

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO PRISIONAL

João José LEAL*

RESUMO

Partindo da premissa éticopolítica de que o trabalho – erigido à categoria de princípio fundante do Estado do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, inciso IV, da CF) – é considerado como um valor social, o presente artigo analisa a constitucionalidade das normas que estabelecem a obrigatoriedade do trabalho prisional. Conclui que estas normas, além de terem sido recepcionadas pela CF/88, é um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade.

A partir desta premissa de trabalho, o autor examina 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.

1. EXECUÇÃO PENAL E OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO PRISIONAL

1.1. Doutrina Predominante: Legitimidade da Obrigatoriedade

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 o mesmo terá “finalidade educativa e produtiva” (art. 28, *caput*).

A legitimidade das normas que estabelecem a obrigatoriedade do trabalho do preso, observadas suas

* Doutor em Direito e Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI - Itajaí - SC. Ex-Procurador Geral de Justiça de SC. Ex-Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau. Sócio da AIDP e do IBCCrim.

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 agravação 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

Heleno 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 constitucionais 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

(1) *Direito Penal*. Parte Geral – II. São Paulo: Atlas, 1998, p. 71.

(2) *Sistema Presidial: Reinserção, Social?* São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 71.

(3) *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) *Execução Penal*. Comentários à Lei nº 7.210, de 11.07.84. São Paulo: Atlas, 1987, p.109.

(6) *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 493-5.

(7) *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 297.

(8) *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2001, p. 184.

(9) Novo Olhar sobre a *Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100.

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 consequência, 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 Princípio 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 condenado 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.

Hodiernamente, a expressão *trabalho obrigatório* deve ser interpretada à luz dos princípios político-jurídicos que emanam de nossa Constituição

Federal. O primeiro deles, que trata da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI), prescreve que a pena deve ser individualizada para que possa atingir um de seus fins modernos: a *reinserção social* do condenado em condições de conviver harmonicamente com o seu grupo. E é a própria Constituição que, ao consagrar o princípio da individualização da pena, estabelece a adoção da pena privativa de liberdade como um dos instrumentos legítimos de controle social. Se assim é e se o trabalho prisional, conforme entendemos, é componente indissociável do processo de execução desta espécie de pena, cabe admitir a perfeita constitucionalidade da norma que prevê a obrigatoriedade dessa forma de trabalho.

Por outro lado, atento aos princípios constitucionais relativos à matéria, o sistema normativo infraconstitucional (CP, CPP e LEP) em nenhum momento refere-se à categoria *trabalho forçado e sim trabalho* obrigatório. 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.

Portanto, não nos parece aceitável a idéia de que a obrigatoriedade do trabalho prisional equivale à prática do trabalho forçado. Se assim fosse, aí sim, a regra da obrigatoriedade do trabalho estaria contrariando o *princípio da humanidade da pena*, consagrado implícita ou explicitamente nos incisos III e XLVII da CF/88. Este último inciso proíbe, de forma expressa, a adoção da pena corporal de trabalhos forçados, há muito abolida do rol das sanções admitidas pelos sistemas penais das nações comprometidas com o efetivo respeito à dignidade humana que o preso preserva, apesar da privação de sua liberdade de locomoção.

Ainda no campo dos princípios constitucionais, não se deve esquecer 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 legislações 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 eticopolítico, 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 CADO *et alii* 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 entendemos 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

⁽¹⁰⁾ Ob. cit., p. 100.

⁽¹¹⁾ 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⁾ Indivíduo: Trabalho e Sofrimento – Uma Abordagem Interdisciplinar. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 50.

⁽¹³⁾ Vigiar e Punir, Petrópolis: Vozes, 1977, p. 207.

“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-delinquente 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, acentuase 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

⁽¹⁴⁾ Idem, p. 216.

⁽¹⁵⁾ Ibidem, p. 217.

condenatória e das condições jurídico-penais do condenado, a pena privativa de liberdade será Cumprida de forma progressiva, iniciado 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 toma-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 fusis 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 fusis 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 as tomadas 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 iniciar 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 forma 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

(16) JESUS, Damásio. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 462; TELES, Ney Moura. *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., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal* – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 259; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 297; LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 333.

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 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 politicojurídico 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 sujeito 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 consequência, deve ser evitado pelos operadores jurídicos que atuam na área da execução penal.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- BARROS, Carmen Sílvia. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BOSHI, José Antônio e SILVA, Odir Pinto da Silva. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- CODO, Wanderley et alii. *Indivíduo: Trabalho e Sofrimento – Uma Abordagem Interdisciplinar*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- COSTAJR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1986.
- FALCONI, Romeu. *Sistema Prisional: Reinserção Social*. São Paulo: Ícone Editora, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- JESUS, Damásio. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. São Paulo: Atlas, 1998.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal. Comentários à Lei 7.210, de 11.07.84*. São Paulo: Atlas, 1987.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVA, Josué Pereira da. A Crise da Sociedade do Trabalho em Debate. *Revista de Cultura e Política Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, nº 35, 1985.
- SILVA, Odir Pinto da e BOSHI, José Antônio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998.