viesse a fazer uso, como forma sistemática de se punir o indivíduo. No transcorrer do Século XVIII, ela foi se consolidando como a expressão de uma sociedade-disciplina - estrutural e ideologicamente organizada - para repartir, fixar, distribuir e classificar espacialmente os indivíduos, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos e para mantê-los numa visibilidade sem lacuna. Para o autor, a *“forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência”*.¹³ Quanto ao trabalho prisional propriamente, entende que foi concebido para acompanhar o encarceramento de forma necessária. Aprofundando sua crítica ao penitenciarismo, o autor assinala que a prisão deve ser vista como uma verdadeira *“máquina de que os detentos-operários são ao mesmo tempo as engrenagens e os produtos”*.¹⁴

Por isso, parece-nos claro que a filosofia inspiradora do penitenciarismo moderno fundamentava-se na premissa de que o encarceramento do indivíduo-delinqüente somente se justifica ética e politicamente se concomitante com o exercício de uma atividade laboral, visando transformá-lo em cidadão socialmente útil. Assim, o conceito de prisão como pena com função ressocializadora pressupõe necessariamente a prática do trabalho prisional. Ainda recorrendo à arguta e perspicaz crítica de Michel FOUCAULT, por meio do trabalho, *“o ladrão é requalificado em operário dócil”*.¹⁵

Hoje, sabemos que a função recuperatória é altamente questionável quanto aos seus resultados práticos, enquanto que a função retributiva perde força e, em seu lugar, acentua-se a função preventiva individual. Acredita-se que a pena se justifica para evitar que o indivíduo infrator cometa mais crimes e para garantir-lhe, ao final do processo executório penal, o direito de inserção social. Mesmo assim, os estabelecimentos penais não podem deixar de

oferecer aos condenados as condições mínimas de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme preconiza a ONU em suas Regras Mínimas para Tratamento do Presidiário e se encontra positivado na própria Lei de Execução Penal (art. 11). Não obstante a grande frustração quanto aos resultados positivos da função ressocializadora da pena, é preciso manter a firme crença na necessidade de se garantir ao preso a oportunidade de optar voluntariamente por uma futura reinserção social, que represente a expectativa de uma vida em liberdade com o mínimo de dignidade.

Se assim não fosse, os estabelecimentos penais não precisariam ser concebidos e construídos para o fim de oferecer, nas diversas áreas acima mencionadas, o mínimo de assistência ao preso. Em consequência, teríamos que admitir a validade de um retorno à função estritamente retributiva da pena e isto contraria o próprio processo histórico de humanização do sistema punitivo. Por isso mesmo a pena de prisão não pode ser dissociada da idéia de trabalho.

Portanto, se o trabalho prisional é parte integrante do processo de execução material da pena privativa de liberdade, não vemos razão para se questionar a sua legitimidade jurídica e, muito menos, a constitucionalidade das regras que estabelecem a sua obrigatoriedade. Se a própria Constituição admite a pena privativa de liberdade como uma das formas legítimas de resposta punitiva estatal (art. 5º, inciso XLVI, letra a) e se o trabalho é uma atividade inerente ao processo de execução da pena de prisão, não podemos negar validade à norma que prevê a obrigatoriedade do trabalho prisional. Este, a nosso ver, constitui-se num componente indissociável e uma prática inerente do moderno processo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Cabe reiterar, no entanto, que não obstante a regra da obrigatoriedade, o preso pode se recusar ao trabalho prisional e preferir cumprir sua pena com infração a esta regra da disciplina prisional. Isto demonstra que se trata de um dever jurídico dotado da respetiva sanção, que se consubstancia na perda de benefícios legais previstos na legislação penal e de execução penal.

Por último, é preciso reconhecer que, ao dever de trabalhar por parte do condenado, corresponde o dever estatal de proporcionar ao preso a oportunidade de exercer, com dignidade, um tipo trabalho compatível com sua aptidão física e intelectual e que seja viável em face dos limites da realidade penitenciária.

2. Trabalho Externo nos Regimes Fechado e Aberto

2.1 Incompatibilidade do Trabalho Externo com o Regime Fechado

Quando nos referimos ao trabalho penitenciário, estamos tratando do trabalho interno, que é a regra nos regimes semiaberto e fechado. Aliás, neste último, como veremos adiante, não deveria ser admitida a modalidade do trabalho externo, que é o objeto específico de nosso estudo. A nosso ver, o trabalho externo somente tem sentido nos regimes semiaberto e aberto. Este último, vale ressaltar, somente é concebível com base no trabalho externo.

Nosso Código Penal, a exemplo da grande maioria dos países modernos, adotou o *sistema progressivo* no que diz respeito ao processo executório da pena privativa de liberdade. Em consequência e dependendo do quantum aplicado na sentença condenatória e das condições jurídicopenais do condenado, a pena privativa de liberdade será cumprida de forma progressiva, iniciando pelo regime fechado, passando pelo regime semiaberto até o regime aberto, antes do livramento condicional. No caso de falta disciplinar, cometida durante o processo de execução, em vez de progressão, poderá ocorrer a regressão ao regime mais grave.

O regime fechado, aplicado em regra aos condenados a uma pena de reclusão superior a 08 anos ou aos reclusos-reincidentes (neste caso não importa o quantum da pena aplicada), deve ser cumprido em Penitenciária de Segurança Máxima ou Média (arts. 33, § 1º, letra a, do CP e 87 da LEP). O trabalho prisional diurno deve ser realizado no interior do estabelecimento penal, em oficinas ou locais especialmente preparados para tal fim.

Excepcionalmente, o trabalho externo é admitido “em serviços ou obras públicas”, desde que tomadas as cautelas contra eventual fuga (arts. 34, § 3º, do CP e 36 *caput* da LEP). Para exercer o trabalho externo, o condenado deverá ter cumprido 1/6 de sua pena. Sua execução, no entanto, se torna muito difícil e dispendiosa, pois requer o emprego de vigilantes ou guardas em número suficiente para garantir a segurança dos demais trabalhadores e funcionários da obra pública e para evitar possíveis evasões dos presos. Por isso, essa forma de trabalho extra-muros praticamente não tem sido utilizada no Brasil.

Além do mais, é preciso ter em mente a realidade socioeconômica brasileira, marcada por uma massa de milhões de desempregados ou subempregados: seria um inconcebível contraste ocupar eventuais postos de trabalho externo com a mão de obra penitenciária, deixando trabalhadores livres, cidadãos que não cometeram nenhum tipo de infração penal, sem emprego.

Por estas e outras razões, entendemos que o trabalho externo torna-se incompatível com a execução da pena em regime fechado e deveria ser admitido apenas nos regimes semiaberto e aberto. Com isto, estaríamos evitando a possibilidade de nos deparar com cenas degradantes e plastificadas nas figuras de condenados trabalhando em meio externo, juntamente com outros “trabalhadores livres”, mas todos submetidos ao olhar fiscalizador de agentes penitenciários e sob a mira de fuzis empunhados por guardiões de uma segurança imposta a céu aberto.

Basta lembrar da cena aviltante e atentatória à dignidade humana, veiculada pelos meios de comunicação social, dos condenados do Estado norteamericano do Alabama, *quase todos negros e trajando uniforme branco*, acorrentados e trabalhando ao longo de rodovias sob a vigilância implacável de guardas armados com fuzis e metralhadoras. Expressão de uma obsessiva cultura da severidade punitiva, que massificou a prisão como instrumento de controle social – a população carcerária norteamericana dos últimos anos tem atingido a assombrosa cifra de mais de 2 milhões de internos – a prática de acorrentar condenados para trabalhar em obras externas ao presídio, profundamente repugnante e degradante, não é exclusividade da justiça criminal daquele Estado, mas uma prática comum, lamentavelmente, em outros Estados daquele país.

2.2 Trabalho Externo como Fundamento do Regime Aberto

Quanto ao regime aberto, a execução da pena “baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (art. 36 do CP). O trabalho externo, em atividade pública ou privada desvinculada da administração penitenciária, constitui-se no fundamento dessa forma de cumprimento da pena privativa de liberdade. Na verdade, sem a prestação efetiva de trabalho externo com liberdade e em condições de igualdade com os demais trabalhadores, desaparece o pressuposto do regime aberto.

Portanto, o trabalho externo é inerente ao regime aberto.

3. Regime Semiaberto e Trabalho Externo

3.1 Destinatários e Estabelecimento Penal de Cumprimento do Regime Semiaberto

Se a pena aplicada for de detenção superior a 04 anos e primário o condenado; se este for reincidente e a pena de detenção, seja qual for o seu quantum; se for de reclusão superior a 04 e não superior a 08 anos, desde que não reincidente o condenado, em todos estes casos o regime inicial será o semiaberto (art. 33, *caput* e § 2º, letra *b*, do CP). O regime semiaberto deve ser cumprido em *Colônia Penal Agrícola ou Industrial ou estabelecimento similar* (art. 33, § 1º, letra *b*, do CP).

Neste regime, o condenado cumpre sua pena sem ficar submetido às regras rigorosas do regime fechado, isto é, sem ficar sujeito ao isolamento penitenciário. Por isso, a **Colônia Penal** é estabelecimento que não possui dispositivos e equipamentos ostensivos de segurança contra fuga do condenado: grades, muros, cercas, vigilância ostensiva com guardas armados, etc. Num sentido amplo da expressão, as colônias penais podem ser classificadas como *estabelecimentos penais abertos*, principalmente, as agrícolas, onde os condenados trabalham a céu aberto, nos afazeres próprios da agricultura ou da pecuária. As atividades são ali desenvolvidas sem a vigilância ostensiva de funcionários ou guardas. O cumprimento da pena se desenvolve num regime de confiança entre o condenado e o pessoal da administração penitenciária, regime este que deve caracterizar-se como uma categoria intermediária entre o fechado e o aberto. A disciplina prisional deve ser observada pelo condenado sem a necessidade de mecanismos rígidos de controle, como no caso do regime fechado.

Estando o condenado internado numa Colônia Penal, o trabalho prisional deve ali ser realizado. Esta é a regra e isto torna prejudicada toda e qualquer discussão a respeito do trabalho externo. No entanto, no caso de inexistência de Colônia Penal, fato comum na prática da execução penal brasileira, cabe ressaltar que o regime semiaberto não pode ser cumprido em Penitenciária, que é o estabelecimento penal adequado para o cumprimento de pena reclusiva em regime fechado. Nem tampouco em “pavilhões” “alas” ou espaços anexos de uma Penitenciária. Isto também parece não comportar qualquer dúvida.

3.2 Posição do CP sobre o Regime Semiaberto e Trabalho Externo

Ao traçar as regras gerais de direito material sobre o regime semiaberto, o § 2º, do art. 35, do CP, estabelece que o “*trabalho externo é admissível*, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior”. Verificamos que a norma penal, ao criar o direito, não estabelece qualquer condição objetiva de ordem temporal para o seu exercício pelo condenado. É regra elementar de hermenêutica que onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir em prejuízo do indivíduo.

Dessa forma, pode-se concluir que o Direito Penal vigente, levando em consideração os males inevitáveis causados pelo encarceramento, as dificuldades verificadas em nosso país para a construção e manutenção de estabelecimentos penais adequados em conformidade com a lei positiva e, em especial, visando efetivar a *harmônica integração social do condenado*, autoriza o trabalho externo em regime semiaberto. Quanto a esse direito do condenado não há qualquer divergência na doutrina ou na jurisprudência. A divergência se manifesta apenas no tocante aos requisitos e às hipóteses em que o trabalho externo pode e deve ser autorizado.

3.3 A Lei de Execução Penal e o Trabalho Externo em Regime Semiaberto

Ao fixar as regras para a disciplina do trabalho externo, a LEP admite esta modalidade laboral para os condenados em regime fechado, “*desde que tomadas as cautelas contra a fuga*” (art. 36, *caput*). O dispositivo seguinte (art. 37), estabelece que o trabalho externo depende de aptidão, disciplina e responsabilidade, “além do cumprimento mínimo de *um sexto da pena*”. Uma correta interpretação lógico-sistêmica conduz ao entendimento de que estes dois dispositivos são aplicáveis unicamente ao trabalho externo dos condenados em regime fechado. Isto porque, pela natureza mais rigorosa quanto à disciplina prisional e à liberdade de locomoção, a regra nesse regime consiste em se cumprir a pena de forma segregada do meio externo, no interior de um estabelecimento penal dotado de mecanismos ostensivos contra a fuga.

Portanto, no regime fechado, a regra é o trabalho interno e a exceção o trabalho externo ao estabelecimento penal. Conforme

assinalamos acima, cremos que o trabalho externo é incompatível com o regime fechado. Ao menos devemos reconhecer a extrema dificuldade material e a inconveniência políticojurídica de sua efetiva execução.

Quanto ao trabalho externo dos condenados em regime semiaberto, a LEP não estabelece qualquer condição ou requisito para o exercício desse direito. Aliás, a LEP é omissa na disciplina do trabalho externo em regime semiaberto. Não cremos que o direito contido no art. 36 da LEP seja aplicável, por meio de um oblíquo processo de interpretação, às hipóteses de trabalho externo dos presos em regime semiaberto. Parece-nos que as regras ali positivadas referem-se exclusivamente aos casos de trabalho externo dos presos em regime fechado e, portanto, não há como serem aplicadas aos presos em regime semiaberto, que justifica um tratamento menos rigoroso.

Tanto é que, nos artigos já mencionados e nos arts. 122 a 125, que tratam da *saída temporária*, direito este assegurado aos condenados em regime semiaberto, não há qualquer referência à saída para o exercício de trabalho externo. Diante da omissão da Lei de Execução, mas tendo-se em vista a norma expressa de direito material (art. 35, § 2º do CP), torna-se indiscutível o direito do preso, em regime semiaberto, ao trabalho externo, direito este que precisa ser judicialmente garantido, para que a justiça seja efetivada em nível de execução penal.

3.4 A Doutrina sobre Trabalho Externo em Regime Semiaberto

Diante da taxatividade da norma contida art. 35, § 2º, do CP, os doutrinadores têm posição unânime em reconhecer o direito ao trabalho externo pelo condenado em regime semiaberto. Em síntese, os autores pesquisados fazem referência ao disposto na lei positiva, que é expressa para garantir o direito ao trabalho externo pelo condenado em regime semiaberto.

O comentadores de nosso CP¹⁶, no entanto, não questionam as condições e circunstâncias em que o condenado no regime semiaberto poderá exercer o direito ao trabalho externo. Questões, por exemplo, não abordadas pela doutrina: a validade de cumprimento da pena em regime semiaberto em estabelecimento penal que não seja a Colônia Penal; o direito de o condenado, que inici-

ar o cumprimento de sua pena nesse regime prisional mais brando, trabalhar fora do presídio, desde o começo do processo executório; o exercício de trabalho externo mesmo se houver oportunidade de trabalho no interior do estabelecimento penal adequado, no caso a Colônia Penal.

Por outro lado, há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o trabalho externo somente pode ser autorizado ao condenado em regime semiaberto, após o cumprimento de um sexto da pena. A nosso ver a exigência desse requisito só tem sentido e procedência jurídica quando o condenado iniciar a execução da pena em regime fechado e, por mérito, progredir para o regime semiaberto. Nesta hipótese, o condenado já terá cumprido um sexto da pena e, assim, poderá satisfazer esse requisito objetivo para ser beneficiado com o trabalho externo.

No entanto, se o condenado iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto e preencher os requisitos de ordem subjetiva (boa conduta social, personalidade sensível à função motivadora da norma penal e compatível com o trabalho fora do estabelecimento penal, garantia de trabalho externo lícito e adequado à condição de trabalhador-condenado), *cremos que poderá exercer trabalho externo desde os primeiros dias do processo executório penal, sem ter de cumprir um sexto da pena*. Basta inexistir Colônia Penal ou vaga neste estabelecimento. A razão é simples: ao cumprir um sexto de sua pena e apresentar mérito prisional, quando o condenado exercitar o seu direito subjetivo já não mais será apenas para o trabalho externo em regime semiaberto, mas para a progressão ao regime aberto, bem mais favorável. Portanto, não tem sentido a exigência desse lapso temporal em relação aos condenados em regime semiaberto.

Vale ressaltar, mais uma vez, que o art. 35, § 2º do CP não estabelece nenhum requisito, seja de ordem objetiva ou subjetiva, para a concessão do trabalho externo no regime semiaberto. Por sua vez, como o requisito contido no art. 37 da LEP só se refere ao trabalho externo no regime fechado, acreditamos que a exigência desse lapso temporal é inaplicável ao regime semiaberto. Não nos parece admissível que a norma de conteúdo material, asseguradora de um direito que trata da liberdade, seja inútil, vazia de conteúdo e despida de qualquer aplicabilidade. Além disso, não seria admissível, como a melhor interpretação para a questão em exame, que o disposto no art. 37 da LEP, que é norma procedimental

e que está inserida numa seção disciplinadora do trabalho externo em regime fechado, prevaleça sobre o disposto no art. 35, § 2º, do CP, que é norma substantiva. Seria admitir-se uma inversão nos valores da hierarquia normativa consagrada por nosso sistema jurídico.

Em conclusão, cremos que a questão pode ser assim resumida: existindo vaga em Colônia Agrícola ou Industrial ou *estabelecimento similar* (art. 33, § 1º, letra *b*, do CP e 91 da LEP), o trabalho no regime semiaberto deve ser realizado no interior desse estabelecimento penal. *Esta deve ser a regra. Somente em caso excepcional poderia ser justificado o trabalho externo.*

Na hipótese de inexistência de vaga ou do própria Colônia Penal – o que é muito comum em nosso país - *cremos que o condenado em regime semiaberto deve ser autorizado a exercer trabalho externo, sem a necessidade de cumprimento de 1/6 da pena.* O que não é admissível é denominar “pavilhões”, “espaços anexos” ou “alas” de penitenciárias com o rótulo oficial de Colônia Penal Agrícola ou Industrial, para ali improvisar um espaço penal destinado aos condenados em regime semiaberto. Lamentavelmente, é o que vem ocorrendo em muitos Estados brasileiros, o que representa um verdadeiro “*desvio de execução*” (art. 185 da LEP), institucionalizado com a chancela de muitos juízes da execução penal.

Havendo estabelecimento adequado e a necessária vaga, além da oportunidade de exercício de trabalho interno, é lógico que não há qualquer sentido em se falar de direito ao trabalho externo.

5. Considerações Finais

Do estudo que realizamos sobre a obrigatoriedade do trabalho prisional e, de forma mais específica, sobre as regras jurídicas que disciplinam o trabalho externo no regime semiaberto, chegamos a algumas conclusões que a seguir serão destacadas:

1. As normas contidas no CP (arts. 34, § 1º, 35, § 1º e 36, § 1º do CP) e na LEP (art. 28), estabelecendo a obrigatoriedade do trabalho prisional, nos regimes fechado, semiaberto e aberto, estão em consonância com recomendação contida nas Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário, aprovadas pela ONU.

2. Essas normas foram recepcionadas pela CF/88 e, portanto, não

contrariam princípios ali consagrados: individualização da pena; dignidade da pessoa humana; liberdade de escolha de profissão ofício ou atividade, entre outros. Na verdade, as normas que obrigam ao trabalho prisional podem ser consideradas como a expressão das normas constitucionais que consagram o “valor social do trabalho” e o trabalho “como primado da ordem social”.

3. Essas normas se identificam, também, com a legislação penitenciária da maioria das nações contemporâneas e representam o compromisso éticopolítico com a adoção, no plano do direito interno, das Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário (art. 71,2). Por isso, podemos afirmar que a norma que estabelece a obrigatoriedade jurídica ao trabalho prisional, além de se encontrar alicerçada em princípios constitucionais, repousa numa autêntica fonte material de direito internacional.

4. O trabalho prisional é um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade e sua obrigatoriedade decorre do dever maior de o condenado se submeter ao cumprimento da própria sanção e ao regime disciplinar que lhe é inerente.

5. O trabalho externo, pelas condições em que necessariamente se desenvolve, é incompatível ou, ao menos, é inconveniente no âmbito de cumprimento da pena em regime fechado. O Estado tem o dever de criar as condições materiais necessárias para oferecer ao preso a oportunidade de adequado exercício de trabalho no interior da Penitenciária. Este é o preço políticojurídico a ser pago pela adoção do sistema penitenciário progressivo.

6. O trabalho externo, no entanto, é essencial ao regime aberto. Sem a garantia de exercício de trabalho externo, nas mesmas condições dos demais trabalhadores, não há que se falar em regime aberto.

7. No regime semiaberto, pressupondo-se a existência de estabelecimento penal adequado – Colônia Penal - o trabalho interno deve ser a regra. No entanto, o trabalho externo não só é legalmente admissível (art. 35, § 2º, do CP), como perfeitamente compatível com este regime penitenciário, haja vista, em regra, o perfil favorável de seus condenados.

8. A LEP, no entanto, só se refere expressamente ao trabalho externo no regime fechado, admitindo-o de forma excepcional e su-

jeito a determinadas condições e requisitos (arts. 36 e 37). Um destes requisitos é o que exige o cumprimento mínimo de 1/6 da pena.

9. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que, também no regime semiaberto, o trabalho externo só será admissível se o condenado cumprir 1/6 da pena. Cremos que a exigência deste requisito de ordem temporal somente se justifica se o condenado progredir do regime fechado para o semiaberto.

10. O condenado em regime semiaberto deve cumprir a pena em “Colônia Penal Agrícola ou Industrial ou *estabelecimento similar*”. Este é mandamento contido na norma legal. “Estabelecimento similar”, no entanto, não deve ser sinônimo de “pavilhão”, “ala” ou “espaço” anexo de uma Penitenciária ou de Cadeia Pública.

11. A nosso ver, o condenado que iniciar o cumprimento de sua pena em regime semiaberto poderá exercer trabalho externo sem o cumprimento de 1/6 da pena. Para tanto, basta inexistir Colônia Penal ou vaga nesse estabelecimento. Embora a doutrina consultada seja omissa sobre a matéria, as decisões dos tribunais parecem se encaminhar para consolidar esse entendimento.

12. O cumprimento de pena em regime semiaberto que não seja Colônia Penal ou estabelecimento penal rigorosamente semelhante constitui *desvio de execução* e atenta contra o princípio da individualização da pena. Em conseqüência, deve ser evitado pelos operadores jurídicos que atuam na área da execução penal.

Referências

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

BARROS, C. S. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BOSHI, J. A. e SILVA, O. P.da. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

CODO, W. et alii. *Indivíduo: Trabalho e Sofrimento – Uma Abordagem Interdisciplinar*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

COSTA JR., P. J. da. *Comentários ao Código Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1986.

- FALCONI, R. *Sistema Prisional: Reinserção Social*. São Paulo: Ícone Editora, 1998.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.
- FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- JESUS, D. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LEAL, J. J. *Direito Penal Geral*. São Paulo: Atlas, 1998.
- MIOTTO, A. B. *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2.
- MIRABETE, J. F. *Execução Penal*. Comentários à Lei 7.210, de 11.07.84. São Paulo: Atlas, 1987.
- RODRIGUES, A. M. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVA, J. P. da. A Crise da Sociedade do Trabalho em Debate. *Revista de Cultura e Política Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, nº 35, 1985.
- SILVA, O. P. da e BOSHI, J. A. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- TELES, N. M. *Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998.

Notas

- 1 TELES, N. M. *Direito Penal*. Parte Geral – II. São Paulo: Atlas, 1998, p. 71.
- 2 FALCONI, R. *Sistema Presidial: Reinserção Social?* São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 71
- 3 SILVA, O. P. da; BOSHI, G. A. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 54
- 4 _____. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 39.
- 5 MIRABETE, J. F. *Execução Penal*. Comentários à Lei nº 7.210, de 11.07.84. São Paulo: Atlas, 1987, p. 109.
- 6 MIOTTO, A. B. *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 493-5.
- 7 FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 297.

- 8 BARROS, C. S. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 184.
- 9 RODRIGUES, A. M. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100.
- 10 Ob. cit., p. 100.
- 11 SILVA, J. P. da *A Crise da Sociedade do Trabalho em Debate*. *Revista de Cultura e Política Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, nº 35, 1985, p. 171-1.
- 12 CODO, W. et alii. *Indivíduo: Trabalho e Sofrimento – Uma Abordagem Interdisciplinar*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 50.
- 13 FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 207.
- 14 Idem, p. 216.
- 15 Ibidem, p. 217.
- 16 JESUS, D. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 462; TELES, N. M. *Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998, p.52. MIRABETE, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 259; COSTA JR., P. J. da. *Comentários ao Código Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 259; FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 297; LEAL, J. J. *Direito Penal Geral*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 333.

Recebido em 12/03

Avaliado em 02/04

Aprovado em 03/04