

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

DA OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO
DO CONDENADO

TARCÍSIO MACIEL CHAVES DE MENDONÇA

Belo Horizonte
2004

TARCÍSIO MACIEL CHAVES DE MENDONÇA

DO TRABALHO DO CONDENADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Ciências Penais

Orientadora: Professora Doutora Sheila Jorge Selim
de Sales

Belo Horizonte
2004

O candidato foi considerado pela banca examinadora,
com a média final igual a (.....)

Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales
Orientadora

Belo Horizonte, de de 2004

Dedico o presente trabalho a meu pai, Abel Chaves de Mendonça, meu exemplo de amor ao estudo.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais minha formação tanto na graduação quanto na pós-graduação.

Agradeço à Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales, exemplo de estudo e dedicação à docência; Ao Professor Hermes Vilchez Guerrero por permitir que com ele estagiasse, preparando-me para o exercício da advocacia criminal. Ao Professor Leonardo Costa Bandeira sempre prestativo em sanar minhas dúvidas.

Agradeço aos funcionários da pós-graduação, sempre atenciosos, e a meus colegas e amigos da pós - graduação as produtivas discussões. Agradeço também a meus pais e, por fim, mas não menos importante, à Ana Elisa o carinho, afeto.

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT.....	9
I DO TRABALHO DO CONDENADO: NOÇÃO	10
II ESCORÇO HISTÓRICO.....	15
2.1 Trabalho do condenado na história da pena no Brasil	18
III DO TRABALHO DO CONDENADO	24
3.1 Etimologia e significado do vocábulo.....	24
3.2 Visão geral – disposições legais.....	26
3.3 Finalidades do trabalho do condenado.....	32
3.3.1 Posição de Miguel Reale Júnior	34
3.3.2 Posição de César Roberto Bitencurt	36
3.3.3 Posição de Júlio Fabbrini Mirabete.....	37
3.3.4 Nossa posição	38
3.4 Direito ou dever	42
IV TRABALHO DO CONDENADO: ASPECTOS IDEOLÓGICOS	47
4.1 Posição utilitarista.....	48
4.2 Posição idealista: ética protestante	49
4.3 Materialismo histórico – influência econômica do trabalho do condenado.....	54
4.4 Obrigatoriedade do trabalho do condenado: críticas às vertentes	59
V FINS DA PENA E A OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO DO CONDENADO	66
5.1 Teorias absolutistas.....	67
5.2 Teoria relativa	70
5.2.1 Prevenção geral.....	71
5.2.1.1 Críticas.....	72
5.2.1.2 Prevenção geral e obrigatoriedade do trabalho do condenado.....	72
5.2.2 Prevenção especial	73
5.2.2.1 Posição de Giuseppe Bettiol.....	75
5.2.2.2 Obrigatoriedade do trabalho do condenado	77
5.3 Posição de nosso Código Penal.....	79
VI A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO E OS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS	82
6.1 Sistema de isolamento celular.....	83
6.1.1 O Trabalho e sua obrigatoriedade	87
6.2 Sistema auburniano.....	88
6.2.1 Trabalho e sua obrigatoriedade no sistema auburniano	90
6.3 Sistemas progressivos.....	94
VII REGIMES PRISIONAIS E OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO DO CONDENADO	98
7.1 Regime fechado.....	100
7.1.1 Isolamento celular noturno	101
7.1.2 Trabalho do regime fechado.....	104
7.1.3 Obrigatoriedade do trabalho no regime fechado	109
7.2 Regime semi-aberto	111
7.2.1 Colônia agrícola.....	113
7.2.2 Colônia industrial	115
7.2.3 Trabalho externo.....	117
7.3 Regime aberto	120
7.3.1 Sentido do trabalho.....	122
7.4 Obrigatoriedade do trabalho do condenado	124

IX ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO DO CONDENADO	129
9.1 Negação da secularização do direito penitenciário – violação do princípio republicano	132
9.2 Liberdade de consciência	137
X CONCLUSÃO.....	140
XI REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	141

RESUMO

A presente dissertação trata da obrigatoriedade do trabalho do condenado. Para pensar a obrigatoriedade foi necessário aprofundar a concepção de trabalho para o código penal e lei de execução penal. O trabalho encontrou o cárcere com o sistema auburniano. As razões históricas do labor do condenado podem ser classificadas em três ordens: humanista, materialista-histórica e idealista. A primeira diz que o trabalho, no cárcere, justifica-se pela necessidade de minorar a afluência causada pelo contínuo isolamento celular. A segunda funda a introdução do labor no cárcere em fatores econômicos. A terceira justifica o trabalho penitenciário, recorrendo a uma visão religiosa, própria do protestantismo de Lutero.

Analisando o direito penitenciário, conclui-se que o trabalho, no cárcere, é explicado pela corrente idealista. A obrigatoriedade da atividade laborial do condenado confunde-se com a imposição de “emendar-se”. Primeiro não é possível pensar no trabalho como uma medida hábil a modificar a conduta futura do condenado, pois o atuar não se sujeita à causalidade natural. A não-inclusão no mercado de trabalho pode ser uma condição de possibilidade para a ocorrência de crime, mas jamais causa. Segundo, mesmo se o hábito do trabalho necessariamente impedisse o cometimento de crime, ainda assim, sua obrigatoriedade não se justifica, pois importa em violação ao princípio republicano e a liberdade de consciência.

ABSTRACT

This work is about the obligatory convicted's labour. In order to conceive the obligation, a deeper approach on the concepts of labour in the Laws 7.209/84 and 7.210/84 was necessary. The labour encountered the penitentiary during the "auburnian" period. The historical reasons for the convicted's labour can be classified in three levels: humanistic, historical – materialist and idealist. The first one says that the labour during the conviction is justified by the need to make penalty less suffering. The second one is based on the economic value of labour. The last one justifies the convicted's labour in a religious way, such as in Martin Luther's protestant doctrine.

As the penitentiary law is analysed, it is possible to conclude that the convicted's labour is explained by the idealistic conception. The convicted's obligation to work during his time in jail has resembles the imposition to "fix himself". In the first place, it is impossible to conceive labour as a measure that is able to change the convicted's future behaviour, because action is not only natural course of happenings. The exclusion from regular employment can be but a condition of possibility for the crime, never his cause. In the second place, even if the labour as a habit could always prevent the crime, still the labour as an obligation would not be justified, because it would mean a violation to the republican principle of conscience freedom.

I DO TRABALHO DO CONDENADO: NOÇÃO

O tema proposto encontra-se delimitado pelo próprio título da presente dissertação. Tratar-se-á da obrigatoriedade do trabalho do condenado. É condenado aquele que já possui, contra si, sentença penal condenatória transitada em julgado. Excluem-se, portanto, do universo da presente pesquisa, os presos provisórios.

O conceito de preso provisório é obtido a *contrário sensu* do condenado, sendo aquele que não possui, em seu desfavor, sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Esta posição mostra-se pacífica quando o recurso pendente não é o especial ou extraordinário.

Com efeito, o artigo 27, parágrafo 2º da Lei 8.038/90, é bastante claro ao afirmar que os recursos especiais e extraordinários possuem somente efeito devolutivo, nada mencionando acerca do suspensivo¹. Esta constatação autorizou setores da doutrina e da jurisprudência a afirmar ser possível, enquanto pendente recurso especial ou extraordinário, a instauração de execução provisória de sentença².

¹ “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo” (art. 27, parágrafo 2º da Lei 8.038/90).

² Sobre o tema vide Afrânio Silva Jardim, *A Prisão em Decorrência de Sentença Penal Condenatória Recorrível*, IN *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1992. O STF assim já decidiu: “Acórdão que, confirmando a sentença condenatória determinou a expedição de mandado de prisão. Decisão que por estar sujeito ao recurso sem efeito suspensivo (especial ou extraordinário), é suscetível de execução provisória. Precedentes do STF.” (HC n.71.909-SP, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 21/3/95, DJU de 25/5/95, p.15.157). No mesmo sentido já decidiu o STJ quando do julgamento do Habeas Corpus n. 30.598/DF de Relatoria da Ministra Laurita Vaz e publicado no DJ de 15/12/2003, p. 00341. O assunto, aliás, já foi sumulado no STJ. A súmula 267 assim dispõe: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. Todavia, minoritária corrente jurisprudencial atribui afeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário prestando evidente homenagem ao princípio constitucional da não-culpariedade. Assim entende os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio do Supremo Tribunal

Acredita-se ser este posicionamento pouco harmônico com a Constituição da República que, expressamente, consagrou o princípio da não-culpabilidade: por isso somente é possível afirmar a existência de culpa e, assim, instaurar a execução penal, com a competente expedição da carta de guia, após do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República é claro ao dispor que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.³

Não constitui objeto do presente estudo o trabalho executado por preso político⁴ ou daquele que, submetido ao regime fechado, executa trabalho externo,

Federal. Jurisprudência, abaixo transcrita, confirma o aqui exposto: “Presunção de não culpabilidade. I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade – que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – não inibe, porém, a execução provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, **com ressalva da firme convicção em contrário do relator – negritamos.**” (STF. HC n. 82.490/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ data 29/11/2002 p. 00022 Ementa Vol. – 02093 – 02 p. 00263). “A simples determinação no sentido de ser expedido o mandado, antes do trânsito em julgado do decreto condenatório, conflita com o princípio da não-culpabilidade previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, ganhando contornos de execução precoce do título judicial ainda passível de alteração.” (STF. HC 75.694/PB. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ data 27/04/01 p. 00059 Ement Vol. 02028-03 p. 00572).

³ A execução provisória de sentença penal somente se faria possível se o sentenciado já estivesse enclausurado por força de um decreto cautelar de prisão. Neste caso em específico, a instauração de uma execução provisória não implicaria em uma restrição do *status libertatis*.

⁴ Vide artigos 36, parágrafo 3º e 200, ambos da lei de execução penal. Quanto à obrigatoriedade do trabalho para os presos políticos, Mirabete assim dispõe: “Como já visto o trabalho do preso não constitui, per se, uma agravação da pena, mas um mecanismo de complemento do processo de reintegração social para prover a readaptação do condenado, prepará-lo para uma profissão, inculcar-lhe hábitos de trabalho e evitar a ociosidade. Na hipótese de condenado por crime político, porém, entende-se que não existem tais precauções, já que teria praticado o crime por idealismo, manifestando seu desacordo com o regime ou com certas práticas do poder dominante e negando o estabelecido social e politicamente. Há, portanto, preocupação em preservar o condenado por crime político do tratamento penitenciário que se dispensa aos delinquentes comuns. Essa a razão por que não se obriga ao trabalho o condenado por crime político” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*: comentários à lei n. 7210 de 11/07/84. São Paulo: Atlas. 1993. p. 463). Já quanto ao trabalho externo para os condenados, submetidos ao regime fechado, exercido em obras públicas para empresas privadas, Mirabete assim dispõe: “Ao contrário do que ocorre no trabalho interno, a prestação pelo preso, quando se trata de empresa privada que realiza obra pública, depende do consentimento do condenado” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*: comentários à lei n. 7210 de 11/07/84. São Paulo: Atlas. 1993. p. 118). Acerca da definição de crime político o professor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva afirma existirem três teorias que tentam explicá-lo. Assim dispõe mencionado autor: “As primeiras chamadas objetivas, partem da definição do crime político tendo em vista o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão. Assim, são crimes desta natureza somente aqueles que atentam contra as condições de existência do Estado como organismo político. As teorias subjetivas se baseiam no móvel ou no fim perseguido pelo agente, de modo que, se esse for

em obras públicas, para pessoa jurídica de direito privado. Nesses dois casos específicos, embora sejam condenados, o trabalho é facultativo.

As razões que justificam o caráter facultativo do trabalho do preso provisório, do criminoso político e daquele que exerce trabalho externo, em obra ou serviço público, para empresa privada, embora não seja objeto da presente pesquisa, muito contribuem para a compreensão do trabalho do condenado e, evidentemente, sua obrigatoriedade.

O tema, aqui proposto, encontra limitação nos regimes de cumprimento de pena. O trabalho, como elemento do “tratamento penitenciário”, dirigido ao condenado, só pode verificar-se nos regimes fechado ou semi-aberto. O trabalho, mencionado quando da disciplina legal do regime aberto de cumprimento de pena, não pode ser alvo do presente estudo, posto que não é elemento do <tratamento ressocializador>, mas condição para se alcançar a progressão ao regime aberto⁵. O

político, o crime será político, independente do bem jurídico lesado. Aqui o móvel se constitui em fator decisivo. Pode o comportamento ser constituído de um crime comum (homicídio, roubo, etc.), mas o que importa, para sua conceituação como político, é que tenha sido ele realizado por motivações políticas. As teorias mistas partem de um critério objetivo, combinando-o com o subjetivo, vale dizer, levam em conta o bem jurídico lesado e o móvel ou fim que guia o agente.” (SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 57-58). Miguel Reale Júnior, sobre a definição de crime político, assim leciona: “O crime é político quando constitui ato de oposição à organização política ou social vigente contra a qual se arvora visando-se à sua modificação, reputada delito pelo Estado para manter o *status quo*. A questão relevante, todavia, está em saber se deve-se ou não caracterizar como crime político, não sujeito à extradição, os crimes comuns praticados com fins políticos, tais como homicídio, seqüestro, roubo.” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Vol. I., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 115).

⁵ O afirmado justifica-se por disposição expressa constante do artigo 126 da Lei de Execução Penal que assim dispõe: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo da execução da pena”. Sobre o assunto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “O condenado a cumprir pena em regime aberto não está contemplado no artigo 126 da Lei de Execução Penal que se destina aos apenados nos regimes fechados e semi-abertos” (STF, HC 77.496/1 – RS, 2ª T., rel. Min. Nelson Jobim, j. em 20-10-1998, DJU, 19 fev. 1999, RT 763/502). Mesmo se não fosse possível recorrer à literalidade do texto da lei, ainda assim, não seria possível considerar o trabalho para efeito de remição, posto que pressuposto para a concessão do regime aberto de cumprimento de pena. Assim leciona Mirabete: “Por isso, com relação à progressão para o regime aberto, em que se concede liberdade de locomoção ao condenado por largos períodos diários, são indispensáveis além dos requisitos gerais mais outros dois: a) que o condenado esteja trabalhando (na hipótese de trabalho externo no regime semi-aberto) ou comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente; b) que apresente, pelos seus antecedentes ou pelos resultados dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de

mesmo pode-se dizer do trabalho, imposto enquanto pena substitutiva à pena privativa de liberdade, qual seja, a prestação de serviço à comunidade⁶.

A obrigatoriedade do trabalho do condenado, portanto, será tratada dentro dos limites postos. Mostrar-se-ão diversas formas de disciplina que o trabalho assumiu dentro dos sistemas penitenciários e regimes prisionais; a disciplina do trabalho do condenado, tanto no código penal, quanto na lei de execução penal; que, por fim, o caráter ideológico do trabalho acaba comprometendo a consideração de sua obrigatoriedade.

Ver-se-á que o trabalho do condenado, em seu aspecto ideológico, encontra uma estreita ligação com questões de cunho religioso. Evidente que o questionamento acerca do processo de secularização do direito penal é inevitável e, por conseguinte, a contraposição ao princípio republicano e o direito à liberdade de consciência, abraçados pela Constituição da República⁷.

responsabilidade, ao novo regime” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à lei n. 7.210, de 11/07/84*. São Paulo: Atlas, 1993. p. 290).

⁶ “A doutrina tem conceituado a prestação de serviço à comunidade como ‘o dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários’. Assemelha-se a esse conceito a definição do Direito brasileiro, para o qual *a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais*”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 464-465). Reale Júnior sobre o conceito de prestação de serviço à comunidade leciona: “Destarte, a prestação de serviço à comunidade constitui o cumprimento de tarefas gratuitas a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou entidades públicas e em programas comunitários ou do Estado correspondendo cada hora de tarefa a um dia de pena, art. 46, parágrafo 3º, do Código Penal, e terá a duração de oito horas semanais, podendo ser realizada aos sábados, domingos e feriados, ou mesmo nos dias úteis, desde que não prejudique a jornada normal de trabalho, art. 149, parágrafo 1º, da Lei de Execução Penal” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 55).

⁷ O artigo 1º da Constituição da República assim dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:...”. Sobre a liberdade de consciência, trata-se de direito e garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso VI da Constituição da República. Assim dispõem mencionado artigo: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.

É fácil compreender a razão pela qual sempre se faz referência ao trabalho e não propriamente a sua obrigatoriedade. O vocábulo “obrigatório” é um adjetivo que se atribui ao substantivo trabalho. O primeiro somente ganha significado completo se analisado a partir do conteúdo do segundo.

II ESCORÇO HISTÓRICO

A história do trabalho do condenado confunde-se com a própria história da pena. Pode-se eleger o iluminismo como um marco divisório da evolução histórica da pena e do próprio direito penal.

É com o iluminismo que se dá início ao nosso direito penal liberal, preconizado pelo Marquês de Beccaria⁸. As penas, no período medieval, caracterizavam-se pela imposição de sofrimento físico ao condenado⁹. Todavia, com o período da ilustração, as sanções tenderam à humanização, levando ao progressivo abandono das penas corporais e a crescente adoção da prisão,

⁸ Fragoso, sobre a importância de Marquês de Beccaria para o direito penal leciona: “É nessa época que Cesare Beccaria publica em Milão, em 1764, certamente com a colaboração dos irmãos Verri, seu famoso opúsculo *Dei Delitti e delle pene*, no qual assenta as bases de completa reforma do direito penal vigente. A obra de Beccaria, cuja primeira edição foi anônima, reflete a influência notável que sobre ele exerceram os enciclopedistas especialmente Montesquieu e Rousseau, cujas idéias ele acolhe, reproduz e desenvolve, muitas vezes sem qualquer originalidade. Tem, porém, o grande mérito de estabelecer as bases do direito penal moderno (Grispigni), escrevendo páginas corajosas contra o arbítrio e a tirania que vigoravam àquela época” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. 10. ed., 1986. p. 39). Beccaria foi, juntamente com Carrara, precursor da Escola Clássica. Acerca de Beccaria assim leciona Francisco Bissoli Filho: “A orientação filosófica da Escola Clássica provém da obra do filósofo, jurista e economista italiano Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, expressão maior o classicismo. Ela apresenta duas dimensões críticas: uma negativa e outra positiva do antigo regime de justiça penal. Em sua dimensão negativa ressalta a incerteza do direito e pela insegurança pessoal do antigo regime. Por outro lado, Beccaria permitir a construção de um discurso positivo ao proclamar a formulação programática dos pressupostos do direito penal e processual penal, no marco de uma concepção liberal do Estado e do Direito, nas teorias do contrato social, na divisão de poderes, na humanidade das penas e no princípio utilitarista do máximo de felicidade para o maior número de pessoas” (BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica Ltda., 1998. p. 29-30).

⁹ As penas corporais e de morte utilizam, no período dos suplícios, o corpo do condenado como peça pertencente ao espetáculo de horror destinado à reafirmação do poder do monarca, relativizado pelo cometimento do crime. O sofrimento do condenado assume uma função simbólica e política. Michel Foucault, sobre o aqui disposto, afirma: “O suplício judiciário deve ser compreendido também como um ritual político. Faz parte, mesmo num modo menor, das cerimônias pelas quais se manifesta o poder. (...). O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei e a força do príncipe” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhe. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 45).

enquanto pena propriamente dita. A pena privativa de liberdade, hoje criticada de sobremaneira, representou o maior avanço humanitário do direito penal¹⁰.

A prisão, todavia, não está restrita ao período da ilustração. Tem existência inclusive na Idade Antiga e Medieval, entretanto, como medida cautelar. Visava garantir a execução da pena propriamente dita, aplicada ao condenado, e.g., a pena de morte, as mutilações¹¹. Evidente que, neste contexto, o trabalho só teria contato com o sistema penal enquanto sanção e tendo como finalidade a mera expiação¹². Somente com o emergir da prisão enquanto pena, tornou-se possível conceber o trabalho como elemento da execução penal.

¹⁰ O direito canônico possui influência fundamental na história da pena privativa de liberdade. Sobre o assunto, leciona Cezar Roberto Bitencourt: “O direito canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras idéias sobre a reforma do delinqüente. Precisamente do vocábulo penitência, de estreita vinculação com o direito canônico, surgiram as palavras penitenciário e penitenciária. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no direito penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas. O conceito de pena medicinal (da alma) encontra-se na base das penas canônicas, nas quais a reclusão tinha como objetivo induzir o pecador a arrepender-se de suas faltas e emendar-se graças à compreensão da gravidade de suas culpas. (...). Sobre a influência do direito canônico nos princípios que orientaram a prisão moderna, afirma-se que as idéias de fraternidade, redenção e caridade da Igreja foram trasladadas ao direito. punitivo, procurando corrigir e reabilitar o delinqüente. Os mais entusiastas manifestam que, nesse sentido, as conquistas alcançadas em plena Idade Média não conseguiram solidificar-se, ainda hoje de forma definitiva no direito secular. Entre elas menciona-se a individualização da pena conforme o caráter e temperamento do réu.” (Bitencourt, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Saraiva. 2001 p.13)

¹¹ “Esta detención como aseguramiento del condenado se hacía en lugares inhóspitos e improvisados tales como sótanos, torres, fortalezas de piedra o castillos, sin preocuparse por las condiciones de higiene o inhumanas, sino simplemente por la seguridad de custodia de los ahí guardados mientras se les ejecutaba, a tal grado llegaba esa preocupación de aseguramiento o retención de los condenados que eran sometidos mediante cadenas y grilletes (anillos de hierro que se colocaban al cuello, manos o pies y de donde pendía la cadena).” (RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *Penología: estudio de las diversas penas y medidas de seguridad*. México DF: Porrúa, 1995. p. 100).

¹² Quanto a pena de trabalho forçado na Idade Antiga e Média, pode-se afirmar que: “O Egito foi o primeiro país a aplicar o trabalho forçado nas minas; mas as notícias mais precisas de sua aplicação provêm de Roma. Os trabalhos forçados foram introduzidos por Tibério no ano 23 d.C. Durante sua execução o condenado passava a ser propriedade do Estado; e, para fazer a distinção dos demais escravos que a ele pertenciam por outro título, os juristas os chamavam de escravos da pena ou *servus poenae*. Já na Idade Média, foram amplamente empregadas as penas de galés, forma particular de trabalho forçado” (SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 332).

Todavia, essa possibilidade, somente se concretiza quando superadas as teorias absolutas da pena¹³. Enquanto a pena privativa de liberdade é considerada a mera imposição do mal em razão da prática de um delito, inadmissível pensar no trabalho enquanto elemento do tratamento penitenciário¹⁴ porque este inexistente.

Com o nascimento da Escola Positiva, a situação se inverte. A pena privativa de liberdade assume a finalidade de <recuperação> do condenado. O trabalho pode agora ostentar a condição de pedra angular do tratamento penitenciário na medida em que se evidencia como instrumento capaz de regenerar o homem. O criminoso é um indivíduo patológico e o trabalho a medida “profilática” mais adequada.

A idéia de pena, enquanto prevenção¹⁵, comprova, tornando natural, pelas razões já expostas, a posição assumida pelo trabalho no cárcere. A história do

¹³ As Teorias Absolutas da Pena concebem a pena privativa de liberdade enquanto mera retribuição do mal pelo mal. São teóricos pertencentes à concepção absoluta da pena Kant e Hegel. Sérgio Shecaira e Alceu Júnior assim dissertam sobre o tema: “A teoria absoluta atribui à pena um caráter retributivo, ou seja, a sanção penal restaura a ordem atingida pelo delito. Essa reprimenda, pretendida pelos adeptos da teoria absoluta, ocorre com a imposição de um mal, isto é, uma restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma. Com efeito, a teoria absoluta encontra na retribuição justa não só a justificativa para a pena (legitimação da intervenção penal), mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo. Assim, todos os demais efeitos não guardariam qualquer relação com a natureza da pena”. (SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 130).

¹⁴ Pode-se pensar em duas conceituações para o termo tratamento. A primeira, alheia a qualquer acepção de ordem profilática, vai informar ser o tratamento a maneira, a partir da decisão judicial, de lidar com o condenado. O regime inicial de cumprimento da pena imposta, as regras de tais regimes penitenciários, todos estes elementos compõem o tratamento penitenciário. Entretanto, conferir este sentido à expressão <tratamento penitenciário> parece-nos bastante distanciado da ideologia adotada pela Lei de Execução Penal que, ver-se-á, ligar-se ao paradigma etiológico da criminalidade. Jason Albergaria diz que o “*tratamento penitenciário visa ao modo de agir junto ao delinqüente, a partir da sentença judiciária*” (ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. Rio de Janeiro: AIDE, 1993. p. 37). Todavia, sua definição não contraria o aqui dito porque inclui, no tratamento penitenciário, o tratamento reeducativo que seria a ponte estabelecida entre o direito penitenciário e as ciências do homem que permitiriam a <recuperação> do condenado. Assim leciona Albergaria: “No tratamento reeducativo, sob o enfoque científico, predomina a contribuição das ciências do homem, em que se baseia o contexto interdisciplinar da criminologia” (ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. Rio de Janeiro: AIDE, 1993. p. 37).

¹⁵ É claro que o vocábulo prevenção é utilizado tendo em vista a prevenção especial positiva que, ligando-se a uma idéia de defesa social, busca a recuperação do condenado. Confirmando o aqui asseverado, segue o seguinte trecho: “A teoria da defesa social, que se concretiza na idéia de prevenção especial através da pena e possui como escopo a interdição do delinqüente e a posterior

trabalho do condenado liga-se à evolução do pensamento que justifica a imposição da pena privativa de liberdade. É claro que a teoria mista da pena não modificou a situação, antes exposta, porque preservou o aspecto relativo à prevenção, mesclando-o com a mera retribuição.

2.1 Trabalho do condenado na história da pena no Brasil

O Brasil alcançou a independência no dia 07 de setembro de 1822. A primeira Constituição foi outorgada no ano 1824. Nela havia a expressa previsão da organização de um Código Penal que efetivamente se realizou em 1830¹⁶.

Dentre o rol das penas previstas no Código Criminal do Império estão: morte (força)¹⁷, galés¹⁸, prisão com trabalho¹⁹, prisão simples²⁰, banimento²¹,

recuperação deste, torna-se, então, a expressão concreta da teoria da defesa social preconizada com o avanço do capitalismo e sua já comprovada consolidação com o sistema socioeconômico.” (SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 137).

¹⁶ “Em 1824 foi outorgada a primeira Constituição Brasileira, cujo texto previa a criação urgente de um Código Criminal, ‘fundado nas sólidas bases de justiça e equidade’ (art. 179, XVIII), e declarava expressamente os fins dos suplícios e das penas infamantes”. (SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 40). Galdino Siqueira, ao fazer retrospecto histórico acerca da história da codificação penal assim leciona: “Proclamada a independência nacional, o Brasil continuou a reger-se pelas leis e mais actos legais da metrópole, isto mesmo mandando observar a Assembléia Constituinte pela Lei de 20 de outubro de 1823, art. I, enquanto não se organizassem novos códigos, ou não fossem revogados aquelles actos legislativos. Assim, pelo que toca o direito penal, continuaram a vigorar as Ordenações Philippinas, cujo livro V se occupa especialmente, em seus 143 títulos, dos crimes, das penas e do processo criminal.” (SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*: parte geral. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1921. p. 07).

¹⁷ O artigo 37 do Código Criminal do Império assim previa: “A pena de morte será dada na força.” O mesmo diploma penal, nos artigos seguintes, faz uma descrição da ritualística que deve preceder a execução da pena capital. A sanção era executada em público em uma clara homenagem ao aspecto simbólico do direito penal. Todavia, importa ressaltar que se iniciava a limitação da publicidade das penas criminais, processo este que culminou com sua restrição no interior do cárcere. O aviso de 17 de junho de 1835 exemplifica o afirmado ao assim dispor: “A força só será levantada quando for necessária para não estar continuamente às vistas do público”.

¹⁸ Sobre a pena de galés assim dispõe o Código Criminal do Império: “A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregar-se nos trabalhos públicos da província onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do governo” (artigo 44).

¹⁹ Sobre a pena de prisão com trabalho, assim dispõe o Código Criminal do Império: “A pena de prisão com trabalho obrigará os réos a occuparem-se diariamente no trabalho que lhes fôr destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos policiaes das mesmas prisões”. (artigo 46)

degredo²², desterro²³, multa²⁴, suspensão do emprego²⁵, perda do emprego²⁶, e açoites – para escravos²⁷.

A pena privativa de liberdade, no Código Criminal, convive com a pena de trabalho forçado²⁸. Não há qualquer consideração do trabalho enquanto elemento da execução penal. É verdade que o diploma criminal prevê a modalidade de pena de prisão com trabalhos forçados. Todavia, o trabalho, nessa situação, não pode ser adjetivado de elemento da execução penal, mas sim da pena. Serve como mais um componente aflitivo da pena privativa de liberdade.

A pena de prisão com trabalho forçado não tem, no labor, um elemento da execução penal. A sanção criminal ligava-se a uma idéia meramente retributiva, o

²⁰ Assim dispõe o artigo 47 do Código Criminal do Império: “A pena de prisão simples obrigará os réos a estarem reclusos nas prisões publicas pelo tempo marcado nas sentenças”.

²¹ A pena de banimento é definida pelo artigo 50 do Código Criminal do Império: “A pena de banimento privará para sempre os réos dos direitos de cidadãos brasileiros, e os inibirá perpetuamente o território do Imperio. Os banidos que voltarem ao territorio do Imperio serão condemnados á prisão perpétua.”

²² O artigo 51 do Código Criminal do Império, sobre a pena de degredo dispõe: “ A pena de degredo obrigará os réos a residir no lugar destinado pela sentença, sem poderem sahir delle, durante o tempo que a mesma lhes marcar”.

²³ O artigo 52 do Código Criminal do Império, sobre a pena de degredo dispõe: “A pena de desterro, quando outra declaração não houver, obrigará os réos a sahir dos termos dos lugares do delicto, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrar em alcunm delles durante o tempo marcado na sentença”.

²⁴ O artigo 55 do Código Criminal do Império, sobre a pena de degredo dispõe “A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condemnado puderem haver em cada dia pelos seus bens, empregos os industria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo”.

²⁵ O artigo 58 do Código Criminal do Império, sobre a pena de degredo dispõe: “A pena de suspensão do emprego privará os réos do exercício dos seus empregos durante o tempo da suspensão, no qual não poderão ser empregados em outros, salvo sendo de eleição popular”.

²⁶ O artigo 59 do Código Criminal do Império, sobre a pena de degredo dispõe: “A pena de perda de emprego importará a perda de todos os serviços que os réos houverem prestado nelle. Os réos que tiverem perdido os empregos por sentença, poderão ser providos por nova nomeação em outros da mesma ou diversa natureza, salvo havendo expressa declaração de inhabilidade”.

²⁷ “O elenco de penas continuava grande, incluindo as penas seguintes: morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda do emprego, e açoites para escravos” (SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 40).

²⁸ A pena de prisão com trabalho forçado está prevista no artigo 46 do Código Criminal de 1830 e assim dispõe: “A pena de prisão com trabalho obrigará os réos a occuparem-se diariamente no trabalho que lhe for destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos

que impedia a consideração do trabalho para a finalidade de recuperação do condenado, própria das teorias relativas ou mistas. Ver-se-á que somente com a República foi possível abandonar a concepção de pena como medida meramente retribucionista – teoria absoluta.

A opção de nossa legislação imperial pela teoria absoluta da pena foi evidenciada pelo Regulamento da Casa de Detenção da Capital de 06 de junho de 1850 que, pela primeira vez, buscava a estruturação de um sistema penitenciário. Prescrevia-se o sistema de isolamento celular o que exclui, por completo, a possibilidade de pensar, neste período histórico, no trabalho do condenado enquanto elemento da execução penal²⁹.

Foi em 1882, o primeiro momento em que se cogitou do trabalho, enquanto elemento da execução penal. Nossa regulamentação penitenciária adotou o sistema auburniano, permitindo o trabalho, durante o dia, em conjunto, mas em absoluto silêncio³⁰.

Com a proclamação da República, entra em vigor, em 16 de dezembro de 1891, o primeiro código penal republicano. O sistema de penas foi significativamente alterado, antes mesmo do Código de 1890, pelo Dec. 774/1890, com a abolição da pena de galés. A prisão perpétua foi reduzida a um cumprimento máximo de 30

regulamentos policiais das mesmas prisões.” (TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código criminal do império do brasil anotado*. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 76-77).

²⁹ “Somente em 06 de julho de 1850, apareceu o primeiro regulamento da Casa de Detenção da Capital Federal, estabelecendo como nosso sistema penitenciário o Pensilvanico; adotando-o praticamente em 1855”. (BADARÓ, Ramagem. *Código brasileiro do trabalho penitenciário*. Tese a 2ª Reunião Penitenciária Brasileira no Estado do Paraná. 1953. p. 24).

³⁰ “Posteriormente nossa regulamentação penitenciária veio adotar o sistema auburniano, que prescrevia o encarceramento celular durante a noite e o trabalho em comum durante o dia, sob o regime de rigoroso silêncio – em 1882” BADARÓ, Ramagem. *Código brasileiro do trabalho penitenciário*. Tese a 2ª Reunião Penitenciária Brasileira no Estado do Paraná. 1953. p. 24).

anos, admitiu-se a prescrição da pretensão executória e criou-se da possibilidade da detração³¹.

O sistema de penas, com a entrada em vigor do Código de 1891, baseou-se na privação da liberdade. As idéias de um direito penal liberal ganham mais peso, ficando, cada vez mais distante, o modelo de penas, característico do Absolutismo³². Há o estabelecimento de algumas modalidades de pena privativa de liberdade: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho forçado e a prisão disciplinar para os menores de 21 anos³³.

A idéia de trabalho, enquanto elemento de maior afluência do cárcere, começa a ser revista. A concepção de prevenção especial, própria do positivismo

³¹ “A proclamação da República em 15 de novembro de 1889 trouxe como corolário a edição do Código Penal de 1890. O dec. 774/1890, que antecedeu o novo estatuto penal, já havia abolido a pena de galés, além de reduzir a 30 anos a pena de prisão perpétua, instituir a prescrição das penas e estabelecer o desconto, na pena de privação da liberdade, do tempo de prisão preventiva” (SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 41) No mesmo sentido, leciona Galdino Siqueira: “E apressando-se a dar realização á aspirações humanitárias, o Governo Provisório fez expedir o Decr. 774 de 20 de dezembro de 1890, pelo qual abolia a pena de galés, reduzia a trinta annos a prisão perpetua, mandava computar na prisão preventiva na execução da pena e estabelecia a prescrição das penas” (Assim leciona Galdino Siqueira: “E apressando-se a dar realização á aspirações humanitárias, o Governo Provisório fez expedir o Decr. 774 de 20 de dezembro de 1890, pelo qual abolia a pena de galés, reduzia a trinta annos a prisão perpetua, mandava computar na prisão preventiva na execução da pena e estabelecia a prescrição das penas” (SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1921. p. 13).

³² O sistema de pena no período do absolutismo era fundado em sanções de natureza corporal. A pena visava a imposição pública de um maior sofrimento físico possível. É que o crime era concebido como uma desobediência à ordem do monarca. Logo a sanção era a reafirmação do poder absoluto do rei, relativizado pela desobediência do condenado.

³³ “O elenco de penas, agora exclusivamente baseado na privação da liberdade, distinguia a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalhos forçados e a prisão disciplinar aos menores de 21 anos, de acordo com a gravidade da infração” (SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 41). O Código Penal Republicano, em seu artigo 43, assim dispõe sobre as modalidades da pena: “As penas estabelecidas neste código são as seguintes: a) prisão celular; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatório; e) prisão disciplinar; f) interdição; suspensão e perda de emprego público, com ou sem inhabilidade para exercer outro; h) multa.”. Deve-se ressaltar que, embora expressamente prevista no artigo 43 do Código Penal Republicano, a pena de banimento foi extirpada de nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1891. Galdino leciona: “Não contemplamos a pena de banimento, mencionada no art. 43, porque, abolida pela Const. Federal, art. 72, parágrafo 20, foi substituída por prisão celular por 10 a 20 annos para os crimes do art. 107, em virtude da Lei n. 1.062, de 29 de setembro de 1903” (SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1921. p. 575).

criminológico³⁴, ainda está em fase de desenvolvimento. Evidente que não se vai exigir da legislação brasileira um nível de reflexão que permita incorporar as diretivas da escola positiva. Todavia, o trabalho do condenado já é concebido enquanto instrumento de recuperação. A prisão com trabalhos forçados era reservada aos mendigos válidos, vadios, capoeiras e desordeiros, dando claro contorno correcionalista ao trabalho³⁵.

O Código Penal de 1940, ainda parcialmente em vigor³⁶, veio, em sua parte geral, sintetizar o sistema de penas. Continua centralizado na privação da

³⁴ O positivismo criminológico, fundado no pensamento de Lombroso, Ferri e Garofalo, é a escola penal que sucede os clássicos. Os últimos concebiam o crime de forma abstrata. São filhos do racionalismo iluminista e, por esta razão, acreditam ser o homem delinqüente um ser racional que optou pela prática do delito, entendido enquanto expressão da negação da racionalidade. Já os positivistas fundamentam seu raciocínio no empirismo. Adotam o método das ciências naturais, influenciados pelo evidente desenvolvimento destas. Aliás, a maior crítica dos positivistas aos clássicos centra-se no pouco contato que esta escola possuía com o concreto. Ferri, sobre os clássicos, assim dizia: “A jurisprudência clássica de Beccaria a Carrara, ocupou-se exclusivamente dos crimes: deixava os seus autores na sombra, atribuindo-lhes um tipo único e médio de homem como todos os outros, salvo quando se encontrava em presença de circunstâncias evidentemente anormais, como o idiota, a surdez e o mutismo congênitos, a loucura manifesta ou o alcoolismo extremo. Ainda hoje, fora das anomalias previstas pela lei, não sabem ou não querem os juizes ver nos acusados, homens diferindo dos outros por certas condições físicas ou psíquicas mais ou menos aparentes. A sua única preocupação é encontrar o artigo do código mais aplicável, não ao réu, mas à falta por ele cometida.” (FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Trad. João Moreira de Almeida. 4. ed. São Paulo: Livraria **Teixeira**, 1936. p. 22-23). O positivismo criminológico centra suas atenções ao homem delinqüente, concebendo-o como um diferente. O crime é, portanto, expressão da patologia do delinqüente. Sobre o positivismo criminológico, leciona Francisco Bissoli Filho: “Ao contrário do classicismo, o positivismo viu no homem criminoso o protagonista de suas investigações, tendo-o como um ser anômalo, do qual depreendeu os estigmas da criminalidade. Até então o indivíduo, tido apenas como detentor do livre arbítrio não tinha merecido a devida atenção das Ciências Criminais. Assim, o positivismo criminológico deteve-se mais nos estudos acerca do homem criminoso, precisamente nas teorias da tipologia e da periculosidade criminal” (BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 42).

³⁵ “Enumerando o art. 43, letra d, como espécie de pena privativa de liberdade pessoal, a prisão com trabalho obrigatório, o código declara que ‘será cumprida em penitenciária agrícola ou presídios militares (art. 48). No Relatório do Ministro da Justiça, de 1891, se destacam os delinqüentes, visados por essa pena, a saber: ‘os ociosos e vagabundos incorrigíveis pelos meios ordinários’. Dahi porque vemol-a applicada aos mendigos vadios (art. 393), aos vadios quando infractores do termo de tornar occupação (artigo 400) e aos capoeiras reincidentes (art. 403). Esta pena não subsiste mais sendo substituída pela pena de prisão correccional, cumprida em colônias fundadas pela União ou pelos Estados, pena que visa a correccão pelo trabalho e instrucção, dos vadios, mendigos validos, capoeiras e desordeiros, segundo dispõe o Decr. N. 145 de 12 de julho de 1893, arts. 1, 4 e 9, e Lei n.947 de 29 de dezembro de 1902, art. 1, n. IV, e art. 12.” (SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1921. p. 591-592).

³⁶ O Código Penal compõe-se de duas partes: geral e a especial. A primeira compõe-se das regras gerais de compreensão e aplicação do direito penal. Já a segunda compõe-se dos crimes em espécie. Bitencourt, sobre a divisão, aqui denunciada, assim leciona: “Nosso Código Penal encontra-

liberdade, sendo suas modalidades a reclusão e a detenção³⁷. Não mais se contempla a pena de prisão com trabalho forçado. Isso não significa que o labor desapareceu do cárcere, permanecendo na conformação hoje existente, qual seja, somente enquanto elemento da execução penal.

A parte geral do Código Penal de 1940 foi revogada pela reforma de 1984, sendo preservada somente a parte especial que cuida da tipificação dos delitos.

se dividido em duas Partes: Geral e Especial” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. II. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. p. 2). A parte geral de nosso Código Penal é fruto da reforma de 1984. A parte especial, salvo alterações pontuais, é datada de 1940.

³⁷ Sobre o assunto: “Sabe-se que a pedra angular dos sistemas jurídico-penais da modernidade é a pena privativa de liberdade. Muito embora a previsão de outras espécies de pena (restritivas de direito e multa), estas são todas substitutivas daquela, sendo que na quantificação da privação da liberdade surgirão as possibilidades de substituição” (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e o garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 35). Michel Foucault explica o fato de ser a prisão, nas sociedades liberais, o centro do sistema de punições. Assim dispõe o pensador francês: “ Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento universal de constante. Sua perda tem, portanto, o mesmo preço para todos, melhor que a multa ela é o castigo <igualitário>. Clareza de certo modo jurídica da prisão. Além disso, ela permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo.” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história de violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhete. 15. ed. Petrópolis: Vozes. 1997. p. 208).

III DO TRABALHO DO CONDENADO

3.1 Etimologia e significado do vocábulo

Tratar do trabalho do condenado é pressuposto indispensável para discutir sua obrigatoriedade.

A origem etimológica do vocábulo trabalho – *tripalium* – coloca-nos em contato com a idéia de castigo. *Tripalium*³⁸ era o instrumento destinado a subjugar cavalos e subtrair-lhes o esforço, canalizando para a atividade agrícola.

Vê-se que o conceito de trabalho, concebido como elemento da execução, ganha significado completamente diverso. Entendido como instrumento indispensável para atingir os fins da execução penal, o trabalho do condenado assume uma função de emenda, afastando-se de qualquer parâmetro de racionalidade, adquirindo coloração religiosa.

O trabalho no cárcere, após a superação das teorias absolutas pelas relativas da pena, é concebido como um instrumento de reforma do homem. A qualidade de promover a emenda, atribuída ao labor, transcende qualquer aspecto utilitário econômico – inserção no mercado de trabalho -, adquirindo uma função

³⁸ Silveira Bueno registra a evolução do vocábulo *tripalium*. A forma posterior seria *tripaliare*. Assim dispõe o lingüista: “Lat. Tripalium, instrumento feito de três paus aguçados, algumas vezes ainda munido de pontas de ferro no qual batiam os agricultores o trigo, as espigas de milho, o linho para rasgá-lo, esfiapá-los. Passou depois para o sentido moral de sofrimento que ainda existe em trabalho. As vogais i, e, precedidas ou seguidas de vibrante r tendem a passar a a como se pode ver em *lacertum* que nos deu lagarto. De *tripalium* é possível que se tenha desenvolvido em latim vulgar *tripaliare*, mas não é necessário recorrer a este verbo hipotético para explicar trabalhar. Pode-se derivá-lo de trabalho + ar. (BUENO, Silveira. *Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa*. Vol. VIII. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 4020).

moralizadora, somente explicada pela concepção religiosa que o protestantismo de Lutero conferiu ao trabalho.

Esse quadro é ainda confirmado quando se apresenta a idéia de criminoso para o positivismo criminológico, umbilicalmente ligado às teorias relativas da pena. Se o condenado precisa ser emendado é porque possui alguma deficiência capaz de determinar o cometimento de delitos.

Embora extremamente criticável e não desejável, parece difícil afastar o direito penal de uma concepção ético-social. O conceito de potencial conhecimento da ilicitude torna claro que somente é censurável aquele que, no mínimo, podia conhecer o caráter ilícito do fato e, ainda sim, agiu de forma contrária à norma. Conhecimento da ilicitude do fato é distinto do conhecimento da lei.

Essa dualidade deixa patente que o direito penal bebe na fonte da moral, entendida enquanto “costume social”. Negar o aqui exposto é relegar uma visão integral da norma jurídica, desprezando seu aspecto axiológico³⁹.

A conclusão, obtida a partir do parágrafo anterior, coaduna-se com a função moralizadora atribuída por Lutero ao trabalho. Portanto, o labor se faz necessário no cárcere, pois lá são confinados indivíduos distanciados da moral. A atividade laborial resume-se a uma medida profilática.

³⁹ Essa afirmação é facilmente confirmada por meio de um recurso à estrutura da norma jurídica. Miguel Reale afirma ser a norma composta de um elemento valorativo que precede a sua existência. O fato, depois de valorado, é disciplinado pela norma jurídica. Reale assim dispõe: “Finalmente, essa correlação entre fato e valor se dá em razão de um enlace deontico, isto é, em termos lógicos de dever ser, com que se instaura a norma. Desse modo, verifica-se que o momento lógico expresso pela proposição hipotética, ou a forma da regra jurídica, é inseparável de sua base fática e de seus objetivos axiológicos: fato, valor e forma lógica compõem-se, em suma, de maneira complementar, dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fático-axiológico da norma de direito. Isto não impede, é claro, que, por abstração, sejam postos entre parênteses os aspectos fático e valorativo. Quando se quer, porém, ter um conceito integral da norma é necessário estudar os três fatores em sua correlação dinâmica. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 103-104).

Conferir aspetos religiosos ao trabalho não só se mostra como umas das causas históricas de sua inserção no cárcere, como também explica sua disciplina, dada pelo código penal e lei de execução penal.

3.2 Visão geral – disposições legais

O trabalho do condenado é previsto tanto no código penal, quando disciplina as regras dos regimes penitenciários, e na lei de execução penal.

O código penal, ao dispor sobre o trabalho do condenado, preocupa-se em inserí-lo dentro da disciplina dos regimes penitenciários. Percebe-se que a atividade laborial oferece ao condenado a pena privativa de liberdade, a possibilidade de aproximar-se da sociedade da qual foi alijado. Evidente que esta aproximação é posta em níveis, pois senão negar-se-ia a própria idéia de progressividade, característica fundamental que dá nome ao sistema penitenciário adotado por nossa legislação⁴⁰.

O trabalho, para o regime fechado, segundo o artigo 34 do Código Penal, pode ser realizado dentro do estabelecimento penitenciário ou extramuros somente

⁴⁰ Mirabete, confirmando a opção de nosso ordenamento pelo sistema progressivo, leciona: “Adotando a lei o sistema progressivo, iniciando o cumprimento da pena conforme o regime inicial estabelecido na sentença, possibilita-se ao sentenciado a transferência para regime menos rigoroso desde que tenha cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e o mérito do condenado recomendar a progressão” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 305). A progressividade do cumprimento da pena tem origem no Código Penal Republicano. Miguel Reale Júnior leciona: “No que tange ao sistema de penas, as acerbas críticas lançadas ao Código Penal de 1890 tão-só em parte se justificam, pois inovava-se ao adotar, para o cumprimento das penas privativas de liberdade, em progressão, iniciando, o preso, cumprimento da pena em regime de isolamento celular, para em seguida passar a ter trabalho diário conjunto. Com relação às penas superiores a seis anos de reclusão estabelecia-se uma passagem do aprisionamento celular para a penitenciária agrícola (art. 50). Se perseverasse o condenado no bom comportamento poderia ser beneficiado com o livramento condicional.” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 31).

quando em serviços ou obras públicas⁴¹. O artigo 36, parágrafo único da lei de execução penal, ainda restringindo a possibilidade de trabalho externo para o regime fechado, o condiciona ao fato do número de condenados, na obra, não exceda 10% do número de funcionários⁴².

Quanto ao regime semi-aberto, segundo o art. 35 do código penal, há uma maior liberdade de realização do trabalho externo. Não mais é necessário que o labor seja desenvolvido somente em obra ou serviço público, sendo, também, descabida qualquer avaliação da proporção de condenados em relação à totalidade dos funcionários.

A atividade laborial, realizada pelo condenado no regime aberto, mostra-se absolutamente indiferente ao presente estudo. No regime albergue, o trabalho é condição para a não-regressão e não elemento da execução penal. Oportunamente, esta questão será debatida.

No que diz respeito à execução penal, vê-se que o trabalho do condenado é disciplinado a partir do artigo 28 da lei de execução penal. As finalidades do

⁴¹ O artigo 34, parágrafo 2º do CP assim dispõe: “O trabalho será executado em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena”. Já o parágrafo 3º do mesmo artigo, sobre o trabalho externo no regime fechado, expõe: “O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas”.

⁴² O artigo 36, parágrafo 1º da Lei de Execução Penal assim dispõe: “O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.” A finalidade deste dispositivo legal é, para Mirabete, “diluir o grupo de preso entre os trabalhadores livres de modo que se possa efetuar uma melhor integração do preso a esse meio social e, por outro lado, evitar problemas que poderiam ser criados com a manutenção e desenvolvimento, extramuros, da ‘subcultura’ característica dos presídios. Facilita-se a integração social e se permitem melhores condições de controle e vigilância a fim de se impedir ou ao menos dificultar os atos de indisciplina e a fuga”. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*: comentários à lei 7.210, de 11/07/1984. São Paulo: Atlas, 1993. p. 118).

trabalho, descritas pela LEP, são: educativa e produtiva. Descreve o trabalho do condenado como um dever social e condição de dignidade⁴³.

O labor do condenado não está sujeito à consolidação das leis do trabalho, o que subtrai uma gama de direitos do trabalhador condenado. Esta restrição amplia a distância entre o condenado e o homem livre. O trabalho, embora não regido pela CLT, deve ser alvo de todas as preocupações com relação à segurança e higiene do trabalho⁴⁴.

O trabalho do condenado encontra-se sujeito a uma carga horária compreendida entre o mínimo de seis e o máximo de oito horas diárias. Possui direito ao repouso nos domingos e feriados⁴⁵. Sua remuneração tem como piso mínimo $\frac{3}{4}$ do salário mínimo⁴⁶. O trabalhador condenado não possui o direito à remuneração mínima, consistente no salário mínimo.

Por não estar sujeito às regras da CLT, o trabalho do condenado é desprovido de uma série de garantias que afasta o condenado do homem livre, contribuindo para sua completa segregação.

O trabalho pode ser dividido em duas modalidades: interno e externo. A aplicação de ambos será possível, tendo em vista a disciplina do regime penitenciário.

⁴³ O artigo 28 da Lei de Execução Penal assim dispõe: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

⁴⁴ O artigo 28, parágrafo 1º e 2º, trata dos assuntos mencionados. Assim dispõe, respectivamente: “Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene”; “O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”.

⁴⁵ Assim dispõe o art. 33 *caput* da lei de execução penal: “A jornada normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados”.

⁴⁶ Sobre a remuneração do trabalho do condenado, dispõe o artigo 29 *caput* da lei de execução penal: “O trabalho do preso será remunerado, mediante previa tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo.”.

O trabalho interno é disciplinado pela lei de execução penal do artigo 31 ao 35. Será concedido pelo diretor do estabelecimento penitenciário, devendo ser apropriado à aptidão e capacidade do trabalhador (art. 31)⁴⁷.

O trabalho designado deve ser produtivo, sendo inadequada qualquer atividade que não traga retorno financeiro. Evita-se o trabalho artesanal, salvo em região turística (art. 32, parágrafo 1º)⁴⁸. Evidente que esta disciplina está de acordo

⁴⁷ O STF já entendeu que, em relação ao trabalho externo, somente pode ser concedido se preenchidos os requisitos autorizativos, e permitido pelo juiz sentenciante que deve manifestar-se sobre a possibilidade do trabalho externo, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Assim expressamente entendeu o Pretório Excelso: “Cabe ao juiz sentenciante, ponderados os pressupostos do art. 59 do CP e obedecido o art. 33 do mesmo Código, estabelecer o regime de cumprimento de pena, **inclusive admitindo ou não o trabalho externo** – negritamos – (arts. 34, parágrafo 3º, e 35, parágrafo 2º, do CP). O art. 37 da Lei de Execução Penal dirige-se à direção do estabelecimento onde se cumpre a pena, com as condições que estabelece, não entrando em conflito com aquelas normas da lei penal.” (RT 618/388). Este entendimento acredita-se não ser o mais adequado. Não está dentre as funções do magistrado sentenciante, quando da aplicação da pena, decidir sobre a possibilidade ou não do trabalho externo. Somente lhe compete fixar “as penas aplicadas dentre as cominadas, a quantidade de pena aplicável dentro dos limites previstos, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”. Evidente que não seria plausível considerar correta a necessidade do magistrado sentenciante se pronunciar sobre a possibilidade de trabalho externo. O trabalho é um elemento do <tratamento penitenciário> e deve ser aferida a possibilidade de sua concessão para além dos muros do cárcere na medida que o condenado reponde positivamente ao tratamento penitenciário. Contrário a jurisprudência, acima transcrita, já decidiu o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul: “Compete ao juiz da execução conhecer e decidir sobre pedido de trabalho externo formulado por condenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime semi-aberto” (RT 639/343 e JTAERGS 69/44). Somente seria competência do diretor do estabelecimento prisional fixar o trabalho externo quando relativo ao regime fechado. Ousamos também discordar de qualquer diferenciação acerca do regime para fins de definir a competência para a concessão do benefício do trabalho externo. É que o artigo 37 da Lei de Execução Penal disciplina o trabalho externo sem fazer qualquer distinção acerca do regime de cumprimento de pena. Logo distinguir entre o fechado e o semi-aberto, conferindo ao juiz da execução a capacidade de fixar no regime semi-aberto e ao diretor da penitenciária no regime fechado mostra-se um contra-senso.

⁴⁸ O artigo 32, parágrafo 1º da lei de execução penal assim dispõe: “Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões turísticas”. Sobre o assunto já se manifestou o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo: “O disposto no art. 32, parágrafo 1º, da LEP, dirige-se aos responsáveis pela administração do sistema penitenciário, que deverão limitar, tanto quanto possível, o exercício da atividade laborial artesanal pelos presos, de forma que não são proibidas e, sim, limitadas as atividades dessa natureza” (TACrimSP, AE 1.046.589/3, 10ª Câmara, Rel. Juiz Ricardo Feitosa, j. em 2-4-1997, RJTACrimSP 35/88). Prova evidente que o referido dispositivo legal destina-se à administração penitenciária e não ao condenado é que o trabalho artesanal, embora não desejado em regiões turísticas, funciona para efeito de remição. Aliás, a possibilidade de adjetivar o trabalho prisional de produtivo não é requisito para a concessão da remição, basta que seja uma atividade laborial lícita e digna. O próprio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiu: “É admissível, em se tratando de remição, a realização de trabalhos artesanais pelo preso, quando ausentes condições para execução de outras atividades laboriais – por exemplo, no caso do preso recolhido à Cadeia Pública –, pois o art. 32, parágrafo 1º, da Lei 7.210/84 não proíbe tal modalidade de trabalho, mas apenas a considera em regra, desaconselhável. (TACrimSP, AE 1.049.789/4, 10ª Câmara, Rel. Juiz Vico Mañas, j. em 19-3-1997, RJTACrimSP 35/86).

com as finalidades do trabalho. É necessário preparar o condenado para ser capaz de prover sua subsistência por meios lícitos.

A finalidade educativa e produtiva é nota característica de outros dispositivos que têm como objetivo regulamentar o trabalho externo. A lei de execução penal abre a possibilidade do trabalho interno ser gerenciado por elemento externo à administração penitenciária: empresa pública ou fundação. Confere autonomia administrativa ao gerenciador do trabalho penitenciário, exigindo que a organização da atividade laborial interna seja toda voltada para a formação profissional do condenado (art. 34 da LEP)⁴⁹.

O trabalho externo é permitido tanto do regime fechado quanto no semi-aberto. Para disciplinar o trabalho externo, no regime fechado, a lei de execução penal repete as já mencionadas restrições contidas no código penal. Acrescenta ainda que o trabalho externo, no regime fechado, não poderá ser concedido salvo se cumprido 1/6 da pena imposta além da comprovação de aptidão, disciplina e responsabilidade⁵⁰ (art. 37 da LEP).

Com entrada em vigor da lei 8.072/90 – lei dos crimes hediondos -, foi criada uma dissidência jurisprudencial. Questionou-se a possibilidade da concessão de trabalho externo para aqueles impossibilitados de progredir de regime⁵¹. Haveria

⁴⁹ O artigo 34 da lei de execução penal assim dispõe: “O trabalho poderá ser gerenciado por fundação “Exige-se que a atividade seja ordenada, empresarial e, antes de mais nada, remunerada, garantindo aos sentenciados os benefícios da Previdência Social, com o fim de educar o preso, entendendo-se o presídio como verdadeira empresa”. (TACrimSP, Ag. 450.407/1, 9ª Câ., rel. Juiz Breno Marcondes, j. em 15-10-1986, RT 616/323).

⁵⁰ O art. 37 *caput* assim dispõe: “A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de um sexto da pena”.

⁵¹ Parte-se do pressuposto de que se aceita a constitucionalidade da vedação de progressão de regime para os crimes hediondos, posta no art. 2º, parágrafo 1º da Lei 8.072/90. Acredita-se que a progressão de regime não está inclusa dentre as garantias constitucionais. Nesses sentidos: STJ RESP 556.115/RS (DJ. Data de 02-02-04, p. 00353, rel. Min. Gilson Dipp) e STF HC 79.544/RJ (DJ. Data 12-04-02, p. 00053 Ement. Vol. 02064-02 p. 00411 rel. Min. Nelson Jobim). Menção honrosa se

um confronto de princípios. A lei de crime hediondo vetou a progressão de regime, impedindo que os condenados por aqueles crimes voltem, antes do cumprimento da integralidade da pena – ressalvada a possibilidade de livramento condicional, ao convívio social⁵². Permitir o trabalho externo para os submetidos ao regime integralmente fechado seria, portanto, uma incoerência.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acerca da controvérsia evidenciada no parágrafo anterior, decidiu que é possível a concessão de trabalho externo ao condenado pela prática do crime hediondo por não existir vedação expressa em nossa lei de execução penal⁵³.

O trabalho externo, no regime semi-aberto, não encontra uma disciplina específica para a sua concessão. Todavia, seu efetivo exercício se dá sem as vedações constantes da disciplina do regime fechado, conforme se demonstrará.

faz ao entendimento contrário do Ministro Marco Aurélio do STF explicitado no RE 261.766/SP (DJ. Data 17-08-01. p. 00052. Ement. Vol. 02039-02 pp. 00321). Apesar deste entendimento ser pacífico em nossos Tribunais Superiores, recentemente a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça da Minas Gerais já vem decidindo, sem unanimidade, pela possibilidade de progressão de regime por entender que o contrário viola o princípio constitucional da individualização da pena.

⁵² Assim dispõe o art. 2º, parágrafo 1º da Lei 8072/90: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

⁵³ TJMG: “E, ao fazê-lo, não faz qualquer distinção quanto à natureza do delito praticado pelo condenado. Por essa razão, mostra-se irrelevante, para a concessão do benefício em tela, ter o requerente praticado crime equiparado a hediondo. De outro lado, vê-se dos autos que o recorrido já preencheu o requisito temporal para a concessão do benefício em questão. Da mesma forma, preenchidos estão os demais requisitos legais, que são aptidão, disciplinar responsabilidade do preso. A propósito, permito-me reportar à bem fundamentada decisão recorrida, vista às fls. 67/72, na qual o MM. Juiz da Execução ressalta que o recorrido “tem excelente comportamento carcerário, carta de emprego e tudo indica que provavelmente não voltará a delinquir””. (Trecho de Voto do Desembargador Bahia Borges nos autos do Recurso de Agravo 339.661-1/00 julgado em 07/08/2003). TJMG: “Este Egrégio Tribunal de Justiça, por reiteradas vezes, tem proclamado que, se o condenado por prática de crime hediondo preenche os requisitos legais objetivos e subjetivos para a obtenção de autorização para o trabalho externo, há que ser deferido o benefício, não sendo obstáculo para tanto o fato de não ser possível a escolta do preso durante o tempo em que estiver fora. (Trecho de Voto do Desembargador Odilon Ferreira no Recurso de Agravo n. 306.331-01/000(1) julgado em 10/02/2002.).

3.3 Finalidades do trabalho do condenado

O trabalho do condenado tem as finalidades educativas e produtivas (art. 28 da LEP). Todavia, é indispensável perceber que o trabalho, concebido como “pedra angular” do tratamento penitenciário, direciona suas duas finalidades específicas para a proposta geral da execução penal: *harmônica integração social*⁵⁴.

É imperioso definir o conceito de integração social que, já de pronto se ressalta, não pode significar eliminação de diferenças. Vários vocábulos são utilizados como se sinônimo fossem: integração, ressocialização, readaptação, reeducação.

A ressocialização se decompõe nos seguintes elementos: *re* (repetição, movimento para tras) + *socius* + *izar* (ação de). Fica claro que o núcleo do vocábulo decomposto é *socius*. Este termo significa associado, companheiro, sócio.

A readaptação significa renovação da adaptação. O vocábulo adaptar tem origem latina. Adaptação origina-se de *aptare* que, unido a preposição *ad*, significa ajustar, acomodar. A preposição *ad*, cujo significado é aproximação, dá o claro sentido, aqui perquirido. Readaptar significa acomodar, ajustar o condenado, tornando-o próximo à sociedade.

A reeducação decompõe-se em *re* (repetição) + *educatio*. Esta última contém, na sua estrutura, os seguintes elementos: *ex* + *ducere* + *ão*. *Ex* significa movimento para fora. *Ducere* é tirar, conduzir, levar. O sufixo *ão* indica ação. Educação, portanto, é a ação de tirar para fora as potencialidades do homem.

⁵⁴ O art. 1º da Lei de Execução Penal assim dispõe: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentenças ou decisão criminal e proporcionar condições para a **harmônica integração social** – negritamos – do condenado e do internado”.

Reeducação, evidentemente, é a possibilidade de repetição do processo já mencionado.

O vocábulo reintegração decompõe-se em *re* (repetição) + *integer* + *ação* (ação de). O núcleo do sentido encontra-se no conceito de *integer*. Sua tradução para o português é inteiro. Reintegrar significa ação de, novamente, tornar o condenado parte do corpo social.

O trabalho possui, como já dito, as finalidades reeducativas e produtivas. Estas são direcionadas para a reintegração do condenado. A finalidade de reeducação significa somente o desenvolvimento de aptidão para o trabalho honesto que possibilite ao condenado manter-se por meios lícitos. Evidentemente que esta possibilidade somente pode ser alcançada se o labor for produtivo, rentável⁵⁵.

O labor do condenado teria a missão de tornar o condenado parte do todo social, possibilitando-lhe viver pelo próprio esforço. **Fazendo o raciocínio contrário, conclui-se que o condenado é aquele que não é capaz de ligar-se ao grupo social porque sua personalidade mostra-se distanciada do hábito do trabalho.**

Viver em grupo pressupõe uma renúncia ao individualismo absoluto diretamente proporcional à preocupação que se deve dirigir ao outro. O trabalho atende a esta finalidade na medida que destinado à construção do bem comum. Aquele que trabalha, portanto, mostra-se integrado ao grupo social.

⁵⁵ Deve-se compreender o sentido do vocábulo produtivo, concebido enquanto finalidades do trabalho, como sinônimo de lucrativo. Essa conclusão é referendada pela própria literalidade do texto da Lei de Execução Penal na medida que veda o trabalho artesanal, salvo em região turística (art. 32, parágrafo 1º da Lei 7.210/84).

A correlação mostra-se de especial valia quando analisada a Constituição da República. O trabalho é, segundo artigo 1º inciso IV da CF/88, um dos fundamentos do Estado brasileiro e também da ordem econômica⁵⁶.

3.3.1 Posição de Miguel Reale Júnior

Miguel Reale Júnior afirma serem as finalidades do trabalho do condenado: a higiene mental e sustento da família; aptidão para integrar-se no mercado de trabalho⁵⁷.

Nota-se que Reale Júnior divide as finalidades do trabalho do condenado em duas categorias: imediata e mediata. A primeira comporta a higiene mental e o sustento da família. A segunda diz respeito à capacitação do condenado para o trabalho, permitindo-lhe manter-se por meio de uma ocupação lícita.

A higiene mental liga-se, sem sombra de dúvida, ao trabalho no cárcere. O labor foi importante fator que minorou a afluência da pena privativa de liberdade, quando executada sob as diretrizes do sistema de isolamento celular. É exatamente o trabalho que diferencia o sistema celular do auburniano.

A possibilidade do trabalho externo também desempenha uma importante função de higiene mental. Permite ao condenado o contato com o mundo exterior bem antes do cumprimento de sua pena, ainda quando sujeito ao regime fechado.

⁵⁶ Os valores sociais do trabalho e da iniciativa privada são, também, fundamentos da ordem econômica, como veremos”. (DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros. p. 107).

⁵⁷ “Outorga-se um prêmio ao trabalho tal o relevo que possui o exercício de tarefas, seja para o presente, como condição de higiene mental e sustento da família, que não pode ser em atividades sem expressão econômica, visando ao futuro viabilizar a obtenção de emprego, com o aprendizado recebido” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 16).

O sustento da família, mencionado como uma das funções do trabalho do condenado por Miguel Reale Júnior, justifica-se por previsão expressa da lei de execução penal. O trabalhador condenado não possui livre disposição do valor financeiro recebido a título de remuneração pelo seu labor. A quantia auferida tem destinação já expressamente determinada. O sustento da família encontra-se na segunda ordem de prioridade, logo após a reparação dos danos causados pelo crime⁵⁸.

O trabalho do condenado, segundo a visão de Reale Júnior, possui também uma função mediata, qual seja, a criação de capacidade naquele que labora de manter-se por uma atividade lícita. Com a inserção do condenado no mercado de trabalho, espera-se eliminar um importante fator criminógeno e, com isso, impedir a reincidência⁵⁹.

⁵⁸ “O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo. Parágrafo 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a)- à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b)- à assistência à família; c)- a pequenas despesas pessoais; ao ressarcimento ao Estado de despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores” (art. 29 da Lei 7210/84).

⁵⁹ Mirabeti diz ser reincidente “quem pratica o crime após o trânsito em julgado da sentença em que o réu foi condenado anteriormente, tanto por sentença proferida no país ou no estrangeiro”. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 435). O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo assim também já definiu reincidência: “O nosso Código Penal restabelece que a reincidência se configura quando o réu comete novo crime depois de transitar em julgado anterior condenação. Não leva em consideração, entretanto, se foi cumprida ou não a pena infligida na mesma. (RT 447/415). Para a constatação da reincidência também não interessa a pena modalidade de pena imposta, podendo ter sido o reincidente submetido à pena de multa e em nada alterando sua situação. Assim já decidiu O Supremo Tribunal Federal: “A condenação anterior à pena de multa induz ao reconhecimento da reincidência, pois o art. 63 do CP exige apenas o trânsito em julgado da decisão, sem cogitar da natureza da repreenda, se pecuniária ou privativa de liberdade” (RT 763/500). A reincidência pode se dar pela prática de qualquer crime – excluindo contravenção. Amilton Carvalho e Salo de Carvalho dizem ser “a reincidência, agravante genérica obrigatória segundo o disposto no artigo 61, inciso I, do Código Penal, é espécie do gênero antecedentes criminais, o que, por si só, permite direcionar as mesmas críticas enumeradas anteriormente”. Ao afirmar ser seus efeitos mais gravosos do que os antecedentes criminais, os enumera: “(a) agrava a pena privativa de liberdade (art. 61, I CP); (b) determina regime de cumprimento mais severo (art. 33, CP); (c) impede a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se específica em crimes dolosos (art. 44, II, CP); (d) impede substituição da pena privativa de liberdade pela multa (art. 62, parágrafo 2º, CP); (e) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67, CP); obstrui o sursis quando da prática de crime doloso (art. 77, I, CP); (g) aumenta o lapso temporal do tempo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP);

3.3.2 Posição de César Roberto Bitencourt

César Roberto Bitencourt , acerca do trabalho do condenado, confere uma destinação mais utilitarista. Afirmar ser indispensável para ocupar o tempo ocioso do cárcere e, com isso, minorar os fatores criminógenos⁶⁰.

A finalidade atribuída ao trabalho passa pela minoração da pena privativa de liberdade. É uma higiene mental que permite ao condenado suportar o suplício da privação da liberdade. Vê-se que César Roberto Bitencourt não diferencia causa histórica da inserção do trabalho no sistema penitenciário e finalidade, hoje, atribuída ao labor do condenado.

Será visto, no capítulo destinado ao estudo das concepções ideológicas do trabalho, que é possível identificar três causas para a imersão do trabalho no ambiente carcerário – sistema auburniano. A primeira delas é a humanitária, consistente na minoração do sofrimento psicológico causado pelo sistema de isolamento celular. A segunda, justifica-se pela inclusão de idéias religiosas, provenientes da reforma protestante no sistema penitenciário. A terceira, por fim, possui uma explicação de viés econômico, ligando-se a uma estrutura materialista - histórica.

Bitencourt possui o mérito de afastar-se de uma concepção moralizante do trabalho da qual se aproxima Reale Júnior. Não menciona o sustendo da família,

(h) aumenta o prazo (art. 110, CP) e interrompe a prescrição (art. 117, VI, CP) ; (i) revoga sursis (art. 81, CP), o livramento condicional (art. 87, CP) e a reabilitação (art. 95, CP); (j) impede alguns casos de diminuição de pena (art. 155, parágrafo 2º; 170 e 171, parágrafo 1º, do CP); (l) impede a prestação de fiança (art. 323, III, CPP); (m) não permite a apelação em liberdade (art. 594, CPP); (n) impossibilita a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), entre outros” (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. op. cit., p. 61-62).

⁶⁰ “O trabalho prisional é a melhor forma de ocupar o tempo ocioso do condenado e diminuir os efeitos criminógenos da prisão e, a despeito de ser obrigatório, hoje é um direito dever do apenado e

nem mesmo a possibilidade de preparar o condenado para sua inserção no mercado de trabalho. Todavia, afastar-se de uma concepção moral de trabalho é expressão de um “dever ser”, não sendo a conclusão que se pode depreender do tratamento dado pelo código penal e lei de execução penal.

3.3.3 Posição de Júlio Fabbrini Mirabete

Para Mirabete o trabalho no cárcere tem caráter educativo na medida que presta homenagens ao princípio da dignidade da pessoa humana, evidenciando um conteúdo claramente ético. Mirabete ainda argumenta que, para aqueles que possuem o hábito do trabalho, a finalidade do labor penitenciário manteria seu sentido, preservando, no condenado, o valor do trabalho, impedindo que seja perdido pelo cumprimento de uma pena na mais completa ociosidade⁶¹.

O acima exposto autoriza a conclusão de que Mirabete considera o trabalho um elemento da execução penal que atua em duas frentes: a primeira promove a educação pelo trabalho daquele que não tem o hábito do labor, a segunda impede que o hábito já existente se perca na ociosidade do cárcere.

O trabalho, para Mirabete, possui uma característica nitidamente eticizante. Trata-se de uma “medida profilática”, tendente a evitar a ocorrência de delitos. Veja que a opinião, ora estudada, diferente das anteriores, liga-se ao

será remunerado (art. 29 da LEP).” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 435).

⁶¹ “O trabalho tem seu sentido ético, como condição da dignidade humana, e assim assume um caráter educativo. Se o condenado já tinha o hábito do trabalho, depois de recolhido ao estabelecimento penal o seu labor irá manter aquele hábito, impedindo que degenere; se não o tinha, o exercício regular do trabalho contribuirá para ir gradativamente disciplinando-lhe a conduta, instalando-se na sua personalidade o hábito de atividade disciplinadora. Para a consecução dessa finalidade educativa, porém, o trabalho prisional deve ser organizado de forma tão aproximadamente quanto possível ao trabalho em sociedade”. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à lei n. 7.210 de 11/07/84*. São Paulo: Ed. Atlas, 1993. p.103).

positivismo criminológico. O condenado possui uma “deficiência” moral e o trabalho, concebido enquanto elemento do <tratamento penitenciário>, seria mera profilaxia⁶².

Se o trabalho é uma atividade eticizante, e se o labor é a pedra fundamental da execução, é porque a <recuperação do condenado> tem cunho ético. A assimilação da disciplina do trabalho é fator fundamental da recuperação do condenado. Exatamente por esta razão, o trabalho do condenado deve preservar as características do trabalho livre, no entender do autor aqui estudado.

3.3.4 Nossa posição

A atividade laborial do condenado, conforme disciplinada pela lei de execução penal, possui, embora, como será demonstrado, em desacordo com a Constituição da República – princípio republicano e com a garantia da liberdade de consciência, finalidade eticizante.

Não é possível discordar de Reale Júnior. O trabalho realmente é responsável por garantir a higiene mental do condenado. Outra não poderia ser a conclusão, porque os nefastos efeitos psicológicos da ociosidade já foram sentidos, quando da adoção do sistema de isolamento celular.

Todavia, a higiene mental não pode ser tida como uma finalidade do trabalho do condenado e sim um meio para alcançar o objetivo da execução penal. Evidente que qualquer anomalia psicológica causada não pode contribuir para *harmônica integração* do condenado.

⁶² Célio César Paduani, caminhando no sentido de Mirabeti, é ainda mais explícito em conferir o trabalho a qualidade de medida profilática, pois diz ser o labor uma terapia. Assim menciona referido autor: “O objetivo da remição penal, segundo os ditames legais, é reduzir, pelo trabalho, a pena privativa de liberdade, além de ser um componente essencial à recuperação do condenado, pois,

Igualmente não é possível dizer que o trabalho do condenado tenha como finalidade o sustento da família. O condenado possui direito ao pecúlio. Esta quantia financeira tem destinação especificada pela própria lei de execução penal, sendo, como já dito, o sustento da família somente uma delas.

A destinação de parte da quantia recebida, a título de remuneração, pelo trabalhador condenado à família presta homenagem ao princípio da pessoalidade da pena⁶³. Não deixa também de possuir um caráter eticizante. Todavia, dizer ser uma finalidade do trabalho do condenado, mostra-se dissociado, como será demonstrado, do espírito da lei de execução penal.

Também não é possível comungar com o entendimento que a finalidade do trabalho do condenado seja sua preparação para o mercado de trabalho. Isto levaria à incongruente conclusão, na medida que o trabalho do condenado é obrigatório, que todos os cidadãos-criminosos são, necessariamente, alijados do mercado de trabalho e que essa é a causa do cometimento de delitos.

Não é possível, posto que já rompido o paradigma etiológico da criminalidade, falar em uma causa, seja ela de qual ordem for, de uma conduta delitiva. O comportamento humano não se sujeita a uma relação de causalidade, afeta às ciências naturais. Quanto se fala em fator criminógeno, não é recomendável pensá-lo enquanto causa do delito, mas sim sua condição de possibilidade.

inegavelmente, o trabalho é a melhor terapia existente.” (PADUANI. Célio César. *Da remição na lei de execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 17).

⁶³ “Pelo primeiro se impede a punição por fato alheio, vale dizer, só o autor da infração penal pode ser apenado: ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e de decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor patrimonial transferido’ (art. 5º, XLV, CF).” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral arts 1º a 120º*. Vol I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 120).

Reale Júnior traçou as finalidades do trabalho do condenado absolutamente distanciadas de aspectos moralizantes. Trata-se evidentemente de um ponto extremamente positivo e em consonância com as críticas articuladas na presente pesquisa. Todavia, não parece a mais adequada compreensão da disciplina do trabalho do condenado, dada pela lei de execução penal.

Não é apropriado dizer que a finalidade do trabalho do condenado é, ao impedir a ociosidade, minorar os aspectos criminógenos do cárcere. Parece não haver a necessária fundamentação em tal afirmativa. Não há embasamento científico que permita a ligação entre os fatores criminalidade e ociosidade.

Afirmar que o trabalho do condenado permite a higiene mental, na medida que impede os males psicológicos do isolamento contínuo, é perfeitamente justificável, bastando conhecimento mínimo sobre a história dos sistemas penitenciários. Todavia, concluir ser possível uma ligação entre a ociosidade e a criminalidade não parece adequado.

A posição de Mirabete mostra-se mais harmonizada com a disciplina do trabalho do condenado e a própria lei de execução penal. O trabalho do condenado teria a função educadora. Educar, em seu sentido etimológico, significa desenvolvimento das potencialidades humanas. Esta finalidade educadora passa pela função moralizante. Incutir no condenado o valor do trabalho como peça chave para sua harmônica reintegração. Mais uma vez, retorna-se ao paradigma etiológico da criminalidade. O criminoso é aquele moralmente patológico e sua recuperação se faz por meio da aplicação de uma medida profilática, qual seja, o trabalho.

Várias ressalvas devem ser feitas ao contido no parágrafo anterior. Todavia o objetivo do presente tópico é traçar a finalidade do trabalho do condenado

segundo sua disciplina legal. Nesse sentido, acredita-se que Mirabete se mostrou mais harmônico com o espírito da lei de execução penal e do próprio código penal brasileiro.

As críticas, feitas à posição de Reale Júnior, não se aplicam ao posicionamento de Mirabete. É que aquele diz ser a profissionalização uma das finalidades do trabalho do condenado. Confere aspecto utilitarista a tal objetivo. Este transcende a profissionalização, simplesmente dizendo que o trabalho se destina à educação do condenado.

A execução da pena privativa de liberdade possuía pretensão de moralizar o condenado. Parte do pressuposto de que o condenado é um indivíduo com uma moralidade deficiente. Na medida que confere a obrigatoriedade ao trabalho, demonstra-se entender que é necessário para harmônica integração do condenado em absolutamente todos os casos.

Quanto esta assertiva é contraposta ao fato de que o tratamento penitenciário deve ser individualizado, autoriza a conclusão de que o labor é uma medida capaz de sanar algo deficiente em todo o condenado, próprio de um <homem delinqüente>. O trabalho assume um caráter profilático.

O trabalho do condenado, segundo sua disciplina legal, tem como finalidade a moralização do condenado por meio da imposição do valor do trabalho. Segue, portanto, a linha mestre da finalidade da própria execução penal, qual seja,

moralização do condenado, conforme se demonstrou no curso da presente pesquisa⁶⁴.

A partir da constatação da finalidade do trabalho do condenado, torna-se possível a análise da viabilidade de sua obrigatoriedade. A finalidade dá identidade ao instituto estudado. Conhecer a finalidade é conhecer a ontologia do objeto, caminho indispensável para dimensionar o adjetivo que o acompanha. Falar sobre a obrigatoriedade do trabalho do condenado é falar sobre o trabalho em sua essência, qual seja, sua finalidade.

3.4 Direito ou dever

O trabalho do condenado é dito uma obrigação do condenado na medida de sua aptidão e capacidade⁶⁵. O labor também é tratado como um direito do condenado⁶⁶. Rogério Greco conclui que o trabalho, portanto, seria, ao mesmo tempo, uma obrigação e um direito do preso.⁶⁷

Importa atentar que a lei de execução penal utiliza ora preso ora condenado para designar aqueles sujeitos a sua disciplina. A duplicidade de

⁶⁴ Conde, ao falar sobre o processo de ressocialização, denuncia confundir-se com uma atividade de moralização. Trecho transcrito confirma o afirmado: “A ressocialização só é certamente possível quando o indivíduo a ser ressocializado e o encarregado de levar a cabo esta tarefa têm ou aceitam o mesmo fundamento moral na norma social de referencia” (MUNOS CONDE, Francisco. *La resocialización del delincuente: analisis y crítica de um mito, doutrina penal 7/12*, ano 2, Barcelona, 1979).

⁶⁵ O artigo 31 da Lei de Execução Penal assim dispõe: “O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de sua aptidão e capacidade”.

⁶⁶ O artigo 41, inciso II da Lei de Execução Penal assim dispõe: “Constituem direitos do preso: II – atribuição de trabalho e sua remuneração”.

⁶⁷ “Conforme já afirmamos anteriormente no subitem 8.7, correspondente aos estudos sobre o regime fechado, se o trabalho é, ao mesmo tempo, uma obrigação (art. 31 da LEP) e um direito do preso (art. 41, II da LEP), caso o Estado, por intermédio de sua administração carcerária, não o viabilize para que sejam cumpridas as determinações contidas na Lei de Execução Penal, poderá o juiz da execução, diante da inércia ou incapacidade do Estado de Administrar a coisa pública, conceder a

vocábulo também é percebida na disciplina específica do trabalho na lei de execução penal.

A atividade laborial, concebida enquanto dever, possui como obrigado o condenado. Todavia, quando o trabalho é tratado enquanto um direito, encontra como sujeito o preso. Entender o sentido dos vocábulos preso e condenado é fundamental para caracterizar o labor como um direito e, ao mesmo tempo, um dever.

A priori, é possível definir o condenado como aquele que possui sentença penal condenatória para a qual não caberia mais recurso. O preso, ao contrário, é todo encarcerado que não possui decreto condenatório, em seu desfavor, transitado em julgado. Conclui-se que preso e condenado são dois conceitos que se excluem. Todavia, essa não foi a posição adotada por nossa lei de execução penal.

Dizer que preso e condenado são dois conceitos que se repelem, significa negar os direitos à *alimentação suficiente, previdência social, constituição de pecúlio, proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação, entrevista pessoal e reservada com advogado, representação e petição a qualquer autoridade em defesa de seus direitos*, aos condenados, ao argumento que o artigo 41 da lei de execução penal os destinou aos presos. Esta posição consiste em verdadeiro contra-senso.

Se a relação entre os conceitos de preso e condenado não é de exclusão, somente poderia ser de continência. Condenado é uma espécie do gênero preso. Desta forma, é possível afirmar que os direitos, descritos no artigo 41 da lei de execução penal, destinam-se tanto aos presos provisórios quanto aos condenados.

remição aos condenados que não puderem trabalhar. (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 506)

Então, para os condenados, o trabalho seria um direito e também um dever. Enquanto para os presos não-condenados o trabalho seria uma faculdade.

Fragoso, inspirado no artigo 29 da lei de execução penal, afirma que o trabalho do condenado é um dever social e condição de dignidade humana⁶⁸. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt⁶⁹. Sendo também um direito, a atribuição de trabalho deve pautar-se pela capacidade e aptidão do condenado.

Se o trabalho é um direito do preso, para o condenado é um direito-dever. Neste ponto, surge questão controversa consistente na possibilidade do trabalho assumir, para um mesmo sujeito, a condição de dever e direito.

Inicia-se a pesquisa buscando uma definição para dever e sua correlação com o vocábulo obrigação. A lei de execução penal, em seu artigo 31, não diz ser o trabalho um dever do condenado e sim uma obrigação⁷⁰.

O dever nasce com a norma jurídica⁷¹. É a obrigação de fazer ou se abster de realizar ação conforme determinado pela ordem jurídica. Sei ser obrigado à determinada ação, quando à ordem jurídica, frente à conduta oposta, prevê uma

⁶⁸ “Diz a lei que o condenado em regime fechado ou semi-aberto, fica sujeito a trabalho no período diurno, em comum. Sempre se considerou o trabalho elemento essencial ao tratamento penitenciário, porque o trabalho é dever social e condição de dignidade humana.” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. Revista por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 309-310).

⁶⁹ “A Lei de Execução Penal estabelece que o trabalho do condenado, ‘como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva’ (art. 29).” (BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 441).

⁷⁰ O artigo 31 da Lei de Execução Penal dispõe: “O condenado a pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidades”.

⁷¹ Kelsen, sobre a identidade entre dever e norma assim dispõe: “O dever jurídico tem, tal como a norma jurídica que ele se identifica, um caráter geral e individual”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 129).

sanção⁷². Todavia, embora bastante correlato, o conceito de dever diferencia-se de obrigação.

Luís Augusto Sanzo Brodt, embora para o tema tratado em sua tese de doutoramento não entendeu ser adequado diferenciar dever de obrigação, faz menção à distinção dos dois vocábulos. Afirma que a matéria diz respeito à teoria geral do direito e conclui, citando José Souto Maior Borges, que o dever evidencia-se uma categoria formal e a obrigação uma categoria dogmática, estudada por uma específica disciplina. A relação entre dever e obrigação seria de forma e conteúdo⁷³.

Assim sendo, é possível falar em algo que possa ser, ao mesmo tempo, direito e dever. Tudo depende do ponto de observação. O vínculo que une os dois pólos de uma relação jurídica não é estático. Ganha identidade, na medida que formal, quando preenchido por um novo conteúdo.

Tendo como ponto de observação o condenado, tem-se o dever de trabalhar. A inobservância deste dever gera a sanção: verificação de falta grave. A constatação da falta grave é um direito do estado. Em contrapartida, tendo como ponto de observação o estado, constata-se ser destinatário do dever de disponibilizar o trabalho ao condenado sujeito de direito ao trabalho. Dessa forma,

⁷² “Com isso fica determinado o conceito de dever jurídico. Este se encontra numa relação essencial com a sanção. Juridicamente obrigado está o indivíduo que, através da sua conduta, pode cometer o ilícito, isto é, o delito, e, assim, pode provocar a sanção, a consequência do ilícito – o delinquente potencial; ou o que pode evitar a sanção pela conduta oposta. No primeiro caso fala-se da violação do dever, no segundo, em cumprimento do dever.

⁷³ “A noção de ‘dever’ não é exclusivamente da seara penal; interessa mesmo a teoria geral do direito. Assim, autores de outras disciplinas jurídicas também dela tratam. José Souto Maior Borges, cuidando da obrigação tributária, estabelece distinção entre dever e obrigação: o dever seria uma categoria formal, estudada pela teoria geral do direito, e a obrigação, uma categoria dogmática, estudada pelas disciplinas jurídicas particulares. A relação entre dever jurídico e obrigação não seria uma relação entre espécie e gênero, mas entre forma e conteúdo.” (BRODT, Luís Augusto Sanzo. Do Estrito Cumprimento de Dever Legal. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2003 p.96).

fica claro que o trabalho do condenado pode ser, ao mesmo tempo, um direito e um dever do condenado.

IV TRABALHO DO CONDENADO: ASPECTOS IDEOLÓGICOS

O trabalho, como já afirmado, possui a função de moralizar o condenado. A LEP afirma que o labor do condenado tem as finalidades produtivas e educativas.

Identificadas as finalidades do trabalho do condenado, o passo subsequente é verticalizar o estudo, delimitando seu aspecto ideológico. Há três possíveis fundamentações para a inclusão do trabalho no cárcere.

A primeira justifica-se por aspectos meramente humanitários. Era necessário minorar o sofrimento psicológico causado pelo sistema de isolamento celular. A segunda representa a cristianização da concepção de trabalho, promovida pela reforma protestante. A terceira baseia-se em critérios de ordem econômica.

A terceira vertente encontrou sustentação em Michel Foucault, Georg Rusche e Otto Kirchheimer. Evidenciaram a utilização do trabalho do condenado para suprir a ausência de mão-de-obra, ocasionando queda do preço dos salários⁷⁴.

A obrigatoriedade do trabalho do condenado, dependendo da vertente abraçada pela LEP, começa a assumir contornos mais definidos.

⁷⁴ “Havia também o problema do trabalho penal: os operários tinham uma concorrência, um trabalho a preço baixo que arruinaria seu salário” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 132). “Os capitalistas do período mercantilista podiam obter força de trabalho somente no mercado livre, através do pagamento de altos salários e garantindo condições de trabalho favoráveis. Se considerarmos as condições diametralmente opostas do século anterior, tomamos ciência do que esta mudança representou para as classes proprietárias. O início do desaparecimento da reserva de mão-de-obra implicou um choque duro para aqueles que eram proprietários dos meios de produção. Os trabalhadores tinham o poder de exigir melhorias radicais em suas condições de trabalho. A acumulação de capital era necessária para a expansão do comércio e da manufatura e foram severamente encobertos pelos novos salários e condições de trabalho. O capitalista foi obrigado a se voltar para o Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital” (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 42-43).

Optar pela primeira vertente, torna a obrigatoriedade do trabalho do condenado incoerente, pois significa a imposição de um benefício, qual seja, minorar a afluência do sistema de isolamento celular.

Aceitando a segunda vertente, a obrigatoriedade do trabalho penitenciário representa o dever, para o condenado, de aderir a novos valores morais.

A terceira corrente diz que a introdução do trabalho no cárcere justifica-se por fatores econômicos. Era necessário criar um exército de mão-de-obra ocioso. Assim, a obrigatoriedade do labor seria mero ato de subjugação física.

4.1 Posição Humanista

O trabalho entra no cárcere com a adoção do sistema auburniano. Este é precedido pelo filadélfico que consistia no total isolamento do condenado durante a integralidade do cumprimento de sua pena privativa de liberdade. Foi a primeira sistematização da nascente pena privativa de liberdade.

O sistema de isolamento celular encontra, nas prisões eclesiásticas da Idade Média, sua origem⁷⁵. O clero era confinado em uma cela com o objetivo de permitir a reflexão e o arrependimento pelo mal causado. Vê-se que a idéia de crime e pecado ainda é confusa.

⁷⁵ Bitencourt leciona sobre a influência das prisões eclesiásticas no sistema de isolamento celular: “A prisão dos mosteiros, segundo Von Hentig, irradiou fluxos arquitetônicos e psicológicos que ainda perduravam. A cela monacal cumpria a totalidade de propósitos que a clausura perseguia, embora não se deva esquecer que, na prisão monacal, misturava-se antigos métodos mágicos com a separação do espaço e a purificação mediante as regras ordinárias de detenção. Encontra-se entre eles, a fustigação corporal, a escuridão e o jejum, juntamente com o isolamento que protege do contágio moral. ‘O pensamento eclesiástico de que a oração, o arrependimento e a contrição contribuem mais para a correção do que a mera força da coação mecânica teve significação duradoura’, principalmente nas idéias que inspiram os primeiros penitenciaristas e nos princípios que orientam os clássicos sistemas penitenciários (celular e auburniano). (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falências da pena de prisão...* op. cit., p. 12).

O isolamento contínuo justificava-se, também, pelo estado de total confusão que se encontrava o cárcere. Era mero depósito de condenados sem qualquer sistematização, contribuindo para o desenvolvimento da promiscuidade. Isolar todos os condenados era a saída encontrada para o problema⁷⁶.

A solitária clausura, todavia, possuía o nefasto efeito de provocar a alienação mental⁷⁷. Neste ponto, labor é incluído no sistema penitenciário, fazendo a distinção entre o isolamento celular e o auburniano. O trabalho permitiria o contato do condenado com seus pares, minorando a afliatividade do isolamento celular contínuo. O trabalho, embora pudesse ser realizado em conjunto, deveria ser pautado pelo silêncio.

4.2 Posição idealista: ética protestante

O trabalho entrou no cárcere por meio da adoção do sistema auburniano que veio em substituição ao isolamento celular. A reforma protestante não possui

⁷⁶ Augusto Accioly chamava o período anterior ao isolamento celular de “comunismo”, assim o descrevendo: “Dois são os primitivos regimens de prisões: o de comunidade e o cellular. Pelo Primeiro, o criminoso tinha uma escola, onde se adestrava, aperfeiçoando em detalhes toda a arte de praticar crimes para sua alma, coberta de vícios e de idéias criminosas e executar fóra da prisão planos delictuosos, nella aprendidos e engendrados. O criminoso primário, remetido a essa prisão, logo se corrompia em seus claustros, em suas salas, em seus cubículos e em seus corredores; passava de inexperiente a incorrigível e a pertinaz no crime, quando liberto; dahi, cognomirarem-na fabrica, laboratorio de criminosos. (Esmeraldino Bandeira) Taes prisões criavam, preparavam uma verdadeira sociedade de delinqüentes contra a própria administração da penitenciária, desaparecendo por completo a disciplina e a ordem e assim surgindo, por perigoso colleguismo, a mais sólida união contra a mesma e realizando-se facilmente evasão. Desses defeitos provinham enorme dispêndios ao Estado, que, seleccionando a capacidade de trabalho de cada recluso, certamente obteria lucros estimaveis. Para corrigir os males de que se ressentia a comunidade de presos assim praticada, formando uma amalgama de criminoso, logo veio à imaginação de penitenciaristas a prisão cellular.” (CARNEIRO. Augusto Accioly. *Os penitenciários*. Rio de Janeiro: Henrique Velho & CIA Ltda., 1930. p. 05).

⁷⁷ Sobre os efeitos do isolamento contínuo, leciona Bitencourt: “Os resultados do isolamento celular foram desastrosos. Von Henting, referindo-se as observações de Dickens, descreve casos dramáticos, nos quais se demonstrava o grave prejuízo que o isolamento celular ocasionava. Dickens considerou, acertadamente, que o isolamento se convertia na pior tortura, com efeitos mais dolorosos do que os castigos físicos podiam produzir, sem que seus danos fossem evidentes e sem que aparecessem no corpo do condenado. Dickens chegou a afirmar que não podia viver como um homem feliz sob um amplo céu ou deitar-se em seu leito durante a noite sabendo que alguma criatura

ingerência direta na crise do sistema de isolamento celular. Nem foi o trabalho do condenado uma preocupação direta de Lutero. Todavia, a concepção de labor, trazida pela ética protestante, fundamenta a recepção do trabalho no cárcere, enquanto elemento da execução penal.

Lutero foi o primeiro a conferir aspecto religioso à atividade laborial. O trabalho, concebido na Idade Antiga como desonroso⁷⁸, próprio dos escravos, agora é tido como indispensável à purificação do homem por meio da promoção de uma ligação com Deus.

O trabalho, para os católicos, deveria ser única e exclusivamente o necessário para promover a subsistência pessoal. Foi concebido como sanção, fruto do pecado original⁷⁹. A atividade laborial era reservada unicamente aos indivíduos que não tinham ligação com a nobreza.

A Igreja Católica tinha uma postura francamente contrária ao lucro. A usura era posta como pecado. O dinheiro, concebido somente como fruto direto do

humana, pelo tempo que fosse, era submetida àquele castigo em uma cela silenciosa".(BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falências da pena de prisão...* op. cit., p. 64).

⁷⁸ "Convém que os cidadãos também tenham riquezas. Devem gozar de certa prosperidade, pois a cidadania não pode prostituir-se pelos trabalhos manuais, nem por outras pessoas a quem a prática da virtude é desconhecida. Esta é uma consequência de nossos princípios".(Aristóteles. *A Política*. São Paulo. Martins Fontes. 1998 p.99). Régis Jolivet sobre o trabalho na antiguidade, explica: "Na antiguidade a maior parte do trabalho era feita por escravos. Tinha-se então profunda desestima pelo trabalho em si e pelos trabalhadores. Um Romano livre poderia viver miseravelmente e mendigar, mas não trabalhar com suas mãos: isto seria decair, seria servilizar-se. Os escravos eram entes sem personalidade: *res*, *non persona*; nem eram proprietários do fruto de seu labor. Nenhum salário os recompensava deste." (JOLIVET, Régis. *Tratado de filosofia – moral*. Vol. IV. Trad. Geraldo Dantas Barretto. Rio de Janeiro: Agir, 1966. p. 333).

⁷⁹ "Em nossos dias pretendeu-se (os comunistas sobretudo) que o cristianismo depreciava o trabalho fazendo dele a sanção do pecado original (Gênese: '*Comerás o teu pão com o suor de teu rosto*', *A terra será maldita por causa de ti*'). (...). Este aspecto de esforço, ligado ao trabalho humano, é algo que, nele deriva do pecado original" (JOLIVET, Régis. *Tratado de filosofia – moral*. Vol. IV. Trad. Geraldo Dantas Barretto. Rio de Janeiro: Agir, 1966. p. 333).

trabalho, deve ser somente o necessário para o sustento do homem: “senhor, dai-nos o pão nosso de cada dia”⁸⁰.

O trabalho não ocupa posição de destaque na religião católica. Este fato é explicado facilmente pelo caráter transcendente daquela religião. O homem deve preparar-se para a vida eterna. Busca-se alcançar o reino dos céus por meio de uma purificação espiritual que passa pela abnegação dos bens materiais e pelos prazeres, próprios do mundo sensível.

A vocação terrena, no período apostólico, era vista com absoluta indiferença ou de forma tradicionalista. Cada um deve esperar o Senhor e procurar seu próprio sustento, deixando que os ateus corram sozinhos atrás do lucro.

Claro que a concepção católica, acima sucintamente explicitada, não proporcionava uma estrutura propícia para o desenvolvimento do capitalismo⁸¹. O trabalho não era o centro das preocupações do homem e sim a evolução espiritual.

Com a reforma protestante, Lutero afirma que a posição do homem no meio social é fruto de uma manifestação da vontade divina. Adota-se, em relação ao

⁸⁰ “Desde a alta Idade Média, o cristianismo formulou a proibição absoluta de cobrar juros, primeiramente apara os clérigos e posteriormente também, para os leigos. Essa proibição deriva do princípio ‘*nummus nummun non parit*’, que afirmava a esterilidade do dinheiro. Os concílios de Lyon (1274), Viena (1312) e mesmo Latrão (1515), condenaram veementemente a usura, bem como a Bula Universal das Transações, publicada em 1571, por Pio V. Na verdade, no plano teórico, essa posição tradicional se mantém até o século XVII. O próprio comércio sempre foi visto com desconfiança nas doutrinas cristãs, pois, como afirma Santo Tomás, apoiado em Aristóteles, a atividade comercial encerraria em si mesma uma certa torpeza, já que não tenderia, por sua própria natureza, a um fim honesto, tendo por objetivo a obtenção de lucro”. (LIMA, Lana Lage da Gama. Reforma Católica e Capitalismo. In: *História & religião*. Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2002. p. 72).

⁸¹ Quando a burguesia emerge, enquanto classe social, rompe-se o monopólio do clero quanto à cultura. Os burgueses, também letrados, começam a questionar determinados valores da religião católica. Exatamente por essa razão é que nos burgos era o ponto que mais se desenvolvia uma postura anticlerical. Sobre o aqui exposto: “Como nos mostra Groethuysen, os burgueses modificaram até mesmo a própria maneira de ser, tendendo a afastar-se dos mistérios da fé, e a racionalizar o sentimento. Instruídos, sabendo ler e escrever (habilidades requeridas pelo seu próprio ofício), debatiam com o clero em igualdade de condições; queriam examinar, entender, antes de crer. Não é a toa que laicismo e anti-clericalismo são também fenômenos urbanos, assim como os

papel social do homem, o conceito de divina providência⁸². A reforma foi responsável por retirar o labor da obscuridade a qual fora confinado pelo catolicismo. O núcleo da concepção religiosa do trabalho centrava-se no vocábulo vocação.

O termo vocação tem significado etimológico bastante significativo: ação de chamar. Lutero vai, fundado na idéia de divina providência, afirmar que a vocação é o chamado de Deus ao homem para o trabalho.

O labor é obra e determinação de Deus. Logo, lançar-se à atividade laborial só pode promover a purificação do homem, aproximando-o do Criador.

Marx Weber, ao estudar a Ética Protestante e o Espírito Capitalista,⁸³ afirma que o termo vocação é conhecido somente de sociedades de cultura protestante. Isso significa que a idéia do trabalho, como elemento de aproximação de Deus, é própria da religião protestante. A nova concepção de trabalho nasce, portanto, de uma reinterpretação da Bíblia que ocasionara o cisma mais profundo da Igreja Católica⁸⁴.

burgueses.” (LIMA, Lana Lage da Gama. Reforma Católica e Capitalismo. In: *História & religião*. Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2002. p. 65-66).

⁸² “Ao mesmo tempo, todavia, a profissão concreta do indivíduo vai sendo, com isso, interpretada cada vez mais como um dom especial de Deus, e, a posição que ele oferece na Sociedade, como preenchimento da vontade divina. E, quando, depois dos combates com os espíritos fanáticos, e dos distúrbios camponeses, a ordem histórica objetiva, na qual o indivíduo é inserido por Deus, transforma-se cada vez mais para Lutero em decorrência direta da vontade divina, e as interpretações encaminham-se para uma colocação tradicionalista baseada na idéia de Providência” (WEBER, Marx. *Ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsányi, Tomás J.M.K. Szmrecsányi. 10. ed. São Paulo: Pioneira, 1996. p. 57).

⁸³ Marx Weber, em 1904, estudou a relação entre a formação do capitalismo e a ética protestante. Sua obra ficou conhecida e é consulta obrigatória a quem se dedica ao tema do capitalismo ou protestantismo.

⁸⁴ “Não há dúvidas de que já na palavra alemã ‘Beruf’, e, quem sabe, ainda mais, na palavra inglesa ‘Calling’, existe uma conotação religiosa – a de uma tarefa ordenada, ou pelo menos sugerida por Deus, – que se torne tanto mais manifesta quanto maior a ênfase no caso concreto. Haja vista a trajetória histórica da palavra, através dos idiomas civilizados, nos quais se nota imediatamente que, para aquilo que hoje chamamos de vocação (sentido de um plano de vida, de uma determinada área de trabalho), nem os povos predominantemente católicos, nem a Antiguidade Clássica, conheceram um termo equivalente, ao mesmo tempo em que ele tem existido entre todos os povos predominantemente protestantes. Mostrar-se-á mais adiante que isso não decorre de uma

A valorização do cumprimento do dever, dentro das atividades profissionais, é a expressão mais alta de moralização do indivíduo. Percebe-se que o modelo teocêntrico está em crise. O homem não mais deve obediência ao monarca, visto como representante de Deus na Terra. Todavia, a estrutura do pensamento medieval ainda está bastante presente. O homem volta-se para sua própria realidade, mas tem ainda a religiosidade como um fator fundamental que direciona sua existência.

Vê-se também o trabalho como um dever de solidariedade social e de amor ao próximo. O labor passa a ser elemento de purificação da alma, abandonando sua concepção amoral, própria dos católicos.

Não está autorizado, pelo acima afirmado, a concluir que Lutero estaria, por afirmar ser através do trabalho que o homem se purificaria, aderindo a uma lógica capitalista⁸⁵. Lutero demonstrou, por diversas vezes, colocar-se contra a lógica do capital. Não estendia suas conclusões acerca do conceito de “vocação” à atividade comercial, algo que somente foi feito por Calvino⁸⁶.

O trabalho, portanto, é a <medida profilática> adequada àquele autor de um ato delitivo. Promove a moralização do condenado. Conferir a função de moralização para o trabalho no cárcere significa afirmar ser o condenado um indivíduo dotado de deficiência moral.

particularidade étnica dos respectivos idiomas, como o seria se fosse a expressão ‘espírito do povo alemão’, mas que a palavra se originou em seu sentido contemporâneo, das traduções da Bíblia, da mentalidade do tradutor, e não do texto original”. (WEBER, Marx. *Ética protestante...* op. cit., p. 53).

⁸⁵ Mesmo aqueles círculos religiosos, que mais fervorosamente costumam cultivar o feito da reforma, não são em seu conjunto amigos de qualquer forma de capitalismo, e o próprio Lutero teria sem dúvida, repudiado violentamente qualquer parentesco com uma mentalidade como a de Franklin.” (WEBER, Marx. *Szmrecsányi*. 10. ed. São Paulo: Pioneira, 1996. p. 54)”.

⁸⁶ “Foi Calvino quem estendeu a concepção luterana de vocação, às atividades comerciais e financeiras, pois Lutero só reconhecia como tal o trabalho dos camponeses e artesãos.” (LIMA, Lana

Esta concepção esbarra no grave problema de definir o cidadão - condenado como um indivíduo moralmente deficiente. Estar-se-ia diante de retorno, pouco recomendável, a Garofalo. Todavia, a proposta é identificar o fundo ideológico do trabalho do condenado, tendo em vista a disciplina de nosso código penal e lei de execução penal.

Como já dito, Lutero não se preocupou, especificamente, com o trabalho do condenado. Todavia, sua concepção de labor, como se pretende demonstrar, mostra estreita identidade com a disciplina do trabalho do condenado, conferida por nosso código penal e lei de execução penal.

4.3 Materialismo histórico – influência econômica do trabalho do condenado

A vertente estudada justifica a introdução do trabalho, no sistema penitenciário, por meio de fatores eminentemente econômicos. A esta corrente denomina-se materialista-histórica.

É necessário definir o que venha a ser o materialismo-histórico. Trata-se de um método de compreensão da realidade por meio do estabelecimento de uma sucessão de causa e efeito nos fatos históricos.

Os acontecimentos seriam determinados. Ocorrido um fato-causa, ter-se-ia um desenrolar consistente em um fato-efeito. O materialismo-histórico mostra o materialismo dialético aplicado à história⁸⁷.

Assim, parece bastante evidente a atribuição de um motivo específico para a inserção do trabalho no cárcere. O labor do condenado explica-se não por razões humanitárias ou ideológicas, mas econômicas.

A diferenciação do trabalho, enquanto pena ou como elemento da execução, mostra-se inócua, posto que a conclusão, mencionada no parágrafo anterior, aplica-se a ambos.

No século XVI, assiste-se a um desenvolvimento do mercantilismo. O crescimento econômico não foi acompanhado por uma evolução da taxa demográfica. Guerras determinavam uma queda significativa do crescimento populacional. O resultado desta operação matemática é claro: há um excesso de oferta de trabalho e uma falta de mão-de-obra.

O mínimo de conhecimento das regras básicas de economia permite a conclusão de que o quadro, acima descrito, é francamente desfavorável ao desenvolvimento do capitalismo. Se a oferta de mão-de-obra é pequena, comparada à demanda, evidente que o trabalho passa a se tornar uma mercadoria cara.

O sistema capitalista de produção, todavia, funda-se na Mais-Valia⁸⁸ que, evidentemente, fica inviabilizada em um ambiente onde a força de trabalho é

⁸⁷ Além disso, segundo o materialismo dialético, o espírito não é consequência passiva da ação da matéria, podendo reagir sobre aquilo que o determina. Ou seja, o conhecimento do determinismo liberta o homem por meio da ação deste sobre o mundo, possibilitando inclusive a ação revolucionária” (ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993. p. 241).

dispendiosa. Seria necessário recorrer ao cárcere para fazer uso de um verdadeiro exército de mão-de-obra ociosa.

Isto é exatamente o que ocorre, segundo a corrente, ora explicitada, na Alemanha. Este país, entre os anos de 1600-1620, enfrentou um grave decréscimo da taxa populacional. Somente voltou a ter um crescimento lento após o século XVII. A Guerra dos Trinta anos é um divisor de águas⁸⁹.

O capitalismo, ainda nascente, foi obrigado a recorrer ao Estado para garantir melhores condições de subsistência. Os proprietários dos meios de produção não investiam, porque a mão-de-obra era cara e os trabalhadores tinham poder de barganha.

Os donos dos meios de produção recorrem ao Estado com o objetivo de requerer medidas tendentes a minorar o problema demográfico. A interferência estatal se dá de diversas formas, dentre elas a proibição do clero de recriminar as

⁸⁸ “A mais-valia é produzida pelo emprego da força de trabalho. O capital compra a força de trabalho e paga, em troca, o salário. Trabalhando, o operário produz um novo valor que não lhe pertence, e sim ao capitalista. É preciso que ele trabalhe um certo tempo para restituir o valor do salário. Mas isso feito, ele não pára, mas trabalha ainda mais algumas horas por dia. O novo valor que ele produz agora, e que passa, então, ao montante do salário, se chama mais-valia”. (MARX, Karl. *O capital*. Edição Resumida por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. Rio de Janeiro: JC. 1982. p. 54).

⁸⁹ “A partir de meados do século XVI, o crescimento demográfico não acompanhou no mesmo nível as possibilidades de empregos. O crescimento demográfico na Inglaterra e França foi abalado pelas guerras religiosas e outros distúrbios internos, permanecendo muito pequeno. O caso extremo foi na Alemanha. Como resultado da guerra dos trinta anos, a população caiu, em meados do século XVII a uma taxa apenas comparável a certas quedas locais durante a Peste Negra. Uma estimativa de queda de dezoito para sete milhões, segundo alguns autores, podem ser exageradas. Entretanto, mesmo as estimativas mais moderadas impressionam. Inama-Sternegg estima 17,64 milhões em 1475, 20, 95, entre 1600 – 1620 e 13,29 em meados do século XVII. Somente na segunda metade do século XVII ocorre um crescimento lento, e em muitos casos demandou-se um século ou mais para refazer a perda. No período anterior à Guerra dos Trinta Anos os ordenados caíram enquanto a população crescia, mas entre 1620 e 1670 os ordenados aumentaram. Como Elsas formulou recentemente: durante os séculos XVI e XVII a relação entre o salário real seguiu um curso contrário ao movimento dos preços e da população; em outras palavras: o salário real correspondia ao suprimento de força de trabalho.” (RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 40).

mães solteiras. O Estado incentiva a taxa de natalidade e é alvo de críticas ao ser acusado de promover a “degeneração moral.”⁹⁰

O trabalho infantil foi largamente utilizado. O Poder Público entregava aos orfanatos manufaturas e o empregador tinha a obrigação de fornecer a criança alimentação e nada mais. A educação volta-se para o treinamento de crianças para o trabalho na indústria⁹¹. A escassez de material humano é tanta que o exército relativizou exigências morais para permitir que condenados peguem em armas.

Dessa forma, fica clara a razão de aproximação do trabalho com o sistema penal. Era necessário suprir carência de mão-de-obra e, com isso, limitar o poder dos trabalhadores, possibilitando a redução de seus salários.

Percebe-se que os aspectos econômicos dão norte à explicação materialista-histórica das considerações do trabalho pelo sistema punitivo. As condições econômicas são circunstâncias relevantes na determinação do comportar e das idéias⁹².

⁹⁰ “As mais importante medidas de todas foram as tentativas de crescimento da taxa de natalidade. Muitos escritores condenam tais medidas como sinal de estupidez, falta de visão e mesmo degenerescência moral.” (...) “Os éditos de Frederico II da Prússia, de 17 de agosto de 1756, e de 8 de fevereiro de 1756, proibiam considerar as mães solteiras como sem reputação e as medidas relacionadas à moralidade pública foram abolidas” (RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 43-45).

⁹¹ “O trabalho infantil era acalentado de todas as maneiras possíveis. Uma criança era colocada para trabalhar numa fábrica tão logo ela pudesse ser usada. O Estado fornecia às manufaturas crianças dos orfanatos, sendo que em alguns casos o empregador era obrigado a providenciar-lhes as refeições, e não mais que isto.” (...) A situação do mercado de trabalho produzia, dessa forma, efeitos na educação. O ponto alto de qualquer boa educação era treinar as crianças para indústria” (RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 51).

⁹² “Em primeiro lugar deve-se notar que Marx, como Spinoza e mais tarde Freud, achava que a maioria do que os homens pensam conscientemente é uma percepção falsa, é ideologia e racionalização; que as verdadeiras molas mestras das ações do homem são inconscientes para este. Segundo Freud, elas têm suas raízes nos anseios libidinosos do homem; segundo Marx, em toda a organização social do homem que norteia sua percepção para certas direções e o impede dar-se conta de determinados fatos e experiências” (FROMM, Erich. *Conceito marxista do homem*. Trad. Octávio Alves Velho. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1964. p. 30).

Para o materialismo-histórico o homem não se confunde com um ente passivo do processo histórico, vítima completa das circunstâncias econômicas. Parte do dialético, tentando estabelecer uma forma de ligação entre o homem e a natureza. Todavia, não resta dúvida de que as condições econômicas interferem no inconsciente do homem, condicionando a formação de suas idéias.

Desta forma, é possível afirmar que o trabalho do condenado ingressou no sistema penal em razão de contingências econômicas. O labor não representava uma forma de minoração da aflição do condenado, sujeito à pena privativa de liberdade, mas sim uma imposição das condições econômica de época.

O materialismo dialético não diz ser a consciência completamente submissa aos fatos empíricos. Se assim o fosse, estar-se-ia caminhando para um materialismo mecânico. Para o materialismo-histórico, em que pese admitir que a consciência humana pode interferir na realidade, diz ser o fator econômico preponderante para o desenvolvimento do fato histórico.⁹³

⁹³ É certo que Marx retirou a estrutura de seu pensamento da dialética de Hegel. Entretanto, Marx caiu na “tentação da universalização”, tornando seu pensamento dogmático. Despreza, com essa postura, o fundamento da essência humana, qual seja, a liberdade. Sobre a tentação da universalidade: “Karl Marx, por outro lado, cristalizou um aspecto do mundo. Assim, ele trouxe o método hegeliano para um foco bem definido e deu-lhe uma agudeza e força notáveis. Mas ele próprio, e seus seguidores ainda mais, por sua vez, caíram na tentação hegeliana da universalidade. Ao universalizar um campo limitado a um novo sistema do mundo, tornaram-se dogmáticos e megalomaniacos. Livrando-se de alguns dos ‘ornamentos’ metafísicos do sistema hegeliano, eles também se livraram de algumas das verdades fundamentais da existência humana, especialmente a liberdade” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A razão na história: uma introdução geral à filosofia da história*. Introdução de Robert S. Hartman. Trad. Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001. p. 20-21).

4.4 Obrigatoriedade do trabalho do condenado: críticas às vertentes

A vertente humanista dá ao trabalho, no cárcere, uma conotação bastante clara: impedir a alienação mental do condenado, até então submetido a um rigoroso isolamento celular⁹⁴.

A obrigação do trabalho, nesta circunstância, é exigência lógica do desejo de evitar as nefastas conseqüências psicológicas da solitária e continuada clausura.

Não haveria de se atribuir um aspecto humanista ao trabalho do condenado, conforme posto no parágrafo precedente, pois se restringe a uma possível causa histórica. Todavia, ainda restaria responder se a disciplina legal do trabalho, no cárcere, autoriza a conclusão de que houvesse qualquer destinação humanitária.

Sabe-se que o labor, para condenados políticos e presos provisórios, é facultativo. Ambos estão encarcerados e, portanto, sujeitos às mesmas mazelas do cárcere, assim como condenado por crime comum. Se a clausura e sua afluência são fatores comuns às três modalidades de encarcerados, a obrigação do trabalho não deveria fazer qualquer exceção.

⁹⁴ Augusto Accioly Carneiro assim descreve o rigor do sistema pensilvaniano: “Assim, o homem na cellula da Pennsylvania. A dureza da solidão, aquella indefinida selecção do mundo exterior, a ausência absoluta de visitas ás cellulas, só vendo durante annos, uma vida, muitas vezes o mesmo guarda, que lhe ia levar as rações; a sua personalidade substituída pelo número á arcada de sua cellula; aquele sempre mesmo feitio de uniforme, aquella sempre mesma tarimba; aquella mesma cellula desde quando entrára, ás vezes muitos annos decorridos, a falta de movimentos physicos e de idéias com que pudesse haver intercâmbio, tudo ahi se abstractava e o penitenciario, sentindo-se immaterializado, num mundo metaphysico, comparado peor do que uma fera, se sentia humilhado e o acabrunhamento lhe invadia a alma, surgindo a psychose carceraria, e então, os gritos desses que se alienavam, ecoavam pelas galerias do quarteirão do presídio, e a confusão macabra se formava e invadia, penetrava a alma dos demais, lavando-os como que de roldão aos manicômios ou aos túmulos”. (*Os penitenciários*. 2. ed. Rio de Janeiro: Henrique Velho & CIA, 1930. p. 10).

A atividade laborial do condenado afasta-se, em nossa disciplina legal, de qualquer finalidade tendente a diminuir a afluência natural à privação da liberdade. Denuncia somente, assim como as vertentes idealistas e materialista-histórica, uma causa histórica da inserção do trabalho na evolução dos sistemas penitenciários.

A explicação, ofertada pelo materialismo-histórico, é empírica. Afirma-se que os fatores econômicos foram determinantes para a maior consideração do trabalho no sistema penal.

A vertente materialista-histórica mostra-se inconciliável com a humanista. Aceitar a primeira implica negar a minoração da afluência do cárcere como uma finalidade do trabalho do condenado. Tudo seria determinado por conveniência econômica e a serviço de uma classe social subjugadora.

A obrigatoriedade do trabalho do condenado é somente a materialização da opressão exercida pelos donos de produção. Era necessário manter sempre a postos uma massa de trabalhadores, prontos para suprir eventual carência de mão-de-obra.

Não é possível adotar esta explicação para justificar a obrigatoriedade do trabalho do condenado. A objeção deve ser posta em duas ordens: estrutural e normativa. A primeira liga-se ao materialismo-histórico enquanto teoria suficiente e necessária para explicar a causa histórica do trabalho no cárcere. A segunda liga-se à disciplina do trabalho que demonstra afastar-se da vertente, aqui estudada.

A visão materialista-histórica acaba por estabelecer uma ordem de determinação dos fatos históricos, subjugando-os completamente a fatores de ordem econômica.⁹⁵

O materialismo-histórico apropria-se da estrutura do pensamento hegeliano, partindo para uma universalização que acaba por determinar o abandono de um elemento fundamental: a liberdade. Exatamente por essa razão, não é possível atribuir a fatores econômicos a <causa> da inclusão do trabalho no cárcere.

Não é plausível aplicar às ciências sociais a causalidade das naturais. Boaventura de Souza Santos vai mais além, afirmando não haver mais a possibilidade de manutenção da dicotômica distinção entre ciências humanas e naturais, pois superada a concepção mecanicista da matéria⁹⁶. Os fatos históricos se verificam a partir da criação de condições de possibilidades e não causas. O mesmo pode-se dizer do comportamento humano, pois a razão do abandono do modelo naturalista para as ciências humanas é a liberdade.

Desarrazoado, portanto, pensar em condicionantes de um fato histórico, assim como se torna inviável a idéia de condicionantes do comportamento humano.

⁹⁵ “De qualquer forma, a consideração da liberdade no direito exige o afastamento do conceito positivista de ciências e uma autonomia específica das ciências humanas” (A liberdade e o Direito. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 1984 p.248). A partir desta constatação, é possível compreender porque os positivistas criminológicos, ao adotarem método próprio das ciências naturais, negaram a liberdade do criminoso, buscando outro fundamento para a imputação criminal.

⁹⁶ “A distinção dicotômica entre ciências naturais e ciências sociais deixou de ter sentido e utilidade. Esta distinção assesta numa concepção mecanicista da matéria e da natureza que a contrapõe, com pressuposta evidência, os conceitos de ser humano, cultura e sociedade. Os avanços recentes da física e da biologia põem em causa a distinção entre orgânico e inorgânico, entre seres vivos e matéria inerte e mesmo entre humano e o não humano. As características da auto-organização, do metabolismo e da auto reprodução, antes consideradas específicas dos seres vivos, são hoje atribuídas aos sistemas pré-celulares de moléculas. E quer num quer noutros reconhecem-se propriedades e comportamentos antes considerados específicos dos seres humanos e das relações sociais” (SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Afrontamento, 2001. p. 37-38).

Ao contrário, o razoável seria inverter a lógica do raciocínio, para pensar em “condições de possibilidade”.

Não há qualquer condicionamento que possa interferir, como causa, no fluxo da história das idéias. Portanto, rejeita-se a explicação materialista-histórica para a inserção do trabalho nos sistemas carcerários. Os fatores econômicos são somente condições que tornaram possível a inserção do trabalho no ambiente carcerário. Todavia, inviável tratá-los como única causa.

A explicação materialista-histórica para o surgimento do trabalho no cárcere não satisfaz. Conseqüentemente, ficam prejudicadas suas idéias de trabalho do condenado e obrigatoriedade.

No que diz respeito à segunda ordem de objeção, conclui-se que a disciplina do trabalho do condenado também não se ligou à vertente ora estudada.

O trabalho do condenado é obrigatório, salvo em três situações específicas: condenado por crime político, preso provisório e quando, no regime fechado, o condenado deva prestar o trabalho à empresa privada que realiza obras ou serviços públicos.

A justificativa, para a última exceção à obrigatoriedade do trabalho do condenado, demonstra claramente que não se pretende a utilização do condenado como membro de um exército de mão-de-obra excedente.

O trabalho, quando prestado à empresa privada, em serviços ou obras públicas, é facultativo para evitar a exploração, pela iniciativa privada, de um labor que possui baixo custo. Se a concepção materialista-histórica do trabalho do

condenado fosse adotada, não haveria sentido em excetuar a obrigatoriedade do labor para o caso em questão.

Resta, portanto, analisar a concepção ideológica do trabalho do condenado. Seguindo a metodologia já empregada, a análise da vertente idealista vai comportar dois momentos: histórico e legislativo.

Quanto à posição histórica, parece claro que a idéia religiosa do trabalho, entendido enquanto uma atividade moralizadora, trata-se de uma condição de possibilidade para a inserção do trabalho no ambiente carcerário.

Afirmção, posta no parágrafo anterior, pode muito bem ser visualizada no caso brasileiro. Nossa primeira regulamentação de um sistema penitenciário é, como já dito, datada do 2º Império (1850). Adotava-se o sistema de isolamento celular. O trabalho somente começa a ser pensado como um elemento de integração do condenado ao meio social a partir da proclamação da República.

Nesse mesmo período histórico, o trabalho não era visto pela sociedade brasileira como uma atividade moral. Pelo contrário, era concebida como algo desonroso. Na biografia de Barão de Mauá, vê-se, em uma específica passagem, o aqui afirmado. Quando da inauguração de uma ferrovia, Mauá conferiu ao Imperador a “honra” de iniciar os trabalhos de construção do empreendimento, retirando a primeira pá de terra. O monarca sentiu-se constrangido. O suor, próprio dos que labutam, não era digno de um nobre⁹⁷.

⁹⁷ “À uma hora da tarde, em pleno sol, todo o grupo em trajes de gala iniciou uma caminhada pelo pasto até um ponto marcado no capim, onde os esperava o vigário da paróquia local para dar a bênção nos trabalhos. Concluída a oração, Irineu entregou ao imperador uma pá de prata, com a qual este escavou três vezes a terra, despejando o produto num carrinho de jacarandá incrustado de prata. Depois, passou a pá a um ministro, que continuou a operação, repetindo em seguida o gesto e passando o instrumento a outro ministro. Irineu, homem com a fé nos símbolos dos maçons, exultava:

A consideração do trabalho, enquanto uma atividade moralizante, é própria, como já afirmado, do ideário protestante. Assim, a atividade laborial constitui o instrumento ideal para a recuperação do condenado que, carente de parâmetros morais, segundo a escola correcionalista, precisa da imposição da pena privativa de liberdade, da qual o labor é elemento.

O homem que se dedica ao trabalho ocupa o espaço, no meio social, que lhe fora reservado por Deus, em razão da divina providência⁹⁸. O homem moral é aquele que dedica sua vida ao labor⁹⁹.

Somente o trabalho, como atividade capaz de conduzir o homem para próximo de Deus, tem condão de corrigi-lo”. Exatamente por essa razão, em consonância com esta linha de pensamento, o trabalho é peça fundamental do “tratamento penitenciário”.

todo o poder de uma sociedade escravocrata que desprezava solenemente o trabalho curvava humildemente a espinha ante seu valor. Para realçar ainda mais o significado do gesto, fez questão de enfileirar todos os operários contratados para trabalhar na obra a pouca distância dos governantes. Com suas roupas de festas, leves, aquilo também não deixava de ser um instrutivo divertimento para eles: viam mãos enluvadas, pegando de mão jeito na pá, rostos muito vermelhos pelo desconforto que produziam roupas de veludo e casacas naquele soleirão. Rompia-se ainda a aura sagrada que envolvia um poder que sempre fez questão da distância do trabalho, que nunca quis nada que sugerisse mistura com o vulgo – mas que parecia agora muito prosaico. O gesto final da cerimônia foi ainda mais patético. Cheio de carrinho, Irineu convidou o rei, já esbaforido, para carregá-lo até o local de descarga, vários metros adiante. Era uma tarefa muito constrangedora para Sua Majestade, mas ele não teve como fugir. Ante os olhos curiosos da imensa platéia, transformou-se em um modesto carregador, arrastando a carga pelo pasto a fora. Fez tudo aquilo com dignidade, manteve as aparências, mas possivelmente pensando em como se vingar da humilhação. Na hora de despejar a carga, bem pode ter cobrir de terra a empáfia do homem que o desfeitava. Enquanto Irineu Evangelista de Sousa puxava vivas ao imperador, à imperatriz, à Constituição do Império e à Nação Brasileira, dom Pedro II enxugava o proleário suor da testa. Sorria amarelo e pensava. As asas daquele senhor petulante andavam crescendo muito depressa, e precisavam ser devidamente aparadas, antes que ele levasse longe demais suas idéias heréticas sobre o lugar de trabalhadores e dirigentes deste mundo” (CALDEIRA, Jorge. *Mauá empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 260-261).

⁹⁸ “Ao mesmo tempo, todavia, a profissão concreta do indivíduo vai sendo, com isso, interpretado cada vez mais como um dom especial de Deus, e, a posição que ele oferece na sociedade, como preenchimento da vontade divina” (WEBER, Marx. *Szmrecsányi*. 10. ed. São Paulo: Pioneira, 1996. p. 57.

⁹⁹ “Contudo, como se sabe, essa fundamentação essencialmente escolástica logo desapareceu, permanecendo, cada vez mais enfatizada a indicação de que o cumprimento das tarefas do século sob quaisquer circunstâncias é o único caminho para satisfazer a Deus, que ele, e somente ele, está dentro da vontade de Deus, e que, por isso, qualquer vocação lícita tem o mesmo valor perante os olhos de Deus” (WEBER, Marx. *Szmrecsányi*. 10. ed. São Paulo: Pioneira, 1996. p. 54).

Quando o homem trabalha, dedica sua vida ao bem comum, dando prova inequívoca de amor ao próximo. A idéia do vocábulo vocação, entendida como chamado de Deus, é bastante clara, ligando-se à concepção de criminoso como um indivíduo que despreza a moralidade social.

A obrigatoriedade do trabalho do condenado é imposição de emendar-se, aceitando a moral que fundamenta a eleição dos bens jurídicos merecedores da tutela penal. Nesse sentido, a obrigatoriedade do trabalho do condenado traria uma carga religiosa que explicaria a crença que hoje se tem na capacidade de regeneração do trabalho do condenado.

No segundo momento da análise da vertente idealista, questiona-se a adoção, pela disciplina do trabalho no cárcere em nosso código penal e lei de execução penal, de uma concepção religiosa. Tendo sido descartada a adoção das duas primeiras vertentes estudadas, resta-nos analisar a presente.

A comprovação da adoção, por parte da legislação penitenciária, da concepção idealista do trabalho do condenado será objeto de toda a presente dissertação. Assim, reserva-se o direito de omitir, neste momento, os pontos que comprovam a hipótese aqui levantada, regressando a ela quando do término da presente dissertação.

V FINS DA PENA E A OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO DO CONDENADO

A análise da finalidade da pena criminal é etapa fundamental para o tratamento do tema proposto na presente dissertação. O trabalho do condenado é posto como pedra fundamental da execução penal, cuja tarefa é a harmônica integração do condenado. O trabalho do condenado mostra-se central à execução penal, porque promove a integração do condenado por meio da internalização do trabalho enquanto valor.

A integração harmônica do condenado, uma das finalidades primárias da execução penal, inclui-se na gama de objetivos pretendidos pela sanção criminal, se adotadas as teorias relativas ou mistas¹⁰⁰. Nesse sentido, o trabalho do condenado insere-se na prevenção especial positiva. Portanto, é necessário situar o trabalho do

¹⁰⁰ Essa afirmação não quer significar que se ignora a distinção entre a finalidade da execução e finalidade da pena criminal. A distinção da finalidade da pena e da execução penal é medida fundamental de qualquer direito penal democrático. Impossível pensar que a prevenção especial possa, na medida que finalidade da pena transformar-se em limite da mesma. Betiol, escrevendo sobre o mito da ressocialização, chega a inadmitir a reeducação (prevenção especial positiva) como uma finalidade da pena e sim da execução. Assim dispõe o professor italiano: *“É precisamente devido à indicação política da Constituição e do Código, que à pena não pode ser dado um significado preventivo-pedagógico, como sinônimo de um dever ser inelutável. A natureza da pena encontra-se e actua noutras dimensões. O que impede que a pena possa – como já disse Petrocelli – produzir, em concreto, efeitos benéficos, tais como a reeducação do condenado, se necessária, mas isso diz respeito à função executiva da pena, não à noção e aos limites dentro das quais esse conceito deve atuar”* (BITIOL, Giuseppe. p. 279). Não é necessário, com o devido acatamento, eliminar a prevenção especial dentre as finalidades da pena, basta, como já dito, estabelecer uma relação de primazia. A finalidade primária da pena criminal é a prevenção geral, sendo a especial uma finalidade secundária. Jamais a finalidade secundária pode servir de limite à imposição da pena porque não está ligada ao binômio: gravidade da infração e culpabilidade. No que diz respeito à finalidade da execução, a relação se inverte. A finalidade primária consiste na prevenção especial e a secundária na prevenção geral. Nenhuma das duas tem o poder de interferir no quantum da pena, protegido pelo manto da coisa julgada, todavia a prevenção especial pode determinar uma maior restrição do *status libertas* na medida que reclamada pela imperiosa individualização do <tratamento penitenciário>. Nesse sentido, a finalidade da pena seria a mesma da finalidade da execução, todavia ressaltada a relação de primazia já mencionada que impediria que o pêndulo tendesse em demasia para o direito penal do autor.

condenado, a partir de sua finalidade já proclamada dentro da teoria da pena e, posteriormente, perquirir a posição adotada por nosso código penal.

O presente trabalho está partindo da construção das bases teóricas do instituto estudado para, somente após, questioná-lo de forma direta. Essa sistemática justifica-se face à total ausência de bases sólidas para a construção do discurso de justificação da pena privativa de liberdade e da própria execução penal.

5.1 Teorias absolutistas

O trabalho do condenado e sua obrigatoriedade são assuntos completamente alheios às teorias absolutas da pena. Dizem ser a sanção criminal imperiosa em face da necessidade de se restabelecer a ordem jurídica, por meio da imposição de mal a partir da prática de um delito¹⁰¹. O trabalho do condenado, neste

¹⁰¹ “Segundo as teorias absolutas, a pena é exigência de justiça. Quem pratica um mal deve sofrer um mal. A pena se funda na justa retribuição, é um **fim** em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal. Kant ilustrou bem essa concepção dizendo que mesmo se a sociedade civil concordasse em dissolver-se (por exemplo, se o povo que vivesse numa ilha decidisse separar-se e dispensar-se por todo o mundo), o último assassino que tivesse no cárcere teria de ser executado para que cada um sofra o castigo que merece por seus feitos, e para que não pese a culpa sobre o povo que não insistiu no seu castigo. A pena é um imperativo categórico. Hegel também formulou a mesma idéia com sua concepção dialética sobre pena. O crime é negação do direito e é anulado pela pena como negação do crime e restabelecimento do direito” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 287-288). Jorge Figueiredo Dias, lecionando sobre a Teoria Absoluta da Pena dizia: “A discussão acerca do bom fundamento das teorias absolutas da retribuição centrou-se durante longo tempo sobre os termos exatos da ‘compensação’ ou ‘igualação’ a operar entre o ‘mal do crime’ e o ‘mal da pena’”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999 p. 93). Cezar Roberto Bitencourt, verticalizando nosso estudo, liga as Teorias Absolutistas à idéia que se tinha de Estado em seu contexto, indicando que a concepção de pena liga-se à idéia de Estado e por sua vez à concepção de culpabilidade. Assim leciona mencionado professor: “Entende-se melhor a idéia de pena em sentido absoluto quando se analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida. As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre moral e o direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido diretamente por Deus. A teoria do direito divino pertence a um período em que não somente a religião, mas também a teologia e política confundiam-se entre si, em que até para fins utilitários era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se se pretendesse ter aceitação. Na pessoa do rei centrava-se não só o Estado, mas também todo poder legal e de justiça. A idéia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado)

contexto, só tem sentido enquanto pena propriamente dita, pois pode ostentar um caráter meramente retributivo. O labor, enquanto elemento da pena, todavia, não tem lugar dentro de uma concepção retributiva, salvo se for possível – o que não é o caso – considerá-lo mero fator de majoração da afluência do cárcere.

A concepção absolutista da pena é a primeira tentativa de racionalização da privação da liberdade, enquanto sanção criminal. Não é possível conceber a pena somente como uma imposição de um mal, como uma reafirmação da ordem e autoridade do monarca, interlocutor de Deus.

É necessário justificar a pena privativa de liberdade por meio da razão. Kant é o primeiro pensador de expressão que, no iluminismo, busca justificar a pena privativa de liberdade. A Lei é concebida como um imperativo categórico a qual todos devem observância. Sua violação leva, por exigência ética, à necessidade de imposição de um mal. A pena privativa de liberdade justifica-se por si só, não tendo qualquer atribuição finalística.

Hegel também caminha no mesmo sentido de Kant. Todavia, estabelece uma diferenciação de suma relevância. A pena afasta-se, para Hegel, das considerações éticas, presentes na concepção de Kant. A sanção penal funda-se na necessidade de reafirmação da ordem jurídica violada, pelo cometimento do ato delitivo¹⁰².

cometido. De certa forma, no regime do Estado Absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001. p. 105).

¹⁰² “Destacam-se tradicionalmente Kant e Hegel como os principais representantes da teoria absoluta da pena. No entanto, é notória uma particular diferença entre uma e outra formulação: enquanto em Kant a fundamentação é de ordem ética, em Hegel é de ordem jurídica” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*, 2000. p. 68). Ainda sobre as correntes representadas por Kant e Hegel, Antolisei assim disserta: “*Los seguidores de la retribución moral sostienen que es*

Os adeptos da teoria retributiva buscam a explicação da pena criminal por meio de uma lógica absolutamente míope. A racionalização mostra-se ineficaz para justificar um discurso que autorize uma pena privativa de liberdade. A necessidade da pena, face ao cometimento de um delito, é dada por uma fórmula matemática: o crime é a negação da razão; a pena é a negação do crime, logo a pena é a reafirmação da razão.

Pelo fato de se adotar a teoria retributiva da pena, não se está negando que a aplicação de uma sanção tenha efeitos preventivos. Mesmo sendo a pena a mera imposição do mal pelo mal, não significa que vá se fechar os olhos para o fato de que esta imposição gere, também, uma coação ao meio social. O problema é somente de enfoque.

Se o trabalho somente pode ser concebido enquanto pena, propriamente dita, não é possível pensar acerca de sua obrigatoriedade, pois seria um contrasenso a existência de uma pena facultativa.

O homem, para os retribucionistas, assume a condição de mero instrumento no processo de execução penal, já que a função da sanção limita-se a imposição do mal pelo mal¹⁰³.

una profunda e incoercible exigencia de na natureza humana que el mal se retribua com el mal, al igual que el bien merece un premio. Puesto que el delito constituye una valoración del orden ético, sus castigo se exige por la consciencia social. (...) La teoría de la retribución jurídica, por otra parte, afirma que el delito es una rebelión del individuo a la voluntad de la ley y, como tal, exige, exige una reparación que sirva para refirmar la autoridad del Estado. Esta reparación es la pena" (ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal: parte geral*. Trad. Juan Del Rosal e Angel Torio. Buenos Aires: UTEHA, 1960. p. 502-503).

¹⁰³ Importante salientar que a ressocialização, a consideração do homem delinqüente, embora com os positivistas tenha adquirido um cunho eminentemente autoritário não deixa de representar um processo de humanização do sistema penal. O homem passa a ser alvo das preocupações dos estudiosos da ciência penal.

5.2 Teoria relativa

A teoria relativa vai justificar a imposição de uma sanção criminal na função preventiva da pena. Preocupa-se não com o delito ocorrido, como os retribucionista, mas pelos que acontecerão se nenhuma <medida profilática> não for tomada¹⁰⁴. A pena destina-se a impedir a ocorrência de novos delitos.

A prevenção pode ser analisada sob duas óticas distintas: a do condenado e a do meio social. Se a análise for centrada no último, diz-se tratar da prevenção geral – podendo-se desmembrar em positiva e negativa. Já quando o objeto é o condenado, verifica-se estar diante da prevenção especial – podendo ser também desmembrada em positiva e negativa.

Somente a prevenção especial interessa à obrigatoriedade do trabalho do condenado, todavia, não é possível prescindir da menção à prevenção geral.

A idéia de prevenção é filha do positivismo criminológico¹⁰⁵. Não há espaço para a consideração da liberdade como base da imputação criminal, própria

¹⁰⁴ “Para as teorias preventivas a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinqüiu, nas teorias relativas à pena se impõe para que não volte a delinquir.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*, 2000. p. 75). Fragoso, sobre o tema, leciona: “As teorias relativas, partindo de uma concepção utilitária da pena, justificam-na por efeitos preventivos”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 288).

¹⁰⁵ O **positivismo** criminológico é a escola penal que sucede ao classicismo. Tem como pilares Lombroso, Ferri e Garofalo. Essa corrente é responsável por voltar o direito penal para a pesquisa acerca do delinqüente e não mais, como faziam os clássicos, no crime enquanto ente jurídico. A escola do positivismo criminológico nega o livre arbítrio na medida que estabelece como causa do delito uma patologia. O positivismo criminológico é fruto de uma concepção positivista de ciência notadamente influenciada pela teoria da evolução de Darwin. Assim leciona Baratta: “A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola Positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo. Lombroso, em seu livro *L'uomo delinquente*, cuja primeira edição é de 1876, considerava o delito como um ente natural, ‘um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção’, determinado por causas biológicas de natureza, sobretudo hereditárias.” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 38-39).

dos clássicos¹⁰⁶. O crime é sintoma de uma patologia que acaba por determinar a prática do delito – atavismo – fazendo-se necessária a pena como medida preventiva. Percebe-se, neste íterim, que o trabalho do condeno é perfeitamente explicado, incluindo, evidentemente a sua obrigatoriedade. Basta saber em qual modalidade de prevenção se enquadra o labor do condenado, entendido enquanto elemento da execução.

5.2.1 Prevenção geral

A pena privativa de liberdade, do ponto de vista fático, continua sendo um mal imposto, face à prática de um delito. O certo é que a visão acerca da pena sofreu, como já dito, um giro metodológico de especial magnitude.

A prevenção geral destina-se a impedir a prática delitiva, atuando sobre o meio social, desestimulando a prática de crimes.

Parte a prevenção geral do pressuposto que o crime é determinado pelo choque de forças endógenas e exógenas, ligando-se ao paradigma etiológico da criminalidade. Haverá o cometimento do delito quando as forças endógenas, propensas à atividade delitiva, superam as forças exógenas que se constituem em contra-estímulos para a realização do delito. A prevenção geral agrupa-se dentre as forças exógenas, podendo ser adjetivada de contra-estímulo

Necessário questionar, dentro da lógica, acima descrita: qual seria o papel da prevenção geral para aqueles que não possuem qualquer destinação para

¹⁰⁶ Sobre a imputação penal para a escola clássica, assim leciona Moacyr de Souza: “A imputabilidade moral é o pressuposto da responsabilidade moral, com suporte no livre arbítrio, que supõe sempre a existência de uma vontade livre e inteligente. O criminoso é penalmente responsável por ter violado consciente e voluntariamente a lei penal. (...). O livre arbítrio constitui, no esplendor do classicismo penal, o sustento a Escola” (SOUZA, Moacyr Benedicto de. *A influência da escola*

a vida delitiva. Se o indivíduo não possui propensão para o crime, a imposição da pena será percebida como uma reafirmação dos valores sociais, tutelados pelo direito penal, e violados pela atividade delitiva. A esta modalidade de prevenção geral denomina-se positiva.

A reafirmação dos valores socialmente aceitos é feita todas as vezes que o Estado impõe uma pena privativa de liberdade. Reafirma, no concreto, a reprovabilidade que antes estava adstrita ao campo da abstração, da tipificação da conduta penalmente proibida¹⁰⁷.

5.2.1.1 Críticas

A idéia de prevenção geral encontra severas críticas. Não há qualquer possibilidade de comprovação empírica dos efeitos da prevenção geral.

A prevenção geral negativa ainda possui uma problemática bem mais complexa. Pretende reduzir o fenômeno da criminalidade, limitando-o a um confronto de forças – endógena e exógena. O comportamento humano, assim como qualquer ramo das ciências sociais, não está sujeito a uma relação de causa de efeito.

5.2.1.2 Prevenção geral e obrigatoriedade do trabalho do condenado

Este campo é indiferente para o estudo da obrigatoriedade do trabalho do condenado, concebido enquanto elemento da execução penal.

positiva no direito penal brasileiro. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1982. p. 13).

¹⁰⁷ No que diz respeito à relação do tipo com a ilicitude, adota-se a teoria da *ratio cognoscendi*. A ilicitude precede a tipicidade sendo sua razão de existência. Sobre a evolução histórica do tipo penal, José Cirilo Vargas leciona: “Na evolução do conceito de tipo, ou da tipicidade, a Doutrina distingue três fases: a)- uma primeira, o tipo é puramente descritivo; b)- na segunda, o tipo tem caráter indiciário da antijudicidade; c)- na terceira, o tipo é a razão de ser da antijudicidade.” (VARGAS, José Cirilo. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1987. p. 20).

Todavia, não é possível, mesmo que em breves linhas, deixar de tratar do aspecto geral da prevenção. Ficaria incompleta a discussão acerca das funções da pena e a obrigatoriedade do trabalho do condenado sem tecer mínimos comentários acerca das modalidades da prevenção geral. Começa-se a conhecer o objeto por meio de sua diferença.

Se o trabalho, entendido enquanto elemento da execução, não se liga à prevenção geral, somente resta discutí-lo sob os ditames da idéia de prevenção especial.

Estas breves linhas acerca da prevenção geral mostram-se relevantes, pois delimita o campo de estudo da obrigatoriedade do trabalho do condenado dentro das teorias da finalidade da pena. Reforça, também, a concepção idealista do trabalho do condenado na medida que o restringe, dentro da teoria da pena, à prevenção especial.

5.2.2 Prevenção especial

A prevenção especial é, dentro da teoria da pena, o campo adequado para se tratar do tema proposto pela presente dissertação. Diz respeito aos reflexos da pena que incidem sobre o condenado. A função preventiva da sanção penal está, como visível, extremamente ligada com o conceito de delinqüente para os positivistas.

A prevenção especial divide-se em duas vertentes que, embora se centram no homem delinqüente, apresentam uma ótica completamente distinta, tendo em vista sua finalidade.

A primeira é a prevenção especial negativa que pode ser restrita à mera anulação física do condenado, impedindo que, livre, possa praticar novos delitos. Já a segunda, diz respeito à recuperação do condenado. Pretende-se, por meio do “tratamento penitenciário,” emendar o condenado, resgatando sua condição de dignidade.

A primeira – anulação do perigo social representado pelo condenado por meio de sua retirada do convívio social – encerra-se com a mera privação da liberdade. Desta forma, o trabalho do condenado, antes restrito à prevenção especial, afunila-se, ligando-se somente, por exclusão, à prevenção especial positiva.

O labor aloca-se, por exclusão, na função de prevenção especial positiva, consistente na emenda do condenado. Confirma-se que, especificamente dentro das teorias da finalidade da pena, a concepção de trabalho do condenado é ditada pelos idealistas. Simplesmente à função de emenda, acrescenta-se a idéia de recuperação moral.

Se uma das funções da pena é emendar, é porque o delito é fruto de um desvio, próprio daqueles que se encontram encarcerados. Sendo o trabalho a pedra angular do <tratamento penitenciário>, claro que deve atuar sobre o desvio que impediu o condenado, quando em liberdade, de “integrar-se harmonicamente” à sociedade da qual fora alijado.

O trabalho, pensado como instrumento da prevenção especial positiva, identifica-se com uma <medida profilática>. A pena, por meio do trabalho, teria o condão de recuperar o condenado, eliminando as causas de seu desvio. Novamente

a idéia positivista de ciência interfere no direito penal. Crê-se que é possível sujeitar o atuar humano a uma regra de causalidade, exclusiva das ciências naturais.

A crença no trabalho, como elemento de recuperação do condenado, é de tal ordem que, embora seja necessário individualizar o <tratamento penitenciário>, o labor é medida obrigatória. Contribui para a “*harmônica integração*” do condenado no meio social.

Conclui-se que não se trata somente de “ensinar a trabalhar”, permitindo uma colocação do futuro egresso no mercado. O trabalho do condenado transcende ao campo pragmático, dirigindo-se à crença de que “o labor é capaz de moralizar o homem”.

Ademais, não é possível conferir aspectos pragmáticos ao labor do condenado, como o mencionado no parágrafo anterior, porque seria admitir que o próprio sistema penal internalizou, em seu campo normativo, sua evidente seletividade. Nem todos os condenados são alijados do mercado de trabalho. Há crimes que a capacidade para o trabalho é fator indispensável a sua ocorrência como os do colarinho branco.

5.2.2.1 Posição de Giuseppe Bettiol

Bettiol fez severas críticas à prevenção especial positiva. A finalidade da pena criminal, no ordenamento italiano, ganha *status* constitucional com a Carta de 1947. A pena, preconiza o art. 27 da Constituição da República Italiana, tem como finalidade a reeducação do condenado.

O professor italiano investiga dois problemas que se atribuem à finalidade reeducativa da pena criminal. Num primeiro momento, acredita tratar-se de um

objetivo inatingível, fruto de uma influência mitológica. Já em uma segunda etapa, afirma que a reeducação, se alcançada, violaria princípios constitucionais básicos. O artigo 27 da Constituição Italiana deve, conclui Bettiol, ser interpretada de forma sistêmica.

A prevenção especial positiva seria, portanto, filha da cultura filosófica do século XIX. Tanto o idealismo, quanto o positivismo filosófico chegaram à conclusão de que, através da ação, as possibilidades humanas seriam ilimitadas. O homem, segundo Bettiol, vive a crença de que pode, ditado pela racionalidade, superar qualquer limite, em um claro processo de miticização da ação¹⁰⁸.

O homem julga-se capaz de modificar o outro. O direito penal assume uma função pedagógica. Sua razão de existir é evitar a prática de novos delitos, tendo como um dos meios a prevenção especial positiva¹⁰⁹. Todavia, esta finalidade é mitológica.

Bettiol também identifica a ausência de legitimidade constitucional da mitológica pretensão de emendar – reeducar – o condenado. Afirma que a própria

¹⁰⁸ “Foi este o fundo das filosofias que modelaram, a seu modo, a cultura do último século. Embora partindo de pólos ou de exigências opostas, positivismo por um lado e idealismo por outro, chegam a uma única conclusão: a possibilidade ilimitada, para o homem, de tudo conhecer e de tudo realizar através da acção, desde que o queira; a miticização da acção, que tem sua única justificação no sucesso ou na história que cria; a desvinculação, por parte do homem, de qualquer obstáculo que lhe apareça, porque ele pode ser superado nas suas causas, quando conhecidas, ou resolvido na dialecticidade do conhecimento e, portanto, da vida. O demiurgo domina, recompõe, e tudo impele para uma meta de progresso constante. Os homens viveram nesta ilusão de tudo poder fazer e de tudo resolver recorrendo à força onipotente da sua natureza, até a ponto de superar qualquer limite racional e qualquer possibilidade efectiva da acção. Assim o mito triunfou e triunfa ainda, embora, no plano filosófico, o seu desaparecimento deva ser considerado o pressuposto de qualquer série de interpretação da vida e da história e de qualquer investigação responsável”. (BETIOL. 264-265).

¹⁰⁹ “A própria função do direito penal se torna exclusivamente preventiva: a razão da tutela dos bens ou dos interesses penalísticos é prevenir o crime, não já a de restaurar a ordem jurídica perturbada pela acção delituosa; a norma penal exerce uma eficácia intimidativa, na medida que é dirigida à vontade do homem, para o afastar – quando hesitante – do propósito de praticar a acção delituosa; a pena não deve considerar-se ligada ao castigo, mas é apenas uma providência, que se destina a prevenir os crimes ulteriores, adaptando-se às características peculiares da personalidade do sujeito-agente; a medida de segurança é a típica manifestação de uma necessidade de defesa social e de recuperação social” (BETTIOL, p. 268).

Constituição Italiana limita o sentido do vocábulo reeducação na medida que dá prevalência aos direitos fundamentais da pessoa humana, dentre eles a liberdade. Afronta o direito à liberdade qualquer ingerência no interior da consciência coletiva¹¹⁰.

Já é possível adiantar que a obrigatoriedade do trabalho do condenado será alvo, na presente dissertação, das mesmas críticas dirigidas à reeducação por Giuseppe Bettiol. A crença na integração pelo labor, conforme tratado pelo código penal e lei de execução penal, distancia-se do racional, ligando-se ao mitológico. Mesmo se assim não fosse, a mera destinação de integração do condenado pelo trabalho, na medida que, distanciado de aspectos pragmáticos¹¹¹, seria absolutamente inconstitucional, pois afronta a liberdade de consciência, garantia fundamental da pessoa humana (Constituição da República – Art. 5º Inc. VI)¹¹²

5.2.2.2 Obrigatoriedade do trabalho do condenado

O trabalho do condenado é posto como pedra angular do tratamento penitenciário. O instrumento capaz de promover a emenda do condenado, resgatando-lhe a dignidade¹¹³.

¹¹⁰ “Não é a pessoa individual, nesse sentido, que conta, não é a sua inclinação para um mundo de valores, que ela livremente aprecia e aceita, mas é a exigência coletiva, ou a razão de Estado, que pesa sobre a consciência individual, de modo a forçá-la a aceitar um dado programa de vida, que se insere e se articula na programação social e política do Todo. Quando, através desse sistema, não se eduque a hipocrisia em qualquer caso virá a ser ofendida a liberdade interior da consciência individual, que nenhum organismo de força ou de grupo pode ser autorizado a violar” (BETTIOL. p. 272).

¹¹¹ Entende-se por aspectos pragmáticos do trabalho do condenado a possibilidade de dotar o futuro egresso de capacidade de inserir-se no mercado de trabalho, mantendo-se de forma lícita. Como já afirmado, uma análise de nossa Lei de Execução Penal permite a conclusão que o trabalho do condenado, ao contrário, possui uma finalidade que transcende à capacitação profissional na medida que obrigatório para todos indistintamente, habilitados ou não habilitados para o trabalho lícito.

¹¹² “**É inviolável a liberdade de consciência** – negritamos - e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção dos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5º, inciso VI da Constituição da República).

¹¹³ “O trabalho constitui a espinha dorsal da execução da pena privativa de liberdade” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*, Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15).

Há um ponto bastante relevante acerca do trabalho do condenado, concebido como instrumento destinado à harmônica integração do condenado ao meio social. O exame criminológico é o elemento hábil a permitir a comissão técnica de classificação individualizar o tratamento penitenciário¹¹⁴. Todavia, o trabalho do condenado é uma medida “profilática” recomendada, com a nota da obrigatoriedade, a todos os condenados.

O constatado no parágrafo anterior somente revela que o trabalho é tido como pedra fundamental do tratamento penitenciário, proposta pela execução penal. Trata-se de um elemento que possibilita a emenda do condenado, somente podendo ser posto, dentre as teorias da pena, dentre a prevenção especial positiva. Esse é o local de toda a problemática, proposta na presente dissertação.

Se já foi visto que, mesmo podendo-se dirigir as mais severas críticas, o direito penal concebe o delinqüente como um indivíduo que mantém, em relação ao *ethos*, indiferença; a execução penal se proporia a recuperá-lo, proporcionando-lhe a possibilidade de reconhecer o valor da moralidade que desprezara.

É neste ponto que o trabalho é posto como pedra fundamental da execução penal porque traz, consigo, a crença absoluta de que, através do trabalho, o homem se transforma. Essa concepção possui evidentemente raízes religiosas e ideológicas, ligadas ao nascimento na sociedade capitalista muito bem retratado por Marx Weber em “A Ética Protestante e o Espírito Capitalista”.

¹¹⁴ “Estabelece o art. 8º da Lei de Execução Penal que o condenado a regime fechado será submetido a exame criminológico com fim conhecer elementos que viabilizem a individualização da execução da pena, exame este a ser realizado por Comissão Técnica de Classificação, à qual incumbe elaborar um programa individualizador para cada recluso, em especial indicando o trabalho

5.3 Posição de nosso Código Penal

Nosso código penal, em seu artigo 59, enumera duas finalidades para a sanção criminal: reprovação e prevenção. Ver-se-á, trata-se da adoção de uma teoria mista da finalidade da pena. Busca combinar a retribuição do mal causado pelo delito com a idéia de prevenção¹¹⁵. A prevenção, como já sabido, vai-se desdobrar em geral e especial.

O que a doutrina hoje denomina teoria mista, na verdade, é a própria teoria relativa que, ver-se-á, se restringe à reafirmação dos valores sociais, fundamento da tipificação das condutas delitivas, mesmo quando analisadas sob a ótica da prevenção especial.

É muito fácil perceber que a retribuição e a prevenção geral são faces da mesma moeda. A diferença entre os absolutistas e os adeptos da teoria relativista é somente de enfoque. Os retribucionistas acreditam que a pena é um mal em si mesmo. Já os prevencionistas acreditam que a prevenção geral seria, quando positiva, a reafirmação dos valores sociais ou mera intimidação. Essas duas faces da prevenção geral, na verdade, são decorrentes da retribuição. A diferença de ambos é somente de enfoque.

Logo, não é possível ter uma teoria mista da pena, pois seria desconhecer que a prevenção geral – positiva ou negativa – decorre da própria retribuição.

a ser realizado e acompanhamento a evolução do cumprimento da pena” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*, Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 18).

¹¹⁵ “Teorias Unitárias ou ecléticas: predominantes na atualidade, buscam conciliar a exigência de retribuição – essência da pena – com os fins de prevenção geral e especial” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 342).

Nem mesmo o conceito de retribuição, expresso no art. 59 do CPB, pode ser visto como uma mera imposição do mal pelo mal. O estudo do vocábulo retribuição permite a conclusão aqui articulada: a repressão é mera faceta da prevenção geral, positiva ou negativa.

Quando nosso diploma penal pátrio utiliza o termo reprovação, como uma das finalidades da pena está unindo, num só vocábulo, a retribuição e o aspecto geral da prevenção. É que o termo reprovação significa que uma das funções da pena é reafirmar o valor social violado pelo cometimento do delito por meio da imposição de um mal àquele que lhe deu causa.

A prova do acima exposto pode ser aferida por meio do estudo etimológico do vocábulo reprovação. Originou-se do latim *re + probare*. O primeiro é um prefixo que, aqui, tem o sentido de negação¹¹⁶. Já o segundo, significa formação de juízo¹¹⁷. Fica claro o sentido aqui posto, tendo em mente que a origem etimológica do vocábulo prova é exatamente o mesmo. O que é a prova senão um instrumento que permite ao magistrado formar seu juízo de convencimento acerca deste ou daquele fato delitivo, chegando à verdade real.

Se a pena é a consequência jurídica do delito¹¹⁸ e se tem como uma das finalidades reprovar, permitido é concluir que a sanção penal tem como objetivo

¹¹⁶ “RE – prefixo latino, exprime: a)- de novo: refazer; reconstruir; recomeçar; b)- Aumento, intensidade: resplender; refulgir; renome; rebaixar; realçar; recru (muito cru); recontente (muito contente); etc.; c)- oposição: reagir; repelir; refrear; d)- reciprocidade: restituir, redar; d)- Negação: reprovar; recusar; refutar, réprobo; Lugar Interior: recâmara (câmara interior e recôndita)” (GÓIS, Carlos. *Dicionários de afixos e desinências*. p. 175-176).

¹¹⁷ “Probo, as, avi, atum, are, v. irans. (de probus). 1º Ensaiai, examinar, verificar, reconhecer, por experiência; 2º Julgar, formar juízo de...” (SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo Dicionário Latino-Português. Etimológico, Prosódico, Geográfico Mitológico, Biográfico*. Etc. 10. ed. Belo Horizonte / Rio de Janeiro: Livraria Ganier, 1993. p. 951).

¹¹⁸ “La pena desde un punto de vista jurídico puede definirse como la privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la Ley e impuesta por un Órgano Jurisdiccional competente, al que há cometido un delito” (MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción. *La aplicación de la pena: estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 15).

reafirmar o valor social violado pelo ato delitivo. Toda vez que um crime gera a efetiva aplicação da sanção penal, está-se reafirmando a aceitação da sociedade dos valores defendidos pela norma penal violada.

Este, portanto, é o sentido da reprovação disposto em nosso código penal. A pena é um fenômeno unitário e todas as suas funções, por certo, se entrelaçam.

A reafirmação de valores sociais se dá não só na prevenção geral, mas também na especial, positiva evidentemente. Se a pena tem a função de reafirmar os valores socialmente aceitos e tutelados pelo sistema penal, é porque a norma penal contém um carga valorativa própria¹¹⁹. É exatamente esta carga valorativa que reforça a conclusão de que a moral é a base da imputação criminal e informa o papel do trabalho e sua obrigatoriedade na execução penal.

O vocábulo prevenção, elencado como finalidade da pena pelo código penal, limita-se a especial. Se os aspectos da prevenção geral estão contidos no próprio conceito de retribuição, fica claro, posto que do contrário seria admitir poder ser o legislador prolixo, que a prevenção, mencionada no artigo 59 do CPB é a especial.

¹¹⁹ Nem mesmo os positivistas negaram a incidência do valor sobre a norma jurídica, embora afirmavam que o objeto da ciência jurídica deveria centrar-se única e exclusivamente na norma.

VI A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO E OS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

O presente capítulo tem como objetivo sistematizar todo o conhecimento, acima aduzido, no que diz respeito às notas características dos diversos sistemas penitenciários. Com isso, chegar-se-á ao papel reservado à obrigatoriedade do trabalho do condenado em cada sistema penitenciário.

Estudando o sistema progressivo e suas vertentes, necessário se fará reler, as finalidades da sanção criminal e o local reservado à obrigatoriedade do trabalho do condenado a partir dessa interpretação.

Sistema penitenciário é distinto de regime. Como já bem salientado por Manuel Pedro Pimentel, o sistema é o gênero e o regime a espécie¹²⁰. Pode-se bem definir sistemas penitenciários como “*corpo de doutrinas que se realizam através de formas políticas e sociais constitutivas das prisões*”¹²¹ Já “os regimes prisionais são as formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais ou regulamentares”.¹²²

É necessário identificar, nos sistemas penitenciários, e, posteriormente, nos regimes penitenciários, as formas como se compreendem o crime e o criminoso, para, somente assim, analisar o trabalho e sua obrigatoriedade. Assim se confirma o constatado no capítulo precedente: o ordenamento penitenciário adotou a

¹²⁰ “Sistema é gênero, enquanto que regime é espécie. Os regimes penitenciários cabem dentro do sistema penitenciário” (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Sistemas Penitenciários*. In: *RT 639 – janeiro de 1989*. p. 265).

¹²¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Sistemas Penitenciários*. In: *RT 639 – janeiro de 1989*. p. 265.

concepção idealista do trabalho do condenado, tornando sua obrigatoriedade inconstitucional por violar o direito à liberdade de consciência.

O trabalho inexistia no sistema pensilvaniano. Poder-se-ia se afirmar ser indiferente sua análise para a presente dissertação. Notável equívoco. Estudando o sistema celular, é possível compreender as condições de possibilidade que permitiram a inserção do trabalho na execução penal, dimensionando o significado de sua obrigatoriedade.

6.1 Sistema de isolamento celular

O período de formação do sistema de isolamento celular coincide com o final do século XVII e século XVIII, nos Estados Unidos. É também denominado de Sistema Pensilvânico, pois é no estado da Pensilvânia, Estados Unidos, que se encontra seu berço¹²³.

Sua origem histórica remonta, de forma imediata, às prisões eclesiásticas na Idade Média. Aos membros do clero era reservada a clausura como forma compelir o indivíduo a refletir sobre a falta cometida e, por meio do arrependimento,

¹²² PIMENTEL, Manoel Pedro. Sistemas Penitenciários. In: RT 639 – janeiro de 1989. p. 265.

¹²³ Dizer ser os Estados Unidos o berço do sistema celular, não significa que não encontra ligação com o velho continente. Bitencourt sobre a ligação européia do sistema filadélfico: “O sistema filadélfico, em suas idéias fundamentais, não se encontra desvinculado das experiências promovidas na Europa a partir do século XVI. Segue as linhas fundamentais que os estabelecimentos holandeses e ingleses adotaram. Também apanhou parte das idéias de Beccaria, Howard e Bentham, assim como os conceitos religiosos aplicados pelo direito canônico”. (BETTENCURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 60).

alcançar a redenção¹²⁴. O sistema de isolamento continuado foi lido pelos primeiros penitenciaristas como associado a um humanismo liberal¹²⁵.

Com o período da ilustração, é que o direito penal passa a sua fase humanista. A pena privativa de liberdade representa, no que diz respeito à sanção penal, uma significativa etapa rumo a humanização do sistema penal. As penas corporais e degradantes, próprias do período dos suplícios, são substituídas pela pena privativa de liberdade que, até então, possuía somente a função de cautela.

A prisão, desde seu nascedouro, já possuía, muito influenciada por idéias religiosas, a função de emenda¹²⁶. Ver-se-á que, ao se inspirar nas prisões eclesiásticas, herda sua principal função que era a recuperação do condenado por meio da reflexão e arrependimento.

¹²⁴ A pena criminal é profundamente influenciada por idéias religiosas. Esse fenômeno é hoje verificável e confere a tônica fundamental do presente trabalho. Sobre o aqui disposto, disserta Mariano Ruiz: "Toda a história da prisão está impregnada duma influência religiosa, católica nos cárceres monásticos, dos 'quarkers' nos leigos" (FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Trad. Hilário Verga Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 157).

¹²⁵ "O isolamento é um conceito quase ascético e de raiz expiatória pura, associado ao humanismo liberal, que tem as suas origens em Rousseau. Jules Simon recorda uma frase do filósofo francês que parece a idéia central deste regime penitenciário e que poderia ser invocada como lema de toda reforma: 'O homem nasce bom, a sociedade corrompe-o'. Esse desdém pela sociedade está expresso já numa das máximas da Imitação de Kempis: 'Quase sempre que estive entre os homens tornei-me menos homem'. É o antecedente religioso do isolamento celular canônico, a expressão do *comptendus mundi*, do desprezo à sociedade e da crença de que o homem só encontra em sua intimidade as razões melhores de sua conduta. Logicamente, é-se obrigado a afastar o homem da sociedade para defender contra ela a sua bondade inata. É forçoso isolá-la. Tornam-se predominantes nesta posição dois conceitos: a reforma moral do homem; a sua capacidade social." (FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Trad. Hilário Veiga carvalho. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 71).

¹²⁶ Jeremias Benthon, pai do utilitarismo, não via na crueldade da pena um fim em si mesmo. Acreditava ser as penas infamantes e degradantes um fator que afasta a possibilidade de recuperação do delinquente. Admitia que o castigo deva ser um mal destinado a prevenir futuros danos à sociedade. Benthon afasta, como de fácil percepção, o carácter vingativo da pena, permitido sua progressiva racionalização. Sobre o tema, assim leciona Bitencourt: "Bentham não via na crueldade da pena um fim em si mesmo, iniciando um progressivo abandono do conceito tradicional, que considerava que a pena deveria causar profunda dor e sofrimento. Não admitia as penas infamantes pelo fato de descartarem toda a possibilidade de reabilitação. Embora a reabilitação do infrator ocupasse lugar secundário nos fins que Bentham atribuía à pena, é importante observar que muitas de suas recomendações tinham finalidade reabilitadora" (BETTENCURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 47).

Guilhermo Penn, em 1681, foi aos Estados Unidos, então colônia da Inglaterra, com o objetivo de implementar as leis penais inglesas. Desentendeu-se com seu Rei, Carlos II, e articulou a suavização do sistema de punição inglesa. Possuía aversão às chamadas penas de sangue que eram predominantes no direito penal inglês¹²⁷.

Foi somente com a proclamação da independência que os americanos deram ouvidos a Guilhermo Penn. Sociedades de Amparo e apoio ao encarcerado foram criadas das quais podem citar como exemplo a *Philadelphia society for Alliviating*¹²⁸.

Nasceu o sistema da Filadélfia de cumprimento de pena. Fundava-se no isolamento celular sem qualquer permissão ao detento, para que recebesse visita ou trabalhasse. O condenado cumpria toda a pena que lhe fora imposta sem qualquer contato com o mundo exterior. Era arrancado do seio de sua família e lançado em uma cela onde somente manteria contato humano com o carcereiro que lhe traria as refeições.

Não resta dúvida de que o sistema de isolamento celular representou uma evolução, tendo em vista as penas corporais e degradantes que o antecederam e a inexistência de qualquer racionalização do cárcere – ambiente propício para a

¹²⁷ PIMENTEL, Manuel Pedro. Sistemas Penitenciários. In: RT 639 – janeiro de 1989. p. 266. “Quando criou a colônia da Pensilvânia (1681), seu fundador, Guilhermo Penn, teve de cumprir um despacho do Rei Carlos II prescrevendo o estabelecimento de leis inglesas, e, por essa razão, submeteu à Assembléia Colonial da Pensilvânia o que se tem chamado de a Grande Lei. Essa lei pretendia atenuar a dureza da legislação penal inglesa” (BITENCOURT. Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 58).

¹²⁸ PIMENTEL, Manuel Pedro. Sistemas Penitenciários. In: RT 639 – janeiro de 1989. P.266. “Uma das associações que exerceram maior influência nas primeiras experiências que foram definindo o sistema celular foi Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prision, fundada em 1787” (BITENCOURT. Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 59).

degradação moral e a promiscuidade¹²⁹. Entretanto, é certo que a tortura do período dos suplícios simplesmente adquire outra roupagem. Ao invés de voltada ao corpo, centra-se na mente do condenado¹³⁰.

Em que pese trazer vantagens práticas, o sistema celular foi bastante criticado por caminhar no sentido contrário da integração do condenado na medida que conduz à loucura. Baseava-se, como já dito, na crença de que o isolamento permitirá a reflexão e o arrependimento pelo mal causado pela prática do delito. Todavia, o isolamento contínuo tinha o condão de provocar a loucura, além de implicar em fundamental contra-senso: impossível ressocializar alguém, eliminando completamente o contato com seus pares.

¹²⁹ “Nos séculos XVII e XVIII organizaram-se, por várias partes, estabelecimentos de detenção para os condenados, com distintos nomes, e sem que sua criação obedeça a nenhum sistema penitenciário. Howard descreveu-os em sua famosa obra, e a sua descrição produziu em todo mundo civilizado um generoso despertar em favor da sorte do recluso. Nesses estabelecimentos se prescindia de toda norma higiênica, pedagógica ou moral” (FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 153). Sobre a inexistência de sistema prisional que antecederesse o isolamento celular Augusto Accioly assim leciona: “Tais prisões criavam, preparavam uma verdadeira sociedade de delinquentes contra a própria administração da penitenciária, desaparecendo por completo a disciplina e a ordem e assim surgindo, por perigoso colleguismo, a mais sólida união contra a mesma e realizando-se facilmente evasões”. (CARNEIRO, Augusto Accioly. *Os penitenciários*. Rio de Janeiro: Henrique Velho & CIA Ltda., 1930. p. 05).

¹³⁰ Mariano Funes nos oferta interessante descrição de uma prisão monástica feita por La Rochefoucauld Liaucourt: “O homem condenado ao *solitary confinement* encontra-se numa espécie de cela, de oito pés por seis de largura e nove de altura. Esta cela, situada sempre no primeiro ou no segundo pavimento dum edifício abobadado e isolado do resto da prisão, é aquecida por uma estufa, colocada no corredor. O prisioneiro, encerrado por duas portas com barrote de ferro, recebe o benefício do calor sem poder usar o fogo, do qual não lhe é possível se aproximar. O seu quarto, iluminado já pela luz do corredor, é-o mais diretamente por uma janela aberta nêle. Há em cada cela serviços de asseio, com a administração de água corrente a vontade. As preocupações higiênicas são completas. As celas, como o resto da prisão, são caiadas duas vezes por ano.” Dando notícia da tortura mental a que eram submetidos os presos em regime de isolamento celular, Augusto Accioly Carneiro, assim descreve o sistema. pensilvaniano: “O vozeio que se ouvia das galerias dessas prisões, interpretando-se, é como os rugidos do mar, o eco monótono e tristonho do quebrar das ondas, ora bravias ou mansas; como que o infinito, um vácuo eterno, trazendo-nos ansiedade e um presságio indescritível e misterioso, e as paredes, os seus humbraes, como os penedos, os abysmos; ouvimos-as, vozes, como que branindo, entorcendo-se de agonia, num marulhar sob incessantes castigos da natureza. É a própria base deste regimen que destrói toda a base do que é humano” (CARNEIRO, Augusto Accioly. *Os penitenciários*. Rio de Janeiro: Henrique Velho & CIA Ltda., 1930. p. 07).

6.1.1 O Trabalho e sua obrigatoriedade

O trabalho não era um elemento relevante para a execução penal, quando se está falando em sistema celular, exatamente em razão das regras desse sistema.

Em 1830, em um Congresso de Direito Penal e Penitenciário, realizado em Praga, o sistema de isolamento celular foi bastante combatido. A necessidade de humanização do Sistema da Filadélfia foi reafirmada. O Trabalho do condenado aparece como um fator a amenizar os rigores do cumprimento de pena. O labor era permitido na cela ou então em grupos, descaracterizando o sistema ora debatido¹³¹.

A introdução do trabalho pode ser vista por três óticas distintas: materialista-histórica, utilitária, humanista. Esse assunto já foi abordado e suas conclusões terão reflexos diretos no tópico subsequente, onde se tratará do sistema auburniano.

Se o sistema de isolamento celular não tem relevância direta para o objeto da presente dissertação, traz, em contra-partida, informações que confirmam a tese fundamental do presente trabalho.

É possível compreender que a pena privativa de liberdade nasce atrelada às idéias religiosas. Crê-se na recuperação do condenado por meio do isolamento que lhe permitira a reflexão e o arrependimento. A religiosidade da pena privativa de liberdade é hoje muito evidente no trabalho do condenado. O labor, como atividade

¹³¹ “ O sistema conhecido como celular pensilvânico, ou de Filadélfia, propagou-se para outras prisões do país. Apesar de oferecer algumas vantagens práticas, mereceu críticas porque, além de ser muito severo, impedia a readaptação social do condenado. No Congresso Penal e Penitenciário de Praga, realizado em 1830, o sistema pensilvânico foi muito combatido. (...). As críticas ao sistema de prisão celular fizeram com que se permitisse o trabalho dos presos, primeiro (PIMENTEL, Manuel Pedro. Sistemas Penitenciários. In: *RT* 639 – janeiro de 1989. p. 266).

moralizadora –concepção idealista –, é capaz de <recuperar> aquele que incidiu na prática de delitos.

6.2 Sistema auburniano

A origem desse sistema foi no Estado de Nova York. Este estado americano deve seu pioneirismo a seu então Governador John Jay que determinou, no final do século XVIII, um estudo acerca do sistema celular de cumprimento de pena¹³². Foi implementado, pela primeira vez, no ano de 1818, em uma penitenciária que deu nome ao sistema ora debatido: Auburn¹³³.

Este sistema de cumprimento de pena privativa de liberdade caracteriza-se pelo isolamento celular noturno e o trabalho coletivo diurno. Entretanto, o trabalho era executado, apesar de em conjunto, em absoluto silêncio. O isolamento deixa de ser físico, o que não significa que se tenha extinguido.

A aflição, característica do sistema pensilvânico, consubstancia-se na inexistência de interação subjetiva. O isolamento físico é apenas meio para a implementação da tortura em que consistia o sistema pensilvânico. O contato físico representava um fator que minorava a afluência do sistema pensilvânico, mas, nos dois sistemas, o condenado se encontra isolado em sua existência moral¹³⁴. A dor

¹³² “Em 1796 o governador John Jay, de Nova Your, enviou uma comissão à Pensilvânia para estudar o sistema celular. Nesse ano ocorreram mudanças importantes nas sanções penais, substituindo-se a pena de morte e os castigos corporais pela pena de prisão, consequência direta das informações colhidas pela comissão anteriormente referida” (BITTENCURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70).

¹³³ PIMENTEL, Manuel Pedro. *Sistemas Penitenciários*. In: *RT 639 – janeiro de 1989*. p. 266.

¹³⁴ “O auburniano, da mesma forma que o filadélfico, pretende, consciente ou inconscientemente, servir de modelo ideal à sociedade, o microcosmo de uma sociedade perfeita, onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas reunidos sob um enquadramento hierárquico

da solidão, própria do isolamento celular contínuo, transforma-se na dor do silêncio.¹³⁵

Ainda se tinha, na memória, o caos que acometeu a pena privativa de liberdade antes da elaboração de qualquer sistema penitenciário. Estava ainda viva lembrança dos males atribuídos à possibilidade de contato entre os condenados: promiscuidade, ausência de higiene, degradação moral¹³⁶.

O sistema auburniano de cumprimento de pena comportava gradação de seu rigor, tendo em vista a possibilidade de “recuperação” do condenado. O mais rigoroso se iguala ao sistema filadélfico: isolamento celular constante. Em um estágio intermediário, o condenado ficava em isolamento celular por três dias na semana e, no restante dos dias, tinha permissão para trabalhar. Por fim, num terceiro e último estágio, reservados aos de fácil emenda, permitia-se o trabalho todos os dias, sendo mantido o isolamento celular noturno. Nos dois estágios menos rigorosos, o trabalho era executado no mais absoluto silêncio¹³⁷.

estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema.” (BITTENCURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 73).

¹³⁵ “A solidão do silêncio não basta. O ‘silêncio contínuo’, como chama Edmond de Goncourt, é um tormento sinistro. Fazer todos os dias a mesma coisa e sempre às mesmas horas é uma forma aguda de monotonia, irmã gêmea da loucura, como o é a dor da morte, segundo o verso de Leopardi. A crítica do sistema de Auburn feita pelo escritor francês não pode ser mais exata. Silêncio e passeio coletivo. ‘Pareceu-lhe que a havia colhido a engrenagem duma roda de seres, que já não viviam, condenados a girar eternamente’. O silêncio contínuo ‘produzia

¹³⁶ “Os penitenciários-

¹³⁷ “De acordo com uma ordem de 1821, os prisioneiros de Auburn foram divididos em três categorias: 1º) a primeira era composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes aos quais se dedicou o isolamento contínuo; 2º) na segunda situavam os menos incorrigíveis, que somente eram destinados à cela de isolamento três dias na semana e tinham permissão para trabalhar; 3º) A terceira categoria era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos. A estes somente era imposto o isolamento noturno, permitindo-se-lhes trabalhar junto durante o dia, ou sendo destinados às celas individuais um dia por semana” (BITTENCURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 70).

A distinção do sistema auburniano com seu antecessor é a possibilidade do trabalho coletivo. O trabalho do condenado, pela primeira vez, na história da pena, integra a estrutura de um sistema penitenciário.

Atribuir uma causa à introdução do trabalho no ambiente carcerário mostra-se temerário, pois já foi negada a possibilidade de aplicação do princípio da causalidade naturalista na história. O coerente, portanto, é afirmar, na medida que lógico, que todas as três vertentes (utilitária, idealista, materialista-histórica) contribuíram para a inserção do trabalho no cárcere. Pensadas, por certo, como condição de possibilidade e não causas.

6.2.1 Trabalho e sua obrigatoriedade no sistema auburniano

Importante perceber que o trabalho, como já se disse, é o que diferencia o sistema, ora debatido, do Pensilvânico. Não resta dúvida de que o labor é fator que minora a afluência do isolamento celular, embora persista o isolamento moral. Então, pode-se dizer que o trabalho serviu à humanização do cárcere, o que não significa que sua extensão pode estar, neste ponto, reduzida.

O sistema auburniano é datado, como já se demonstrou, do século XIX. O mundo acabou de passar pelas Revoluções Burguesas. A indústria começa a desempenhar um papel fundamental na nascente sociedade liberal. Abriram-se vários postos de trabalhos para os quais não se tinha um correspondente em crescimento populacional.

A Europa enfrentou este problema no século XVI o que refletiu na elaboração de novos métodos de punição. Como a atividade mercantil crescera vertiginosamente sem um correspondente no crescimento demográfico a mão-de-

obra ficou supervalorizada. O trabalhador estava em condições de exigir melhores condições o que ameaçou o sucesso do mercantilismo¹³⁸. O capitalismo sobrevive à base da mais-valia¹³⁹. Não mais era possível desprezar a significativa massa de condenados que representaria uma importante mão-de-obra a baixíssimo custo.

O nascimento do capitalismo, na Europa, do ponto de vista cronológico, se deu antes do capitalismo americano. O livre comércio somente pode ser praticado nos Estados Unidos após a sua independência. A necessidade econômica de exploração da mão-de-obra encarcerada causou, em razão dessa distinção cronológica, modificações distintas nos sistemas punitivos europeu e americano. No primeiro temos um predomínio, um aumento da incidência da aplicação da pena de trabalhos forçados. Já no segundo se criou o trabalho como elemento da pena privativa de liberdade e não como pena autônoma.

A pena, por certo, é imbuída de um aspecto cogente. Se não a houvesse, não poderia ser adjetivada de sanção jurídica. Não há de se discutir a obrigatoriedade do trabalho forçado, posto que se constitui em uma pena autônoma na Europa do século XVI e XVII.

¹³⁸ “Os métodos de punição começam a sofrer uma mudança gradual e profunda em fins do século XVI. A possibilidade de explorar o trabalho de prisioneiros passou a receber crescentemente mais atenção. Escravidão em galés, deportação e servidão penal através de trabalhos forçados foram introduzidas, os dois primeiros por um certo tempo; o terceiro como precursor hesitante de uma instituição que tem permanecido até o momento”. (...). É que, “a partir de meados do século XVI, o crescimento demográfico não acompanhou o mesmo nível as possibilidades de emprego. O crescimento demográfico na Inglaterra e na França foi abalado pelas Guerras religiosas e outros distúrbios internos permanecendo muito pequeno. O caso extremo foi a Alemanha. Como resultado da Guerra dos trinta anos a população caiu em meados dos séculos XVII a uma taxa apenas comparável a certas quedas locais durante a peste negra” (RUSCHE, Georg; KIRCHJHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro. Ed. Freitas Bastos, 1999. p. 39-40).

¹³⁹ “A antiquíssima prática de auferir lucros comerciais sobre a forma de comprar barato e vender caro não é, nestas explicações, fundamentalmente diferente da troca e da acumulação capitalista através da apropriação da mais-valia”. (WOOD, Ellen Meiksins. *A origem do capitalismo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: ed. Jorge Zahar, 2001. p. 23).

Todavia, quando se está falando da influência do mercantilismo no sistema de punição americano, não se discute pena e sim o trabalho como elemento da pena. Este não-necessariamente precisaria ser obrigatório. O trabalho do condenado, como se verá, tem, no sistema auburniano e na nascente sociedade capitalista americana, fundo ideológico.

Percebe-se que convivem, na pena privativa de liberdade, duas concepções ideológicas bastante distintas sobre o condenado. O sistema auburniano pode ser caracterizado como um sistema penal que inaugura, no cárcere, o pragmatismo da sociedade liberal.

Há o isolamento celular noturno, permitindo ao condenado, a possibilidade de, pelo arrependimento e reflexão, alcançar a emenda. Durante o dia, o condenado é obrigado a trabalhar. Na nascente sociedade liberal, o trabalho é posto como instrumento de dignificação do homem, muito instruído pelo discurso de Marx Weber. Nota-se que o sistema celular funda-se em uma questão religiosa e o auburniano, em uma questão econômica¹⁴⁰.

Todavia, afirmar ser a razão da modificação somente econômica seria pairar no superficialismo. A sociedade liberal se apóia, em parte, na ética protestante que põe, em cheque, as proposições da Igreja Católica, colocando o trabalho como elemento essencial da dignidade humana. Esse discurso, não resta dúvida, legitima o capitalismo e justifica a introdução do trabalho no ambiente carcerário.

¹⁴⁰ “O sistema celular fundamentou-se basicamente em inspiração mística e religiosa. O sistema auburniano, por sua vez, inspirou-se claramente em motivações econômicas” (BITTENCURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: ed. Saraiva, 2001. p. 80).

O homem digno era aquele que não se entregava ao ócio. A sociedade passa por um intenso processo de industrialização e o trabalho, a disciplina do trabalho é a mola propulsora desta nascente sociedade. Evidente que, dentro dessa estrutura, a aptidão e disposição para o trabalho vai ser fator crucial para reintroduzir o condenado no meio do qual fora alijado.

Justificou-se a importância do trabalho no sistema penitenciário. Obteve-se uma idéia clara do momento em que surgiu e quais foram suas condições de possibilidade. Entretanto, ainda não se fundamentou a sua obrigatoriedade.

É claro que a obrigatoriedade será analisada, considerando as três causas apontadas para o surgimento do sistema auburniano de cumprimento de pena.

Com relação às razões econômicas, parece claro que se a introdução do trabalho na penitenciária se deveu à necessidade de suprir uma carência de mão – de- obra. Não seria razoável considerar o trabalho facultativo.

Com relação a justificação ideológica, não seria possível resposta distinta. A prisão esteve, desde seu nascedouro, ligada a um projeto de transformação do indivíduo¹⁴¹. O problema, então, não é quem é o criminoso, mas no que se deve tornar.

O sistema celular ligava-se à religiosidade da sociedade medieval, o que se traduz na missão da prisão de emendar por meio da reflexão e do arrependimento. Já o sistema auburniano liga-se a nascente sociedade liberal. O homem sociável é aquele que se adequou à disciplina do trabalho.

¹⁴¹ “Minha hipótese é que a prisão esteve, desde sua origem, ligada a um projeto de transformação do indivíduo” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 14. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1979. p. 131).

Se a prisão tem como propósito a modificação do homem e se o trabalho é o elemento fundamental de inserção do indivíduo no meio social, é lógico que o trabalho seja obrigatório.

6.3 Sistemas progressivos

O sistema progressivo encontra uma série de variáveis quais sejam: inglês, irlandês. A idéia da progressividade surge no apogeu da pena privativa de liberdade ¹⁴².

Independente das vertentes do sistema progressivo que se adote, seu ponto central consistente na atribuição de benefícios àqueles que respondem, de forma satisfatória, ao <tratamento penitenciário>. O sistema progressivo de cumprimento de pena liga-se ao paradigma correcionalista da criminalidade ¹⁴³.

A progressividade diz respeito à flexibilização do rigor da disciplina imposta ao condenado. Condicioná-la a uma resposta ao <tratamento penitenciário> é afirmar ser o criminoso um diferente.

¹⁴² “O apogeu da pena privativa de liberdade coincide com o abandono dos regimes celular e auburniano e a adoção do regime progressivo” (BITTENCURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 82).

¹⁴³ A progressividade permite que aqueles que se mostram mais adaptados ao meio social alcancem, de forma mais rápida, a liberdade. Parte, portanto, do pressuposto de que o cárcere tem o condão de recuperar o condenado. Aquele que precisa ser recuperado é porque possuía algum desvio, causa de seu crime. A progressividade trabalha com a idéia de causalidade, como explicação para ocorrência da prática do delito. É, portanto, ligado ao fundamento da Escola Positivista. A organização de nossos regimes penitenciários trabalha com a idéia de progressiva integração do condenado à sociedade. Assim o faz organizando-se em níveis distintos de disciplina e proximidade com o meio social.

O sistema progressivo inglês também foi denominado de *Mark System*¹⁴⁴.

A liberação do condenado estava condicionada a um acúmulo de determinados vales que eram conferidos na medida que verificada efetiva resposta ao tratamento penitenciário. A quantidade de vales, necessários para a antecipação de um estado de liberdade, era proporcional à gravidade do delito, causa da imposição da pena privativa de liberdade. Por meio do trabalho e do bom comportamento, o condenado determinava a pena que ainda deveria cumprir¹⁴⁵.

O ponto central seria inculcar no cidadão-delinquente o hábito que lhe permitisse, em liberdade, dedicar-se a uma atividade lícita, além de incentivar a criação de senso de responsabilidade. Essa possibilidade era aferida por meio do bom comportamento e do trabalho. Busca-se, com o sistema progressivo de cumprimento de pena, estimular a modificação da postura subjetiva do condenado, fazendo-o repensar seus princípios de vida. A idéia de progressividade, desta forma tratada, mostra que o condenado é concebido como um indivíduo distinto dos livres.

Essa visão não se restringe à história de nosso sistema penitenciário, encontrando eco em nossos tribunais na atualidade. Jurisprudência, abaixo transcrita, corrobora nosso posicionamento:

¹⁴⁴ “Esse sistema foi denominado pelos ingleses sistema progressivo ou *mark system* (sistema de vales). Consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado. Referida soma era representada por certo número de marcas ou vales, de maneira que a quantidade de vales que cada condenado necessitava obter antes de cada liberação deveria ser proporcional à gravidade do delito. Diariamente, segundo a quantidade de trabalho produzido, creditava-se-lhe uma ou várias marcas, deduzidos os suplementos de alimentação ou de outros fatores” (BITTENCURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 84).

¹⁴⁵ “A duração da condenação determinava-se pela gravidade do delito, pelo aproveitamento do trabalho e pela boa conduta de apenado. Era o início de uma certa forma, da condenação indeterminada, pois a duração da pena dependia fundamentalmente da conduta do condenado na prisão” (BITTENCURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 84).

TJMG: O Sistema brasileiro, no que tange ao regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, é o progressivo, grande arma para o executor das reprimendas, pois a gradual liberdade passa a ser uma conquista do condenado que, por ela estimulado, desenvolve esforço pessoal para ter um bom comportamento carcerário e adquirir novos princípios de vida com reflexos sociais em sua conduta posterior à prisão.¹⁴⁶

No entendimento jurisprudencial, acima transcrito, fica cristalizado todo o afirmado acerca do sistema progressivo. Busca-se uma modificação da postura interior do condenado, levando à conclusão de que o crime tem como causa uma deficiência moral. O trabalho, inserido no sistema progressivo, é, ao mesmo tempo, um indicativo da integração social do condenado, “medida profilática” capaz de moralizá-lo.

A atividade laborial, analisada dentro de um sistema progressivo, reforça a concepção idealista do trabalho e a sua obrigatoriedade como um dever de emendar-se. Se o trabalho é a pedra angular do <tratamento penitenciário> e o cidadão-criminoso um diferente, o labor assume as vezes de “medida profilática”.

O trabalho, portanto, também no sistema progressivo de cumprimento de pena, é concebido como um instrumento de integração harmônica ao meio social na medida que hábil à recuperação do condenado, moralizando-o.

Nunca é demais se lembrar das conclusões advindas do conceito analítico de crime. Criminoso é aquele que não compartilha da moralidade social, pois, embora a conheça e dela compartilhe, toma conduta contrária.

Se a opção idealista do sistema auburniano, acerca do trabalho do condenado, não está clara, podendo ligar-se à corrente humanitária, quando se

¹⁴⁶ Trecho de Voto da Desembargadora Jane Silva nos Embargos Infringentes n. 305.168-7/001, julgado em 26/08/2003.

estuda o sistema progressivo – qualquer de suas vertentes – a dúvida se dissipa. A própria idéia de progressividade converge para o correcionalismo, levando a consideração do trabalho como medida profilática, tendente a moralizar o condenado.

VII REGIMES PRISIONAIS E OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO DO CONDENADO

Os regimes prisionais encontram-se disciplinados tanto em nosso código penal quanto na lei de execução penal. Correlacioná-los com a obrigatoriedade do trabalho do condenado implica, portanto, a análise dos diplomas legais mencionados.

O código penal adotou o sistema progressivo irlandês de cumprimento de pena. Estabeleceu sua sistematização por meio de três regimes: fechado, semi-aberto e aberto. A liberdade condicional não constitui um regime de cumprimento de pena¹⁴⁷.

Recente modificação no disposto no artigo 52 e 53 da lei de execução penal, promovida pela Lei n. 10.792 de dezembro de 2003, institui, como resposta à crescente onda de criminalidade, o regime disciplinar diferenciado¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Luiz Regis Prado define: “O livramento condicional consiste na liberação do condenado após o cumprimento de parte da sanção penal aplicada em estabelecimento penal, desde que cumpridamente observados os pressupostos que regem a sua concessão e sob certas condições previamente estipuladas. Como bem se destaca, o livramento – diversamente do propugnado por parte da doutrina – não se trata de libertação antecipada, mas de um estágio do sistema penitenciário, que importa na progressiva adaptação do condenado a uma existência dentro do direito e termina por esse momento de passagem entre a prisão e a liberdade.” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 568-569.

¹⁴⁸ A lei 10.792/2003 promoveu modificação da lei de execução penal modificando os artigos 52 e 53. O art. 52 dispõe: “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo de sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I – duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada; II – recolhimento em cela individual; III – Visita semanal de duas pessoas em contar as crianças, com duração de (duas) horas; IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol; Parágrafo 1º - O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar os presos provisórios os condenados, nacionais ou estrangeiros que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento

Ver-se-á que o trabalho, na medida que obrigatório, funciona como uma necessidade de reafirmação *ethos* da sociedade liberal¹⁴⁹ ao mesmo tempo em que, nos regimes prisionais, percebe-se a influência das idéias catolicistas que remontam ao ideário medieval.

Nossa prisão é, como já indicado, e agora demonstrado, um misto da ética protestante e da católica. O embate ocorrido no período da ilustração ainda está vivo em nossa sociedade e isso é bem percebido na forma como que hoje se concebe o condenado e o próprio crime.

O universo do cárcere acaba por ser um indicativo da forma com que o homem, em determinada sociedade, é percebido. A dualidade das concepções, em uma mesma época, é prova de que, quando se trata da história do pensamento, não é possível traçar uma fronteira bem definida. Não se pode trabalhar com o conceito de extinção, mas de predominância e fluidez.

Dentro do acima exposto, indispensável é identificar, nos regimes prisionais, as correntes elencadas e buscar uma sistematização do trabalho e de sua obrigatoriedade dentro da disciplina da lei de execuções penais e do próprio código penal. Evidente que não se busca uma mera explanação acerca do tratamento dado ao trabalho, mas se procura a ideologia, fundamento da disciplina do labor

penal ou da sociedade; Parágrafo 2º - Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.” O artigo 53 da lei de execução penal foi modificado, ainda em relação ao regime disciplinar diferenciado, possuindo um inciso V que prevê o regime disciplinar diferenciado como um sanção disciplinar. “ Constituem sanções disciplinares: V inclusão no regime disciplinar diferenciado”.

¹⁴⁹ “Ganhar dinheiro dentro da ordem econômica moderna é, enquanto for feito legalmente, o resultado e a expressão de virtude e de eficiência em uma vocação; e estas virtude e eficiência são, como não é difícil de se ver agora, os verdadeiros alfa e ômega da ética de Franklin, tal como é expressa nas passagens que citamos assim como, sem exceção, em todos seus trabalhos” (WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 10. ed. São Paulo: ed. Pioneira, 1996. p. 33).

penitenciário. Esse conteúdo ideológico materializa-se no caráter obrigatório do trabalho do condenado.

7.1 Regime fechado

O regime fechado é o mais gravoso dentre os três regimes de cumprimento de pena, conhecidos por nosso código penal. Os condenados, a ele sujeitos, devem ser recolhidos em penitenciária que pode ser dotada de segurança máxima ou média (art. 33, §1º, a do CPB)¹⁵⁰.

O regime fechado caracteriza-se por uma disciplina rígida e pela limitação de atividades em comum. O preso é confinado a uma cela individual no período noturno e trabalho coletivo no período diurno por um tempo compreendido entre seis e oito horas diárias. O trabalho externo é vedado, salvo em obras ou serviços públicos¹⁵¹.

Nos trinta primeiros dias de reclusão, submete-se o condenado a um período de isolamento absoluto por um prazo não superior a 30 dias. Esse lapso

¹⁵⁰ “Dessa maneira, a primeira característica diz respeito à natureza do estabelecimento prisional, definido pela segurança de que se reveste, pois no regime fechado a pena é executada em edifício de segurança máxima ou média, denominando na Lei de Execução Penal como penitenciária, art. 87, e caracterizada por ter cela individual, dotada de salubridade e área mínima de seis metros quadrados.” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15).

¹⁵¹ Deve o condenado trabalhar durante o dia, de conformidade com suas aptidões e ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução. Caracteriza-se o regime fechado a maior preocupação com a segurança e disciplina, pois a segurança média ou máxima não conta com o senso de responsabilidade do condenado para impedir a fuga, permitindo-se, tão-só, o trabalho externo em serviços e obras públicas. O contato com o mundo externo, destarte, é reduzido a essa possibilidade de trabalho, sob vigilância, além das hipóteses excepcionais da permissão de saída em caso de falecimento ou doença grave de cônjuge, ascendente ou descendente e se houver necessidade de tratamento em decorrência de doença grave.” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15).

temporal se destina a possibilitar a realização do exame criminológico cuja função é individualizar o “tratamento penitenciário” a ser aplicado ao condenado¹⁵².

As influências religiosas são bastante visíveis em nosso regime fechado de cumprimento de pena privativa de liberdade. A disciplina do condenado é comprovação do afirmado. Durante a noite, o condenado é confinado em um isolamento celular e, durante o dia, pode desenvolver, em conjunto, atividade laborial ou freqüentar cursos no interior do presídio, ressalvada a limitada e já mencionada possibilidade de trabalho externo.

Na disciplina do regime fechado, é possível perceber dois momentos distintos: repouso noturno e trabalho diurno. Cada um dos momentos, já mencionados, traz um significado distinto, todavia, ambos com inclinações religiosas.

7.1.1 Isolamento celular noturno

A origem do isolamento celular, no regime fechado de cumprimento de pena, se encontra nas prisões eclesiásticas. O período noturno é reservado à possibilidade de o condenado refletir sobre a falta que o levara ao cárcere.

Não é mais possível pensar em um isolamento celular contínuo como se, desprezando o sistema auburniano, se pudesse regressar ao filadélfico¹⁵³. O

¹⁵² A necessidade de exame criminológico, em que pesem as modificações operadas pela Lei 10.792/2003, ainda persistem. É que, com a nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, desapareceu a exigência, para concessão de progressão de regime, de parecer da Comissão Técnica de Classificação e exame criminológico – quando se fazia necessário. Não está, todavia, autorizada a conclusão de que se tenha revogado o art. 8º da Lei de Execução Penal, pois suas finalidades são distintas.

¹⁵³ Acerca da possibilidade de isolamento celular contínuo, recentemente foi introduzido, através de alterações nos artigos 52 e 53 da Lei de Execução Penal, pela Lei 10792/2003, o Regime Disciplinar Diferenciado. Permite ao Estado isolar o preso, por um prazo não superior a 360 dias, em um

isolamento celular contínuo nega os fins da execução penal, pois deteriora a personalidade do condenado, tanto em seu aspecto físico quanto psicológico. Pensá-lo, na atualidade, implica uma grave violação ao princípio da humanidade¹⁵⁴.

Impossível não perceber a influência católica. O espaço noturno somente pode ser reservado à reflexão acerca do dano causado pela prática do crime, se rememorados os exemplos das prisões eclesiásticas. O estudo dos sistemas penitenciários pode autorizar a conclusão de que o progressivo incorpora o auburniano, especificamente dentro do regime fechado. O sistema auburniano, por sua vez, possui, em sua estrutura, o isolamento celular.

O raciocínio, posto no parágrafo anterior, evidencia que a idéia de progressividade, por ser a tônica do mais recente dos sistemas penitenciários, não impede que ainda se identifiquem princípios atribuídos a sistemas penitenciários já <sepultados>.

Se o isolamento noturno remonta ao sistema celular, é porque subsiste a confusão entre crime e pecado. O criminoso era tratado como um pecador e degenerado moral. Pecador porque o isolamento propiciava o arrependimento por

<regime celular>. As regras do Regime Disciplinar Diferenciado será oportunamente estudado, evidentemente, em sua correlação – ou inexistência de – com o trabalho do condenado.

¹⁵⁴ O Direito Penitenciário Italiano admite o isolamento contínuo em certos casos específicos. Mario Canepa e Sérgio Merlo, sobre o assunto, assim dissertam: “È fatto oggetto di specifiche limitazioni poiché l’esperienza há dimostrato i deleteri effetti che esso produce sulla psiche e sul fisico delle persone costrette a subirlo. È ammesso soltanto in tre casi (art. 33 O P): 1)- quando è prescritto per ragioni sanitarie, In questo caso il soggetto deve essere isolato, per disposizione del medico dell’ istituto, in un reparto di infermeria nel quale possano essergli prestate le necessarie cure; 2)- durante l’ esecuzione della sanzione disciplinare della esclusione dalle attività in comune. Si tratta della più grave della sanzioni che possono essere inflitte ad un detenuto (per la durata massima di quindici giorno); 3)- nei confronti degli imputati durante l’instruttoria e per gli arrestati nel procedimento di prevenzione, se e fino a quando ciò sia ritenuto necessario dall’autorità giudiziaria. In questo caso, rilevano soltanto esigenze di carattere processuale e di cautela per il pericolo di inquinamento della prova. Si osservi che l’isolamento deve essere espressamente disposto, in un provvedimento, dal giudice procedente. È pertanto assolutamente illegittima la prassi di collocare l’imputato in isolamento senza una specifica disposizione dell’autorità giudiziaria riguardante la singola persona” (*Manuale di diritto penitenziario*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 106-107).

meio da reflexão – profilaxia reservada aos religiosos; degenerados morais porque seu convívio com os demais internos era vedado por questão de higiene moral, tendente a evitar a promiscuidade.

O isolamento celular não pode mais servir para neutralizar a promiscuidade, supostamente advinda do convívio dos condenados, pois se assim não o fosse, não seria possível admitir o trabalho em conjunto sem nem mesmo se fazer a limitação do silêncio. Portanto, serviria o isolamento celular a possibilitar ao condenado um tempo de reflexão.

Poder-se-ia argumentar que o isolamento celular não mais pode ser visto como uma medida de cunho religioso. Teria o condão de preservar a individualidade do condenado, sendo corolário do princípio da humanidade¹⁵⁵. Esse argumento não merece prosperar, porque se assim o fosse, não haveria a previsão de alojamentos coletivos – como será demonstrado – para aqueles sujeitos ao regime semi-aberto de cumprimento de pena, posto ser menos rigoroso. É importante lembrar que, num sistema progressivo, o condenado sai de uma situação mais gravosa, caminhando para a conquista da liberdade.

Seria ilógico dizer que o isolamento celular presta homenagem ao princípio da humanidade, sendo um direito do condenado submetido ao regime

¹⁵⁵ Nossos tribunais tentam conferir ao isolamento celular noturno a característica de expressão do princípio da humanidade da pena. O Desembargador Kelsen Carneiro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu: “Do mesmo modo a continuidade do cumprimento integral em regime fechado também não ofende ao princípio da humanidade da pena, pois o condenado por crime hediondo tem o direito aos benefícios prisionais próprios do regime fechado (isolamento celular durante o repouso noturno, a atribuição de trabalho de acordo com as aptidões ou ocupações anteriores, o trabalho em serviços ou obras públicas – extramuros – e as permissões de saídas), tendo, ainda, direito ao livramento condicional desde que cumprido 2/3 da pena e não seja reincidente específico.” (Trecho de Voto do Desembargador Kelsen Carneiro nos Embargos Infringentes n. 253.232-3/001, julgado no dia 26/08/2003).

fechado, se o sujeito ao regime semi-aberto não possui uma cela própria para seu repouso noturno.

A reintegração harmônica do condenado é – aqui confirmado pelo isolamento celular noturno – uma atividade de moralização. Isso obrigatoriamente leva a conclusão de que a religião possui muita influência na execução penal, porque ainda não foi possível fundar a moral em outro aspecto senão o religioso. Um dos maiores desafios, ainda não superados, do iluminismo, é embasar a moral em campo descomprometido com o religioso.¹⁵⁶

Seria muito mais correto compreender o isolamento celular como um resguardo do direito à intimidade. Todavia, pelo já exposto, esta não é a conclusão que se pode depreender da sistematização de nossa execução penal.

Entender o espírito do ordenamento penitenciário – como aqui tentado – é importante para compreender a obrigatoriedade do trabalho do condenado. A influência religiosa, atribuída ao isolamento celular noturno do regime fechado, sinaliza que a sistemática do trabalho do condenado indica a mesma ordem de influência, o que colocaria em cheque, como será demonstrado, sua obrigatoriedade.

7.1.2 Trabalho do regime fechado

O trabalho, no regime fechado de cumprimento de pena, pode ser interno ou externo. Ambos representam uma relação de progressividade, tendente à integração harmônica do condenado no meio social. O primeiro é desenvolvido dentro do ambiente carcerário e o segundo mantendo o condenado em contato direto com a sociedade.

Independente da modalidade de trabalho, durante o dia¹⁵⁷, o condenado exercerá atividade laborial com uma carga horária diária que varia de 6 a 8 horas, permitindo-se a designação de horário de trabalho especial, em conformidade com o artigo 33 da lei de execução penal¹⁵⁸. O trabalho deve ser determinado pela administração penitenciária, tendo em vista as aptidões do condenado¹⁵⁹.

A atividade laborial será desenvolvida em conjunto, não subsistindo, evidentemente, a lei do silêncio, reservado ao sistema auburniano de cumprimento de pena.

¹⁵⁶ Sobre o assunto ler: *Fundar a moral*: diálogo de Mêncio com um filósofo das luzes. Trad. Maria da Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial. 2001.

¹⁵⁷ O trabalho externo, tanto no regime fechado, quando no regime semi-aberto deverá ser somente o diurno. Quanto ao trabalho externo do regime fechado dúvida não há, pois o período noturno é reservado ao isolamento celular. Todavia, em relação ao trabalho externo do regime semi-aberto, há um silêncio de nossa legislação. O artigo 35 parágrafo 2º do Código Penal simplesmente prevê a possibilidade ampliada – em relação ao regime fechado – de trabalho externo, freqüência a cursos profissionalizantes, supletivos, de instrução de segundo grau ou superior. Não há nenhuma especificação acerca do horário que a atividade laborial pode ser realizada. Opinando acerca da controvérsia, assim já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “No tocante à autorização para o preso trabalhar extramuros, no período noturno, por já estar laborando neste horário, verifica-se que não há previsão legal quanto a esta regalia. Ao contrário, vê-se do art. 35 parágrafo 1º, do CP – que estabelece as regras do regime semi-aberto – que o condenado ficará sujeito ao trabalho no período diurno. Embora o parágrafo 2º, que admite o trabalho externo, não se refira, expressamente, ao período da jornada laboral, aplica-se a ele o disposto no parágrafo 1º, ou seja, o trabalho será realizado durante o dia, com o recolhimento noturno do liberado. Ademais, o art. 36 do CP – que trata das regras do regime aberto – ao dispor que o condenado sob este regime será recolhido à noite, impede, obviamente, que o condenado sob o regime semi-aberto, portanto mais gravoso, tenha a regalia de recolher-se de dia.” (Trecho de voto proferido Des.Rel. Mercêdo Moreira nos autos do agravo em execução n. 252.998-0 publicado em 08/05/2002)

¹⁵⁸ “A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis), nem superior a 8 (oito) horas com descanso nos domingos e feriados. Parágrafo Único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal” (art. 33 da Lei 7.210/1984). A consideração da jornada de trabalho é de especial importância para a consideração da remição. Não serão considerados para efeito de remição os dias em que não tiver sido respeitada a jornada de trabalho. Assim já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “De igual forma, somente pode ser considerado para fins de remição, os dias em que o condenado desempenhar sua atividade laborial durante a jornada completa de trabalho, que não poderá ser inferior a seis nem superior a oito horas, isso para que não fique ao alvedrio o condenado trabalhar quando e quantas horas quiser, obtendo a remição pela soma dos dias e horas trabalhadas, o que vai de encontro as regras de disciplina, obediência, assiduidade, constância e fiscalização, que devem ser observadas” (Trecho de voto do Des. Rel. Mercêdo Moreira no Agravo em Execução n. 217.828/3 publicado no dia 07/11/2001).

¹⁵⁹ “O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de sua obrigação e capacidade” (art. 31 da Lei 7.210/1984).

O trabalho externo, no regime fechado, é bastante restrito. Somente será permitido se executado em obras ou serviços públicos. Ainda assim é possível realizar uma subdivisão das modalidades de trabalhos externos: executados para órgãos da administração pública e a entidades privadas que estejam realizando serviço ou obra pública¹⁶⁰.

Para que o condenado alcance a possibilidade de executar o trabalho extramuros, é necessário que preencha, estando ou não em regime fechado, requisitos objetivos e subjetivos. São eles: cumprimento de 1/6 da pena e comprovação de disciplina, aptidão e responsabilidade - art. 37 da Lei 7.210/84¹⁶¹.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu que a inexistência de obras públicas e de escolta não pode impedir, desde que preenchidos requisitos objetivos e subjetivos, a concessão do benefício do trabalho externo. Nesse sentido, será permitido ao condenado, em regime fechado, o labor externo na iniciativa privada, mesmo que desligada de qualquer atividade consistente em obra ou serviço público¹⁶². A literalidade da lei deve ceder face à finalidade de “integração harmônica” do condenado.

¹⁶⁰ “O trabalho externo será admitido para os presos em regime fechado somente em obras ou serviços públicos realizados por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas (mediante consentimento do preso), desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 36 da LEP)”. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral art. 1º a 120. Vol I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 466).

¹⁶¹ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu: “A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva. Assim a autorização para o trabalho externo só poderá ser concedida após o cumprimento de 1/6 de pena imposta, *ex vi* do art. 37 da Lei 7.210/84. Em se tratando de autorização para o trabalho externo, se não houver entendimento comum entre os que cuidam da justiça e da execução, deverá prevalecer o ordenamento legal, imperando o cumprimento do estágio probatório que a nova Lei determina” (RT 619/344).

¹⁶² “De outra parte, a inexistência de obras públicas no município em que cumpre a pena e a impossibilidade de escolta do preso durante a sua saída para o trabalho externo não pode ser entrave para a concessão do benefício, que tem por objetivo a sua ressocialização” (Trecho de Voto do Desembargador José Antônio Baía Borges nos autos do Agravo em Execução n. 339.661-1, julgado em 07/08/2003 e com acórdão publicado no dia 04/09/2003).

O trabalho externo – e também o interno – são, dentro da idéia de progressividade, etapas tendentes à integração do condenado ao meio social. Poder-se-ia questionar se o labor externo seria mero fator de minoração da afluência, própria do regime fechado de cumprimento de pena. A sistematização de nossa legislação desmente esta opção.

O trabalho externo, no regime fechado – e também no semi-aberto – somente pode ser concedido pelo diretor da penitenciária se cumprida 1/6 da pena imposta, além da demonstração, por parte do condenado, de aptidão, disciplina e responsabilidade.

A imposição de um limite temporal (objetivo) somente faz sentido se autorizada a conclusão de que a lei de execução penal presume que aquele condenado ao regime fechado não possui aptidão, disciplina e responsabilidade que lhe permita executar o trabalho externo, mesmo dentro das regras específicas, reservadas a esse regime.

Seria, então, o tratamento penitenciário o responsável por despertar, no condenado, as características necessárias – aptidão, disciplina e responsabilidade -, em um prazo mínimo não inferior a 1/6 da pena imposta, para gozar o direito ao trabalho externo no regime fechado. Conhecendo as regras deste regime, sabe-se que o <tratamento>, reservado ao condenado, consiste na reflexão noturna, e no trabalho interno durante o período diurno.

Conclui-se que o trabalho interno, somado ao isolamento noturno, possui a qualidade de modificar o condenado, tornando-o dotado de aptidão, disciplina e responsabilidade. Portanto, o período de 1/6 da pena imposta – requisito objetivo da concessão do trabalho externo – não é mero “estágio probatório”. Compreender de

forma diversa é afirmar que a execução penal negou a idéia de tratamento penitenciário. O trabalho, mais uma vez se confirma, assume uma função profilática, corroborando a concepção ideológica.

É possível subdividir o trabalho externo em duas modalidades: executados a órgãos da administração pública e às entidades privadas que estejam realizando serviço ou obra pública.

A primeira modalidade de trabalho externo segue a regra, posto que o labor seja obrigatório. Somente na segunda, o trabalho transforma-se em facultativo. A justificativa de tal distinção está na preocupação do legislador em não deixar o trabalho do condenado, por ser mais barato, transformar-se em instrumento de acumulação de capital por empresas privadas que, obviamente, dirigem suas atividades para o lucro¹⁶³.

Por ser facultativa, esta modalidade de trabalho externo está alheia ao objeto da presente dissertação. Todavia, é de fundamental importância porque vem a denunciar, mais uma vez, o afastamento da concepção materialista-histórica do

¹⁶³ “Evita-se que preso se veja obrigado ao trabalho para a entidade que tem, precipuamente, o intuito de lucro, com a utilização inclusive do trabalho prisional, o que poderia ser visto por ele como tendo um sentido de exploração econômica. A concordância do preso para esse trabalho para empresa privada elimina, ao menos em parte, essa característica em relação ao preso que o aceita” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à lei n. 7210, de 11/07/84*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 118). Evidente que não retira o caráter de exploração de mão de obra barata o condicionamento do trabalho externo em empresas privadas ao consentimento do condenado. Se o condenado deseja trabalhar, suas oportunidades serão poucas. Tendo a oportunidade de laborar em uma empresa privada é evidente que não recusará, pois esta será a única forma de obter o benefício da remissão. O raciocínio exposto por Júlio Mirabete só teria aceitação se houvesse uma grande escala de oferta de trabalho interno e externo em órgão da administração direta ou indireta. O ponto que eliminaria completamente a possibilidade de exploração do trabalho do condenado como mão-de-obra barata seria a equiparação de sua remuneração ao salário mínimo. Esta é, inclusive, a sugestão de Romagem Badaró que assim dispõe no art. 3º do Anteprojeto do Código Brasileiro do Trabalho Penitenciário: “Para Fins de salário, O Trabalhador-Penitenciário, equiparar-se-á ao profissional, trabalhador livre, da mesma profissão ou que realize tarefa equivalente, na forma prescrita pela Lei Trabalhista comum, e com salário mínimo equivalente, ao determinado pela consolidação das leis do trabalho, de acordo com cada região” (BADARÓ, Romagem. *Código*

trabalho em nossa execução penal. O labor penitenciário, pelo menos dentro da sistemática de nosso ordenamento, não possui a mera função de manter um exército de mão-de-obra destinado a levar o preço da força de trabalho a um nível que continue a permitir a acumulação de capital.

7.1.3 Obrigatoriedade do trabalho no regime fechado

O fundo religioso da pena privativa de liberdade é também sentido na instrumentalização de sua imposição. Aqui, interessa-nos o regime fechado.

A inspiração religiosa é sentida, à primeira vista, por meio do isolamento celular noturno. Busca-se transformar o homem por meio da reflexão acerca de sua falta cometida.

É essa necessidade e imposição de transformação do homem é que, quando imperativa, permite argüir sua inconstitucionalidade, como mais a frente demonstrado. A identidade constitucional do sujeito é construída, a todo tempo, não permitindo a consideração de conceitos fechados acerca do crime e mesmo do criminoso.

É evidente que a idéia de crime, como uma violação a uma moralidade social, é absolutamente mutável. Não é possível construir a definição de crime natural. Como crime e criminoso são dois conceitos que mantêm estreita relação, conclui-se também não ser possível chegar a uma conceituação fechada de criminoso

Tendo em vista esta fluidez de conceitos, não parece apropriado pretender impor uma modificação de comportamento por meio da interiorização de uma certa ordem axiológica, própria de uma estrutura social ou meramente estatal.

A mesma argumentação é válida para desautorizar a obrigatoriedade do trabalho do condenado. O trabalho, no cárcere, é tido como uma atividade moralizante. A contraposição com a definição de delinqüente, obtida por meio do conceito analítico de crime, reforça a conclusão. O trabalho pretende modificar o condenado na medida que o educa.

Críticas podem ser feitas. Todavia, é necessário compreender a lógica daquilo que se critica. Para questionar a legitimidade do sistema penal, é imperioso conhecê-lo. Não desprezar, por acreditar estar incorreta, uma visão do sistema penal que parece ainda não ter passado do período da ilustração.

Convive-se ainda com concepções que são medievais e outras que se ligam ao movimento da reforma. O trabalho, conforme percebido na sistemática da execução penal, até o presente momento estudado, liga-se a idéias religiosas, afastando-se do racional. Destina-se a moralizar o homem que se mostrou arreado ao *ethos*.

É necessário trabalhar com a lógica da execução penal, o que não significa aceitá-la. Compreendê-la é base de qualquer pesquisa séria acerca de qualquer assunto relacionado à execução penal. É preliminar de qualquer estudo, desvendar o discurso que justifica seu objeto. Caso contrário, está-se edificando sobre o vazio.

Ao identificar o discurso que legitima o trabalho do condenado, verifica-se que sua obrigatoriedade é absolutamente inconstitucional. O labor é tido como uma atividade moralizante. Não é possível chegar a outra conclusão face à relação de dualidade verificada entre o trabalho externo e interno e os requisitos subjetivos que devem ser observados para efeito de concessão do trabalho externo ainda em regime fechado de cumprimento de pena.

7.2 Regime semi-aberto

O regime semi-aberto representa uma etapa menos gravosa em comparação com o regime fechado de cumprimento de pena. Não mais há a imposição de um isolamento celular noturno, podendo o condenado recolher-se em alojamentos coletivos. Há uma verdadeira flexibilização na segurança do estabelecimento prisional.¹⁶⁴ Deverá ser executado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

Uma análise do art. 92 da Lei de Execução Penal permite a conclusão de que se é possível o alojamento coletivo no regime semi-aberto de cumprimento de pena. Esta é a confirmação do que se falou anteriormente: O isolamento celular noturno, pela sistemática, dada pela lei de execução penal, não pode ser compreendido, embora devesse sê-lo, como uma homenagem prestada ao princípio da humanidade e individualidade. É que, se assim o fosse, não haveria lógica em não prevê-lo para os condenados submetidos ao regime semi-aberto.

¹⁶⁴ “No regime semi-aberto as preocupações com a segurança são menores que no fechado. Segundo Calón, nas prisões de segurança média não existem os meios de segurança das prisões de máxima segurança. As celas não são de aço e são exteriores, havendo em muitas prisões de

Mirabete diz não ser mais necessário, no regime semi-aberto, o isolamento celular, pois as “depravações morais”, homossexualismo, violência sexual, não se mostram tão freqüentes, ao contrário do regime fechado de cumprimento de pena.¹⁶⁵ Evidente que a asseveração, aqui posta, somente tem cabimento na lógica que fundamenta a lei de execução penal.

Nota-se, confirmando o já asseverado no tópico anterior, que a necessidade de um isolamento celular noturno possui um caráter prioritariamente profilático, partindo da idéia inicial de que o condenado é um indivíduo moralmente pouco evoluído.

Esse posicionamento não se sustenta face à constatação da seletividade do sistema penal e da diluição do fenômeno da criminalidade. Fica evidente que, se a moralidade no cárcere não se mostra adequada aos padrões do meio social, isso não se deve à pessoa do condenado, mas à cultura do ambiente carcerário.

O isolamento celular, verificado no regime semi-aberto de cumprimento de pena, somente vai ocorrer para fins de classificação do condenado. Evidentemente que isso não se aplica aos condenados advindos do regime fechado que já foram submetidos à classificação. Somente seria possível para aqueles que tiveram a fixação do regime inicial do cumprimento de sua pena no regime semi-aberto¹⁶⁶.

segurança média dormitórios comunitários e as portas e grades são de menor solidez.” (ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993. p. 107).

¹⁶⁵“Como exceção à regra básica das celas individuais, prevê a lei que as colônias contenham, facultativamente, compartimento coletivo para alojamento dos condenados. Já não há mais necessidade, na hipótese do regime semi-aberto, das precauções de segurança quanto ao homossexualismo ou a violência sexual própria dos presos de periculosidade elevada e de menor adaptabilidade à execução penal.” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à lei n. 7210, de 11/07/84*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 245).

¹⁶⁶ Não haveria impedimento para a realização do exame criminológico nos condenados que tiveram regressão de regime vindo a ser submetidos ao regime semi-aberto de cumprimento de pena. É que o condenado ao regime aberto de cumprimento de pena não passa pelo exame criminológico.

A importância do trabalho, na execução penal, pode ainda mais ser percebida no regime semi-aberto. O estabelecimento prisional, destinado ao condenado submetido ao regime semi-aberto, vai variar de acordo com a natureza do trabalho a ser desenvolvido, podendo ser: colônia agrícola, estabelecimento industrial ou similares. O trabalho externo já não encontra as vedações próprias do regime fechado de cumprimento de pena.

7.2.1 Colônia agrícola

Nas colônias agrícolas, objetiva-se formar e capacitar o condenado para o trabalho agrícola. Deve ser um estabelecimento dotado de equipamentos modernos para possibilitar uma produção agrícola sustentável e rentável. Ao mesmo tempo em que propicie ao condenado contato com um labor que não tivera a oportunidade de conhecer¹⁶⁷.

Importante constatar que a opção entre colônia agrícola ou industrial deve pautar-se unicamente pelo critério aptidão do condenado. Todavia, o investimento no trabalho agrícola é mais vantajoso. Uma assistência ao egresso, fora dos centros urbanos, é visivelmente mais fácil.

Certamente, o investimento no trabalho agrícola não vai determinar que o condenado não mais venha a cometer uma conduta delitiva. Trabalha-se com o conceito de “condição de possibilidade”, o que, incontestavelmente, impede qualquer estabelecimento de uma relação de causa e efeito.

¹⁶⁷ “A colônia agrícola, além dos requisitos previstos nos art. 83 e 88 da LEP, deverá possuir oficinas e máquinas agrícolas, com área para cultura e pecuária, para a produção e formação profissional do condenado” (ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. Rio de Janeiro: AIDE, 1993. p. 109).

Ademais, o trabalho agrícola deve ser privilegiado porque a estatística da criminalidade dos grandes centros urbanos informa que o inchaço populacional é uma das grandes causas de conflitos social-urbanos. O processo de urbanização do Brasil provocou um esvaziamento do campo a partir de um deslocamento da população para as cidades que não possuíam infra-estrutura para acolhê-la¹⁶⁸.

Percebe-se que o trabalho do condenado se liga a um estilo de vida a ser levada pelo egresso quando da extinção da pretensão executória pelo cumprimento da pena. Verifica-se mais um argumento contrário à obrigatoriedade do trabalho do condenado. Nenhuma forma de libertação pode advir de uma imposição.

Não está impedida a consideração da necessidade de priorizar, respeitadas as aptidões do condenado, a colônia agrícola. Trata-se de uma lícita postura, sintoma de uma responsável política. Todavia, impô-la a torna ilegítima, pois interfere na esfera de individualidade do condenado.

Desde que se conheceu o Estado de Direito, abandonando o policial, que não se pode mais pensar o condenado como mero objeto da execução penal. O processo de integração harmônica não pode encontrar, no condenado, um ser passivo.

Determinar qual o estabelecimento penal deve acolher o condenado, quando do regime semi-aberto, é uma tarefa do exame criminológico. Novamente se

¹⁶⁸ “No Brasil, vários processos já referidos, sobretudo o monopólio da terra e a monocultura, promovem a expulsão da população do campo. No nosso caso, as dimensões são espantosas, dada a magnitude da população e a quantidade imensa de gente que se vê compelida a transladar-se. A população urbana salta de 12,8 milhões, em 1940, para 80,5 milhões em 1980. Agora é de 110,9 milhões. A população rural perde substância porque passa, no mesmo período, de 28,3 milhões para 38,6 e é, agora, 35,8 milhões. Reduzindo-se, em números relativos, de 68,7% para 32,4% e para 24,4% do total. (...) Chegamos, assim, à loucura de ter algumas das maiores cidades do mundo, tais como São Paulo e Rio de Janeiro com o dobro da população de Paris ou Roma, mas dez vezes menos dotada de serviços

evidencia o questionamento já realizado. O trabalho, entendido como pedra angular do tratamento penitenciário, já traz uma contradição intrínseca: será que todos os condenados necessitam do trabalho para “se recuperar”? Não, há crimes que somente são praticados por aqueles que são extremamente adaptados ao mercado de trabalho como os delitos do colarinho branco? A recuperação pelo trabalho não seria uma crença de fundo eminentemente religioso?

Fica claro que as formas de trabalho possuem uma necessária gradação. Haja vista se estar tratando do sistema progressivo, especificamente o irlandês. Essa progressividade, dentro da lógica de nossa lei de execução, é dada pela diminuição da perigosidade. Possibilita um maior crédito ao condenado, permitindo a flexibilização da disciplina e uma maior proximidade do condenado com o mundo livre.

7.2.2 Colônia industrial

Os estabelecimentos industriais devem ser modernos, facilitando ao condenado um contato com equipamentos que lhe possibilitem a capacitação necessária para o mercado de trabalho¹⁶⁹.

O processo de industrialização brasileiro é relativamente recente, datado do período getulista. Quando uma sociedade passa por um processo de industrialização, a exemplo da Europa do século XVII, não resta dúvida que isso

urbanos e de oportunidades de trabalho.” (RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras. 1995. p.198-199).

¹⁶⁹ “A colônia industrial também deverá ser dotada de infra-estrutura material e técnica, com recursos humanos especializados. Além de dependências para o pessoal administrativo e de custódia, deverá haver espaço para o pessoal especializado. As oficinas industriais e profissionalizantes deverão ser modernas, para a preparação profissional do condenado que deve livrar-se de métodos antiquados de uma agricultura primitiva e anacrônica” (ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. Rio de Janeiro: AIDE, 1993. p. 109-110).

reflete diretamente na educação¹⁷⁰. Não se trata de uma força “burguesa” cujo único objetivo é manipular a massa proletária. Discute-se uma modificação da mentalidade, face à ruptura de uma estrutura social.

Parece evidente que o mesmo se verificaria no ambiente carcerário. A reintegração do condenado não poderia desprezar a assimilação do trabalho industrial. Todavia, como já se asseverou, essas duas modalidades de trabalhos do condenado devem ser pensadas, tendo em vista nossa realidade social. Permite-se a conclusão de que a melhor política seria o incentivo ao trabalho em colônias agrícolas.

Nunca se afirmou ser o trabalho ineficaz para uma recuperação do condenado. O que se questiona, na presente dissertação, é que o poder de emenda somente seria restrito a um pequeno universo em que o fator “marginalização do mercado de trabalho” é uma condição de possibilidade para a prática do delito.

Então, a obrigatoriedade do trabalho do condenado, como instrumento de um processo de integração harmônica, é um verdadeiro contra-senso. Nem todos que se encontram no cárcere, lá estão porque não tinham o hábito do trabalho. Ademais, mesmo se assim não fosse, pretender conferir a finalidade de emenda ao labor penitenciário significa legitimar uma indevida invasão da esfera de individualidade do cidadão-condenado.

¹⁷⁰ “A situação do mercado de trabalho produzia, desta forma, efeitos na educação. O ponto alto de qualquer boa educação era treinar as crianças para a indústria. Havia todos os tipos de escolas industriais, como as de tecelagem, escolas de costuras, onde as crianças não apenas eram treinadas, gratuitamente, quanto recebiam um pequeno salário pelo trabalho. Os teóricos defendiam vigorosamente o trabalho d crianças, dizendo ser o melhor caminho para mantê-las longe do mal, ao mesmo tempo em que as ensinava a ajudar os pais financeiramente. Somente algumas vozes isoladas protestavam contra os perigos físicos do trabalho precoce, apontando que as crianças estariam posteriormente incapacitadas para o trabalho, caso lograssem escapar desta situação” (Rusche, Georg. Kirchheimer, Otto. Punição e Estrutura Social. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1999.p.51)

O labor do condenado não pode representar outra coisa senão uma faculdade. Somente o exame criminológico pode dizer se o trabalho condição, para aquele caso em específico, de tornar mais difícil a reincidência.

Também é o exame criminológico que permitirá identificar se o melhor caminho para a inserção do condenado no mercado de trabalho passa por um labor agrícola ou industrial.

A escolha entre a oferta de um trabalho rural ou industrial não pode deixar de levar em consideração nossa história e realidade social. O Brasil passou por um desorientado processo de urbanização. O êxodo rural é um importante fator de elevação da criminalidade dos centros urbanos na medida que a infra-estrutura das cidades não cresceu na mesma medida que sua população.

Se fosse possível traçar uma regra geral, dir-se-ia ser recomendável o incentivo ao trabalho rural. O meio urbano não tem mais qualquer condição de acolher trabalhadores.

Privilegiar o trabalho rural é evidentemente uma tendência que deve ser confirmada ou não, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto. É, reafirma-se, o exame criminológico que dará os subsídios necessários para afirmar se o labor é fator relevante para reintegração do condenado e em qual modalidade.

7.2.3 Trabalho externo

O trabalho do condenado, em nossa disciplina, pelo já exposto, é concebido como uma medida profilática, pois se coloca com rigidez gradual. A própria sistemática do código penal acerca do trabalho do condenado, nos regimes prisionais, corrobora a tese levantada pela presente dissertação.

É necessário compreender os requisitos a serem preenchidos para a concessão do trabalho externo. O art. 37 é bastante claro em fixar requisitos subjetivos e objetivo. O último diz respeito ao cumprimento de 1/6 da pena imposta e os primeiros são: disciplina, aptidão e responsabilidade.

Quando analisado o trabalho externo, no regime fechado, ficou claro, pelo estudo dos mesmos requisitos subjetivos, que, na verdade, se está avaliando a perigosidade do condenado. Tanto que foi colacionado à presente dissertação, entendimento jurisprudencial, negando o trabalho externo ao condenado por crime hediondo por afirmar ser, *a priori*, dotado de maior perigosidade.

Há de se distinguir, para efeito de concessão do benefício do trabalho externo, o condenado sujeito ao regime semi-aberto, advindo do regime fechado; oriundo do aberto e aquele que teve seu regime inicial de cumprimento de pena fixado no semi-aberto.

Quando se fala de um condenado que logrou êxito em obter progressão de regime, vindo ao semi-aberto de cumprimento de pena, evidente que não há de se exigir o cumprimento de 1/6 da pena imposta, pois esta já foi cumprida no regime fechado¹⁷¹. O condenado, que veio ao semi-aberto regredido do aberto, não obterá o trabalho externo por inexistência de requisitos subjetivos, ficando prejudicada a análise do *quantum* da pena.

O problema se verifica quando o condenado tem o regime inicial de cumprimento de pena fixado no semi-aberto. A jurisprudência e a doutrina caminham em dois sentidos: a primeira afirma ser necessário o cumprimento de 1/6 da pena no

¹⁷¹ Súmula 40 do STJ: “Para obtenção de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.”

regime semi-aberto; já a segunda, dispensa este requisito objetivo por não haver previsão expressa e ser absolutamente contraprodutivo, tendo em vista as finalidades da própria execução penal¹⁷².

Acredita-se não merecer guarida a afirmação de que não há previsão expressa do requisito objetivo do cumprimento de 1/6 da pena para os condenados submetidos, inicialmente, ao regime semi-aberto. O art. 37 da lei de execução penal não menciona se os requisitos a serem observados para a concessão do trabalho externo são restritos ao regime semi-aberto ou fechado.

Não parece razoável acreditar que somente os requisitos subjetivos possam ter validade para o regime fechado e semi-aberto. Se não há previsão expressa para o elemento objetivo (cumprimento de 1/6 da pena imposta), também não há para os subjetivos (aptidão, responsabilidade, disciplina). Entretanto, discordar dos fundamentos não significa, necessariamente, afastar-se do resultado.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não é necessária a observância do limite de 1/6 do cumprimento da pena, quando o condenado, no semi-aberto, demonstra condições pessoais favoráveis. A necessidade de individualização da pena inspira a flexibilização do rigor legal, dando lugar à observância das condições pessoais do condenado. Jurisprudência, abaixo transcrita, corrobora o aqui exposto:

¹⁷² O STJ assim já decidiu: “Recurso ordinário em Habeas Corpus. Execução de Pena. Regime inicial Semi-aberto. Trabalho Externo. Necessidade de cumprimento de 1/6 da Pena. Art. 37 da LEP. Nos termos do disposto no art. 37 da LEP, não faz jus ao trabalho externo o sentenciado que, tendo iniciado o cumprimento da pena em regime semi-aberto, ainda não cumpriu 1/6 da pena. Recurso desprovido”. (Rel Min. José Arnaldo da Fonseca. RHC 8539/MG. DJ DATA:07/06/1999 PG:00110). Em sentido completamente oposto, já entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Trabalho Externo. Denegação, em 1ª instância. Interposição de agravo, visando à reforma da decisão. O trabalho externo nos regimes semi-aberto e aberto é disciplinado exclusivamente nos arts.

STJ: Já firmei posição no sentido de admitir o trabalho externo aos condenados ao regime semi-aberto, independente do cumprimento de 1/6 da pena – ainda mais quando constatadas condições pessoais favoráveis do agente. Incite, na hipótese, a lógica do critério da razoabilidade, que se faz necessário na adaptação das normas de execução à realidade social e à sua própria finalidade, ajustando-as ao fato concreto – daí porque o caráter programático de certas normas constantes da Lei de Execução Penal, a qual se deve atentar sempre. A individualização da solução não pode ser tida como ilegal, em atenção ao propósito final da sistemática penal. (Rel. Min. Gilson Dipp – HC 19.156/RS). No mesmo sentido HC 8725/RS, DJ de 28/06/99.

A interpretação teleológica do texto legal é sempre um avanço em matéria de hermenêutica, entretanto, não é possível furtar-se à análise de seus fundamentos.

Se o condenado já se mostra, por suas condições pessoais, apto ao trabalho externo, dispensável seria o cumprimento de 1/6 da pena. Esta conclusão reforça a tese de que a lei de execução penal entende o trabalho do condenado como medida profilática.

Quando se dispensa o cumprimento de 1/6 da pena, ao argumento de que as condições pessoais do condenado mostram ser ele apto ao trabalho externo, afirma-se que o isolamento noturno e o labor interno não são necessários para capacitá-lo à atividade laborial externa.

7.3 Regime aberto

O regime aberto é a última etapa do sistema progressivo de cumprimento de pena. Baseia-se no princípio da autodeterminação do condenado. O regime

35 e 36 da Lei n. 7.209/84 e neles não se encontra nenhuma exigência de cumprimento mínimo de 1/6 da pena do réu. Provimento do agravo.” (RJTJERGS 157/86)

aberto é cumprido em casa de albergado, caracterizada pela inexistência de qualquer obstáculo à fuga¹⁷³.

A casa de albergado é a concretização do programa de integração harmônica do condenado fora do cárcere. Somente é reservado a uma classe de condenados que apresentaria um nível de sociabilidade alto.

A casa de albergado resolve, pelo menos em parte, a incrível contradição da execução penal que é pretender integrar um condenado fora do convívio social.

A forma com que o regime aberto de cumprimento de pena disciplinou o trabalho do condenado não interessa diretamente à presente pesquisa. Como já delimitado, pretende-se estudar a obrigatoriedade do trabalho enquanto elemento da pena. Já no regime albergue, o trabalho não vem a ser elemento e sim requisito necessário à concessão do regime aberto de cumprimento da pena privativa de liberdade.

O trabalho, aqui, seria um objeto absolutamente alheio ao objeto de estudo da presente dissertação. Todavia, impossível não compreender que sua análise é também relevante para dimensionar o sentido da obrigatoriedade do trabalho do condenado.

¹⁷³ “Por derradeiro, o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36, *caput*, do CP). O cumprimento da pena privativa de liberdade é feito, em tese, na casa de albergado. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos para a fuga, devendo conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras, bem como instalações para serviços de fiscalização e orientação dos condenados (cf. arts. 94 e 95, LEP).” PRADO. Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002 P.456

7.3.1 Sentido do trabalho

O trabalho, no regime albergue, é algo completamente alheio ao ambiente carcerário. Embora estranho ao objeto do presente estudo, é evidente que, enquanto requisito para a concessão do regime albergado, não deixa de ser uma etapa gradativa do próprio trabalho do condenado.

Anteriormente, a administração penitenciária era obrigada a criar uma ocupação para o condenado que também não tinha a faculdade de manter-se na ociosidade. Agora, quando da progressão para o regime aberto, o trabalho livre é única responsabilidade do condenado, sendo que sua inércia em desenvolver atividade laborial lícita ou demonstrar a possibilidade de fazê-lo implica a impossibilidade de progressão de regime.¹⁷⁴

Não é suficiente que o condenado possa trabalhar, é preciso demonstrar idônea proposta de emprego ou capacidade de empregar-se¹⁷⁵. Uma interpretação teleológica do próprio texto legal permite a ampliação do vocábulo trabalho. Seria também admitida a progressão ao regime aberto àqueles que demonstrassem estar estudando ou comprovarem possibilidade concreta de fazê-lo. O vocábulo trabalho compreenderia também o estudo.

¹⁷⁴ O artigo 114 da Lei de Execução Penal, assim dispõe: "Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente."

¹⁷⁵ "Não basta, para a satisfação do primeiro requisito, que o condenado tenha aptidão física para o trabalho, mas exige-se a comprovação de que tenha oferta idônea de emprego. Não o preenche aquele que não demonstra a concreta possibilidade de imediata obtenção de emprego, sendo insuficiente o seu simples compromisso de comprovar, futuramente, a sua colocação profissional como empregado ou autônomo. Dada a alta incidência de vazias ou gratuitas ofertas de emprego que tema finalidade exclusiva de possibilitar a prisão albergue ao condenado, é recomendável, aliás, que a lei local estabeleça providências para a verificação de efetiva existência de emprego ou das condições para o trabalho autônomo do condenado ou que essas providências sejam tomadas pelo próprio juiz da execução". (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários a lei n. 7.210, de 11/07/84*. São Paulo: Atlas, 1993. p. 290).

O estudo como sinônimo de trabalho é questão já discutida em nossos tribunais, todavia, pelo que conhecemos, somente para efeitos de remição. Isso, por certo, não invalida a conclusão, posta no parágrafo anterior. Não é possível considerar o trabalho distinto do estudo, tanto numa quanto noutra situação, porque o estudo, assim como o trabalho, caminha em consonância com o fim máximo da execução penal.

STJ: Recurso Especial. Direito Processual Penal. Execução. Art. 126 da LEP. Remição. Tempo. Efetivo cumprimento da pena. O art. 126 da Lei de Execuções Penais, que dispõe sobre a remição, pelo trabalho, de parte do tempo de execução da pena, deve ser interpretado em consonância com a concepção teleológica do instituto, que visa à recuperação da dignidade, à reeducação e à reintegração do condenado. Sendo assim, a remição pelos dias trabalhados deve ser considerada como efetiva execução da pena restritiva de liberdade. Recurso especial conhecido e improvido. (Rel. Min. Paulo Medina. RESP 445460 / RS, DJ DJ DATA:25/08/2003 PG:00378)

Ao contrário do aqui defendido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu:

“Contudo, não é demais lembrar que a Lei de Execução Penal não previu a hipótese de remição de pena por dias de estudo, mas tão somente o fez com relação aos dias trabalhados, consoante o disposto no art. 126, parágrafo 1º, da Lei 7.210/84. Ainda que permitisse a interpretação extensiva, elastecendo o comando legal da norma para se abraçar a nova hipótese para a concessão do benefício, teria ela que definir novo critério para a remição, posto que a jornada de trabalho importa números de horas superior àqueles exigidos em escolas regulares. Tal circunstância, inobservada no caso presente, implica inadmissível descrição, em detrimento dos sentenciados que se dedicam ao efetivo trabalho (Trecho de voto do Desembargador Tibagy Salles proferido no agravo em execução n. 351.161-5/000(1), publicado no dia 19/09/2003.)

O trabalho, no regime albergado, como já afirmado, embora não interessa diretamente ao objeto do presente estudo, mostra-se relevante. Entendido dentro da lógica da progressividade, significa a fase derradeira para qual o condenado foi, nos regimes mais rigorosos, preparado.

O fio condutor que liga todos os regimes de cumprimento de pena é o trabalho – interno ou externo. O labor, concebido como pressuposto do regime aberto, evidencia-se como ápice da execução penal. O condenado é, no regime fechado e semi-aberto preparado e testado, para ser capaz de manter-se de forma digna, como se isto fosse, sempre, condição de possibilidade negativa para a prática de crimes. O crime está ligado à inexistência do hábito de trabalhar.

7.4 Obrigatoriedade do trabalho do condenado

Este momento é destinado a sintetizar as conclusões advindas da explanação dos tópicos componentes deste capítulo. Qual o sentido que se pode dar ao trabalho do condenado e, conseqüentemente, à sua obrigatoriedade.

Permitido será concluir que a disciplina do trabalho do condenado, na estrutura dos regimes prisionais, confirmou a ligação da lei de execução penal com a concepção idealista.

A forma como se disciplinam as modalidades de trabalho (interno e externo) denuncia o estabelecimento de uma relação gradual. Somente é possível a concessão de trabalho externo no regime fechado, com o cumprimento de, no mínimo 1/6 da pena imposta, somado a verificação de requisitos subjetivos (responsabilidade – disciplina – aptidão).

Então, seria o isolamento celular noturno e o trabalho interno durante 1/6 da pena imposta, a disciplina capaz de promover a modificação do condenado,

tornando-o apto ao trabalho externo no regime fechado.¹⁷⁶ A concepção idealista do trabalho do condenado parece transparecer. Acredita-se na modificação do homem pelo trabalho.

Percebe-se que o trabalho externo, no regime fechado, pode ser facultativo se prestado para entidade privada. Essa exceção à obrigatoriedade do trabalho do condenado somente vem denunciar um afastamento da lei de execução penal da concepção materialista-histórica do trabalho do condenado. Mais uma vez confirmado o fato de que a lei de execução penal abraçou a concepção idealista do trabalho do condenado.

Passando à disciplina do trabalho, relativa ao regime semi-aberto de cumprimento de pena, foi possível perceber que o labor é dividido em duas modalidades distintas: agrícola e industrial.

No regime semi-aberto de cumprimento de pena, é também possível vislumbrar a possibilidade do trabalho externo sem as limitações reservadas ao regime fechado de cumprimento de pena. A gradação, denunciada entre o trabalho interno e externo do regime fechado, também se verifica quando comparado o trabalho externo do regime semi-aberto com o do fechado. Além das regras do trabalho externo, no regime semi-aberto, serem mais flexíveis, permite-se que o

¹⁷⁶ E preciso ter cautela e, quando mencionar o tempo de cumprimento da pena para efeito de concessão de benefícios na execução penal, fazer sempre menção à pena efetivamente imposta. Há entendimento minoritário que afirma não se poder considerar a pena efetivamente imposta quando for superior a 30 anos, respeitando o teto estabelecido pelo art. 75, I do Código Penal Brasileiro. Entretanto, como já afirmado, esse posicionamento não encontra respaldo. No sentido do acima exposto, segue entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso: “A norma penal do art. 75 do Código Penal refere-se ao tempo de efetivo encarceramento, trinta anos. Esse limite não constitui, porém, parâmetro para a concessão de benefícios a execução, como o livramento condicional ou o regime prisional semi-aberto” (HC 69.423/SP Rel. Min. Carlos Veloso. DJ 17-09-93 p. 18928 EMENT vol. 01717-02 p. 00204)

condenado deixe o cárcere para freqüentar *cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior*¹⁷⁷.

No regime semi-aberto, o “tratamento penitenciário” possui uma sistemática distinta. O condenado passa o dia em trabalho coletivo – interno ou externo - e, durante a noite, recolhe-se ao alojamento coletivo. Não há mais, adotando-se a idéia de tratamento, a necessidade de isolamento celular noturno que somente foi reservada ao regime fechado.

É desnecessário o isolamento celular noturno, sendo substituído pelo alojamento, porque o condenado se mostrou preparado para as regras do regime semi-aberto de cumprimento de pena. Isso somente ocorreu em razão do “tratamento penitenciário” consistente na submissão do condenado por um período mínimo de 1/6 da pena aplicada às regras do regime fechado de cumprimento de pena. Entender de forma contrário é negar a idéia de progressividade.

O isolamento celular noturno prepara, juntamente com o trabalho, o condenado para as regras menos rigorosas do regime semi-aberto de cumprimento de pena. Por ter o isolamento celular, como já dito, origem religiosa – orientação católica, confirmada novamente a opção da lei de execução penal em abraçar concepções de ordem religiosa.

Vai-se argumentar que o isolamento celular em nada mantém relação com o trabalho, logo não seria caminho hábil para comprovar que a lei de execução penal ligou-se à concepção idealista do trabalho. Não merece prosperar este obstáculo à argumentação desenvolvida. O labor é um elemento que pertence às

¹⁷⁷ O parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal dispõe: “O trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizante, de instrução de segundo grau ou superior”.

regras dos regimes prisionais, assim como o isolamento celular e recolhimento ao alojamento.

O regime aberto de cumprimento de pena não mais interessa à presente dissertação. O trabalho, no regime aberto, não é mais concebido como elemento da pena privativa de liberdade e sim um pressuposto para seu deferimento. O condenado, para poder progredir ao regime aberto, terá de demonstrar estar empregado ou a possibilidade de dedicar-se à ocupação lícita.

Percebe-se que o trabalho assume a forma de benefício capaz de minorar a afluência imposta pela privação da liberdade, ao mesmo tempo em que é colocado como uma terapia admitindo gradações.

Visto como um benefício tendente a minorar a afluência do cárcere, é o trabalho concebido como um direito. Entretanto, quando pensado enquanto uma terapia, o trabalho recebe a qualificação de dever.

O objeto da presente dissertação obriga a consideração do trabalho somente enquanto dever, analisando seu aspecto terapêutico na medida que obrigatório.

Será também possível concluir que a função terapêutica do trabalho impede sua obrigatoriedade. O direito penal preocupa-se com o ato e não com posturas pessoais. Parece ilógico que, na execução penal, seja possível ressuscitar a função de polícia da consciência mesmo sendo, o mundo psíquico, o berço da atividade delitiva.

A partir da já confirmada clara opção da lei de execução penal, pela corrente idealista, passa-se a análise da constitucionalidade da obrigatoriedade do trabalho do condenado.

IX ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO DO CONDENADO

No curso deste trabalho foram identificadas diversas concepções que poderiam explicar a introdução do trabalho na história da pena privativa de liberdade. Realizou-se a exposição das correntes idealista, humanista e materialista-histórica. A adoção pela legislação brasileira de qualquer destas vertentes de pensamento daria diferente nota à obrigatoriedade do trabalho do condenado.

Conclui-se, pelo estudo da disciplina legal do labor penitenciário, dada pelo código penal e lei de execução penal, que o nosso ordenamento jurídico caminha no sentido da já mencionada concepção idealista do trabalho. O labor permite a recuperação do indivíduo que não compartilha de uma moralidade social, violando valores protegidos por norma penal¹⁷⁸.

O trabalho no cárcere, portanto, tem a função de promover a mudança do homem em algo que possui de mais íntimo: a consciência. Incutir o hábito do

¹⁷⁸ Deve ficar bem claro que não se deseja confundir direito com moral. O direito distancia-se da moral em razão do poder coativo do primeiro e do caráter espontâneo do segundo. Sobre as regras morais Miguel Reale afirma que “podemos dizer que a moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo realiza o ato enunciado pela norma. Não é possível conceber o ato moral forçado, fruto da força ou da coação. Ninguém pode ser bom pela violência. Só é possível praticar o bem, no sentido próprio, quando ele nos atrai por aquilo que vale por si mesmo, e não pela interferência de terceiros, pela força que venha consagrar a utilidade e conveniência de uma atitude. Conquanto haja reparos a ser feitos à Ética de Kant, pelo seu excessivo formalismo, pretendendo rigorosamente que se cumpra o dever pelo dever, não resta dúvida que ele vislumbrou uma verdade essencial quando pôs em evidência a espontaneidade do ato moral” (Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva. 1995. p.44). Já o cumprimento do dever jurídico pode ser exigido pelo direito sob a ameaça de uma sanção. O que distingue o direito da moral, portanto, é a coercibilidade. Coercibilidade é a expressão técnica que serve para mostrar a plena compatibilidade que existe entre o direito e a moral” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 46-47).

trabalho no condenado leva à sua moralização, não permitindo que retome a prática de delitos.

A análise da disciplina do trabalho, conferida pelo código penal e lei de execução penal, permitiram as conclusões, aduzidas nos três parágrafos anteriores. Comportam, todavia, críticas que se desmembram em duas vertentes.

A primeira consiste no fato de que o direito penitenciário ainda se centra em uma metodologia própria do positivismo criminológico. O crime é concebido como uma conseqüência de uma <patologia>, qual seja, deficiência moral. Acredita-se então que o <tratamento penitenciário>, do qual o trabalho é visto como “pedra angular”, é capaz de sanar a <patologia>, causa do delito. Segundo a concepção idealista, o trabalho moraliza o homem.

Inspirar-se, ainda hoje, no modelo positivista criminológico é bastante temerário. A escola positiva padece de um grave problema metodológico que contamina todas suas conclusões: diz ser adequada às ciências humanas a regra da causalidade natural¹⁷⁹.

Veja que a raiz da crítica à escola positivista possui ramificações profundas que transcendem ao próprio estudo das ciências penais. Liga-se à teoria

¹⁷⁹ A reação à escola positivista foi o tecnicismo-jurídico. O maior objetivo dos neoclássicos é individualizar um método próprio para ciência jurídica afastando-o do empirismo que se passou por muito sedutor após os avanços das ciências naturais nos séculos XIX. O estudo de Darwin influenciou diretamente Lombroso. Assim leciona Francisco Bissoli Filho: “Inspirado nos estudos dos precursores da Antropologia Criminal e naqueles da evolução humana desenvolvida por Darwin, e aproveitando-se de sua condição de médico do sistema penitenciário italiano encarregado da autópsia dos cadáveres presos, Lombroso efetuou uma série de comparações anatômico-fisiológicas acerca de criminosos e internos das prisões e hospitais psiquiátricos do sul da Itália” (BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 35). O encontro da ciência jurídica penal, proposto pelos Neoclássicos, com um método próprio levou a dogmática penal a se inspirar fundamentalmente no modelo dogmático do direito civil. Foi importada uma série de conceitos, próprios do direito civil, esquecendo-se de que ambos os ramos dos direitos possuem objetos completamente distintos.

do conhecimento e a superação do empirismo, enquanto corrente filosófica. A fonte do saber, para o empirista, somente pode ser o palpável e não o abstrato¹⁸⁰.

O empirismo contagiou as ciências penais criando a base filosófica do positivismo criminológico. O extremado ceticismo metafísico justifica a escola positivista, universalizando o método empírico das ciências naturais que, definitivamente não satisfaz às sociais, criando grave confusão metodológica.

Não é possível, como já afirmado, trabalhar com a idéia de causa do comportamento criminoso, nem mesmo com uma causalidade que permita traçar uma profilaxia para eliminar, no caso concreto, a causa da prática do delito. Quando se trata de ciência social, acrescenta-se à causalidade a liberdade, obrigando-nos a falar em condição de possibilidade.

O trabalho pode ser até uma atividade que significaria uma condição negativa de possibilidade para a prática de um delito. Isto somente se o crime praticado, em suas especificidades, tiver uma relação com a não-inserção do condenado no mercado de trabalho. A conotação, aqui dada ao labor, distancia-se do moral para tender ao pragmático.

A segunda ordem de objeções consiste no fato de que a finalidade pretendida pelo labor penitenciário – moralização do condenado – torna sua obrigatoriedade inconstitucional, na medida do aqui exposto.

¹⁸⁰ “À tese do racionalismo, segundo a qual a verdadeira fonte do conhecimento é o pensamento, a razão, o empirismo (de empeiria, experiência) contrapõe a antítese, dizendo que a única fonte do conhecimento humano é a experiência. Segundo o empirismo, a razão não possui nenhum patrimônio apriorístico. A consciência cognoscente não retira seus conteúdos da razão, mas exclusivamente da experiência. Por ocasião do nascimento, o espírito humano está vazio de conteúdos, é uma tabula rasa, uma folha em branco sobre a qual a experiência irá escrever. Todos os nossos conceitos, mesmo os mais universais e abstratos, provém da experiência”. (HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Virgílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 54-55).

A inadequação da obrigatoriedade do trabalho do condenado mostra-se também passível de ser estudada em duas ordens: a primeira diz respeito ao recurso a uma ordem religiosa, indicando a negação da secularização do Estado; a segunda se refere à violação do direito à liberdade de consciência, garantido em nossa Constituição da República.

9.1 Negação da secularização do direito penitenciário – violação do princípio republicano

Entende-se por secularização o processo de negação dos fundamentos religiosos do Direito. Após o período da ilustração, tornou-se necessário justificar o direito em ordem diversa da divina¹⁸¹. O processo de secularização, por certo, não é adstrito à ciência jurídica. Tratá-lo somente neste universo é exigência da necessária delimitação de um objeto para um trabalho científico.

A idéia da religião influenciando o direito ocorre, em um primeiro plano, no campo político. Se a fonte de emanção das normas jurídicas encontra fundamento transcendental, a justificação do ordenamento jurídico, como consequência lógica, será de ordem teológica.

A dualidade entre poder espiritual e temporal surgiu com Jesus Cristo ao fazer a distinção entre o poder de César e o poder de Deus¹⁸². Na Idade Média, a

¹⁸¹ Jonatas Machado define secularização: “As instituições políticas e religiosas vão se secularizando, ou seja, subtraindo à influência religiosa” (MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Pré-Compeensões da Disciplina Jurídica do Fenómeno Religioso*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 68 (1992). p. 165-180).

¹⁸² “Jesus Cristo afirma que o seu reino não era deste mundo, e fizera nítida distinção entre o poder de Cesar e o poder de Deus. Além do mais, os cristãos respeitavam a autoridade civil, qualquer que fosse ela, pois São Paulo ensinava que todo o poder tem origem divina – *omnis potestas a Deo*.” (MALUF, Salim de. *Teoria geral do estado*. p. 364).

Igreja Católica conta com dois de seus maiores teóricos: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Toda a estruturação política da Igreja funda-se em Santo Agostinho, especificamente em sua obra “Duas Cidades”¹⁸³.

O estabelecimento de uma relação hierárquica, denunciada no parágrafo anterior, informa que a norma, emanada do poder temporal, somente seria legítima se coadunasse com uma ordem transcendental, representada pelo poder espiritual. A norma jurídica legitima-se pelo divino.

O caminho de legitimação da norma, a dualidade e hierarquização dos poderes nada mais são do que o efeito do tratamento conferido pela filosofia medieval ao binômio: fé e razão.

O estudo de Santo Agostinho mostra-se relevante porque representa a fronteira entre a filosofia teológica e a racionalidade clássica, própria do mundo grego. Agostinho, ao analisar a relação existente entre fé e razão, afirma ser a segunda subordinada à primeira. A razão é, em si, obscura e questionável. Somente pode conduzir à verdade se guiada pela fé¹⁸⁴.

¹⁸³ A doutrina política medieval da igreja fundou-se principalmente na obra de Santo Agostinho sobre as duas cidades, que figurou o poder do papado como o Estado de Deus (*Civitas Dei*) e o poder do Rei como o Estado Civil Temporal (*Civitas terrena*) demonstrando a superioridade do primeiro Estado e a subordinação do segundo”. (MALUF, Salim de. *Teoria geral do estado*. p. 364).

¹⁸⁴ “Agostinho situa-se na fronteira entre duas eras. Viveu no século IV da era cristã, foi criado na tradição da filosofia grega, e é em especial o sistema do neoplatonismo que deixou sua marca em toda filosofia dele. Por outro lado, porém ele é o pioneiro do pensamento medieval; é o fundador da filosofia medieval e da dogmática cristã. Em suas Confissões podemos acompanhar cada passo da sua passagem da filosofia grega para a revelação cristã. Segundo Agostinho, toda filosofia anterior ao aparecimento de Cristo padecia do mesmo erro fundamental e estava infectada por uma única e mesma heresia. O poder da razão era exaltado como o mais alto poder do homem. Mas o que o homem jamais poderia ter sabido, até ser iluminado por uma revelação divina especial, é que a própria razão é uma das coisas mais questionáveis e ambíguas do mundo. A razão não nos pode mostrar os caminhos da clareza, a verdade e a sabedoria, pois é em si mesma obscura e sem sentido, e sua origem está envolta em mistério – um mistério que só pode ser solucionado pela revelação cristã. Para Agostinho a razão não tem uma natureza simples e única, mas antes dupla e dividida. O homem foi criado a imagem de Deus; e em seu estado original, no qual saiu das mãos de Deus, era igual ao seu arquétipo. Mas tudo isso foi perdido com a queda de Adão. A partir desse momento, todo poder original de raciocínio ficou obscurecido. E a razão sozinha, deixada a si mesma

Santo Tomás de Aquino confere um poder mais significativo à razão se comparado com ao Santo Agostinho. Todavia, ainda a subordina à fé, invertendo a lógica sustentada pela filosofia grega¹⁸⁵.

Com o período da ilustração e o aflorar do racionalismo, não foi mais possível legitimar a norma jurídica em uma ordem transcendente. A filosofia volta-se para o homem. No campo político, este giro metodológico tem, na Revolução Gloriosa (1689), um fato bastante simbólico. O Monarca, legitimado por uma ordem divina, deixa de ser a fonte de emanção do direito. Essa função passa ao Parlamento. O homem, por meio de seus representantes, dirige o próprio destino na certeza de que a razão é capaz de guiá-lo com segurança.

A política deve buscar justificar a existência do Estado em algo distanciado de qualquer explicação religiosa. Os contratualistas fundam o Poder Público na própria liberdade humana. Nasce a idéia de contrato social. Se o Estado é a fonte única do direito penal, a laicização de sua base significa seu afastamento de qualquer explicação de cunho religioso. O processo de secularização, quando

e a suas próprias faculdades, nunca pode encontrar o caminho de volta. Não pode reconstruir-se; não pode, por seus próprios esforços, retornar à sua pura essência anterior. Se tal transformação for algum dia possível, será apenas por ajuda sobrenatural, pelo poder da graça divina. Assim é a nova antropologia, tal como é entendida por Agostinho, e mantida em todos os grandes sistemas de pensamento medieval". (CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 22-23).

¹⁸⁵ "Até Tomás de Aquino, o discípulo de Aristóteles, que volta às fontes da filosofia grega, não se aventura a desviar-se desse dogma fundamental. Ele concede à razão humana um poder muito mais alto que o concedido por Agostinho; mas está convencido de que a razão não pode usar corretamente esses poderes a menos que seja guiada e iluminada pela graça de Deus. Chegamos aqui a uma inversão total de todos os valores sustentados pela filosofia grega. O que outrora parecia ser o mais alto privilégio do homem revela-se como um perigo e sua tentação; o que surge como seu orgulho torna-se sua mais profunda humilhação". (CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 23).

aplicado ao direito penal, afasta a fusão entre direito e moral, própria de um jusnaturalismo teológico¹⁸⁶.

Todavia, o processo de secularização, embora denunciado pelo período da ilustração, ainda não se completou em nossa ciência penal. O trabalho, como já foi demonstrado, foi concebido pelo código penal e lei de execução penal como medida profilática, capaz de moralizar o condenado.

A confusão do conceito de crime com moralidade é sintoma de interferência religiosa na esfera do “laico” direito penal. A causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 226 do Código Penal é inevitável comprovação de que o direito não se desvencilhou por completo de aspectos morais¹⁸⁷. O Estado proclama-se laico, mas as interferências religiosas são sentidas no próprio preâmbulo¹⁸⁸ da Constituição da República ao fazer menção expressa a Deus.

Em relação ao trabalho do condenado, a situação também não é diferente. Dentre as três inspirações para o nascimento do labor no cárcere, ficou claro que o direito penitenciário fundou-se na religião – idealista.

¹⁸⁶ A fusão entre moral e direito na esfera penal, presente no modelo jusnaturalista teológico, abriu campo para a intervenção jurídica do pensamento, criminalizando e punindo indivíduos por convicções, idéias, pensamentos e opções pessoais. Ao agregar direito à moral, obtém-se, como corolário lógico uma percepção híbrida de crime, consagrado na sinonímia crime-pecado. O criminoso, portanto, antes de mais nada, é um objeto de consciência, visto que não corresponde (nega) “o” modelo de verdade imposta”. (CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. op. cit., p. 7-8).

¹⁸⁷ Para todos os crimes contra a liberdade sexual prevê-se uma causa especial de aumento de pena consistente no fato do agente ser casado. Assim dispõe o artigo 226, III do código penal brasileiro. “A pena é aumentada de quarta parte: III – se o agente é casado”.

¹⁸⁸ Sérgio Luiz Souza Araújo afirma ser o preâmbulo muito pouco estudado em nossa doutrina. Todavia trata-se de assunto de especial relevância, pois constitui uma solene introdução à Carta de 1988 onde se encontra expressa as idéias políticas, sociais, morais e religiosas que o Texto Constitucional pretende desenvolver. Expressamente assim dispõe o mencionado autor: “Tanto as Constituições clássicas como as Constituições modernas adotam a introdução solene do chamado Preâmbulo, que expressa as idéias políticas, sociais, morais e religiosas que a Constituição tende a prover”. (ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. Dos Preâmbulos nas Constituições. Dissertação Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 1989. p.16).

Esta conclusão não é adstrita ao aspecto histórico do objeto do presente estudo. Ficou demonstrado que a disciplina atual do labor penitenciário abraça a concepção idealista, conferindo à atividade laborial caráter moralizador.

Confirmar a proximidade do direito penal com a moral é referendar a tese de que o processo de secularização não foi completo, restando ofendido o processo de secularização, pois a moral ainda não se desvencilhou do teológico.

O trabalho, na medida que lhe é atribuído uma função transcendente, vai de encontro à idéia de república, pois nega a existência de uma coisa pública, justificando-se em uma ordem transcendente.

É necessário reconhecer que o transcendental acompanha o humano. O iluminismo não conseguiu romper com o teológico, sendo que a razão e a fé orientam a moral. Leonardo Boff afirma que “considerando a história, identificamos duas fontes que orientaram e orientam ética e moralmente as sociedades até os dias de hoje: as religiões e a razão”¹⁸⁹. Ernst Cassirer, sobre a dualidade entre mito e razão leciona:

Diante na nova luz da ciência, a percepção mítica deve desaparecer. Mas isso não quer dizer que todos os dados de nossa experiência fisionômica como tais sejam destruídos e aniquilados. Perderam todo o valor objetivo e cosmológico, mas seu valor antropológico persiste. No mundo humano não poderemos negá-los nem deixar de vê-los; eles mantêm seu lugar e significado. Na vida social, em nossas relações diárias com os homens, não podemos apagar esses dados (CASSIRER, **Ernst**. *Ensaio sobre o homem*: introdução a uma filosofia da cultura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 129).

Se o processo de secularização é algo impossível de ser alcançado em sua integralidade, se o mitológico acompanha o humano, isso não pode, todavia,

¹⁸⁹ Boff, Leonardo. *Ética e Moral: a busca dos fundamentos*. Petrópolis: Vozes. 2003 p.28

justificar, ou mesmo permear, qualquer imposição dirigida a um cidadão pelo Estado, posto que laico. Entender, de forma contrária significa romper com o princípio republicano, consagrado na Constituição da República de 1988.

9.2 Liberdade de consciência

A liberdade de consciência é uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso VI da Constituição da República. Assim dispõe o Texto Constitucional: *“É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e liturgia”*.

A formação de uma consciência livre é de tal forma uma preocupação da Constituição da República que inspirou a proibição de monopólios ou oligopólios dos meios de comunicação¹⁹⁰.

A mera interpretação literal do dispositivo constitucional, citado no primeiro parágrafo deste tópico, permite concluir que a liberdade de consciência¹⁹¹ não se confunde com a religiosa, embora previstas no mesmo inciso.

¹⁹⁰ “A constituição Brasileira de 1988 traz o importante dispositivo já citado (artigo 220, parágrafo 5º), que é uma proteção que o texto oferece à liberdade de consciência, quando proíbe o monopólio e o oligopólio dos meios de comunicação” (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos na ordem jurídica interna*. Belo Horizonte: Interlivros de Minas Gerais, 1992. p. 82).

¹⁹¹ “Ela se inclui entre as liberdades espirituais. Sua exteriorização é forma de manifestação do pensamento. Mas, sem dúvida, é de conteúdo mais complexo pelas implicações que suscita. Ela compreende três formas de expressão (três liberdades): (a) a liberdade de crença; (b) a liberdade de culto; (c) e a liberdade de organização religiosa. Todas estão garantidas pela Constituição. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997. p. 241).

Trata-se de um saudável retorno à tradição da Constituição de 1946 que não havia sido observada pela Constituição da República de 1967/69 que tratava a liberdade de crença como se contida no universo maior da liberdade de consciência.

Entende-se mais adequado a técnica utilizada por nossa Constituição da República. Impossível confundir a liberdade de crença com a de consciência porque a crença inclui também ser descrente¹⁹².

A confusão dos conceitos de liberdade de consciência e religiosa não foi uma prerrogativa do direito constitucional brasileiro. José Luiz Quadros registra o fato de que, na ex-URSS, as duas já mencionadas liberdades¹⁹³.

Compreende-se, então, por liberdade de consciência o direito de o indivíduo formar sua estrutura moral, permitindo-lhe, livremente, eleger seus próprios princípios. A liberdade de consciência possibilita ao cidadão colocar-se no discurso social.

Dessa forma, a finalidade do trabalho do condenado torna sua obrigatoriedade inconstitucional por afrontar a liberdade de consciência. Se a

¹⁹² “A Constituição de 1967/69 não previa a liberdade de crença em si, mas apenas a liberdade de consciência e, na mesma provisão, assegurava aos crentes o exercício dos cultos religiosos (art.153, parágrafo 5º). Então, a liberdade de crença era garantida como simples forma de liberdade de consciência. A Constituição de 1988 voltou à tradição da Constituição de 1946, declarando inviolável a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), e logo no inciso VIII estatui que *ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa*. Fez bem o constituinte em destacar a liberdade de crença da de consciência. Ambas são inconfundíveis – di-lo Pontes de Miranda -, pois o ‘descrente também tem liberdade de consciência e pode permitir que se tutele juridicamente tal direito’, assim como a ‘liberdade de crença compreende a liberdade de ter uma crença e a de não ter crença’”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997. p. 241-242).

¹⁹³ “Na Constituição da ex-URSS, vamos encontrar a liberdade de consciência como sendo a liberdade de expressão da consciência religiosa. Não é pois a liberdade de consciência propriamente dita, mas sim à liberdade de professar uma religião. Não existe referência à liberdade de consciência filosófica ou política. O artigo 52 da Constituição da URSS tinha a seguinte redação: ‘É garantida aos cidadãos da URSS a liberdade de consciência, isto é, o direito de professar qualquer religião ou não professar nenhuma, de celebrar cultos religiosos ou de fazer propaganda do ateísmo. É proibida a incitação ao ódio e a hostilidade por motivo de crença religiosa’”. (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos na ordem jurídica interna*. Belo Horizonte: Interlivros de Minas Gerais, 1992. p. 83).

atividade laboral tem a função de moralizar, evidentemente, não pode ser imposta, pois significaria compelir o cidadão à modificação de uma ordem de princípios que orienta sua própria formação. Esta esfera de individualidade é intocável.

X CONCLUSÃO

. O trabalho do condenado é exercido por aquele que possui, em seu desfavor, sentença penal condenatória transitada em julgado. Como o tema é ainda mais específico – obrigatoriedade do trabalho do condenado – exclui-se, do objeto da presente dissertação. O trabalho do condenado por crime político e o externo que, no regime fechado, é executado para empresas privadas em obras ou serviços públicos.

. Na história da pena, o trabalho pode ser considerado de duas formas distintas: pena propriamente dita ou elemento da pena privativa de liberdade. Naquela possuía função de mera expiação, nesta adquire a finalidade de emenda.

. Na história do direito brasileiro, a consideração do trabalho do condenado encontra, na proclamação da República, um divisor de águas. No Brasil Império o trabalho do condenado constitui-se em pena propriamente dita. Já no Brasil República, o labor assume a função de emenda.

. A lei de execução penal aponta como finalidades do trabalho a educação e produção. Ambas levam à integração harmônica do condenado, finalidade máxima da execução penal. Educar é a ação de desenvolver as potencialidades humanas e integrar é a ação de tornar parte do todo. Logo o trabalho, ao desenvolver as potencialidades humanas, permite ao condenado, novamente, torna-se parte do

meio social. O trabalho integra o condenado na medida que o modifica, desenvolvendo suas potencialidades.

. Dentre as finalidades da pena, o trabalho do condenado, encaixa-se na prevenção especial positiva. O labor do condenado mostra-se inteiramente distanciado da teoria absoluta, salvo se pensado enquanto pena propriamente dita.

. O estudo dos sistemas penitenciários mostra-se relevante, pois denuncia o momento histórico em que o trabalho encontra o ambiente carcerário. São três os sistemas de cumprimento de pena: isolamento celular, auburniano, progressivo (inglês e irlandês). O primeiro a considerar o trabalho do condenado foi o auburniano. Para o sistema celular, o labor é elemento estranho.

. O isolamento celular tem origem nas prisões eclesiásticas. Funda-se na crença de que o isolamento permite ao condenado refletir sobre o mal causado e arrepender-se. Prende-se ao ideário católico.

. O sistema progressivo (inglês ou irlandês) possui, como nota característica, a idéia de progressividade. Lança sobre o ombro do condenado a responsabilidade de sua “recuperação”.

. Identificam-se três correntes de pensamento que justificam a introdução do trabalho no cárcere por meio do sistema auburniano: materialista-histórica; humanista e idealista. A primeira justifica o trabalho, enquanto elemento da pena, por questões econômicas. A segunda afirma que o labor do condenado destinou-se

à minoração do sofrimento causado pelo isolamento contínuo. A terceira confere ao trabalho uma justificativa religiosa, fruto da reforma protestante.

. As correntes, mencionadas no tópico anterior, transcendem à justificativa histórica para buscar a fundamentação dada ao trabalho do condenado por nosso código penal e lei de execução penal.

. O estudo dos regimes prisionais mostra-se relevante, pois permite verificar, por meio da disciplina dada ao trabalho, a ideologia que o fundamenta.

. Verifica-se que o trabalho está presente tanto no regime fechado quanto no semi-aberto de cumprimento de pena. Mostra-se um ponto de ligação entre os dois regimes, evidenciando, na medida que gradual, a opção pelo sistema progressivo de cumprimento de pena.

. A progressão – ocorrida entre o fechado e semi-aberto de cumprimento de pena - verifica-se pelo cumprimento de 1/6 da pena imposta mais a comprovação de mérito. Mencionado lapso temporal é, portanto, necessário para que se crie, no condenado, o requisito subjetivo da progressão, qual seja, o mérito.

. No regime fechado, o condenado se sujeitará ao isolamento noturno e trabalho diurno (interno ou externo). Então, são estes dois elementos os responsáveis por, num prazo mínimo de 1/6 da pena aplicada, promoverem a modificação do condenado, dotando-o de mérito para a progressão ao regime semi-

aberto. O trabalho tem a finalidade de emendar o condenado, confirmando a tese idealista.

. A mesma conclusão, expressa no tópico anterior, é válida para a progressão daquele que parte do semi-aberto. Todavia, para progredir ao regime aberto, é necessário, além de cumprir 1/6 da pena, no regime semi-aberto, e comprovar mérito, demonstrar *estar “trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente e apresentar, pelos antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime”* (artigo 114 da LEP).

.O trabalho, no regime aberto de cumprimento de pena, não deve ser considerado como objeto do presente estudo. O labor, neste regime, não é elemento da execução, mas pré-requisito para concessão do regime albergue.

. Não é possível identificar, na ausência de inserção do condenado, no mercado de trabalho, uma causa para a ocorrência de crime. Existem crimes – colarinho branco – que a inserção do agente, no mercado de trabalho, é elemento que contribui para a prática delitiva.

. Não é nem mesmo possível falar em causa da ocorrência de crime, mas sim em condição de possibilidade. Impossível aplicar às ciências humanas uma causalidade natural. A condição de possibilidade é a causa natural somada ao fator liberdade.

. A não-inserção, no mercado de trabalho, pode ser condição de possibilidade para a ocorrência de um crime. Nesse contexto, a obrigatoriedade do trabalho do condenado continua um contra-senso, pois se funda na crença de que o labor “regenera”, como se a atividade laborial fosse uma medida profilática. A execução penal ainda mantém estreitos laços com o empirismo e com o próprio positivismo criminológico.

. Ainda que a finalidade de emenda fosse possível de ser tratada como uma certeza, própria de uma causalidade natural, impossível falar em obrigatoriedade do trabalho do condenado. O contrário significa ferir de morte o princípio republicano e a liberdade de consciência.

.A propriedade de emendar, atribuída ao trabalho, é própria do protestantismo de Lutero. Trabalhar significa atender ao chamado de Deus. Quem se dedica à atividade laborial demonstra possuir amor por seus pares. O trabalho moraliza o homem.

. A finalidade moralizadora do trabalho se coaduna, de forma bastante própria, com a concepção de criminoso que se pode depreender do próprio conceito analítico de crime: o delinqüente é aquele que conhece, mas despreza a moralidade, fundamento da tipificação de sua conduta delitiva.

. Pretender a modificação de uma postura moral do outro, por meio de um recurso a um instrumento que guarda relação estreita com uma matriz religiosa, nega o processo de laicização do direito, violando o princípio republicano.

. A obrigatoriedade do trabalho do condenado também viola o princípio da liberdade de consciência, pois busca impor, ao outro, uma nova moral, modificando seus princípios de vida.

XI BIBLIOGRÁFICA

ABBAGNANO, Nicola. Storia della Filosofia. Milano: TEA. 1993.

Afrânio Silva Jardim, A Prisão em Decorrencia de Sentença Penal Condenatória Recorrível, IN Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense. 1992.

AGUDELO BETANCUR, Nódier. *Grandes Corrientes Del derecho penal*. Bogotá: Santafé de Bogotá. 1993

ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. Rio de Janeiro: AIDE, 1993.

ALVIN, Rui Carlos Machado. Execução Penal: o direito à remissão da pena. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. v. 606, p.286-294, abr. 1986

ANDRADE, Joaquim Alves da. *O Trabalho Prisional como método de reeducação e inserção social do condenado e a pena privativa de liberdade*. *Revista de Julgados / Tribunal de Alçada de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. 14 n. 33 p.35 a 38 out/dez 1987.

ANDRADE, Joaquim Alves da. *O Trabalho Penitenciário e os direitos sociais*. São Paulo: Atlas, 1991.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal: parte geral*. Trad. Juan Del Rosal e Angel Torio. Buenos Aires: UTEHA, 1960. p. 502-503.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993. p. 241.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Privatização das Prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Dos Preâmbulos nas Constituições*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

ASÚA, Luis Jimenez. *El Criminalista*. Tomo VII. Buenos Aires: La Ley. 1947

BADARÓ, Ramagem. *Código brasileiro do trabalho penitenciário*. Tese a 2ª Reunião Penitenciária Brasileira no Estado do Paraná. 1953.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 38-39.

BARATTA, Alessandro. *El estado de derecho: história del concepto y problemática actual*. Sistema. *Revista de Ciencias Sociales*, 1977, p.14*

BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado* Trad. Maurício Martinez. "In": *Sistema Penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel* (Org: João Marcello Araújo Jr.). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 305 p.p. 251 265

BETTIOL, Giuseppe. "O mito da reeducação". "In": *O Problema Penal*. Trad. Fernando d Miranda. Coimbra: Coimbra Editora 1967, 284 p.p. 263 – 282. (*Il mito della riducazione*)

BENETI, Sidney Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica Ltda., 1998.

BITENCOURT, César Roberto. *Falências da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. II. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9714/98*. São Paulo: Saraiva. 1999.

BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medida de Segurança*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Rio. 1975

BUENO ARÚS, Francisco. *Panorama de los modernos sistemas penitenciários*. "In": *Problemas actuales de las ciencias penales, y la filosofía del derecho: en homenaje al profesor Luiz Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Pannedille, 1970, 805 p. p. 385 – 416.

BUENO, Silveira. *Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa*. Vol. VIII. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 4020.

CALDEIRA, Jorge. *Mauá empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 260-261.

CALIXTO, Negi. *Trabalho Externo Particular do Condenado na Execução Penal*. Revista dos Tribunais 492/423.

CALIXTO, Negi. *Trabalho Prisional no projeto da Lei de Execução Penal*. "In": Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, vol. 19, n. 45 p.41 a 50 jul/dez 1982.

CARNEIRO, Augusto Accioly. *Os penitenciários*. Rio de Janeiro: Henrique Velho & CIA Ltda., 1930.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e o garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Sanção no Procedimento Legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey. 1992.

CARVALHO. Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

CARVALHO. Tasso Ramos. *Tratamento do Criminoso*. Belo Horizonte: Lemi. 1986

CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1993

CONDE. Francisco Munoz. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luis Regis Prado. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris. 1988.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros. p.107.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999 p.93.

DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para um sistema de penas*. Curitiba. 1980. (Tese de concurso para Professor Titular da Cadeira de Direito Penal).

DOTTI, René Ariel. *Execução Penal do Brasil: aspectos constitucionais*. "In": Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio de Marc Ancel (Org.: João Marcello Araújo Jr.) 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 305 p.p. 80.101

DJ. Data de 02-02-04, pg. 00353, rel. Min. Gilson Dipp) e STF HC 79.544/RJ (DJ. Data 12-04-02, p. 00053 Ement. Vol. 02064-02 p. 00411 rel. Min. Nelson Jobim.

DUARTE, Rodrigo. Adorno/Horkheimer & A Dialética do Esclarecimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Por uma Função Social para a Pena*. "In": Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, v 2, n.8, p.28-31, jun/jul 2001

FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Trad. João Moreira de Almeida. 4. ed. São Paulo: Livraria Teixeira, 1936. p. 22-23).

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: ed Martins Fontes. 1999

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 14. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: História da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramallete. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. Revista por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FROMM, Erich. *Conceito marxista do homem*. Trad. Octávio Alves Velho. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1964. p. 30.

FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Trad. Hilário Veiga carvalho. São Paulo: Saraiva, 1953.

GÓIS, Carlos. *Dicionários de afixos e desinências*. p. 175-176.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 506.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do Direito de Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A razão na história: uma introdução geral à filosofia da história*. Introdução de Robert S. Hartman. Trad. Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001. p. 20-21.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Virgílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 54-55.

JOLIVET, Régis. *Tratado de filosofia – moral*. Vol. IV. Trad. Geraldo Dantas Barretto. Rio de Janeiro: Agir, 1966. p. 333.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 129.

LEAL, César Barros. *Prisão Crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey. 1998

LIMA, Lana Lage da Gama. *Reforma Católica e Capitalismo*. In: *História & religião*. Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2002.

LUISI, Luiz. *Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. Pré-Compeensões da Disciplina Jurídica do Fenômeno Religioso. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 68 (1992). p. 165-180.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos na ordem jurídica interna*. Belo Horizonte: Interlivros de Minas Gerais, 1992.

MALUF, Salim de. *Teoria geral do estado*. p. 364.

MARX, Karl. *O capital*. Edição Resumida por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. Rio de Janeiro: JC. 1982. p. 54.

MEDEIROS, Rui. *Prisões Abertas*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fabbrica: alle origine del sistema penitenziario*. Bologna: Il Mulino, 1977.*

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 435.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à lei n. 7210 de 11/07/84*. 5. ed. São Paulo: Atlas. 1993.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas Penitenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992

MOTTA FILHO, Candido. *A Função de Punir*. São Paulo: Livraria Zenith. 1928.

MUÑUZ CONDE, Francisco. *La ressocialización del delincuente, análisis e crítica de un mito*. "In": La reforma del derecho penal. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1980.*

MOLINA GARCÍA, Pablo de, Antônio, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos*. 2. ed. rev., atual. E amp. Trad. E notas de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1997. (*Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*).

MOLINA BLÁZQUEZ, Maria Concepción. *La aplocación de la pena: estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 15.

MUNOS CONDE, Francisco. *La resocialización del delincuente: analisis y crítica de um mito, doutrina penal 7/12, ano 2*, Barcelona, 1979.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de execução penal*. 3. ed., ver. E amp. São Paulo: Saraiva, 1996, 409 p.

OLIVEIRA, Edmundo. *Direitos e Deveres do condenado*. São Paulo: Saraiva, 1980.*

OLIVEIRA, Edmundo. *Política Criminal e Alternativa à Prisão*. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

PADUANI, Célio César. *Da remição na lei de execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 17.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Sistemas Penitenciários*. In: RT 639 – janeiro de 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 568-569.

RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *Penología: estudio de las diversas penas y medidas de seguridad*. México DF: Porrúa, 1995. p. 100.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 31.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.

REALE, Miguel. *Fundamentos e aplicações das sanções penais na nova parte geral*. "In": Reforma Penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

REALE, Miguel. *Novos Rumos do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 224p.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

RIOS, Rodrigo Sanches. *Prisão e Trabalho - Uma análise comparativa do sistema penitenciário italiano e do sistema brasileiro*. Curitiba: Champagnat, 1994

ROBALDO. José Calos Oliveira. *Penas Alternativas*. "In": Consulex . Revista Jurídica; v 4, n.39, p.49 – 51, mar. 2000

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo. Ed. IBCCrim. 2000.

RT 447/415.

RT 618/388.

RT 619/344.

RT 639/343 e JTAERGS 69/44.

RT 763/500.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SÁ, Alvino Augusto de. *Algumas Considerações acerca da Reintegração Social do Condenado à pena privativa de Liberdade*. "In": Revista da Emape, V. 5, n.11, p.25 – 70, jan/

SÁ. Geraldo Ribeiro de. *A prisão dos excluídos: Origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade*. Rio de Janeiro: Diadorim. 1996.

SALLA, Fernando Afonso. *Sobre o trabalho nas prisões*. Revista do Conselho nacional de Política Criminal e Penitenciária, n. 5, jan./jun. 1995, p.97-114.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Afrontamento, 2001. p. 37-38.

SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo Dicionário Latino-Português. Etimológico, Prosódico, Geográfico Mitológico, Biográfico. Etc.* 10. ed. Belo Horizonte / Rio de Janeiro: Livraria Ganier, 1993. p. 951.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 57-58.

SILVA, Haroldo Caetano da. *Manual de Execução Penal.* Campinas: Bookseller. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

SILVA, Odir Odilon Pinto da, BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execução penal.* Rio de Janeiro: AIDE, 1986.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte geral.* Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1921.

SOUZA, Moacyr Benedicto de. *A influência da escola positiva no direito penal brasileiro.* São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1982. p. 13.

STF, HC 77.496/1 – RS, 2ª T., rel. Min. Nelson Jobim, j. em 20-10-1998, DJU, 19 fev. 1999, RT 763/502.

STF. HC 75.694/PB. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ data 27/04/01 p. 00059 Ement Vol. 02028-03 p. 00572.

TACrimSP, AE 1.046.589/3, 10ª Câmara, Rel. Juiz Ricardo Feitosa, j. em 2-4-1997, RJTACrimSP 35/88.

TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código criminal do império do brasil anotado.* Brasília: Senado Federal, 2003. p. 76-77.

VARGAS, José Cirilo. *Do tipo penal.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 1987. p. 20.

VIANA, Lourival Vilela. *O problema da execução da pena: sua prevenção no campo penitenciário.* Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 12 (nova fase), out. 1961, p. 144-174

WACQUANT, Loic. *As Prisões da Miséria.* Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar. 2001.

WEBER, Marx. *Ética protestante e o espírito do capitalismo.* Trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsányi, Tomás J.M.K. Szmrecsányi. 10. ed. São Paulo: Pioneira, 1996. p. 57.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo.* 10. ed. São Paulo: ed. Pioneira, 1996. p. 33.

WOOD, Ellen Meiksins. *A origem do capitalismo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: ed. Jorge Zahar, 2001. p. 23.

BRODT, Luis Augusto Sanzo, *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TORO, William Fredy Pérez. YEPES, Alba Lúcia Vanegas. MARTÍNEZ, Carlos Mario Álvarez. *Estado de derecho y sistema penal*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké 1997.

ASSIS, J. Carlos. *Trabalho como direito: Fundamentos para uma política de promoção do pleno emprego no Brasil*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

RUOTOLO, Marco. *Diritti dei detenuti e costituzione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

MARCÃO, Renato Flávio. *Lei de execução penal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

GRILLI, Luigi. *I benefici penali e penitenziare*. Milão: Giuffrè Editore, 1994.

FERRI, Enrico. *Studi sulla criminalità*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926,

CARNEIRO, Augusto Accioly. *Os penitenciarios*. Rio de Janeiro: Henrique Velho & Cia Ltda, 1930.

AMATO, Nicolò. *Diritto delitto carcere*. Milão: Giuffrè Editore, 1987.

LYRA, Roberto. *Novas escolas penaes*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1936.

CARVALHO, Tasso Ramos de. *Tratamento do criminoso*. Belo Horizonte: Editora Lemi, 1986.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)*. Trad. Andrea Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

MACHADO, Roberto. *Foucault, a filosofia e a literatura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*. São Pulo: Editora Atlas, 1996.

LEAL, César Barros. PIEDADE JÚNIOR, Heitor.org. *Violência e vitimização: A face sombria do cotidiano*. Belo horizonte: Del Rey, 2001.

