

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

MARIA AMÉLIA DUTRA HÜBNER

A PRISÃO E A RELAÇÃO DE TRABALHO

Porto Alegre
2012

MARIA AMÉLIA DUTRA HÜBNER

A PRISÃO E A RELAÇÃO DE TRABALHO

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Rossal de Araújo

Porto Alegre
2012

MARIA AMÉLIA DUTRA HÜBNER

A PRISÃO E A RELAÇÃO DE TRABALHO

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Francisco Rossal de Araújo
Orientador

Professora Doutora Luciane Cardoso Barzotto

Professor Doutor Ricardo Antônio Lucas Camargo

RESUMO

No Brasil, o indivíduo que ingressa no sistema prisional, em geral, cumpre pena em um ambiente repleto de oportunidades para a escalada no mundo do crime. Após o retorno à sociedade, o ex-apenado continua praticando crimes e vivendo à margem. Essa realidade pressiona por mudanças, as quais não podem ser implementadas apenas pela política criminal. O Direito do Trabalho surge, assim, como instrumento essencial que opera melhoras na vida de presos e egressos do sistema prisional, os quais são alvos da discriminação social. A questão deve ser vista não apenas sob o foco das oportunidades de trabalho criadas para os presos e ex-apenados, mas também sob o foco do rompimento do contrato de trabalho de trabalhadores que se veem temporariamente aprisionados.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho. Trabalho prisional. Apenado. Reinclusão social. Dignidade da pessoa humana. Não-discriminação.

ABSTRACT

In Brazil, the person who enters the prison system is serving a sentence in an environment full of opportunities for climbing in the world of crime. Upon returning to society, the ex-convict continues practicing crimes and living on the edge. This reality is pressing for changes, which can't be implemented only by the criminal policy. The Labor Law appears, then, as an essential instrument that operates improvements in prisoner's and egress of prison system's life, which are target of social discriminations. The issue should be seen not only from the standpoint of working opportunities for inmates and ex-convicts as well as worker's breaking of contract when they are temporarily imprisoned. The recovery and social inclusion should be the goal to be pursued by prisoners, state and society.

Key words: Labor Law. Prison Labor. Convict. Social inclusion. Human dignity. Non-discrimination.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CNPPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

FUNAP - Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso

InfoPen - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

LEP - Lei de Execuções Penais

OIT - Organização Internacional do Trabalho

PCN - Programa Começar de Novo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 NOÇÕES GERAIS.....	10
2.1 PENA E RETRIBUIÇÃO	10
2.2 PENA E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	15
2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana	15
2.2.1.1 Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana	18
2.2.2 Igualdade	21
2.2.3 Não-Discriminação	25
2.2.3.1 Trabalho e Não-Discriminação.....	29
2.3 PENA E TRABALHO	34
2.3.1 Noções históricas e conceituais	34
3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A RELAÇÃO DE TRABALHO	38
3.1 DELIMITAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITOS	39
3.2 EFEITOS DA PRISÃO NO CONTRATO DE TRABALHO	40
3.2.1 Despedida por justa causa	40
3.2.2 Casos especiais: o vigilante e o trabalhador doméstico.....	47
3.3 TRABALHO PENITENCIÁRIO: CONTORNOS PARA UMA DEFINIÇÃO	52
3.4 A LEI E A REALIDADE DO TRABALHO NAS PRISÕES	61
3.5 O “PROGRAMA COMEÇAR DE NOVO”	70
4 CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS	84
ANEXOS A - “UMA ALIANÇA CONTRA O TRABALHO FORÇADO” - QUADRO	
1.1 - IDENTIFICAÇÃO DE TRABALHO FORÇADO NA PRÁTICA	89
ANEXO B – ACÓRDÃO RO - 01022-2005-002-04-00-0	90

1 INTRODUÇÃO

O tema da reinserção social da pessoa presa tem relevância para a sociedade brasileira, que sofre com as deficiências do sistema prisional, cuja estrutura há muito se tornou insuportável e cujo retorno positivo praticamente inexistente, pois por si só as grades não são capazes de dá-lo à sociedade. Opiniões à parte, o país não acolhe a pena de morte, de forma que a prisão é apenas uma fase da vida do indivíduo e deve ter fim com a superação por meio do recomeço de uma vida harmoniosa no meio social.

Punir não basta. A pena é só a etapa seguinte ao processo penal, que tem de ser cumprida, pois não há nada pior que a impunidade e a injustiça social.

O cerne da questão é pouco valorizado, de modo que a prática mais arraigada consiste em se esquecer do indivíduo no cárcere, como se a vida dele vida parasse de tomar um rumo e apenas servisse a cumprir a condenação imposta. O que se defende é a visão oposta: é neste momento que o Estado e a sociedade precisam buscar orientar a vida do preso, ou dizendo-se de outro modo, necessitam tomar as rédeas da situação.

Esta fase providencial é, também, advinda de crença religiosa: a ideia de que o trabalho salva, pois constitui a dignidade do ser. Nesse sentido, a pessoa que comete falta de difícil perdão aos olhos da sociedade não perde por completo as chances de se reintegrar, necessitando reconquistar a confiança que nela antes fora depositada.

O preso precisa fortalecer em si as condutas que o afastam do crime. A educação e o trabalho são o rumo que deve seguir, pois lhe inculcam valores sólidos abrem infinitas portas para o crescimento moral, social e econômico.

O cumprimento da pena não redime o sujeito pela prática criminosa. Numa concepção filosófica, a pena relaciona-se à ideia de justiça, no sentido de retribuição pelo erro cometido, se não por ter o sujeito violado as leis de Deus, por ter, ao menos, infringido as leis dos homens. Assim, a sanção penal vincula-se ao inelutável sentimento de vingança, diante da prática de ato grave e injusto.

Ainda em sentido filosófico, a pessoa condenada é devedora, somente podendo ser salva com a longa penitência pelos pecados cometidos, de modo a lhe ajudar na obtenção de remissão divina, ou noutra olhar, no perdão concedido pela sociedade.

Em sentido sociológico, a sociedade vê o criminoso como alguém que lhe deve, pois além do injusto cometido, o sujeito movimentará o Estado na persecução criminal e na sua tutela em instituição prisional, acarretando custos humanos e econômicos. Assim, a sociedade requer do criminoso não só o cumprimento da pena, mas também que arque com parte da responsabilidade de sua custódia pelo Estado, custeando o próprio apenado, de alguma forma, sua estadia na prisão.

Na concepção jurídica, o trabalho representa meio de vida a ser inculcado na pessoa presa, de forma a lhe trazer benefícios individuais, manter uma vida produtiva, bem como redimi-la frente à sociedade, ainda arcando com parcela dos custos que pesam para a coletividade.

O direito vem a regular as questões práticas, como o contrato de trabalho do preso, as questões previdenciárias pendentes, além das assistenciais, visando ao suporte à família do apenado.

Contudo, o caminho deve ser pavimentado de oportunidades. Não é só a vez de o preso pagar pelo que fez, mas também de a sociedade colaborar como pode, oferecendo opções à vida do crime, colocando o apenado em possibilidades reais de reinserção, as quais só podem acontecer com a disciplina benéfica que provém do trabalho e da educação.

Logo, somente medidas voltadas à educação e ao trabalho do preso podem redimi-lo frente à sociedade e dignificá-lo como ser humano. O Direito é demandado como instrumento de regulamentação e efetivação dessas medidas de assistência social, não podendo se omitir diante de problema cujas providências merecem a clamada urgência.

Diante deste panorama, a presente monografia terá duas divisões. O Capítulo Primeiro consistirá em apanhado filosófico da relação entre pena e retribuição, passando-se aos princípios e direitos fundamentais que devem reger o tratamento do trabalhador e da pessoa presa e egressa do sistema carcerário. Em sentido histórico, será abordada a relação entre pena e trabalho.

No Capítulo Segundo, importará, além da análise do impacto da pena privativa de liberdade sobre as relações trabalhistas – com foco no Programa Começar de Novo -, também, a questão das prisões ocorridas durante a execução do contrato de trabalho, utilizando-se, predominantemente, do estudo da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Pretende-se erigir o trabalho do apenado e da pessoa egressa do sistema penitenciário à política social de extrema importância, voltada à dignidade do ser humano, bem como ao *feedback* que a sociedade anseia, pois arca com altos custos na manutenção de presidiários e raramente se beneficia com o retorno de um trabalhador, um cidadão que soma benefícios à ordem social, em detrimento da violência e criminalidade. Assim, pretende-se confrontar os direitos do preso e da sociedade, mas também os respectivos deveres de cada uma das partes.

2 NOÇÕES GERAIS

Este Capítulo Primeiro contém considerações introdutórias ao tema do trabalho prisional e readaptação social do apenado. Serão analisadas as relações entre pena e retribuição, pena e direitos fundamentais e, por fim, pena e trabalho, a partir de um estudo histórico, perpassando a atualidade dos conceitos empregados.

2.1 PENA E RETRIBUIÇÃO

A relação entre pena e retribuição compreende concepções de ordem filosófica, religiosa, sociológica e jurídica, as quais se encontram historicamente interligadas. A relevância do estudo reside na busca de raízes e fundamentos para a submissão do ser humano à pena privativa de liberdade, compreendendo-se a finalidade da sanção, com vistas à ressocialização do apenado.

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 567) elucida que: “a origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade”. Disso, a dificuldade de situar a pena em suas origens. Há carência de continuidade, há retrocessos, como exemplo, a própria aparição da “pena-prisão”, que ocorre em fins do século XVI, para depois ficar sepultada nos dois séculos seguintes.

Numa perspectiva jurídica, a pena é meio de coerção social, a *ultima ratio* para o restabelecimento da segurança jurídica, ameaçada ou violada por qualquer cidadão.

Conforme Paulo Queiroz (2010, p. 37), “as normas jurídico-penais, consideradas em face do sistema social e do próprio direito, não são senão um dos muitos instrumentos dirigidos à socialização do homem”. O autor entende que o direito penal, em relação ao sistema social global, “é um subsistema de controle social, puramente confirmador de outras instâncias bem mais sutis e eficazes”. Esse ramo do direito só tem sentido se considerado como continuação de um conjunto de instituições, públicas ou privadas, cuja tarefa consiste igualmente em socializar e educar para a convivência os indivíduos.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 96), “o direito penal tem, como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de prover à segurança jurídica mediante a coerção penal”, e esta, por sua vez, se distinguiria das restantes coerções jurídicas, pois aspira a assumir “caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador”.

Passando-se à perspectiva histórica, o autor Luiz Regis Prado (2010, p. 78) apresenta as etapas da evolução da justiça punitiva. Em resumo, na primeira época, o crime consistia em atentado contra os deuses, e a pena correlata, em meio de aplacar a cólera divina; numa segunda época, o crime seria a agressão violenta de uma tribo contra outra, e a pena, vingança de sangue de tribo a tribo; por fim, na terceira época, o crime diz respeito à transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado, e a pena, à reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua.

Na concepção bárbara, os delitos são divididos em delitos públicos, punidos com penas corporais cruéis, e delitos privados, perseguidos e reprimidos pela vítima ou sua família. Na concepção teocrática, o delito sempre é um atentado à ordem religiosa. E, na concepção política, o delito é considerado lesão à ordem social, e a pena, meio de preveni-la e repará-la.

Extrai-se que, a partir de uma concepção filosófica, todas as outras concepções relacionam a falta cometida à aplicação de uma sanção, direito este de natureza retributiva e de todos - vítima, família, sociedade e Estado - contra o transgressor. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 568), “a expiação daquele que violou as normas de convivência – expressada pela aplicação das mais atrozes penalidades, como morte, mutilação, tortura e trabalhos forçados – é um sentimento comum que se une à Antiguidade mais remota”.

Conforme Arnaldo de Alencar Araripe (1942, p. 21), referindo-se a Littré, “pelo menos nas sociedades selvagens, que nos foi dado observar, não existe a criminalidade: o que existe é a ofensa e a vingança. A ofensa se transforma no delito e a vingança na pena”.

De fato, a concepção germânica antiga, anterior à Paz Territorial Eterna (*Worms*) de 1495, entendia o direito como uma ordem de paz – pública ou privada – e o delito significava sua ruptura, perda ou negação (*Friedlosigkeit*). Segundo Luiz Regis Prado (2010, p. 81) “A reação era feita individualmente ou através do grupo familiar (*Sippe*), ensejando a *Faida* (*feithu*), em que o agressor era entregue à vítima ou aos seus parentes para que exercessem o direito de vingança”. A ofensa à comunidade acabava por submeter o sujeito à expulsão do grupo familiar, equiparando-o aos animais dos campos e, assim, gerando a todos o direito de matá-lo (PRADO, 2010, p. 81).

Ainda na linha das penas cruéis corroboradas pela ordem social, entre os bárbaros germânicos vigorava a vingança de sangue (*Blutrache*), que foi sendo extinta com a intervenção de um crescente poderio estatal, caminhando para a composição obrigatória (PRADO, 2010, p. 81). Esta modalidade incutiu o caráter patrimonial à reparação da ofensa praticada, que era compensada com certa importância em pecúnia. A ideia é amplamente utilizada nos ordenamentos jurídicos ocidentais. O objetivo era claramente a supressão da vingança privada, a qual chegava a ser imposta como dever da vítima ou de sua família em vingar as ofensas recebidas (PRADO, 2010, p. 82).

E quanto à prisão? Conforme Cezar Bitencourt (2012, p. 568), até fins do século XVIII, a prisão não tinha o caráter de pena, mas sim servia à contenção e custódia de réus, para sua preservação física até o momento do julgamento.

As penas aplicáveis nesse longo período histórico resumiam-se às infamantes, corporais (mutilações, açoites) e de morte. A prisão era espécie de “antessala dos suplícios”, de forma que a regra era o uso da tortura para se descobrir a verdade. “A prisão era antigamente apenas um depósito onde o acusado aguardava processo e o condenado a morte” (ARARIPE, 1942, p. 24). Essa ideia do famoso adágio de Ulpiano: “*carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*”. Assim, a prisão antecipava a extinção física do indivíduo (BITENCOURT, 2012, p. 575).

No livro nono de “As Leis”, Platão idealizava três tipos de prisões, conforme a finalidade: uma na praça do mercado, que servia para custódia, outra dentro da cidade, que servia de correção, e uma terceira destinada ao suplício, com o fim de amedrontar, localizando-se em lugar distante da cidade (BITENCOURT, 2012, p. 575). Como antes visto, apenas a prisão custodial era efetivamente aplicada na Antiguidade.

Caso interessante era o da Grécia que conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas, ficando o devedor à mercê do credor, como seu escravo. Tal prática fora posteriormente adotada como pública, como meio coercitivo para forçar o devedor a satisfazer a dívida com o credor. Em Roma, também, conhecia-se a prisão com finalidade de guarda, além da chamada prisão por dívidas (BITENCOURT, 2012, p. 576).

Conforme o autor Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 580), na Idade Média, o objetivo da pena consistia em impor o medo coletivo. Predominava o direito germânico, inexistindo pena privativa de liberdade, a não ser com a finalidade custodial.

Sintetiza Arnaldo de Alencar Araripe (1942, p. 21) que “a antiguidade não cogitou do fundamento do direito de punir”, de modo que as primeiras teorias nesse sentido datam do século XVIII. As teorias absolutas que surgiram restaram humanizadas, mais tarde, com as doutrinas utilitárias, que viram no interesse geral a razão de ser do direito de punir. Assim, chegou-se à conclusão de que “a pena é legítima porque é necessária e útil à sociedade, pelos efeitos preventivos e reparadores que produz”.

No século XIV, período de penalidades sangrentas, surge a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. As prisões de Estado – como a Torre de Londres e a Bastilha de Paris – eram eminentemente prisões políticas, isto é, nas quais não se recolhiam quaisquer criminosos, mas sim inimigos do poder real ou senhorial que cometessem traição ou adversários políticos dos governantes. Existiam na modalidade de custódia – antes já vista - e de detenção (temporária ou perpétua), ou ainda perduravam até se obter o perdão real (BITENCOURT, 2012, p. 580).

Por outro lado, o prisma teológico, que reflete na ordem jurídica e social até os dias de hoje, provém da doutrina da Igreja Católica Apostólica Romana, que estabeleceu leis penais de suma importância, porquanto “fez com que as tradições jurídicas romanas penetrassem em definitivo na vida social do Ocidente”, bem como “contribuiu para civilizar as práticas brutais germânicas, adaptando-as à vida pública” (COULANGES, 1975, p. 9 *apud* PRADO, 2010, p. 83).

Contrapondo-se o Direito Penal romano e o Direito Penal germânico, na questão da punição delitiva, aquele apresenta em concreto a pena como instrumento de conservação social, e este a exhibe como essência do princípio individualista (PRADO, 2010, p. 82). A ponderação encontra-se no Direito Penal eclesiástico, que consagra “o postulado sintético ou superior da ordem moral na qual se harmonizam interesses sociais e individuais” (PESSAGNO; BERNARD, 1953, p. 69 *apud* PRADO, 2010, p. 84).

“Em geral, as penas canônicas têm por escopo o arrependimento e a correção do delinquente (*poenae medicinales*), bem como o restabelecimento da ordem social e a exemplaridade da punição – *poenae expiatoriae*” (PRADO, 2010, p. 84).

As prisões eclesiásticas destinavam-se a clérigos rebeldes e referiam-se às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento o sentido de penitência e meditação. O objetivo era o arrependimento do infrator e a correção ou emenda. No entanto, por iniciativa eclesiástica, no século XII, surgiram as prisões subterrâneas, masmorras nas quais quem entrava não saía com vida (“*vade in pace*”). Ainda assim, “a prisão canônica era

mais humana que o regime secular, que era baseado em suplícios e mutilações, porém, é impossível equipará-la à prisão moderna” (BITENCOURT, 2012, p. 570-571).

Assim, com a moral católico-cristã, a punição do sujeito que transgride gravemente a ordem social e divina segue um viés mais humanitário. Luiz Regis Prado (2010, p. 84) destaca as principais características do Direito Penal canônico.

A primeira seria a contribuição para a humanização das penas (*Ecclesia non sinit sanguinem*) e para fortalecer o caráter público do Direito Penal. Nesse sentido, merecem enfoque duas instituições: a trégua de Deus e o direito de asilo. A vingança privada teve nesse direito um limite real e definitivo.

Ademais, o Direito Penal canônico afirmou o princípio de igualdade de todos os homens perante Deus e acentuou o aspecto subjetivo do delito, distinguindo o dolo (*animus/sciens*) e a culpa (*negligentia*), todavia não estabeleceu uma regra geral em sede de tentativa. Por fim, o ramo do Direito Penal canônico, segundo Luiz Regis Prado (2010, p. 84), valorizou e mitigou a pena pública, bem como inspirou a instituição penitenciária - internação em monastério, em prisão celular.

Na visão do ilustre autor Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 571), a pena privativa de liberdade se fundamenta no pensamento cristão, que apresenta ligeira distinção em relação ao protestantismo e ao catolicismo, proporcionando a tal sanção suas bases ideológicas e materiais. Conforme o ilustre autor, a existência da prisão canônica revela que a Igreja conheceu, mesmo antes de ser aplicado na sociedade civil, esse instituto calcado no isolamento, em seu aspecto tanto físico quanto moral, e que continha certos pontos para justificar e inspirar a prisão moderna.

Correntes filosóficas de valorização ao homem contribuíram para a formação de uma racionalidade, de uma visão mais científica sobre o indivíduo e a sociedade, evoluindo no caminho da humanização das penas. Aliás, o pensamento iluminista do século XVIII voltou-se contra a Igreja e o Estado, contra a tirania e a superstição, invocando o uso da razão como instrumento para o homem tornar seu mundo melhor.

Dessa maneira, a humanização das penas é evolução histórica pela qual se indica o estágio de civilização de uma sociedade. A relação entre delito e retribuição não constitui exceção aos limites básicos aplicáveis à convivência em sociedade, como o respeito ao ser humano e a justa medida da sanção que lhe cabe conforme a gravidade do dano causado à ordem social. “Inegavelmente, o Direito Canônico contribuiu decisivamente para com o

surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente” (BITENCOURT, 2012, p. 571).

Embora se reconheça na sanção penal a função corretiva - em especial na pena privativa de liberdade - a pena não constitui um fim em si mesma, pois não incute valores sólidos no indivíduo a ponto de garantir que este não incorra mais em crimes. Eis que providências além da prisão devam ser tomadas, visando-se à verdadeira redenção e reintegração do preso à sociedade. Eis o papel do Direito do Trabalho, que ao longo do desenvolvimento será aprofundado.

2.2 PENA E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O estudo e aplicação do Direito, qualquer que seja o foco de intelecção e atuação, não pode prescindir da observância aos princípios e direitos fundamentais. Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 (ONU), os operadores do direito têm consagrado a matéria como fundamento axiológico, incorporando-a à técnica jurídica.

Ainda mais na esfera penal e trabalhista, em que os focos se voltam ao apenado e ao proletário - protagonistas muitas vezes vulneráveis diante das circunstâncias sociais que incidem - os direitos fundamentais devem ser buscados para o nivelamento social e preservação do tratamento humano que frequentemente a eles é dispensado.

Portanto, merecerão destaque os princípios da dignidade humana, igualdade e não-discriminação, para que se possibilite melhor entendimento a respeito do trabalho prisional.

2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana

A Carta de 1988 (Art. 1º, III)¹ erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, são assegurados a todas as pessoas, sem qualquer distinção, todos os direitos fundamentais a uma existência saudável, a uma vida com o mínimo de bem estar.

¹ Art. 1º 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:
III - a dignidade da pessoa humana

Tem-se que, como ser humano, toda pessoa porque humana possui dignidade idêntica a seus semelhantes, pois como todos os demais, é racionalmente capaz de gerir sua vida, de fazer suas escolhas, tomar um rumo único. Mesmo as pessoas com limitações físicas ou mentais desenvolvem modo de viver e conviver no qual se reconhece o milagre humano. E toda pessoa se encontra em grau de superioridade em relação aos outros seres vivos, no atinente à racionalidade e autonomia.

No entendimento de Firmino Alves Lima (2006, p. 18), “a visão de superioridade baseia-se nos inegáveis poderes humanos de racionalidade, de imaginação e linguagem simbólica em comparação com os demais seres vivos, como meros exemplos”. Com tantas habilidades adquiridas em seu desenvolvimento, o ser humano sente-se dono de sua própria vida, encontrando-se nesse domínio e superação a raiz da dignidade da pessoa humana para muitos filósofos.

A pessoa como ser humano há de ser valorizada, apesar de e em razão de seus erros, que a tornam ainda mais humana. Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana não é conceito criado pelo legislador, mas sim, é atributo moral inerente a todo ser humano, não podendo ser suplantada, menosprezada ou preterida, em qualquer aspecto da vida, em qualquer relação humana.

O autor Luiz Regis Prado (2010, p. 144) ensina que não se trata de simples criação legislativa, porquanto “apenas se reconhece no texto constitucional a eminência da dignidade como valor (ou princípio) básico, cuja existência, bem como o próprio conceito de pessoa humana, são dados anteriores, aferidos de modo prévio à normação jurídica.” E completa o autor, no sentido de que “a dignidade da pessoa humana – da natureza humana – antecede, portanto, o juízo axiológico do legislador e vincula de forma absoluta sua atividade normativa, mormente no campo penal”.

Para o autor Manoel Jorge e Silva Neto (2005, p. 21), historicamente, a dignidade da pessoa humana encontra-se ligada ao cristianismo. O princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta-se no fato de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus.

Conforme o referido autor, “o Cristianismo antigo adotou a ideia de liberdade do ser humano como apanágio da sua condição racional e em virtude de ser dotado de livre arbítrio” (SILVA NETO, 2005, p. 21). Assim, a dignidade da pessoa humana é o fim supremo de todo o direito, expandindo os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para

fundamentar toda e qualquer interpretação. “É o fundamento maior do Estado brasileiro”, conclui o autor.

Nesta linha, o ilustre Professor Luiz Regis Prado (2010, p. 144) ensina que, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, “o homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica”. Ao se reconhecer o valor do homem enquanto homem, há o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, “verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal”, conclui brilhantemente o referido autor.

A dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 2009a, p. 105). É princípio que confere “unidade teleológica e axiológica a todas as normas constitucionais, pois o Estado e o Direito não são fins, mas apenas meios para a realização da dignidade do homem”. (SARMENTO, 2000, p. 195-196 *apud* QUEIROZ, 2010, p. 63).

Nessa medida, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui limitação ao poder punitivo estatal. Segundo afirma Paulo Queiroz (2010), o referido fundamento constitucional representa proibitivo, “dentre outras coisas, da adoção de penas que, por sua natureza ou modo de execução, atentem contra esse postulado, envilecendo o cidadão infrator ou inviabilizando definitivamente a sua reinserção social ou ainda submetendo-o a um sofrimento excessivo, proibitivo, enfim, de penas desumanas ou degradantes” (QUEIROZ, 2010, p. 63).

Em um Estado Democrático de Direito não se podem criar, aplicar ou executar penas que atentem contra a dignidade da pessoa humana (PRADO, 2010, p. 144). Mirando-se nesta premissa, a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948 (ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), estabelece nos Arts. III e V, respectivamente, que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Assim, também, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) preconiza: “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou essas disposições humanizadoras, a exemplo do Art. 5º, XLVII², que proíbe as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. De outro modo, prevê a Carta Magna, Art. 5º, XLVI³, a individualização da pena, trazendo rol exemplificativo de suas modalidades, como a privação da liberdade, a suspensão ou interdição de direitos, a prestação social alternativa e, sobre o patrimônio individual, multa e perda de bens.

Portanto, como “princípio dos princípios”, a dignidade da pessoa humana embasa todos os outros fundamentos jurídicos que servem à humanização das relações em sociedade.

2.2.1.1 Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana

Conectando-se à conjuntura trabalhista, o fundamento constitucional em tela tem aplicação expressiva. O trabalhador, antes de tudo, é um ser humano ao qual são reconhecidos direitos da personalidade e o direito à vida, com qualidade.

O direito do trabalho pode ter um viés desumanizador no momento em que é visto em meio à luta de classes - a dos empresários que detêm o capital e a dos operários que detêm a força de trabalho - tornando o empregador e o trabalhador meros instrumentos de uma economia de mercado, de uma criação de riqueza mecanizada e, muitas vezes, mal direcionada.

Tal perspectiva acaba por ofuscar a individualidade dos envolvidos nas relações trabalhistas, retirando a singularidade e a dignidade que deve ser reconhecida a cada uma das partes, como humanos protagonistas e não maquinário utilitarista.

² Art. 5º...

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

³ Art. 5º ...

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

A própria Carta Magna entende o trabalho como valor social e não como mercadoria (Art. 1º, inciso IV)⁴. Nas palavras de Karl Polanyi (2000, p. 85), “trabalho é apenas outro nome para a atividade humana [...] que não é produzida para venda, [...] e essa atividade não pode ser destacada do resto da vida, não pode ser armazenada ou mobilizada”.

Muito além de fator que impulsiona a economia de um país, o trabalho é fundamento da República Brasileira, juntamente com a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88).

O fundamento da valorização social do trabalho se encontra presente nas constituições republicanas anteriores, conforme energiza o autor supracitado, Manoel Jorge e Silva Neto (2005, p. 24), segundo o qual a primeira Constituição brasileira a fazer referência expressa sobre a valorização do trabalho foi a de 1946, ditando no Art. 145⁵ que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

Na mesma linha, a Constituição de 1967 dispunha que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base no princípio da valorização do trabalho como condição da dignidade humana, comando este que permaneceu inalterado na ordem constitucional subsequente, conforme se vê no Art. 160, II, da Constituição de 1969⁶.

E saliente-se que viver com dignidade é conceito que passa pelo trabalho, que depende do trabalho. Logo, não se pode tratar o trabalho como um valor meramente econômico, olvidando sua carga moral entranhada à essência humana. Disso, a pessoa que trabalha está, em verdade, empregando sua moralidade a serviço de uma causa, colocando em jogo sua própria dignidade.

A dignidade de cada pessoa é dificilmente desvinculada do labor exercido, que é o esforço empreendido para manter sua vida, sua liberdade e o prover de sua família.

⁴ Art. 1º 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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

⁵ Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social. (BRASIL, 1946).

⁶ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana (BRASIL, 1969).

Portanto, importante sempre lembrar e ressaltar este superprincípio, para que nas relações quotidianas, frequentemente automatizadas, não se sublime a dignidade de cada pessoa, porventura denominada trabalhador e empregador.

A legislação infraconstitucional, como a Lei de Execuções Penais – n. 7.210/84 – prevê, entre outros direitos do preso, a atribuição de trabalho e sua remuneração (Art. 41, II)⁷. Com relação aos direitos trabalhistas da pessoa presa, a LEP reconhece o direito à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação, bem como o exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, guardando-se a compatibilidade com a execução da pena.

Em relação à previdência social e assistência ao preso, a Lei n. 7.210/84 não deixou de observar o direito do preso à constituição de pecúlio e à Previdência Social, além da assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa dada ao apenado. Também, o direito do condenado ao convívio social e familiar resta explícito, ao não olvidar a lei visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados. Por fim, é assegurada na LEP a igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena.

Por tudo isto, de se dizer que a discriminação sofrida por um ser humano atinge diretamente sua dignidade. Conforme Firmino Lima, “o conceito de dignidade humana tem uma profunda relação com o princípio da igualdade e o dever de não-discriminação”, e “com

⁷ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. ([Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003](#))

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

a exigência da conduta antidiscriminatória, estar-se-á promovendo não somente a preservação, mas também a intensificação da referida dignidade” (LIMA, 2006, p. 81-82).

2.2.2 Igualdade

A ideia aristotélica de igualdade é bem traduzida nas palavras de José Afonso da Silva (2009a, p. 213), segundo o qual “cuida-se de uma justiça e de uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente”. Conforme analisa o ilustre autor, nesse critério de igualdade prevalece uma injustiça real, e essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou materiais.

Para começar a falar em igualdade, deve-se partir da desigualdade. As distinções entre seres humanos encontram-se nos diversos aspectos social, cultural, econômico, moral, sexual, religioso e étnico. A pessoa presa se diferencia de uma variada gama de seres humanos, pois a prisão lhe impõe distinção moral, social e econômica. Assim, a igualdade do apenado deve se dar no grupo em que se insere, visando à proteção de sua dignidade e desenvolvimento como ser humano a partir das circunstâncias fáticas que o envolvem.

Continuando na linha de pensamento de José Afonso da Silva (2009a, p. 213-214), “porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais”. Disso se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente - levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos - acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça.

Conclui José Afonso da Silva que o legislador, sob “o impulso das forças criadoras do direito [como nota Georges Sarotte] teve progressivamente de publicar as leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico” (SILVA, 2009a, p. 214).

Como já se disse, a privação da liberdade é a sanção imposta a um indivíduo que comete crime, diferenciando-o fortemente do restante dos cidadãos. E tal diferenciação é condizente com a igualdade social que se quer alcançar. Tratar os desiguais de maneira

desigual, eis a premissa aristotélica que trará ao indivíduo e à sociedade a ordem social e aprimoramento almejados.

Por outro lado, a igualdade formal no campo trabalhista trata de tipos de discriminação cujo combate pretendeu a Norma Fundamental consagrar, buscando assegurar o nivelamento das condições de trabalho da mulher em relação ao homem (Art. 5º, I, e Art. 7º, XVIII e XX), do rural em relação ao urbano (Art. 7º, *caput*), dos portadores de deficiência (Art. 7º, XXI), e entre todos os trabalhadores (Art. 7º, I a XVII, XXI a XXX, e etc.) (BRASIL, 1988).

A Constituição não dispõe especificamente a respeito do trabalho do preso, porém garante tratamento diferenciado para o cumprimento da pena, em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Também, aos presos se assegura o respeito à integridade física e moral. E em relação às presidiárias, enuncia o dispositivo constitucional que serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

As condições mínimas de trabalho dos presos devem considerar tais premissas inseridas no Art. 5º, incisos XLVIII, XLVII e L⁸. Contudo, ignora a Norma Fundamental os aspectos relativos à ressocialização do preso, como se bastasse o cumprimento da pena em si e o retorno à sociedade para que a pessoa se libertasse do crime e voltasse ao convívio social harmonioso.

Essas lacunas na Constituição - que esmiúça temas menos relevantes, como a composição do Conselho da República (Art. 89 e seguintes) - devem ser preenchidas com normas extraídas do ordenamento jurídico internacional, bem como normas infraconstitucionais, que se conectem à efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e não-discriminação no âmbito de tratamento do apenado.

Seguindo na igualdade formal, o princípio constitucional assegura a igualdade de todos perante a lei. Segundo José Afonso da Silva (2009a, p. 215), a igualdade formal

⁸ Art. 5º...

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, 1988).

“corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que concretiza a isonomia puramente formal”.

Salutar observar-se no trato da pessoa apenada a igualdade perante a lei penal, muitas vezes utópica, distorcida da realidade. Sabe-se que “os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da justiça penal que os mais aquinhoados de bens materiais”, nos dizeres de José Afonso da Silva (2009a, p. 223). Na inteligência do autor, “as condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia assegurado a todos pela Constituição” (SILVA, 2009a, p. 223).

A pessoa alcançada pela lei penal em certa fase de sua vida se submeterá à desigualdade jurisdicional consagrada na própria Constituição. Num prisma, o princípio da igualdade jurisdicional veda ao legislador a edição de leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça; noutro, o princípio representa interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais ao aplicar a lei (SILVA, 2009a, p. 218).

O foro privilegiado concedido a Ministros de Estado, membros do Congresso Nacional, entre outras autoridades, que cometam o mesmo crime praticado por qualquer cidadão comum já proporciona a sensação de desigualdade no trato dos fracos em relação aos poderosos.

Outro exemplo se encontra na lei quando cria desigualdades tratando como iguais sujeitos de realidade econômica e social distintas. O acesso à justiça aos pobres se dá por meio de patrocínio gratuito por demais deficiente, retirando a eficácia do dispositivo constitucional, Art. 5º, LXXIV⁹, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

José Afonso da Silva (2009a, p. 220) discorre no sentido de que “a realização da igualdade perante a justiça, assim, exige a busca da igualização e condições dos desiguais, o que implica conduzir o juiz a dois imperativos [...]: de um lado, cumpre-lhe reconhecer a existência de categorias cada vez mais numerosas e diversificadas, que substituem a ideia de homem, entidade abstrata, pela noção mais precisa de indivíduo caracterizada pelo grupo em

⁹ Art. 5º ...

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 1988).

que se insere de fato; de outro lado, deve ele apreciar os critérios de relevância que foram adotados pelo legislador”.

Conforme o autor supramencionado, seria injusto fosse aplicada a mesma pena sempre em atendimento a uma igualdade abstrata, “aplicando-se matematicamente a mesma pena para o mesmo crime, que, por regra, é praticado em circunstâncias diferentes por pessoas de condições distintas” (SILVA, p. 220, 2009a). “Para que tal abstração não ocorra é que, além das circunstâncias atenuantes ou agravantes, se impõe a regra da individualização da pena (art. 5º, XLVI). Mas ainda é certo que as profundas diferenças de condições materiais não se igualizam por essas poucas regras de justiça penal. É muito difundida, ainda, a ideia de que a cadeia é só para pobre” (SILVA, p. 220, 2009a).

Historicamente, o princípio da igualdade envolve os chamados direitos de segunda geração, os quais surgiram e se consolidaram nos ordenamentos jurídicos das sociedades ocidentais desde movimentos constitucionalistas que ocorreram no século XVIII, como a Revolução Francesa. Assim, a partir das revoluções liberais surgiram Declarações de Direitos Humanos que estabeleceram uma igualdade jurídica ou formal, enunciando todos os homens iguais perante a lei.

Nessa concepção liberal de igualdade, desinteressavam as desigualdades de fato e sua eliminação, colocando-se a lei acima das realidades sociais. Os anseios dos constitucionalismos modernos resumiam-se à eliminação de privilégios pessoais. Foi no século XIX que surgiu, com as cruentas guerras europeias, a preocupação das sociedades com a igualdade substantiva.

Hoje, a democracia realça a igualdade material, que se refere a condições de vida e oportunidades iguais para todos. A sociedade calcada na desigualdade é repudiada e não se admite que pessoas detentoras de riquezas, nomes de família, inseridas em classe social privilegiada, em decorrência de tantos aportes detenham o poder, cerceando oportunidades aos menos abastados.

A aceitação de flagrantes iniquidades teve prevalência até o século XVIII, quando se tinha uma estrutura social consolidada na desigualdade. Pessoas detinham privilégios por toda a vida por nascimento em determinada família, ostentando um nome, riquezas, que as situava em classe social diferenciada e de ostentação de poder.

Ainda que os ideais de igualdade sempre se manifestassem latentes, não eram sobressalentes. As desigualdades eram solidificadas e os privilégios garantidos em lei,

confeccionada pelos que dela se beneficiavam. Nobres e ricos constituíam a sociedade dominante, detentora do poder o que assegurava a manutenção de suas confortáveis posições em detrimento das classes sociais menos favorecidas.

A desigualdade é fator de opressão que retira dos indivíduos discriminados as oportunidades de ascensão social, de lutar pela melhoria de sua condição, ignorando sua dignidade que é atributo natural de toda a pessoa humana. A erradicação da desigualdade estabelecida tem início com a positivação da igualdade. Entretanto, são necessários mecanismos eficazes de política social para que esta igualdade preconizada pelas constituições seja efetivamente garantida.

No Brasil, as normas que preveem medidas concretas nesse sentido foram se fortalecendo a partir da Constituição Federal de 1988, calcada na ideia de Estado de Bem-Estar Social. Já em seu preâmbulo nossa Carta Magna preconiza a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Por conseguinte, com base no princípio maior da dignidade da pessoa humana, há de se entender e aplicar o princípio da não-discriminação.

2.2.3 Não-Discriminação

A igualdade desdobra-se no princípio da não-discriminação, de modo que o tratamento igual a todos implica não discriminar uns e outros face à ordem jurídica, sob iguais circunstâncias fáticas. Noutro prisma, a discriminação é o único meio de se proporcionar condições de vida mais igualitárias aos mais desfavorecidos. Portanto, pode-se entender que o princípio da não-discriminação é corolário do princípio da isonomia.

Como fundamento da República¹⁰, o princípio da não-discriminação consagra o Brasil como o país historicamente acolhedor, em que convivem os diferentes na cor, na etnia, na

¹⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

religião, nas limitações físicas ou mentais, enfim, o ideal brasileiro é que não haja espaço para segregação dos diferentes.

No entanto, o conceito de discriminação no ordenamento jurídico brasileiro não encontra definição clara, embora se apresente como situação social e individual negativa a ser combatida. Nesse sentido avalia Firmino Alves Lima (2006, p. 81-82) que, no atual texto constitucional, não há qualquer afirmação que permita conceituar a discriminação, apenas a menção de sua proibição em várias passagens. No em tanto, a Constituição garante um amplo espaço de reconhecimento da discriminação dentro do ordenamento jurídico, na medida em que várias de suas normas, de caráter fundamental, afirmam claramente que a discriminação de qualquer espécie deva ser combatida.

De um ponto de vista etimológico, haveria distinção entre discriminação e preconceito. No entanto, irá se utilizar os termos de forma igual para que não se empregue a proximidade a desserviço do conteúdo.

Mesmo assim, interessa entender o que significa o preconceito que todo indivíduo carrega consigo.

Firmino Alves Lima (2006, p. 181), preleciona que “[...] o ato discriminatório é uma distinção desfavorável fundada em um determinado motivo, de cunho antijurídico e desprovida de razoabilidade e racionalidade”.

Conforme Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 732), “a discriminação caracteriza-se pela presença de um elemento subjetivo, a intenção de discriminar, e de um elemento objetivo, a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado, revelando escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores”.

De fato, o preconceito consistiria nesse elemento subjetivo da discriminação mencionado por Amauri Mascaro. Conforme define Egídia Maria de Almeida Aiexe (2010, p. 177), o preconceito é carga valorativa do indivíduo, constituído precipuamente por sua cultura.

Para a referida autora, o termo cultura é, em geral, não problematizado, aparentemente óbvio, mas pode ser entendido como “o conjunto de pressupostos básicos com os quais ajuizamos o mundo e nosso sentido no mundo, assim como esse conjunto de elementos superestruturais como a linguagem, o sociopolítico, o axiológico, o religioso, o econômico, e

tudo quanto de feitura humana faz parte do meio em que vivemos”. E conclui brilhantemente a ilustre autora: “a cultura não é, pois, algo de que se possa desertar” (AIEXE, 2010, p. 177).

Entende-se igualmente que a cultura, quiçá os preconceitos, não podem ser neutralizados, modificados de um só chofre, mas sim ao longo do tempo, incutindo-se bons valores no indivíduo e em seu meio social através da educação e de políticas sociais inclusivas das minorias.

No âmbito trabalhista, o preconceito e a discriminação se manifestam sob diversas situações, normativas e fáticas. A tendência principiológica da CLT em favorecer o empregado e presumir o empregador a parte mais poderosa na relação de trabalho é claramente discriminatória. Nesse caso, a discriminação é benéfica à relação de trabalho, pois se baseia na sensibilidade estatística que aponta o trabalhador como a parte mais vulnerável, que não detém o poder econômico e que vê diminuídas suas defesas quando em conflito com o empregador.

De outro modo, é discriminatória a prática recorrente de se contratar o empregado em função do sexo, preferindo a mulheres ou a homens no preenchimento da vaga, sem fundamento técnico. Nesse sentido, há Convenção da OIT n. 156/1981 (OIT, 1981) que reconhece a “necessidade de instaurar a igualdade efetiva de oportunidade e de tratamento entre os trabalhadores de ambos os sexos que tenham responsabilidades familiares, como entre estes e os outros trabalhadores”.

Quanto à perspectiva da política criminal, que se relaciona com o trabalho penitenciário, o Plano Nacional de Política Penitenciária - PNPP, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPPCP¹¹, órgão do Ministério da Justiça - estabelece diretrizes em prol da dignidade das pessoas sujeitas ao sistema prisional.

A Medida 5 do Plano Nacional de Política Penitenciária tem o subtítulo de “Ações específicas para os diferentes públicos”¹² (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012c). Essa medida

¹¹ “Plano Nacional de Política Penitenciária O CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária resolveu recomendar a aplicação do Plano Nacional de Política Penitenciária que constitui o conjunto de orientações deste Colegiado destinadas aos responsáveis pela concepção e execução de ações relacionadas à prevenção da violência e da criminalidade, à administração da justiça criminal e à execução das penas e das medidas de segurança [...]” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012).

¹² Medida 5: Ações específicas para os diferentes públicos

Detalhamento: As diferenças devem ser respeitadas para gerar igualdade de direitos. As questões de gênero, de condição sexual, de deficiência, de idade, de nacionalidade, entre outras, são vividas também no campo criminal e penitenciário, e não devem ser desconsideradas. É uma questão de acesso aos direitos e de gestão das políticas públicas.

Requer:

a) Assegurar as visitas íntimas para a população carcerária LGBTTT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais,

mira-se no entendimento de que as diferenças devem ser respeitadas para gerar igualdade de direitos. As questões de gênero, de condição sexual, de deficiência, de idade, de nacionalidade, entre outras, são vividas também no campo criminal e penitenciário, e não devem ser desconsideradas. É uma questão de acesso aos direitos e de gestão das políticas públicas.

Com isso, a Medida 5 do PNPP (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012c) requer, entre outros pontos, garantir a assistência pré-natal e a existência de espaços e serviços específicos para gestantes durante a gestação e também no período de permanência dos filhos das mulheres presas no ambiente carcerário, além de elaborar políticas de respeito às mulheres transexuais e travestis nos presídios estaduais.

A referida medida, também, preocupa-se com os estrangeiros presos no Brasil, para os quais pretende implantar unidades específicas, quando necessário, garantindo o cumprimento das leis e dos tratados e acordos internacionais de que o Brasil é signatário. Enfim, o Plano visa, em geral, a elaborar e implantar metodologia específica para cada público.

travestis e transgêneros);

- b) Garantir a assistência pré-natal e a existência de espaços e serviços específicos para gestantes durante a gestação e também no período de permanência dos filhos das mulheres presas no ambiente carcerário (conforme Resolução deste Conselho);
- c) Elaborar políticas de respeito às mulheres transexuais e travestis nos presídios estaduais;
- d) Estudar a possibilidade de unidades específicas para população LGBTTT (acompanhar a experiência em andamento, de Minas Gerais);
- e) Garantir a acessibilidade nas unidades prisionais, conforme a orientação da NBR 9050;
- f) Garantir as condições de manifestação e de profecia de todas as religiões e credos;
- g) Criar sistema de acompanhamento de estrangeiros presos no Brasil e implantar políticas de atendimento adequadas, e unidades específicas para estrangeiros (quando necessário), garantindo o cumprimento das leis e dos tratados e acordos internacionais de que o Brasil é signatário;
- h) Aplicar a separação de pessoas presas por facção criminosa para aquelas que realmente estejam ligadas a grupos organizados do crime e que precisem de controle ou proteção, eliminando as separações por origem, isto é, por locais de moradia, que supostamente são comandados por determinados grupos, evitando assim a criação de unidades específicas por facções criminosas;
- i) Elaborar e implantar metodologia específica para cada público.

Evidências:

- a) Precariedade na assistência à saúde da mulher presa e nas condições e cuidados com as crianças;
- b) Recorrência de violência física e psicológica contra a população LGBTTT nas unidades prisionais;
- c) Falta de acessibilidade para pessoas com deficiência nas unidades prisionais, gerando graves entraves de convivência e desrespeito à dignidade humana;
- d) Precariedade na assistência religiosa;
- e) Precariedade no atendimento dos presos estrangeiros;
- f) Estímulo à adesão a organizações criminosas na medida em que as unidades são destinadas a determinados grupos, ou em que pessoas que de fato não têm ligação com o crime organizado são expostas a ele nas unidades prisionais.

Impactos:

- a) Diminuição de conflitos e da violência no sistema prisional;
- b) Conformidade com a individualização da pena e garantia à dignidade humana;
- c) Desenvolvimento da espiritualidade e aumento da perspectiva de vínculos sociais de pertencimento e inclusão.

Fundam-se as premissas da Medida 5 do PNPP (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012c) nas evidências de precariedade na assistência à saúde da mulher presa e em condições e cuidados com as crianças, na recorrência de violência física e psicológica contra a população LGBTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Tranvestidos e Transexuais) nas unidades prisionais, bem como na precariedade no atendimento dos presos estrangeiros e de presos deficientes, etc.

Os impactos visados por esta medida igualitária são de diminuição de conflitos e da violência no sistema prisional, em conformidade com a individualização da pena e garantia à dignidade humana, bem como de desenvolvimento da espiritualidade e aumento da perspectiva de vínculos sociais de pertencimento e inclusão.

Como se pode ver, a Medida 5 prevista no Plano Nacional de Política Penitenciária (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012c) requer sejam praticadas ações antidiscriminatórias no âmbito do sistema prisional, em favor da melhor qualidade de vida dos apenados.

Isso se justifica pelo fato de que o recluso é pessoa que carrega junto consigo na prisão toda a sua personalidade e cultura, suas crenças, ideologias e orientações comportamentais. Ou seja, a vida pregressa do preso não deve ser considerada apenas na medida de seus atos ilícitos, mas também no que atine às especificidades de sua “bagagem” pessoal.

Certamente deve o apenado se adequar ao ambiente prisional, às normas impostas pela ordem do estabelecimento penitenciário; entretanto, deve também o sistema prisional tratar com dignidade a pessoa presa, de acordo com suas distinções, na medida das possibilidades do sistema carcerário e sem contrariar os fins deste.

Em suma, tem-se que a sociedade consagra no sistema penal o combate a desigualdades e discriminações, cuja ocorrência não é tolerada – conforme a Constituição, Art. 5º, XLI – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” - seja no ambiente das relações de trabalho, de consumo, inclusive, no ambiente prisional.

2.2.3.1 Trabalho e Não-Discriminação

Necessário distinguir, discriminações maléficas, as negativas, e discriminações social e juridicamente aceitáveis, as positivas. E, para tanto, impende adentrar o campo da valoração jurídica.

Do texto da Convenção n. 111/1958 da OIT¹³ extraem-se elementos para a definição do que seja discriminação.

A Convenção da OIT n. 111/1958 veda toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento. Observa-se que, por razões éticas, essa disposição deve ser aplicada além do âmbito das relações de trabalho.

A referida Convenção - ratificada pelo Brasil em 1965 e com vigência no país desde 26 de novembro de 1966 – traça linhas de identificação da discriminação inaceitável em matéria de emprego e profissão, além de consagrar como social e juridicamente aceitáveis as discriminações com finalidade protetiva em relação a determinados grupos ou pessoas que sofrem injusta exclusão.

Ou seja, há discriminações aceitáveis, conforme previsão do Art. 5º da Convenção em tela, fundadas eminentemente na dignidade da pessoa humana e no compromisso político-social de se prover o bem de todos¹⁴.

¹³ “Considerando [...] que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, [...]:

Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente convenção as palavras ‘emprego’ e ‘profissão’ incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego.

Art. 4 — Não são consideradas como discriminação quaisquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional.

Art. 5 — 1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação. 2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural” (OIT, 2012).

¹⁴ Constituição Federal/88, Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Outras discriminações (Art. 1º, Item 1, da Convenção), por outro lado, são ilegítimas, porquanto possuem o efeito de alterar ou eliminar a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego ou profissão - quando fundadas na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, bem como aquelas especificadas pelo país ratificador da Convenção, “depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados”.

O tempo histórico é o supremo ditador das discriminações que são aceitáveis na sociedade e em seus códigos de leis, bem assim das discriminações porventura não legitimadas. Decerto, com a evolução das sociedades, as discriminações permitidas, por assim dizer, foram sendo mais refinadas, isto é, melhor fundamentadas e dotadas de lógica social, humana e profissional. Antigamente, nada era mais óbvio do que se excluírem deficientes e mulheres do âmbito do trabalho. Hoje, percebe-se que todos podem encontrar a sua função na sociedade, bastando convergirem capacidade e oportunidade.

Assim, a discriminação é positiva quando celebra a isonomia de condições e capacidades entre dessemelhantes, que é benéfica ao indivíduo e a grupos que sofrem com a exclusão social, em violação a fundamentos racionais e humanistas.

Também, outro sentido dado à expressão “discriminação positiva” refere-se à seleção de pessoas com capacidades técnicas mais adequadas para determinados trabalhos, cargos, funções e tarefas. E isso somente se torna possível se o empregador discernir adequadamente e apreender as características técnicas do candidato à vaga, sem previamente limitar a sua capacidade em função de preconceitos.

No momento em que as prévias e infundadas deliberações do empregador cerram as oportunidades para que o trabalhador demonstre suas reais capacidades, a seleção de empregados se torna ilegítima, inidônea e desigual, pois nocivamente discriminatória.

A questão é bem colocada por Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 732), que afirma que “o que está em causa é o desvirtuamento, pelo empregador, do valor da igualdade entre pessoas igualmente aptas para a ocupação”. Segundo o autor Amauri Mascaro, não configura prática discriminatória a opção do empregador baseada em exigências próprias de uma função que não pode ser exercida por pessoa com deficiência, em decorrência de fatores pessoais ou distinções feitas em função da natureza da relação de trabalho e do tipo de atividade que a pessoa venha a exercer.

Impende registrar que a discriminação negativa não pode ser confundida com determinados sentimentos humanos socialmente aceitáveis. O preconceito e a discriminação consistem em operações mentais e concretas, que todo ser humano realiza em momentos de escolha e decisão, sendo valoradas *a posteriori* para o bem ou para o mal. Já a empatia, antipatia, apatia, afinidade, repulsa ou sentimentos assim enfileirados não configuram discriminação nociva, porquanto não se fundam naquelas discriminações sabidamente repulsivas, como as que atingem a etnia, a cor, o gênero, a orientação sexual, etc.

Novamente a visão do renomado autor Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 732), que entende a importância de se distinguirem situações, a finalidade do ato praticado pela empresa e não a simples diferenciação de tratamento, “pois na discriminação o que se tem por fim é a preferência destinada a excluir a oportunidade de trabalho de alguém em razão de um dos fatores distintivos elencados pela lei”. E quanto à não-discriminação, afirma que a finalidade é dar atendimento a circunstâncias concretas impeditivas à entrega da função a uma pessoa que não possa exercê-la.

Os sentimentos íntimos de uma pessoa normalmente não correspondem a uma motivação ideológica ou preconceituosa e, ainda, não causam malefícios sociais, constituindo apenas rixas, conflitos interpessoais. Desse modo, não alcançam a magnitude de uma discriminação social, a qual se faz positiva quando diferencia pessoas, com apoio em fundamento social e juridicamente aceitável, bem como estabelecido pelo senso médio e esclarecido da sociedade, estrato social este que age de acordo com os princípios da dignidade humana, a não-discriminação e isonomia.

Por outro prisma, não se pode deixar de considerar o interesse da empresa, de modo que toda ocupação demanda critérios de seleção de empregados, tanto em função da disparidade entre número de vagas e número de candidatos, quanto pela legítima pretensão da empresa de que o cargo, função ou tarefa sejam desempenhados com a maior excelência possível.

A situação em tela é bem analisada por Guilherme Machado Dray (1999 *apud* NASCIMENTO, 2011, p. 732-733), que entende que não pode ser negada a liberdade de escolha do trabalhador pelo empregador, pois resulta do princípio constitucional da liberdade de criação e gestão empresarial. O autor leciona que o próprio caráter *intuitu personae* que caracteriza o contrato individual de trabalho, segundo o qual na celebração deste contrato a entidade empregadora considera a personalidade do trabalhador (a sua posição, competência,

experiência, licenciatura, etc.), “reforça a existência e a necessidade de ser preservada a aludida liberdade de escolha do trabalhador”.

Nesse sentido é o que dispõe o Item 2 do Art. 1º, da Convenção n. 111/58: “as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”. Logo, inegável que a discriminação, na sua forma positiva, em relação à seleção de empregados, é necessária à sobrevivência e sucesso das empresas nos mercados atuais, de grande concorrência.

Assim, fixam-se as premissas de que todo indivíduo carrega preconceitos e de que as decisões tomadas na vida só podem ser instrumentadas pela discriminação, que pretere uma escolha em acolhimento de outra. Isto é, o preconceito e a discriminação são inerentes ao ser humano.

Entretanto, a sociedade cria mecanismos civilizatórios que evoluem na busca de coadunar essas seleções aos princípios que devem reger as relações humanas, como os da dignidade humana e não discriminação.

Nessas relações humanas tem destaque a relação de trabalho, dada a essencialidade deste à sobrevivência e dignidade do ser humano. E é face à relevância dessa relação, que se tem buscado, nos dias de hoje, minimizar o quanto possível a exclusão de qualquer ser humano do mundo do trabalho através de diversos mecanismos inibidores às ações discriminatórias.

A Constituição Federal vigente no Brasil, já em seu preâmbulo, preconiza a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A mesma Carta repudia a discriminação referindo-se ao termo de forma pejorativa, ao dispor no Art. 5º, XLI, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Ou seja, erradicar a discriminação constitui um dos objetivos centrais da República Federativa do Brasil. De se observar que a Constituição Federal não revela o conceito de discriminação, mas, sim, deixa ampla margem para a utilização e definição do termo à legislação (interna e internacional) à doutrina e às valorações geradas nos conflitos sociais.

O controle de constitucionalidade pode ser utilizado pelo Poder Judiciário como instrumento contra ações discriminatórias. Diz o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva (2009, p. 227) que “são constitucionais as discriminações autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional”. Isso porque fere o princípio da isonomia.

Segue o ilustre autor José Afonso da Silva (2009a p. 229), demonstrando que há duas formas de cometer a mencionada inconstitucionalidade. “Uma consiste em outorgar benefícios legítimos a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação”.

Nesse caso não se estende às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros, mas o ato é constitucional e legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. “Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais” (SILVA, 2009a, p. 228).

Indaga-se como resolver a inconstitucionalidade da discriminação. O autor responde: “Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração genérica por via de ação direta”.

A esse propósito, Gilmar Ferreira Mendes, também, opta pelo reconhecimento do direito dos segmentos eventualmente discriminados, mas pondera que, na impossibilidade, deve-se suprimir o tratamento discriminatório incompatível com a ordem constitucional pela declaração de inconstitucionalidade (SILVA, 2009a, p. 229).

2.3 PENA E TRABALHO

Sob a premissa de que as disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Penal conectam-se por elemento em comum - isto é, a redenção e ressocialização da pessoa presa por meio do trabalho - o intuito é buscar um tratamento histórico da questão e as providências que já vêm sendo aplicadas no Brasil.

2.3.1 Noções históricas e conceituais

Inicialmente, recorre-se à etimologia da palavra “trabalho”, que encontra raízes no termo latino *tripaliare*, isto é, torturar com *tripalium* (NASCIMENTO; FERRARI;

MARTINS FILHO, 2011, p. 13). Ensina os autores Nascimento, Ferrari e Martins Filho (2011, p. 13) que, para alguns historiadores, o trabalho foi concebido, no início, como um castigo e como uma dor. O termo grego *pónos*, que significa trabalho, possui a mesma raiz da palavra latina *poena*, cujo sentido é pena, fadiga, sofrimento, tarefa penosa (MORAES FILHO; MORAES FILHO, 2010, p. 45).

A crítica ao enraizamento social desse juízo pejorativo em relação ao trabalho (como dor, pena e fadiga) é bem feita por Georges Friedmann (1970, p. 79 *apud* MORAES FILHO; MORAES FILHO, 2010, p. 45), segundo o qual, para se evitar que o trabalho seja alienado, deve haver, através do labor, benefícios técnicos, fisiológicos e psicológicos.

Pondera Georges Friedmann que ainda assim o trabalho arrisca-se de ser alienado e da maneira mais penosa, “se as condições econômicas e sociais nas quais se realiza acarretam para o trabalhador a consciência duma exploração”. Conclui o referido autor que, “sob todas as formas, o trabalho alienado pode acarretar a degradação e a alteração da personalidade” (1970, p. 79 *apud* MORAES FILHO; MORAES FILHO, 2010, p. 45).

Já o conceito de trabalho como atividade humana, na concepção de Paul Natorp (p.173, *apud* MORAES FILHO; MORAES FILHO, 2010, p. 41), diz que trabalho é “o objetivamente correlativo do impulso, isto é, a aplicação da força impulsiva a qualquer produção ou realização de um fim humano”.

Do ponto de vista econômico, Francesco Nitti entende o trabalho como “toda energia humana empregada tendo em vista um escopo produtivo” (NITTI, 1985, p. 13 *apud* MORAES FILHO; MORAES FILHO, 2010, p. 42), e Raboud (1936, p. 159 *apud* MORAES FILHO; MORAES FILHO, 2010, p. 42) concebe que “um homem trabalha quando faz esforços tendo em vista produzir um bem ou prestar um serviço”.

Segundo o Dicionário de Filosofia, de Nicola Abbagnano (2012, p. 1147), trabalho significa “atividade destinada a utilizar as coisas naturais ou a modificar o ambiente para satisfação das necessidades humanas”.

No vernáculo filosófico, o conceito de trabalho implica a dependência do homem, no que diz respeito à sua vida e aos seus interesses, em relação à natureza; reação ativa a essa dependência, constituída por operações mais ou menos complexas, destinadas à elaboração ou à utilização dos elementos naturais; e, por fim, o grau mais ou menos elevado de esforço, sofrimento ou cansaço, que constitui o custo humano do trabalho (ABBAGNANO, 2012, p. 1147).

Conforme Nicola Abbagnano (2012, p. 1147), a filosofia antiga e medieval condenava o trabalho manual, e mesmo na Bíblia se encontraria o trabalho no sentido de maldição divina decorrente do pecado original: “No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado; porquanto és pó e em pó te tornarás” (Gênesis, III, 19).

Nesse sentido, São Paulo preceituava “quem não quiser trabalhar não coma”, bem como Santo Agostinho (“*De operibus Monachorum*”, 17-8) e São Tomás de Aquino recomendavam o trabalho como preceito religioso (ABBAGNANO, 2012, p. 1148).

Noutro prisma, a relação entre trabalho e pena, também, reside em importantes eixos históricos. As prisões modernas institucionalizaram esse vínculo, muitas vezes perverso, entre o trabalho e o castigo.

Melossi e Pavarini (1985, p. 35 *apud* BITENCOURT, 2012, p. 575), contam que as primeiras prisões-penas surgiram no século XVI, na Inglaterra e na Holanda, não subsidiadas por ideais humanitários, mas com o propósito de se ajustar à ordem capitalista que se impunha no momento, gerando superestruturas de farta mão de obra a salários baixos. Eram as chamadas *Workhouses*, que focavam mais na submissão do prisioneiro ao regime capitalista do que na sua reabilitação (BITENCOURT, 2012, p. 575).

Segundo os autores referidos, haveria por trás disso todo um aparato de controle social, que induzia os não delinquentes a se submeterem aos proprietários dos meios de produção e às condições por eles impostas, diminuindo a resistência do proletariado e a capacidade de se unir contra a ordem capitalista.

Reconhecia-se nessas casas de trabalho a função de prevenção geral, ou seja, de instrumento de intimidação por meio do qual o trabalhador livre prefere aceitar as condições de trabalho para não acabar sujeito a regime tão severo de internação. (MELOSSI; PAVARINI, 1985, p. 36 *apud* BITENCOURT, 2012, p. 576-577).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 576), “na realidade, o objetivo fundamental das instituições de trabalho holandesas e inglesas era que o trabalhador aprendesse a disciplina capitalista de produção”. O calvinismo holandês servia de fundamento religioso a essas casas de trabalho, reforçando o objetivo prioritário que consistia no aprendizado da disciplina da produção. Em plano secundário ficava a produtividade econômica (BITENCOURT, 2012, p. 576).

Bem resume Nascimento, Ferrari e Martins Filho (2011, p. 15) que o trabalho “a par de ser, para o homem, uma necessidade vital, é também, e aí sua importância maior, o seu libertador, tanto individual como socialmente”.

3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A RELAÇÃO DE TRABALHO

O estudo do trabalho penitenciário faz-se importante na busca de soluções para a vida dos indivíduos que se veem, em algum momento de suas vidas, sujeitos à prisão ou a uma pena privativa de liberdade.

A pesquisa, nesse sentido, demanda a imersão no Direito do Trabalho e a compreensão das repercussões sociais para o trabalhador preso, para o condenado, bem como para o egresso do sistema carcerário. Requer a conceituação de trabalho penitenciário e o estudo das medidas que já estão sendo adotadas para priorizar e melhorar a vida dessas pessoas, refletindo diretamente na diminuição dos índices de criminalidade na sociedade brasileira.

Conforme a Ministra Laurita Hilário Vaz (2002, p. 16), “o trabalho durante o cumprimento da pena é, sem dúvida, um fator muito importante no processo de ressocialização do condenado”. E arremata a Ministra com a ideia de que “o recluso precisa não só adquirir o hábito de trabalhar como também aprender uma profissão que o faça ganhar a vida honestamente ao adquirir a liberdade”.

Fernanda Garcia Cerdero (1981, p. 50-51) também se posiciona nesse sentido, reconhecendo o trabalho como meio de readaptação social que deve aspirar a converter-se em direito individual e obrigação social. “Só assim se podem garantir os direitos e obrigações, tanto para o preso, como para o Estado”.

Sublinha autora Fernanda Garcia Cerdero que a desadaptação social de um indivíduo reflete o desequilíbrio com relação às coordenadas básicas da vida social, isto é, o trabalho e a educação. Conclui a ilustre doutrinadora que, enquanto o trabalho do preso for rudimentar e primitivo e meio de exploração, será estéril e rejeitado pelo condenado.

A ideia é complementada por Oscar Valente Cardoso (2011, p. 91), que entende que “apesar da privação temporária de seu estado de liberdade, o preso mantém diversos direitos durante o cumprimento da pena, que devem ser assegurados pelo Poder Público”. E arremata o ilustre autor que “o resguardo de determinados bens jurídicos é necessário para que o recluso possa ser preparado para o retorno à vida em sociedade, e não seja propenso a infringir novamente as normas penais”.

Partindo-se dessas premissas doutrinárias, será vista a conjuntura na qual se inserem providências já em curso e ações em potencial, por parte do Estado e da sociedade civil, com o fim de garantir ao preso seus direitos, especificamente pelo viés do Direito do Trabalho.

3.1 DELIMITAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITOS

Verifica-se que na Cartilha da Pessoa Presa (CNJ, 2010), elaborada em função do Programa Começar de Novo (PCN), sob iniciativa do Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2012), define-se o apenado como “o indivíduo que já possui sentença condenatória contra a qual não cabem mais recursos, ou seja, a decisão transitou em julgado”.

Por sua vez, o preso provisório, conforme reza a referida Cartilha, é “aquele que ainda não possui condenação definitiva, mas se encontra preso em razão de flagrante, prisão temporária ou preventiva”. A Cartilha da Pessoa Presa destaca que, na unidade prisional, “o preso provisório deverá sempre ser colocado em celas diferentes das dos presos já condenados definitivamente”.

Assim, para fins de delimitação, o apenado ou ex-detento, tratado nesta monografia, refere-se a quem cumpre ou tenha cumprido a pena privativa de liberdade, prevista no Código Penal, Art. 32, inciso I¹⁵.

A opção pelo tratamento dos aprisionados se dá em razão de que há peculiaridades e aspectos polêmicos com relação ao âmbito do direito do trabalho, de forma que se enumeram as seguintes questões: a) Como é e como deveria ser a relação e o contrato de trabalho de uma pessoa que se encontra cumprindo pena? b) Quais são os direitos e deveres do recluso na prisão? c) Que formas de trabalho podem ser desenvolvidas dentro da prisão? d) Como a sociedade e o Poder Público devem acolher o ex-apenado?

Na tentativa de dar respostas satisfatórias a essas questões, irá se tratar com maior clareza e objetividade o foco principal, a ressocialização do preso.

¹⁵ Art. 32 - As penas são: ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))
I - privativas de liberdade;

3.2 EFEITOS DA PRISÃO NO CONTRATO DE TRABALHO

Conforme a sanção penal imposta pode-se dividir o trabalho na situação de aprisionamento em três momentos: a) período que compreende a aplicação da medida acautelatória de prisão até o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória irrecorrível; b) durante o cumprimento da pena; c) período posterior ao cumprimento da pena e/ou durante o livramento condicional.

Embora o indivíduo permaneça por pouco tempo em uma instituição penitenciária, ou tenha cometido crime com grau maior ou menor de ofensividade em relação aos bens jurídicos tutelados no Código Penal, basta a mínima sujeição ao sistema prisional para que a pessoa carregue longamente o estigma da inferioridade social. Então, advêm as consequências da desagregação social e familiar, até a perda do emprego e redução do *status* do indivíduo na sociedade.

Primeiramente, de se tratar a questão do trabalhador que se vê despedido por ocasião do arresto.

3.2.1 Despedida por justa causa

Diz-se que a justa causa consiste em conduta faltosa que, pela gravidade, resulta na quebra de confiança entre as partes, ao violar o dever geral de boa-fé.

Isso porque a relação de emprego tem como característica principal a pessoalidade, e se não há mais confiança entre as pessoas, partes do contrato de trabalho, a relação resta comprometida. Assim, surge o ensejo à rescisão direta, que é o rompimento imediato do contrato por parte do empregado ou do empregador, sem pendências rescisórias.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região já apreciou diversas causas em que se pôde presenciar os efeitos da prisão sobre o contrato de trabalho, mormente quando o trabalhador possui ocupação e se vê despedido do emprego devido ao arresto. Oportunamente serão analisados alguns acórdãos pertinentes à matéria.

As diferentes modalidades de prisão irão repercutir distintamente no contrato de trabalho. Importará conhecer, sinteticamente, a prisão cautelar, provisória, temporária, preventiva e definitiva. A partir de cada modalidade de pena privativa de liberdade, será analisado o cabimento da despedida por justa causa, porquanto pode o empregado se ver abruptamente preso e sem sua ocupação profissional.

Recorrendo-se à legislação trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 - apregoa no Artigo 482, “d”, constituir justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena.

Trata a lei de hipótese em que o empregado foi processado, julgado e condenado irrecorrivelmente à pena privativa de liberdade, sem que tenha sido beneficiado com a suspensão da execução da sanção penal, o que torna impossível a continuidade da prestação de serviços, já que o empregado é recolhido à prisão para cumprimento da pena imposta. Perfeitamente compreensível, sendo, portanto, a autorização legislativa no sentido da dispensa do empregado pelo empregador, isentando este do ônus de arcar com as verbas rescisórias.

A propósito, a jurisprudência do TRT da 4ª Região vem decidindo que determinadas verbas rescisórias não podem deixar de ser pagas, ainda que esteja configurada a despedida por justa causa.

Entre estas parcelas está o 13º salário, uma vez que é prestação material correspondente a direito fundamental, além das férias proporcionais, entendendo-se, quanto a estas, pela revogação do parágrafo único do art. 146 da CLT¹⁶ face ao inciso XVII do Art. 7º¹⁷ da Constituição e porque em desarmonia com o disposto na Convenção 132 da OIT¹⁸, que assegura o direito à proporcionalidade da remuneração das férias independentemente do motivo da rescisão do contrato.

¹⁶ Art. 146 - Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido. ([Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977](#)).

Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias. ([Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977](#)).

¹⁷ Art. 7º...

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

¹⁸ Art. 11: Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção deverá ter direito em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente (BRASIL, 1999).

De fato, o entendimento de que o empregador não se exime de pagar toda e qualquer verba rescisória que seria devida na despedida imotivada vai de encontro à Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, verbete n. 171, de 05.05.2004, que dispõe: “salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT) (ex-Prejulgado nº 51)” (TST, 2012).

Mas como ocorre quando a pena privativa de liberdade não é ainda definitiva ou sequer passa a sê-lo? Haveria a justa causa na despedida? Nestes casos, entende-se que a justa causa deveria ser calcada nas demais hipóteses previstas no Art. 482 da CLT¹⁹. Por exemplo, se o empregado é preso e não comunica o empregador, há quem entenda pelo desencargo deste com base no abandono de emprego (Art. 482, “i”, CLT), isto é, a despedida restaria justificada, mas não em razão do confinamento do trabalhador.

O caso foi apreciado em acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, nos autos do RO - 0137400-42.2009.5.04.0022²⁰, em que se manteve a sentença desfavorável ao reclamante, entendendo a colenda turma ter se configurado o abandono de emprego no momento em que o empregado se afastou de suas atividades laborais por mais de 30 dias, sem dar ao empregador a devida ciência.

¹⁹ Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. ([Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966](#))

²⁰ EMENTA: ÔNUS DA PROVA. DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. Cabe ao trabalhador comprovar que deu ciência ao empregador da impossibilidade de comparecer ao trabalho em razão de sua prisão. No caso dos autos, a recorrente não se desincumbe a contento de tal ônus processual (TRT4, RO - 0137400-42.2009.5.04.0022, 1ª Turma, Juiz Relator André Reverbel Fernandes, Porto Alegre, 30 de novembro de 2011).

Para que se aprofundem estas e outras questões, passa-se, resumidamente, às espécies de prisão.

Tem-se a prisão cautelar, que retira o agente do convívio social, sem que haja condenação com trânsito em julgado, podendo ocorrer, inclusive, antes do processo, na fase do inquérito policial. Denomina-se, também, “prisão em flagrante”, “prisão provisória” ou “prisão processual”, e está prevista no Código de Processo Penal (CPP), Arts. 301 a 310²¹. Trata-se aqui de prisão provisória que não é decretada pela autoridade judiciária.

O prazo para encerramento de inquérito policial, estampado no Art. 10 do Código de Processo Penal, é de 10 (dez) dias e improrrogável, na ocasião em que o indiciado tiver sido preso em flagrante. O prazo máximo, em verdade, é o que estabelece a legislação especial, a Lei de Drogas²² - n. 11.343/06 - que determina a conclusão do inquérito policial em 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso e, ainda, dispõe que referido prazo pode ser duplicado a critério do juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

Quanto à prisão temporária, a disciplina encontra-se na Lei n. 7.960/89²³, abarcadas as hipóteses no Art. 1º. O Artigo 2º da referida lei estabelece que a prisão temporária tenha prazo

²¹ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

I - relaxar a prisão ilegal; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

²² Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

²³ Art. 1º. Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Em relação à prisão preventiva, a disciplina se encontra nos Arts. 311 a 316 do CPP²⁴, e será cabível em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, por decretação do juiz.

Observa-se que, diversamente do que ocorre com a prisão definitiva ou “prisão-pena”, na prisão cautelar o agente é recolhido temporariamente, entre outros fins, para investigação policial ou por conveniência da instrução processual. Não há, portanto, nesse caso, elemento que embase uma despedida justa do empregado, pois o confinamento por si só não se encontra na lei como hipótese de despedida por justa causa.

O afastamento do empregado em razão da prisão nas modalidades citadas, portanto, é por curto tempo, não havendo que se falar em resolução do contrato de trabalho, salvo exista outra causa de despedida justificada, conforme o Art. 482 da CLT.

Na hipótese de prisão em flagrante, haveria fundamento para a despedida do empregado por justa causa? Novamente, o confinamento não é fator determinante para que se resolva o contrato de trabalho. Entretanto, caso a ocorrência que ensejou a prisão em flagrante esteja relacionada às funções desempenhadas pelo trabalhador na empresa, *e.g.*, um furto cujos indícios de autoria recaíam fortemente sobre o trabalhador, pode ser entendido como falta grave ou ato de improbidade e, assim, causar a despedida motivada do empregado, com fulcro no Art. 482, alínea “a”, da CLT.

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213);
- g) atentado violento ao pudor (art. 213);
- h) rapto violento;
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n° 2.889, de 1º-10-1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343, de 23-8-2006);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492, de 16-6-1986).

²⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. ([Redação dada pela Lei n° 12.403, de 2011](#)).
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

A prisão em flagrante, entendida como subsídio à despedida por justa causa, foi acatada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, nos autos do RO - 0090700-05.2009.5.04.0023²⁵, nos quais justamente se entendeu que haveria fortes indícios na investigação policial de que o trabalhador teria colaborado ou agido como coautor do furto perpetrado a bens da empresa, armazenados em um caminhão conduzido pelo empregado.

No caso, decidiu-se pelo acerto da despedida por justa causa, calcada no Art. 482, “a”, da CLT, mas não se afastou por completo o pagamento de verbas rescisórias, mantendo-se o recebimento das férias proporcionais e respectivo 1/3, em observância à Convenção da OIT n. 132²⁶.

Importante observar, em linhas gerais, que a ausência ao emprego, forçada pelo recolhimento temporário do empregado à prisão, enseja a suspensão do contrato de trabalho, a não ser que se verifique causa prevista em lei que demarque a justa despedida. Assim, o contrato de trabalho continuaria vigente, restando apenas suspensa a sua execução durante o período de prisão provisória ou preventiva.

Em decisão do TST, nos autos do ED-E-RR-216.779/95.8 (SDI-1, Ministro Relator: Vantuil Abdala, Brasília, 27 de setembro de 1999), a questão da suspensão do contrato de trabalho durante a prisão preventiva, bem como a garantia de regresso do trabalhador ao seu posto por conta da revogação da medida de arresto, foram pontos elucidativamente analisados.

O entendimento do Ministro Relator Vantuil Abdala (íntegra do Acórdão no ANEXO B), acompanhado por seus pares²⁷, foi no sentido de que a suspensão do contrato decorreu de

²⁵ EMENTA: RESCISÃO CONTRATUAL. JUSTA CAUSA. A prática de ato de conduta inadequada pelo trabalhador, com prova suficiente da falta grave - tentativa de furto com prisão em flagrante -, autoriza a despedida por justa causa, com fundamento na alínea “a” do art. 482 da CLT. (TRT4, RO - 0090700-05.2009.5.04.0023, 10ª Turma, Relator: Fernando Luiz de Moura Cassal, Porto Alegre, 27 de setembro de 2012).

²⁶ Art. 11: Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção deverá ter direito em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente. (BRASIL, 1999).

²⁷ Segue trecho do acórdão proferido pelo TST: “(...) O v. acórdão embargado examinou e afastou a alegada contrariedade ao art. 472 da CLT, sob o fundamento de que não houve o prequestionamento junto ao Regional. E, realmente, o acórdão regional apenas referiu-se ao art. 472 da CLT, para concluir que houve suspensão anômala do contrato de trabalho no período em que o reclamante ficou afastado do emprego em virtude da decretação de sua prisão preventiva, até a revogação da ordem, determinando a contagem desse período como tempo de serviço. No caso em exame restou indubitavelmente demonstrado que a suspensão do contrato decorreu de fato estranho à vontade do ora recorrente, o qual cientificou o Banco das razões de seu afastamento, apresentando-se ao serviço tão logo cessaram os motivos que o impediam de trabalhar. Não obstante o contrato de trabalho permanecesse íntegro, dois fatos se sucederam produzindo efeitos jurídicos distintos: no primeiro momento, ou seja, da data do afastamento do empregado e decretação de sua prisão preventiva até a revogação

fato estranho à vontade do ora recorrente, o qual cientificou o Banco empregador das razões de seu afastamento, apresentando-se ao serviço tão logo cessaram os motivos que o impediam de trabalhar.

Assim, desde a decretação da prisão preventiva até a revogação da ordem, para o empregado continuou apenas a contagem do tempo de serviço, com base em aplicação analógica do Art. 472, § 1º, e Art. 4º, parágrafo único, ambos da CLT²⁸.

Sublinhou-se no voto que, após cessada a ordem de custódia, não mais subsistiriam os motivos da suspensão anômala do contrato, sendo, portanto, restabelecidas as obrigações decorrentes do contrato de trabalho, cabendo ao empregador garantir o retorno do trabalhador ao serviço. Pela rescisão contratual injustificada, o Banco foi devidamente condenado na instância regional ao pagamento dos salários e demais vantagens inerentes ao cargo. No entanto, frise-se inexistir a estabilidade no emprego, instituto distinto da suspensão contratual.

Logo, desde a decretação da prisão preventiva, o contrato de trabalho deve ser suspenso. Posto em liberdade o empregado, é dever do empregador garantir que o obreiro retorne ao cargo, ao *status quo ante*, embora inexista estabilidade provisória em favor do trabalhador.

Resta claro que o direito do trabalho não vem a garantir que a pessoa presa, assim que liberta, dê continuidade ao contrato de trabalho suspenso, reavendo suas atividades laborais na empresa, independentemente da vontade do empregador. Mas de outro modo, o direito do trabalho serve para garantir ao trabalhador preso que seja quitado o contrato firmado, pois sua

da ordem (05.03.93 a 03.12.93), ocorreu a suspensão do contrato, resultando em favor do empregado apenas a contagem do tempo de serviço, por aplicação analógica do art. 472, parágrafo 1º, e art. 4º, parágrafo único, da CLT; num segundo momento, após cessada a ordem de custódia, em 03.12.93, deu-se o impedimento do retorno do obreiro ao serviço por imposição do Banco, sob a alegação de haver rescindido o seu contrato. A partir daquele momento, não mais subsistindo os motivos da suspensão anômala do contrato e restabelecidas as obrigações, impunha-se ao Banco garantir a volta do empregado ao trabalho. Não o fazendo, descumpriu o empregador as obrigações contratuais, responsabilizando-se, conseqüentemente, pelo pagamento dos salários e demais vantagens inerentes ao cargo, sem que, no entanto, se configure a estabilidade no emprego, conforme antes analisado. Pelo exposto, acolho parcialmente as razões de apelo do reclamante-consignado, reformando a decisão hostilizada, e julgo, em consequência, improcedente a ação de consignação em pagamento aforada pelo Banco”.

²⁸ Art. 472 - O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador. § 1º - Para que o empregado tenha direito a voltar a exercer o cargo do qual se afastou em virtude de exigências do serviço militar ou de encargo público, é indispensável que notifique o empregador dessa intenção, por telegrama ou carta registrada, dentro do prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data em que se verificar a respectiva baixa ou a terminação do encargo a que estava obrigado.

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Parágrafo único - Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar ... (VETADO) ... e por motivo de acidente do trabalho. [\(Incluído pela Lei nº 4.072, de 16.6.1962\)](#)

despedida não pode ser calcada na prisão, frente à qual conquistou o obreiro o direito de ser libertado.

Tampouco pode o trabalhador ser duplamente penalizado, uma vez que, além de aprisionado em razão de investigação policial ou instrução processual, retornaria à sociedade desempregado e sem garantias das verbas que estaria recebendo, não fosse o tempo de confinamento. Eis a aplicação do direito do trabalho sob o viés da dignidade da pessoa humana e do princípio da não-discriminação.

3.2.2 Casos especiais: o vigilante e o trabalhador doméstico

De se notar que há profissões que constituem exceção à regra da suspensão do contrato de trabalho diante de recolhimento à prisão do trabalhador. Nestas categorias, a mera prisão em flagrante já pode dar ensejo à despedida por justa causa, prescindido-se de outro fundamento. São estas a categoria dos vigilantes e da empregada ou empregado doméstico.

A profissão de vigilante, regulada na Lei n. 7.102/83, estabelece como requisito que o empregado não possua antecedentes criminais (Art. 16)²⁹. Ou seja, o fato de o empregado responder a processo criminal ou apenas estar sob investigação policial já poderia ensejar a sua despedida por justa causa. O recolhimento à prisão, ainda que provisória, integra a ficha de antecedentes criminais; portanto, a simples prisão basta para retirar do empregado vigilante a confiança que lhe foi depositada pelo empregador, o qual, assim, poderia despedi-lo, de forma motivada.

Da mesma maneira ocorreria com a empregada doméstica (na categoria predomina o sexo feminino). A profissão é regulamentada pela Lei n. 5.859/72, que, no Art. 2º, inciso II³⁰, impõe como condição à admissão no emprego a apresentação de atestado de boa conduta.

²⁹ Art. 16 - Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos:

I - ser brasileiro;

II - ter idade mínima de 21 (vinte e um) anos;

III - ter instrução correspondente à quarta série do primeiro grau;

IV - ter sido aprovado, em curso de formação de vigilante, realizado em estabelecimento com funcionamento autorizado nos termos desta lei;

V - ter sido aprovado em exame de saúde física, mental e psicotécnico;

VI - não ter antecedentes criminais registrados; e

VII - estar quite com as obrigações eleitorais e militares.

Parágrafo único - O requisito previsto no inciso III deste artigo não se aplica aos vigilantes admitidos até a publicação da presente Lei.

³⁰ Art. 2º Para admissão ao emprego deverá o empregado doméstico apresentar:

I - Carteira de Trabalho e Previdência Social;

O conceito de “atestado de boa conduta” é por demais indeterminado. Seriam as referências que o empregado pede ao empregador para procurar novo posto de trabalho? O governo fornece um formulário padronizado que sirva como atestado de boa conduta? E se mesmo sem certificar-se da boa conduta do empregado doméstico, o empregador admiti-lo, terá este o direito de despedi-lo por justa causa caso ocorra prisão provisória do trabalhador ou caso o empregador, por qualquer motivo, suspeite de sua idoneidade e confiabilidade?

Nem para todas estas questões encontram-se, ainda, respostas. Até mesmo porquanto não são frequentes demandas judiciais no sentido de a trabalhadora doméstica, por exemplo, ser arrestada e procurar, após o livramento, ser reintegrada no emprego, ou ainda, a quitação de seus direitos conforme a legislação trabalhista.

Em geral, as trabalhadoras domésticas ainda pleiteiam o reconhecimento do vínculo empregatício, de modo que o advento da lei específica, em 1972, não lhes trouxe, de imediato, a efetiva conquista de seus direitos como trabalhadoras, sendo muitas ainda contratadas no âmbito da informalidade.

Por outro lado, o caso de despedida por justa causa dos empregados vigilantes que sofrem prisão provisória ou preventiva já foi objeto de discussão em diversas demandas, em algumas das quais os trabalhadores requerem, inclusive, indenização por danos morais.

Apesar do disposto no Art. 16, VI, da Lei n. 7.102/83, em caso representativo apreciado por este Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, nos autos do RO - 0102200-73.2005.5.04.0002³¹ (ANEXO B), decidiu-se, em maioria, pela reforma da sentença de primeira instância, entendida a rescisão contratual sem justa causa, e condenada a empresa reclamada ao pagamento das verbas de praxe em favor do empregado vigilante que sofrera prisão em flagrante e, liberto dentro de um mês, já havia sofrido a despedida.

II - Atestado de boa conduta;

III - Atestado de saúde, a critério do empregador.

³¹ EMENTA: JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIME DE EXTORSÃO. VIGILANTE. FATO NÃO PROVADO. Em sendo verdadeira a conduta descrita no histórico da ocorrência policial, o modo de agir do recorrente não seria em nada correto e totalmente incompatível com sua função na recorrida, de vigilante, o que justificaria a rescisão contratual por mau procedimento – justa causa. Tendo o recorrente negado a autoria da extorsão a ele imputada, cabia à recorrida a prova do fato no juízo trabalhista, de vez que ausente decisão em processo crime, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso provido ara afastar a justa causa (TRT4, RO - 0102200-73.2005.5.04.0002, Juiz Relator Marcelo Gonçalves de Oliveira, 4ª Turma, Porto Alegre, 22 de novembro de 2007).

No caso, a rescisão do contrato de trabalho (conforme termo de fls. 81) foi levada a efeito na mesma data da prisão, 22.02.2005, fundada em justa causa de incontinência de conduta ou mau procedimento (fl. 79), capitulada no art. 482, “b”, da CLT (ANEXO B).

No caso, prevaleceu o juízo equitativo³², porquanto fosse aplicado literalmente o dispositivo legal (Art. 16, VI, da Lei n. 7.102/83), o empregado com antecedentes criminais estaria sendo despedido motivadamente.

A entidade empregadora, ciente da prisão em flagrante do vigilante por extorsão consumada (Código Penal, Art. 158)³³, procedeu a seu juízo de valor dos fatos e entendeu conveniente despedir o empregado, com base no Art. 482, “b”, da CLT³⁴. Entendeu a empregadora pela impossibilidade de o trabalhador conseguir renovar seu certificado de curso de formação em vigilância, a cada dois anos, em vista da ficha de antecedentes criminais (Art. 16, VI, da Lei n. 7.102/83), de forma que não mais o trabalhador lhe seria de alguma serventia.

Data venia à decisão do colendo órgão julgador, aparentemente, não se fez justiça no caso concreto. A discriminação das categorias de vigilante e de empregada doméstica, das quais se exige histórico imaculado, encontra suporte em fortes fundamentos.

O vigilante é o empregado contratado diretamente pela entidade interessada, diplomado em curso de formação autorizado pelo Ministério da Justiça, ou ainda é o empregado de empresa especializada contratada mediante terceirização de serviços (Art. 3º da Lei n. 7.102/83).

Instituições bancárias e empresas que guardam e movimentam valores e bens valiosos, de interesse da sociedade e referentes, muitas vezes, a patrimônios particulares, não podem prescindir de que a segurança contratada direta ou indiretamente seja da mais alta confiança que se possa exigir. Estas empregadoras precisam se cercar do máximo de certeza possível em relação à lisura moral e conduta idônea da pessoa ou empresa especializada que estão

³² Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

³³ Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

³⁴ Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

contratando, dadas as atividades a serem exercidas, consubstanciadas na segurança, vigilância e transporte de valores.

A certidão negativa de antecedentes criminais revela, em caráter preliminar, a confiabilidade do profissional que irá ocupar a vaga de vigilante. Tanto é importante esta garantia dada à empregadora e à sociedade que o curso de formação para vigilantes deve ser autorizado pelo Ministério da Justiça e a reciclagem do profissional é feita regularmente, a cada dois anos (Portaria n. 387/06 – DG/DPF)³⁵. O profissional, inclusive, dadas as típicas funções que exerce, está autorizado ao uso de armas de fogo, como revólveres e espingardas (Art. 22 da Lei n. 7.102/83)³⁶.

Em suma, sobre a confiança depositada no empregado vigilante não pode pairar qualquer suspeita, mormente as suspeitas fundadas em fatos e fortes indícios de cometimento de crimes, sobretudo patrimoniais.

No caso acima mencionado, apreciado pelo TRT da 4ª Região (ANEXO B), o profissional foi preso em flagrante por extorsão, tendo-se por objeto do crime um veículo roubado, por cuja devolução os infratores teriam exigido a importância de R\$ 5.200,00.

Entende-se, aprioristicamente, que o empregado vigilante que se vê envolvido em crime patrimonial - muito embora os indícios remanesçam em investigação policial inconclusa e ainda não alcançada pela instrução judicial - não apresenta a devida qualificação para exercer as funções de vigilância em empresa que justamente lhe contratou para cuidar de patrimônio próprio ou alheio.

Merece destaque o fato de que, na sua maioria, o serviço de vigilância não é orgânico, mas sim terceirizado. Os estabelecimentos financeiros contratam as empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, as quais colocam seus empregados vigilantes para prestar os serviços nos estabelecimentos contratantes.

³⁵ Portaria 387/06 – DG/DPF, Art. 109. § 1º Os exames de saúde física e mental e de aptidão psicológica serão renovados por ocasião da reciclagem do vigilante, às expensas do empregador.

[...]

Art. 110. § 7º Os cursos de formação, extensão e reciclagem são válidos por 02 (dois) anos, após o que os vigilantes deverão ser submetidos a curso de reciclagem, conforme a atividade exercida, às expensas do empregador. (vigência a partir de 02.01.07, conforme Despacho nº 6047/06-DG/DPF)

³⁶ Art. 22 - Será permitido ao vigilante, quando em serviço, portar revólver calibre 32 ou 38 e utilizar cassetete de madeira ou de borracha.

Parágrafo único - Os vigilantes, quando empenhados em transporte de valores, poderão também utilizar espingarda de uso permitido, de calibre 12, 16 ou 20, de fabricação nacional.

A responsabilidade da empresa contratada, portanto, é ainda maior, pois está admitindo empregados para cuidar de patrimônio alheio. Não se trata de proteger o patrimônio da empresa, interesse propriamente seu, mas sim patrimônio de outrem.

Daí decorre a estreita submissão dessas empresas especializadas ao disposto na Lei n. 7.102/83, que apregoa no Art. 10, §3º, serem as mesmas regidas por esta lei, pelos regulamentos dela decorrentes e pela disposição da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária e penal. E no Art. 23 e incisos, a referida lei comina às empresas infratoras as penas de advertência, multa, proibição temporária de funcionamento e cancelamento do registro para funcionar.

Logo, as responsabilidades em razão da quebra de confiança não atingem apenas o empregado que se verá despedido por justa causa, mas também a empresa que pode se sujeitar a multas e até ao fechamento temporário, por ter contratado e mantido empregado fora dos requisitos exigidos em lei³⁷.

Por conseguinte, não fere o princípio da não-discriminação, nem se pode considerar injusta a despedida do vigilante preso em flagrante, compulsando a empregadora ao pagamento de verbas rescisórias, como se estivesse a despedir imotivadamente um trabalhador comum. Há de se reconhecer no vigilante a especialidade da profissão que exerce, a qual traz novos deveres e responsabilidades para as partes da relação trabalhista.

No tocante à empregada doméstica, também, não se verifica discriminação pejorativa em se exigir indícios de boa conduta em sua vida pregressa.

Empregado doméstico, conforme define o Artigo 1º da Lei n. 5.859/1972, é aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.

A exigência do atestado de boa conduta (Art. 2º, II, Lei n. 5.859/72) tem fundamento consistente, dado tratar-se de serviços prestados continuamente no âmbito residencial, íntimo, isto é, no espaço destinado ao convívio familiar. A situação demanda que a confiança esteja

³⁷ Art. 23 - As empresas especializadas e os cursos de formação de vigilantes que infringirem disposições desta Lei ficarão sujeitos às seguintes penalidades, aplicáveis pelo Ministério da Justiça, ou, mediante convênio, pelas Secretarias de Segurança Pública, conforme a gravidade da infração, levando-se em conta a reincidência e a condição econômica do infrator:

I - advertência;

II - multa de quinhentas até cinco mil Ufirs: [\(Redação dada pela Lei 9.017, de 1995\)](#)

III - proibição temporária de funcionamento; e

IV - cancelamento do registro para funcionar.

Parágrafo único - Incorrerão nas penas previstas neste artigo as empresas e os estabelecimentos financeiros responsáveis pelo extravio de armas e munições.

em patamar acima da comumente exigida em outras relações de emprego. É temerário que se admita uma pessoa estranha trabalhando em casa de outrem sem que lhe seja exigido, digamos, um *plus* no quesito confiança.

Contudo, a verdade é que inexistente documento que ateste a idoneidade da trabalhadora doméstica. Mas se pode entender, cotejando-se a realidade com a letra da lei, que o “atestado de boa conduta” refere-se a bons indícios da vida pregressa da trabalhadora, cabendo ao empregador buscar conhecer, das mais variadas formas, o currículo, não só profissional, como também, pessoal, antes de admitir um estranho para trabalhar em seu ambiente doméstico.

Aparentemente se está admitindo a violação à privacidade da trabalhadora e atentando-se contra sua igualdade perante a lei e em relação às demais profissões. No entanto, a natureza da atividade profissional exercida, no âmbito domiciliar dos contratantes, permite que se busque a máxima segurança, apesar do constrangimento a que se possa submeter o trabalhador quando da seleção à vaga e durante o exercício de suas funções no emprego.

O empregador, por exemplo, poderia entrevistar de forma mais incisiva o candidato ou a candidata à ocupação, bem como se poderia permitir que o contratante revistasse os bens pessoais do empregado doméstico, na presença deste, assim que dele suspeitasse pela falta de um pertence valioso. A proteção visada pelo empregador é a de sua família, de seu lar, o que não se pode pretender que ponha em risco.

Ademais, em relação à prisão provisória ou em flagrante, estaria autorizado o empregador a despedir a empregada doméstica, por sua conveniência, de forma que o fino liame de confiança pode ser, no caso, considerado rompido. E diga-se que a premissa se aplicaria não apenas à suspeita de cometimento de crimes patrimoniais, como também de crimes contra a honra e outros que pudessem quebrantar a estreita confiabilidade entre as partes.

Portanto, entende-se afastada a tese de que haveria prática discriminatória na imediata e justificada despedida da empregada doméstica cuja prisão provisória foi decretada.

3.3 TRABALHO PENITENCIÁRIO: CONTORNOS PARA UMA DEFINIÇÃO

A definição de trabalho penitenciário não é tão simples quanto possa parecer, isto é, um trabalho desenvolvido na prisão. Outros conceitos podem estar envolvidos, como os de trabalho forçado, trabalho degradante e trabalho análogo ao de escravo. Assim, tentar-se-á

buscar a definição de trabalho penitenciário pelo método da exclusão, observando-se as necessárias supressões dessas ideias por demais abrangentes, quais sejam trabalho e prisão.

No que diz respeito ao trabalho forçado, trabalho degradante e trabalho análogo ao de escravo, a conceituação é o primeiro obstáculo, de modo que a própria jurisprudência é controvertida e as interpretações dadas por todo o país carecem de uniformidade. Em razão de divergências substanciais, os elementos essenciais para caracterizar uma e outra forma dessas modalidades de trabalho, bem como o foco de combate a ser visado pelas autoridades administrativas e judiciárias, infelizmente, não estão claros no mundo jurídico.

Conforme Marcello Ribeiro Silva (2009b, p. 207-209), a pesquisa da literatura científica sobre trabalho forçado e trabalho análogo ao de escravo revela uma verdadeira cizânia doutrinária em relação aos seus conceitos, “entendendo uns que o trabalho forçado é o gênero, do qual o trabalho análogo ao de escravo é espécie”, enquanto outros veem o trabalho análogo ao de escravo como gênero, do qual o trabalho forçado é espécie, havendo, ainda, uma terceira corrente que vê as referidas expressões como sinônimas.

Então, para a construção desses conceitos, necessário se utilizar do diálogo das fontes, buscando-se textos normativos editados internacionalmente - como as Convenções da OIT, pactos supranacionais, Declarações de Direitos Universais, entre outros - considerando, ainda, os textos internalizados pelo Brasil, bem como nascidos no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do Código Penal.

No ensejo, o Art. 149 do Código Penal Brasileiro³⁸ (CPB – Lei n. 2.848/40) traz a criminalização do trabalho análogo ao de escravo, contendo, no *caput*, as hipóteses em que alguém (o empregador) submete outrem (o empregado) a trabalhos forçados (involuntários, alheios a previsões contratuais ou à natureza do próprio serviço contratado) ou à jornada

³⁸ Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I - contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

exaustiva (i.e., tão longa e desgastante que se torne prejudicial à saúde do trabalhador), por meio da sujeição a condições degradantes de trabalho (e.g., sob intempéries e sem o uso de proteção, ou desprovido de alimentação e intervalos de descanso adequados), ou então por meio da restrição da locomoção do empregado em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (e.g., manutenção do empregado no local de trabalho, suprimindo seu tempo de lazer e de convívio social).

Esse conjunto de circunstâncias, as quais não necessariamente são concomitantes, perfaz a modalidade de trabalho, como se convencionou chamar no Brasil, análogo ao de escravo. As outras hipóteses constantes dos incisos I e II do Art. 149, CPB, preveem o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho, bem como a vigilância ostensiva no local de trabalho ou o apoderamento sobre documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Decerto, a identificação do trabalho penitenciário com o trabalho análogo ao de escravo já resta parcialmente excluída, pois a ilicitude contida em parcela dos atos descritos só pode se dar contra o trabalhador livre, que possa se locomover e manter objetos pessoais como bem entender. Ao contrário, o preso tem essencialmente seu direito de ir e vir, bem como a posse de objetos pessoais, limitados pela pena que lhe fora imposta, não havendo, assim, como sofrer tais atitudes repressivas de forma ilegal e por parte de um empregador, senão pelo Estado e dentro da legalidade.

De outra parte, o dispositivo legal traz conceitos indeterminados, como “trabalhos forçados” e “condições degradantes de trabalho” para compor o conceito de trabalho análogo ao de escravo. A própria Constituição Federal³⁹, no Art. 5º, XLVII, “c”, proíbe pena de trabalhos forçados. Dessa maneira, necessita-se recorrer a normas internacionais para que se chegue à adequada definição desta expressão.

De se dizer que a própria OIT, entidade histórica e defensora mundial dos direitos humanos e trabalhistas, considera nebulosa a busca de um conceito para trabalho forçado. No Relatório Global “Uma Aliança contra o Trabalho Forçado” (OIT, 2005, p. 2), a entidade

³⁹ Art. 5º, XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

aponta dois problemas, presentes em quase todo o mundo. Primeiro, não há uma definição precisa de trabalho forçado, o que dificulta sua identificação e punição.

Em segundo lugar, e em consequência do problema anterior, são muito poucos os processos contra o delito de trabalho forçado em todo o mundo. Instala-se assim um círculo vicioso: legislação pouco clara, pouco ou nenhum recurso para ações penais e limitada conscientização ou publicidade, redundando na falta de pressão com vista a uma legislação mais precisa, e assim por diante.

Ademais, a OIT, possui Convenções, como a de n. 29 datada de 1930 e a de n. 105 datada de 1957, que dizem respeito, especificamente, ao trabalho forçado (OIT, 2010). Conjuntos ao tema, outros diplomas internacionais se opõem ao trabalho forçado ou obrigatório, a exemplo da Convenção da OIT sobre a Escravatura (1926), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

A Convenção da OIT n. 29/30⁴⁰ ainda concedia certa margem de tolerância à questão do trabalho forçado, estabelecendo regras de transição no sentido de que os Estados signatários deveriam “suprimir o trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo”.

Permitia-se o trabalho forçado, em caráter temporário, para fins públicos e a título excepcional (Art. 1º⁴¹).

Embora reconhecendo o trabalho obrigatório como um mal a ser eliminado das sociedades, a determinação, na época, era de que a erradicação ocorresse paulatinamente, sob a justificativa de que o tempo era aliado na adoção de medidas que conformassem as relações de trabalho às diretrizes visadas pela OIT e na adequação das leis a serem editadas pelos países, com o fito de se estabelecer uma realidade mais humana e digna aos trabalhadores em todo o mundo.

⁴⁰ Ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto Legislativo n. 41.721 de mesma data, e com vigência nacional desde 28 de junho de 1930.

⁴¹ Art. 1º. Tendo em vista esta supressão total, o trabalho forçado ou obrigatório poderá ser empregado durante o período transitório unicamente para fins públicos e a título excepcional.

No fim do prazo de cinco anos, a partir da data da entrada em vigor da presente Convenção, e na ocasião do relatório previsto no Artigo 31.⁴¹ abaixo mencionado, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho examinará a possibilidade de suprimir, sem novo adiamento, o trabalho forçado ou obrigatório, sob todas as suas formas, e decidirá se será oportuno inscrever este assunto na ordem do dia da Conferência.

Adiante, a definição de trabalho forçado é fornecida pelo Art. 2º, §1º, da Convenção n. 29/30, como sendo “todo trabalho ou serviço exigido a um indivíduo, sob a ameaça de uma pena qualquer, e para o qual esse indivíduo não se oferece voluntariamente”.

Infere-se que essa modalidade de trabalho é ilícita, porquanto fere um dos princípios essenciais do contrato trabalhista que consiste na manifestação de vontade livremente pelas partes, tendo o trabalhador o direito de escolher, entre as ofertas de emprego à sua disposição, a atividade ou ramo no qual trabalhar e a serviço de quem empregará sua força de trabalho. Portanto, no momento em que o obreiro não tiver tais opções, ou mesmo não puder se desligar do trabalho quando lhe convier, estará configurado o trabalho forçado.

Isto é, o cerceamento da vontade do trabalhador, com a exigência do serviço desde o começo ou no percurso de sua execução implicará, numa situação e outra, em igual violação de direitos humanos e trabalhistas. E imposto ou não na forma de uma pena, o trabalho forçado que não considera o elemento volitivo do obreiro constitui sujeição ilícita do trabalhador.

No dizer de José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2006, p. 125 *apud* SILVA, 2009b, p. 212), “a liberdade é a nota característica do conceito de trabalho forçado”. Acrescenta-se que a liberdade aqui tratada, não necessariamente se identifica com a liberdade de locomoção, e está além da capacidade civil, pois se refere à liberdade contratual no campo trabalhista que é imprescindível para a legitimidade e validade da relação de trabalho estabelecida.

Aliás, imperioso salientar que as condições degradantes de trabalho não necessariamente caracterizam o trabalho forçado. Conquanto seja eivado de obrigatoriedade, o trabalho relativamente tolerado na Convenção n. 29/30 deveria vir acompanhado de garantias mínimas ao trabalhador.

Consoante explana Marcello Ribeiro Silva (2009b, p. 211-212), “o trabalho forçado, por ser exigido contra a vontade do trabalhador, mesmo durante o período transitório em que foi admitido, deveria garantir o respeito à dignidade do cidadão trabalhador”. Para tanto, a Convenção n. 29 da OIT estabeleceu uma série de garantias aos obreiros submetidos a essa forma de trabalho, disciplinando salário, jornada de trabalho, repouso, proibição de descontos salariais, condições de higiene e segurança dos locais de trabalho, assistência médica ao trabalhador e a sua família, transferências, indenizações e vedações quanto a determinadas atividades.

Por outro lado, a Convenção n. 29 listava, no Art. 2º⁴², hipóteses que não configuravam trabalho forçado, a exemplo do trabalho ou serviço que se exija de um indivíduo em virtude de uma condenação pronunciada por sentença judicial, na condição de que este trabalho ou serviço se realizasse sob a vigilância e controle das autoridades públicas e que o dito indivíduo não fosse cedido ou posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado.

Assim, pode-se dizer que, no período iminente posterior à Primeira Guerra Mundial, basicamente, os elementos considerados pela OIT como legitimadores do trabalho forçado consistiam no aval da sociedade e do poder público, bem como no retorno em benefícios diretos, a uma das partes ou ambas.

Impende observar o Art. 10. (BRASIL, 1932), da Convenção em exame, que aprofunda a noção de trabalho forçado, trazendo requisitos que cumulavam para garantir condições mínimas favoráveis advindas desse trabalho ao indivíduo e à sociedade⁴³.

Exemplificativamente, o Art. 10 da Convenção n. 29/OIT estabelecia que quando o trabalho forçado ou obrigatório for exigido a título de imposto, ou ainda por chefes que exercem funções administrativas, para a execução de trabalhos de interesse público, as autoridades interessadas deverão, primeiro, assegurar que o serviço ou trabalho a executar é de interesse direto e importante à comunidade a executá-los; que este serviço ou trabalho é de interesse atual ou premente; que a execução desse trabalho ou serviço não obrigará os trabalhadores a se afastarem do lugar de sua residência atual; entre outras garantias atribuídas ao trabalhador forçado e à comunidade a que pertencia.

⁴² Art. 2º, §2. No entanto, em consequência da presente Convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” não compreende:

- a) Todo trabalho ou serviço que se exija em virtude das leis sobre o serviço militar obrigatório e que tenha um caráter puramente militar;
- b) Todo trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais dos cidadãos de um país que se governe plenamente por si mesmo;
- c) Todo trabalho ou serviço que se exija de um indivíduo em virtude de uma condenação pronunciada por sentença judicial, na condição de que este trabalho ou serviço se realize sob a vigilância e controle das autoridades públicas e que o dito indivíduo não seja cedido ou posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;
- d) Todo trabalho ou serviço que se exija em casos de força maior, como guerra, sinistros ou ameaça de sinistros, tais como incêndios, inundações, fome, tremores de terra, epidemias violentas, invasões de animais, de insetos ou de pragas vegetais, e em geral, em todas as circunstâncias que ponham em perigo ou ameacem pôr em perigo a vida ou as condições normais da existência de toda ou parte da população;
- e) Os pequenos trabalhos comunais, ou seja, os trabalhos realizados pelos membros de uma comunidade em benefício direto da mesma, trabalhos que, consequentemente, podem considerar-se como obrigações cívicas normais dos membros da comunidade, com a condição de que a mesma população ou seus representantes diretos tenham o direito de pronunciar-se sobre a necessidade destes trabalhos.

Pois bem, esse rol protetivo já se encontra superado, pois excepciona modalidades de trabalhos forçados que foram toleradas provisoriamente pela Convenção n. 29 da OIT, até o surgimento de diplomas normativos que apresentassem visão categórica quanto à extinção de todas as formas de trabalho obrigatório, e que determinassem que os Estados tomassem medidas eficientes frente a essas inconformidades.

Nessa linha, a Convenção da OIT n. 105/57⁴⁴ não deixa dúvidas, vedando expressamente o emprego do trabalho forçado como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico, como medida de disciplina de trabalho ou até mesmo como meio de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Importantíssimas tais disposições da Convenção n. 105/57 para os contornos e para a definição do que seja trabalho forçado. Em especial, a alínea “b” do Art. 1º veda o trabalho forçado como meio de exploração econômica da mão-de-obra. Ao se concatenar com o trabalho prisional, resta cristalino que, ao trabalho desenvolvido pelo apenado, não se pode atribuir fins eminentemente econômicos, sob pena de se caracterizar a pena de trabalhos forçados vedada na Lei Magna de 1988.

Às demais hipóteses se acrescentam os casos rechaçados pela OIT e apresentados nos relatórios intitulados Uma aliança global contra o trabalho forçado (2005) e Não ao trabalho forçado (2001). Há ampla gama de hipóteses que se modelam como trabalho forçado, o que dificulta ainda mais a precisão conceitual.

⁴⁴ Ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, promulgada pelo Decreto Legislativo n. 20, de 14 de julho de 1966, e com vigência nacional desde 18 de junho de 1966. Seguem transcritos o preâmbulo e o Art. 1º da Convenção n. 105/57 da OIT: “A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e tendo-se reunido a 5 de junho de 1957, em sua quadragésima sessão; Após ter tomado conhecimento das disposições da convenção sobre o trabalho forçado, 1930; Após ter verificado que a convenção de 1926, relativa à escravidão, prevê que medidas úteis devem ser tomadas para evitar que o trabalho forçado ou obrigatório produza condições análogas à escravidão, e que a convenção suplementar de 1956 relativa à abolição da escravidão, do tráfico de escravos e de instituições e práticas análogas à escravidão visa a obter a abolição completa da escravidão por dívidas e da servidão; Após ter verificado que a convenção sobre a proteção do salário, 1949, declara que o salário será pago em intervalos regulares e condena os modos de pagamento que privam o trabalhador de toda possibilidade real de deixar seu emprego; Após ter decidido adotar outras proposições relativas à abolição de certas formas de trabalho forçado ou obrigatório que constituem uma violação dos direitos ao homem, da forma em que foram previstos pela Carta das Nações Unidas e enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem; Após ter decidido que essas proposições tomariam a forma de uma convenção internacional, adota, neste vigésimo quinto dia de junho de mil novecentos e cinqüenta e sete, a convenção que se segue, a qual será denominada ‘Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado, 1957’. Art. 1 — Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma: a) como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou exprimam certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico; c) como medida de disciplina de trabalho; d) como punição por participação em greves; e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Um norte que pode ser adotado encontra-se no relatório Uma aliança global, que traz diversos contornos à definição de trabalho forçado.

Dentre as hipóteses listadas no referido relatório (vide Anexo A), referentes ao trabalho forçado sob a falta de consentimento, à primeira vista, poder-se-ia alegar que todo trabalho na prisão é forçado, de modo que envolve o confinamento do indivíduo no local de trabalho.

No entanto, a premissa se mostra falsa, uma vez que o trabalho prisional não consiste em prender para obrigar a trabalhar, mas sim em oportunizar o trabalho como meio de atenuar os efeitos da prisão e superar os estigmas que dela advêm durante e após o cumprimento da pena.

A coação psicológica não pode ser elemento do trabalho penitenciário, pois, como já se disse, o Estado não pode ameaçar o indivíduo preso para que trabalhe; por outro lado, pode impor tarefas aos aprisionados, como parte do funcionamento da instituição penitenciária⁴⁵ (vide Arts. 38 e 39 da Lei de Execuções Penais⁴⁶). Logo, o trabalho penitenciário conta, em grande parte, com a voluntariedade do preso, ao qual se apresentam oportunidades e programas de incentivo, na expectativa de que sua adesão contribua para o seu crescimento pessoal e redenção na sociedade.

Passando-se às hipóteses de trabalho forçado mediante a ameaça de punição, tem-se que a inversão dessas ideias em benefício do apenado e de sua família constitui justamente o objetivo do trabalho penitenciário. Por exemplo, em vez de exclusão de empregos futuros, o

⁴⁵ Entende-se que em qualquer instituição de confinamento os internos tenham um código de conduta a seguir, que vise à convivência harmônica e ao funcionamento do local com a participação das pessoas em razão das quais existe a instituição. Essa integração impõe atividades e afazeres que demandam responsabilidade e envolvimento dos internos, sempre respeitando seus limites pessoais e sua dignidade como seres humanos.

⁴⁶ LEP, Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI - submissão à sanção disciplinar imposta;

VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;

IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

trabalho penitenciário propicia ao apenado a perspectiva de uma ocupação ou atividade profissional - como tentativa de dissuadi-lo do mundo do crime.

Ainda, o trabalho prisional inverte as demais hipóteses, traduzindo-se em inclusão do preso na comunidade e na vida social, melhores condições de trabalho, atendimento às suas necessidades básicas – como alimentação e moradia – bem como no incremento de seu *status* social. Logo, o trabalho prisional não se confunde com o trabalho forçado, até mesmo se opondo a este.

Pode-se dizer que o trabalho penitenciário não submete o indivíduo a condições degradantes, pois não visa a explorá-lo em nome de um fim econômico ou em função de seu potencial de produtividade, mas sim atenta aos benefícios humanos e sociais almejados pelo preso e pela coletividade.

Segundo a definição dada por Marcos Abílio Domingues (2003, p. 430), trabalho penitenciário seria “aquele realizado pelo preso dentro do estabelecimento penitenciário ou fora dele, com a adoção de cautelas para o impedimento de fugas, com o propósito de reeducação e ou redução da pena, mediante retribuição e resultado econômico”.

Entende-se que o conceito dado pelo ilustre autor Marcos Abílio Domingues (2003) chega a extrapolar a ideia de trabalho penitenciário, ao atrelá-lo a uma espécie de mecanismo antifuga do indivíduo encarcerado; no entanto, o conceito é válido, ao vincular o trabalho do apenado aos fins de reeducação, redução da pena, além do fim econômico e retributivo.

Embora não se possa obter um único conceito claro e objetivo a respeito do que seja trabalho degradante, trabalho forçado, trabalho análogo ao de escravo e as implicações dessas definições no âmbito do trabalho penitenciário, a utilização dos mais recentes entendimentos da Organização Internacional do Trabalho funcionam como balizador, pelo qual se começa a excluir elementos que não pertencem a uma ou outra das citadas categorias, até que se alcance o conceito mais ajustável ao caso concreto.

Especialmente em relação ao trabalho penitenciário, pode-se afirmar, de forma genérica, que não consiste em qualquer forma de imposição estatal, de modo que o poder público não prende o indivíduo para forçá-lo a trabalhar, mas sim para cumprir uma pena, período no qual é oportuníssimo que os esforços se deem no sentido de envolver tanto mais o preso no mundo do trabalho quanto menos na especialização no mundo do crime. O Estado pode e deve se valer da condição de tutor do apenado para atraí-lo nesta direção, através de parcerias com o setor privado e a sociedade civil que visem à readaptação dos infratores.

3.4 A LEI E A REALIDADE DO TRABALHO NAS PRISÕES

A relação de trabalho não se encontra obstada em razão do aprisionamento. Tanto é assim que o Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 07.012.1940), Art. 39, enuncia que o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social. O Código de Processo Penal, Art. 764, *caput*, dispõe que o trabalho será educativo e remunerado, de modo que assegure ao internado meios de subsistência, quando cessar a internação.

O Art. 41, II, da Lei de Execuções Penais n. 7.210/84⁴⁷, enuncia o trabalho como direito do preso. Ademais, a LEP atribui ao trabalho o valor de dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva. O regramento do trabalho do interno se encontra na referida lei, Art. 31 e seguintes⁴⁸, estabelecendo como obrigatório o trabalho para o condenado à pena privativa de liberdade, mas não para o preso provisório.

⁴⁷ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

⁴⁸ Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

§ 1º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo.

§ 2º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade.

§ 3º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.

Art. 33. 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. 34. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.

§ 1º. Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada. ([Renumerado pela Lei nº 10.792, de 2003](#))

§ 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios. ([Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003](#))

Art. 35. Os órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios adquirirão, com dispensa de concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

Portanto, o apenado, além de ter o direito de trabalhar, é, sim, obrigado ao trabalho, pois os benefícios advindos de uma atividade produtiva, que serão certamente obtidos pelo indivíduo e pela sociedade, sobrepõem-se à eventual ausência de voluntariedade do preso para o labor e para o cumprimento de deveres e tarefas impostas pela instituição penitenciária⁴⁹. A sociedade tem interesse e legitimidade em exigir que uma pessoa mantida às suas custas não esteja cumprindo pena de forma ociosa, mas sim da maneira mais produtiva possível e eficiente à sua recuperação pessoal e social.

O preso não se encontra obrigado a trabalhar para certa empresa por mera determinação do poder público, de forma que a LEP traz expressamente vedação neste sentido, conforme Art. 36, §3º: a prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Parágrafo único. Todas as importâncias arrecadadas com as vendas reverterão em favor da fundação ou empresa pública a que alude o artigo anterior ou, na sua falta, do estabelecimento penal.

⁴⁹ Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Cabe verificar em que condições haverá a relação trabalhista, conforme cada regime de pena a que se submete o condenado, quais sejam o regime fechado, semiaberto ou aberto⁵⁰.

⁵⁰ Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 1º - Considera-se: ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. ([Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003](#))

Regras do regime fechado

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Regras do regime semi-aberto

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Regras do regime aberto

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Regime especial

Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

O diploma penalista estabelece regras básicas para o trabalho no período de internação penitenciária, a exemplo do regime semiaberto, para o qual fixa que o condenado ficará sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (Art. 35, §1º, CP). Para os condenados que iniciam a execução da pena em regime semiaberto, admite-se o trabalho externo⁵¹, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

No regime fechado, o preso trabalha no período diurno e é mantido isolado para repouso à noite (Art. 34, §1º, CP). Especifica o dispositivo legal, no §2º, que “o trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena”. No regime fechado, é admissível o trabalho externo em serviços ou obras públicas (Art. 34, §3º, CP).

Quanto ao regime aberto, baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do preso (Art. 36, *caput*, CP), devendo este, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Desta forma, a empresa tomadora de serviços dos presos poderá contratá-los em três situações distintas, conforme elucida o autor Silvio Senne (1998, p. 974). Primeiramente, como empregado, nos casos em que o apenado tenha iniciado o cumprimento da pena no regime semiaberto, desde que inexista qualquer fator impeditivo, “considerando que o legislador previu a admissibilidade de atividade externa, ou seja, a tolerância, a permissão, fato este que denota a inexistência de obrigatoriedade e a subordinação à autorização das autoridades competentes”.

⁵¹ Lei 7.210/84, Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

Outra hipótese seria a contratação do preso como autônomo. De acordo com a Orientação Normativa INSS/SPS n.8, de 21.03.97 – DOU de 24.03.97, são trabalhadores autônomos, entre outros, o presidiário, quando exercer atividade remunerada por conta própria, ou seja, quando o preso execute, devidamente autorizado, qualquer atividade remunerada, por ele e com ele diretamente contratada, sem qualquer intermediação.

A terceira situação seria a contratação do apenado como trabalhador equiparado a autônomo. Neste caso, com base na citada OS n.8/97, o trabalhador é assim considerado quando exercer atividade remunerada mediante contrato celebrado ou intermediado pelo presídio.

Sob estas três modalidades, a contratação de presos é possível. Entretanto a relação de trabalho celetista estaria afastada pela Lei de Execuções Penais, Art. 28, §2º. Assim, indaga-se se uma lei de natureza processual penal pode restringir o âmbito de incidência das regras insculpidas na CLT.

Guilherme José Purvin de Figueiredo (1996, p. 486) lembra que na exposição de motivos da LEP⁵², a fundamentação para a inaplicabilidade da CLT ao trabalho interno e externo desenvolvido pelo preso foi dada pela “inexistência de condição fundamental, de que o preso foi despojado por sentença condenatória: a liberdade para a formação do contrato”.

Contudo, esta suspensão dos direitos para a formação de contrato de emprego seria pena imposta ao preso sem fundamentação legal ou constitucional, de modo que a Constituição Federal não a prevê e, assim, sequer o Código Penal. Poder-se-ia classificar como pena restritiva de direitos, mas esta substitui a pena privativa de liberdade - não se podendo cumulá-las - e, ainda, guarda compatibilidade com a conduta repreensível do agente.

⁵² N. 213, de 9.5.84, publicada no Diário do Congresso, Seção II, de 29.5.84.

A restrição à liberdade contratual do indivíduo preso não se encontra prevista como efeito automático da condenação, conforme o rol contido nos Arts. 91 e 92 do Código Penal⁵³.

A disposição da LEP não encontra fundamento jurídico, nem ao menos algum motivo socialmente aceito para se amputar o direito do preso à contratação regida pela CLT. Portanto, se constatados os elementos essenciais⁵⁴ que atribuem ao preso a qualidade de empregado, não há por que se afastarem as normas da CLT que habitualmente incidem na relação trabalhista⁵⁵.

Decerto que no Brasil, o índice da população economicamente ativa que trabalha com carteira assinada ainda não é satisfatório, em torno de 59,59% na apuração do IBGE (2009). Entre a população carcerária, as dificuldades iriam desde a vedação legal até a discriminação social na contratação.

⁵³ Efeitos genéricos e específicos

Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁵⁴ Conforme Sérgio Pinto Martins (2002, p. 137), o conceito de empregado se perfectibiliza mediante os cinco requisitos: pessoa física, não eventualidade na prestação de serviços, dependência, pagamento de salário e prestação pessoal de serviços.

⁵⁵ Em posição contrária estão os doutrinadores Mirabete e Oscar Valente Cardoso (2011, p. 94), segundo o qual “o recluso que desempenha atividade laborativa na prisão (interna ou externa) na se enquadra na modalidade específica de empregado, pois não existe relação de dependência com a Administração Pública, a não eventualidade na prestação de serviços nem sempre é regra e não há o pagamento de salário, mas de um pecúlio (após o ressarcimento das indenizações legais) [...]”.

Assim, não se ignora a dificuldade para que o condenado dê continuidade às perspectivas em sua vida laborativa ou inicie a sua recuperação pessoal e social através do trabalho. Neste momento, deve atuar o poder público no incentivo à contratação de presos, bem como impulsionando os detentos em sua readaptação social. Como se verá mais adiante, a principal ação nesse sentido tem sido o Programa Começar de Novo, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça.

No que tange ao instituto da remição, previsto no Art. 126 e seguintes da LEP⁵⁶, vinculam-se diretamente os benefícios do trabalho com a redução do tempo de execução da pena, na proporção de três dias trabalhados para um dia de prisão. É direito do preso que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto. Vale para o trabalho interno ou externo, prestado tanto à Administração Pública quanto à entidade privada. Interessante que, conforme o §4º do Art. 126, da LEP, mesmo o preso que se acidentar não perde o direito à remição.

⁵⁶ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. [\(Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#).

§ 1º A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de: [\(Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)
I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; [\(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. [\(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. [\(Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. [\(Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. [\(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. [\(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar. [\(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa. [\(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. [\(Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

Art. 128. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos. [\(Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles. [\(Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

§ 1º O condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar. [\(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

§ 2º Ao condenado dar-se-á a relação de seus dias remidos. [\(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011\)](#)

Art. 130. Constitui o crime do artigo 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição.

Em relação ao produto do trabalho do apenado, prevê o CPC, Art. 765, a destinação da quarta parte do salário ao Estado ou, no Distrito Federal e nos Territórios, à União, e que o restante será depositado em nome do internado ou, se este preferir, entregue à sua família.

A LEP, Art. 29, §1º, preconiza que a remuneração pelo trabalho do preso atenderá (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, e (d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado. O restante constitui pecúlio, depositado na forma de Caderneta de Poupança, entregue ao condenado quando posto em liberdade (§2º, Art. 29, LEP).

De se ver que o presidiário não dispõe livremente do salário que obtém trabalhando, pois sua remuneração se vincula ao atendimento das necessidades de sua família, bem como a um incremento no custeio de sua própria estadia na prisão. Pensa-se que de outro modo não poderia ser, porquanto o trabalho penitenciário se encontra no intermédio entre o trabalho livre e um dever social imputado ao preso, dispensando-se igual tratamento ao produto econômico obtido pelo preso trabalhador.

Em relação ao instituto da remição, reconhece-se valioso ao apenado, mas completamente inócuo se o Estado não tomar medidas para oportunizar o trabalho aos presos. Em geral, a situação dos presídios e casas de detenção no Brasil não oferece as mínimas condições de saúde, segurança e estudo aos presos, sequer a oportunidade de um trabalho digno.

Representativamente, a respeito da dinâmica de internação na Casa de Detenção de São Paulo, relatou Drauzio Varella (1999, p. 42 *apud* ZACKESKI, 2002, p. 33) que “algumas empresas empregam mão-de-obra local para costurar bolas, chinelos, colocar espiral em cadernos, varetas em guarda-chuvas, parafusos, dobradiças e trabalhos similares”.

De fato, os presos deveriam receber pelos serviços prestados, possibilitando a assistência à família desamparada e, ainda, a constituição de uma poupança para quando fossem libertados. Na prática, porém, a burocracia para retirar o dinheiro recebido é tamanha que muitos trabalhadores presos aceitam o pagamento em maços de cigarro, a moeda tradicional na prisão, relata Drauzio Varella (1999, p. 42 *apud* ZACKESKI, 2002, p. 33).

Mapeamento dos presídios no Rio Grande de Sul feito pelo Mutirão Carcerário realizado no Estado em 2011 (PELUSO *et al.*, 2011), detectou a superlotação do Presídio Central de Porto Alegre (2.069 vagas para 4.835 internos) e apenas 10,67% do total de presos

da unidade trabalhando. Ademais, haveria apenas 150 vagas para estudo na referida unidade prisional. Soma-se a este péssimo quadro do sistema carcerário o fato de que, por exemplo, no Presídio Estadual de São Jerônimo os presos trabalhadores recebem apenas R\$ 20,00 a cada três meses. Totalmente lastimável.

A realidade nos presídios é o extremo do que preconizam as leis. Como lembra Cristina Zackeski (2002, p. 33-35), há presos que trabalham com remuneração abaixo da prevista na LEP⁵⁷, de $\frac{3}{4}$ do salário mínimo ou, ainda, não recebem remuneração alguma. A muitos detentos não são atribuídos trabalhos, sequer de acordo com as habilidades técnicas que possuem, violando-se direitos da personalidade, bem como os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Ademais, em presídios femininos, onde o tratamento das internas costuma superar em vários quesitos os presídios masculinos – como higiene, apoio material, entre outros - a remuneração é superior à da população carcerária masculina, quando deveria haver igualdade, conforme a Constituição Federal, art. 7º, XXX⁵⁸.

Entende-se que a LEP afronta a Carta Magna, Art. 7º, IV e VIII⁵⁹, quando estabelece o parâmetro de $\frac{3}{4}$ do salário mínimo para a remuneração da pessoa presa. Segundo Julita Lengruber (1983 *apud* ZACKESKI, 2002, p. 36), “se a obrigatoriedade do trabalho e a previsão de uma remuneração pelo mesmo são requisitos importantes para a preparação do preso para o retorno à sociedade, consciente de sua utilidade e valor”, por outro lado, observa a brilhante autora, “a exploração do trabalho dos presos com uma retribuição irrisória pode fortalecer seu *animus delinquendi*”.

⁵⁷ Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

⁵⁸ Art. 7º, XXX - XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

⁵⁹ Art. 7º, IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Dessa forma, a realidade dos presídios apresenta múltiplas distorções, as quais afetam diretamente os direitos fundamentais dos apenados, envolvendo a sociedade num círculo vicioso de violência e criminalidade perpetradas por indivíduos que, lamentavelmente, jamais se recuperam.

No entanto, há alguma reinserção dos apenados, que tem ocorrido a partir de medidas isoladas que vem ganhando ampliação, conforme será visto no tópico a seguir.

3.5 O “PROGRAMA COMEÇAR DE NOVO”

Precipualemente, os casos analisados nos tópicos anteriores ensejam a reflexão a respeito das prisões em termos de política criminal, porquanto o Brasil sofre com a banalização das prisões provisórias e preventivas, recentemente vindo a se disseminar providências importantes e efetivas neste aspecto.

Números do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), apurados no período de dezembro de 2010, dão conta de que no Estado do Rio Grande do Sul existem 31.383 presos, sendo 2,09% compostos de mulheres em prisão provisória e 22,34% de homens na mesma condição (PELUSO *et al.*, 2011). Os condenados distribuem-se na percentagem de 69,58% de homens e 4,37% de presidiárias.

O Estado do Rio Grande do Sul dispõe de 21.077 vagas distribuídas por 93 estabelecimentos penais. O excedente é de 10.306 presos (48,90%), representando uma taxa de ocupação de 1,49 preso por vaga. Ainda, consta do relatório do Mutirão Carcerário realizado em 2011 no Estado que, em relação aos presos provisórios, as devidas liberdades concedidas - relaxamento de prisão em flagrante, liberdade provisória e revogação de preventiva - alcançaram o quantitativo de 8,89% dos 6.951 feitos provisórios analisados, o que corresponde a 618 processos com liberação (PELUSO *et al.*, 2011, p. 15).

O Ministério da Justiça, através do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, elaborou, em abril de 2011⁶⁰, o Plano Nacional de Política Penitenciária, prevendo medidas de melhoramento do sistema carcerário, entre as quais, a Medida 6 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012c) reflete o problema do abuso nas prisões provisórias executadas em todo o país, por parte da polícia e do Poder Judiciário.

⁶⁰ Aprovado na 372ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), em 26/04/2011.

Conforme a referida Medida 6 (subtítulo “Prisão provisória sem abusos”⁶¹), no sistema prisional brasileiro, 44% dos presos são provisórios, tendo o CNJ identificado que o Distrito Federal possui o menor percentual, 20%, e o Piauí, o maior, 74%. Constam da Medida dados da International Bar Association, de que uma em cada cinco destas prisões provisórias é ilegal (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012a).

Avalia a Medida 6 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012c) que “este fenômeno se deve à banalização da prisão cautelar, hoje concedida rotineiramente pelos juízes de primeira instância, que muitas vezes apenas homologam as prisões em flagrante realizadas pela polícia, sem que haja fundamentação apropriada”.

Conforme a medida em exame, a análise do comportamento do Poder Judiciário demonstra que em incontáveis vezes o uso da prisão provisória é feito em desacordo com a Constituição Federal. “Isto pode ser verificado nos mutirões carcerários do CNJ, que revisaram 156.708 processos e beneficiaram 41.404 presos, dos quais 23.915 foram postos em liberdade”.

Dessa maneira, o PNPP visa, entre vários pontos, a garantir a defesa técnica plena e efetiva dos apenados, a criar meios rápidos e eficientes para instrução do pedido de liberdade

⁶¹ Medida 6: Prisão provisória sem abuso

Detalhamento: No sistema prisional brasileiro 44% dos presos são provisórios. Porém, o CNJ identificou que os índices de presos provisórios são diferentes nas unidades da Federação, sendo que o Distrito Federal possui o menor percentual, 20%, e o Piauí, o maior, 74%. De qualquer forma, segundo dados da International Bar Association², uma em cada cinco destas prisões é ilegal. Este fenômeno se deve à banalização da prisão cautelar, hoje concedida rotineiramente pelos juízes de primeira instância, que muitas vezes apenas homologam as prisões em flagrante realizadas pela polícia, sem que haja fundamentação apropriada. Se analisarmos o comportamento do Poder Judiciário, veremos que em incontáveis vezes o uso da prisão provisória é feito em desacordo com a Constituição Federal. Isto pode ser verificado nos mutirões carcerários do CNJ, que revisaram 156.708 processos e beneficiaram 41.404 presos, dos quais 23.915 foram postos em liberdade.

Requer:

- a) Garantir a defesa técnica plena e efetiva;
- b) Criar meios rápidos e eficientes para instrução do pedido de liberdade provisória;
- c) Apoiar a proposta de alternativas penais à prisão provisória, especialmente o monitoramento eletrônico;
- d) Melhorar a eficiência das secretarias de juízos;
- e) Determinar o fim da carceragem nos distritos policiais;
- f) Manutenção dos mutirões carcerários para identificar situações irregulares;
- g) Apoiar as medidas necessárias para o voto do preso provisório;
- h) Promover a integração dos sistemas informatizados que contêm dados prisionais e judiciais;
- i) Aplicar a execução provisória da pena.

Evidências:

- a) 44% da população prisional são de presos provisórios³.
- b) Delegacias e carceragens sobrecarregadas com presos provisórios;
- c) 50.500 presos em delegacias de polícias⁴ e cadeias públicas sob a custódia da Segurança Pública.

Impactos:

- a) Diminuição da população carcerária;
- b) Redução dos danos do uso da prisão;

provisória, e a apoiar a proposta de alternativas penais à prisão provisória, especialmente o monitoramento eletrônico.

O plano requer melhorar a eficiência das secretarias de juízos, determinar o fim da carceragem nos distritos policiais e promover a integração dos sistemas informatizados que contêm dados prisionais e judiciais.

Os impactos dessas providências são esperados, não só quanto à diminuição da população carcerária, mas também no tocante à redução dos danos do uso da prisão.

O problema é gravíssimo e histórico no país, de modo que se acaba por tornar as prisões mero depósito de seres humanos, de indivíduos esquecidos, impotentes e, ainda, especializados nas esferas da criminalidade. Ao retornarem à sociedade, estas pessoas se veem mais motivadas a cometer delitos do que antes de ingressarem no sistema prisional.

O sistema atual provoca outras distorções, como, por exemplo, manter presos os infratores menos perigosos ou aqueles que apenas aguardam uma definição da investigação policial ou da instrução processual, deixando à solta os criminosos mais severos.

Portanto, é de grande valia a ação dos Mutirões Carcerários, baseada em três eixos: a) efetividade da justiça criminal - diagnóstico das varas criminais e de execução penal; b) garantia do devido processo legal - revisão das prisões; c) reinserção social - Projeto Começar de Novo (PELUSO *et al.*, 2011).

No sítio eletrônico do CNJ, descreve-se que problemas de toda ordem são evidenciados nos mutirões, casos de penas vencidas, concessão de livramento condicional e progressão de regime (PELUSO, 2012). Com relação à qualidade do encarceramento, os relatórios dos mutirões relatam péssimas condições de saúde, observando-se que tais irregularidades não podem ser imputadas a apenas um órgão, mas a todos que compõem o sistema de justiça criminal.

A coordenação dos trabalhos, que desde o início ficou por conta do CNJ e do Tribunal de Justiça local, a partir da Resolução Conjunta nº 01/09 CNJ-CNMP, contou também com a coordenação do Conselho Nacional do Ministério Público. Segundo informações do sítio eletrônico (PELUSO, 2012), o projeto do Mutirão Carcerário do CNJ foi umas das seis práticas premiadas pelo Instituto Innovare em 2009, em cerimônia realizada no dia 17/12/2008 no Supremo Tribunal Federal, por atender ao conceito de justiça rápida e eficaz disseminado pelo Instituto.

O Mutirão realizado em 2011 nos cárceres no Rio Grande do Sul detectou os principais problemas existentes nas 93 unidades penitenciárias do Estado e, dentre os apontados, destacam-se a estrutura precária, celas insalubres, a existência de facções do crime organizado, superlotação das casas prisionais, poucas vagas para estudo e trabalho, número insuficiente de agentes penitenciários, bem como trabalho externo ou interno restrito a poucas unidades prisionais (PELUSO et al., 2011).

Como foco da presente monografia, a reinserção do preso na sociedade será aprofundada, no estudo do Programa Começar de Novo, e na pesquisa quanto à implementação de medidas de sucesso na readaptação do apenado e ex-detento à vida produtiva e ao convívio social.

O detento ou egresso do sistema prisional - quando não retorna para a criminalidade, sendo esta a realidade mais pungente - enfrenta gestos discriminatórios e problemas de adaptação social, devendo empreender verdadeira reconquista de seus direitos fundamentais, especialmente no âmbito do trabalho.

Ocorre que a pessoa que infringiu a lei penal, ou de qualquer forma tenha sido sujeitada a uma prisão, leva consigo um estigma, fruto do preconceito social, passando a ser reconhecida, não por outras características – suas próprias qualidades e defeitos – senão apenas por ser ex-presidiária. A sociedade fortemente a rejeita, liminarmente a exclui, raramente lhe oportuniza recomeçar dignamente sua vida. Tratados como irrecuperáveis, esses indivíduos já se acostumaram a retomar ou o rumo do crime, mesmo durante o aprisionamento.

Ainda assim, aposta-se que muitos presos sonham com a redenção da liberdade para a construção de uma vida digna. É imprescindível que a sociedade desperte para esse círculo vicioso de marginalização-crime-marginalização e conscientize-se de que é inadiável buscar soluções, pois ignorar o problema só vai torná-la, logo em seguida, a própria vítima. Faz-se necessário uma atitude engajada da sociedade, do governo e das empresas em busca de medidas para a reinserção dos ex-detentos no mundo do trabalho.

A efetivação de medidas para colocação dessas pessoas no mercado de trabalho é conformar à prática as disposições da lei na valorização do ser humano, com ostensivo combate a toda e qualquer prática discriminatória. No dizer de Thereza Cristina Gosdal (2003, p. 813), “a seleção de pessoal constitui-se, então, em espaço privilegiado para a efetivação de práticas discriminatórias. Além de provocarem acentuado prejuízo para quem as sofre e para a

sociedade como um todo, já que são mecanismos de exclusão social, não asseguram as empresas de riscos”.

Com o egresso desassistido, reduzem-se alarmantemente suas chances de incluir-se e manter-se em espaços e modos de vida legitimados pela sociedade. Em meio a tantas dificuldades, a reinserção do detento e ex-presidiário no mundo do trabalho se faz questão das mais preocupantes, pois o trabalho é consagrado meio de vida das pessoas, de elevação de sua dignidade e de avanço pessoal e social.

Assim, busca-se conhecer e entender as políticas que têm sido criadas e empreendidas pelo Poder Público, em especial por meio dos Ministérios da Justiça e do Trabalho e Emprego, bem como pelas Justiças locais, no sentido de amenizar o desamparo da pessoa egressa do sistema penitenciário, principalmente no campo trabalhista.

O Plano Nacional de Política Penitenciária do Ministério da Justiça implementa medidas que combatam a discriminação e auxiliem o egresso a reintegrar-se na sociedade. A Medida 2 (subtítulo “Criação e implantação de uma política de integração social dos egressos do sistema prisional”⁶²) detecta que não existe política de integração social dos egressos do sistema prisional (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012a). Alguns Estados têm ações localizadas e recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) iniciou programa voltado à empregabilidade (Começar de Novo).

Assim, a Medida 2 do PNPP (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012c) requer que se elabore e implante um programa integrado com outros Ministérios e Poderes, que envolva ações sociais, familiares, educacionais e laborais, que se incentive fiscalmente as empresas

⁶² Medida 2: Criação e implantação de uma política de integração social dos egressos do sistema prisional
Detalhamento: Não existe política de integração social dos egressos do sistema prisional. Alguns Estados têm ações localizadas e recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) iniciou programa voltado à empregabilidade (Começar de Novo).

Requer:

- a) Elaborar e implantar um programa integrado com outros Ministérios e Poderes, que envolva ações sociais, familiares, educacionais e laborais;
- b) Incentivar fiscalmente as empresas que contratam egressos;
- c) Efetivar a assistência à educação, a capacitação profissional e laboral nas unidades prisionais, vinculando-as com ações para os egressos.

Evidências:

- a) Forte estigma social do egresso;
- b) Reincidência recorrente;
- c) Aumento da população encarcerada.

Impactos:

- a) Redução da reincidência;
- b) Redução da violência e da criminalidade;
- c) Redução dos custos com a prisão;
- d) Redução do poder de persuasão e de agenciamento de pessoas pelos grupos organizados do crime.

que contratam egressos, bem como que se efetive a assistência à educação, a capacitação profissional e laboral nas unidades prisionais, vinculando-as com ações para os egressos.

Conforme a Medida 2 do PNPP (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA 2012c), tais providências estão calcadas no forte estigma social do egresso, na reincidência recorrente e no aumento da população encarcerada. Os impactos esperados consistem na redução da reincidência, da violência e criminalidade, dos custos com a prisão, bem como do poder de persuasão e de agenciamento de pessoas pelos grupos organizados do crime.

Como se pode ver, essa medida detecta perfeitamente as dificuldades e complexidades que circundam a situação da pessoa presa e egressa, envolvendo, ainda, no impacto e na solução do problema a família do apenado e a sociedade, pois todos sofrem os custos humanos e econômicos da criminalidade e, assim, participam do processo de amenização.

Uma das demandas do Plano de Política Penitenciária traduz-se, essencialmente, no que se deve esperar de nosso sistema prisional: que não isole o preso da família e da sociedade, e que desde o ingresso na penitenciária encaminhe-se o indivíduo para a recuperação.

Nesse sentido, o Programa Começar de Novo (PCN, 2012), criado em 2009 pelo Conselho Nacional de Justiça, em parceria com a iniciativa privada, visa a dar oportunidades de trabalho a detentos e incentivo à ressocialização do egresso, colocando-os no mundo do trabalho.

O Programa reconhece a necessidade de se dar ao detento condições de deixar a prisão com emprego e carteira assinada, além de certificação que garanta a qualidade de sua mão de obra. Sem dúvida, para que a pessoa presa e egressa conquiste a confiança e o reconhecimento da sociedade, o Poder Público tem de estar apoiando desde o cumprimento da pena, até a sua colocação em um emprego digno fora das grades.

No Portal do PCN (2012), o objetivo da reintegração social é definido como um conjunto de intervenções técnicas, políticas e gerenciais levadas a efeito durante e após o cumprimento de penas ou medidas de segurança, no intuito de criar interfaces de aproximação entre Estado, Comunidade e as Pessoas Beneficiárias, como forma de lhes ampliar a resiliência e reduzir a vulnerabilidade frente ao sistema penal.

A apresentação do PCN estabelece dois eixos básicos para projetos que intentem executar essas medidas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012b). O primeiro eixo reside na formação educacional e profissional dos apenados, internados e egressos do Sistema

Penitenciário Nacional, e diz respeito ao processo pelo qual se procura associar a elevação da escolaridade e a educação profissional, com o acesso ao trabalho e à geração de renda, de maneira a preparar o beneficiário para ingresso no mundo do trabalho após o cumprimento da pena privativa de liberdade.

O segundo eixo do Programa Começar de Novo consiste na assistência ao preso, ao internado, ao egresso e aos seus dependentes, traduzindo-se em movimento de promoção dos direitos dos apenados, internados, egressos, dependentes e familiares, criando condições para que estes possam exercer a sua autonomia.

Segundo o portal do PCN, esse processo deve ser mediado pela inclusão dos beneficiários na agenda das políticas públicas de governo e pelo apoio a ações de instituições públicas e privadas, de caráter permanente, que tenham como objetivo prestar atendimento aos beneficiários, na forma e nos limites da lei: material, jurídica, educacional, social, religiosa e principalmente à saúde ao egresso, após a edição do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012b).

Esses planos de acompanhamento do preso e do egresso já se encontram em execução em vários estados brasileiros, como o Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Mato Grosso, Maranhão, Bahia e Ceará. No sítio eletrônico do PCN, encontra-se listagem de parceiros, que incluem desde o Comitê da Copa do Mundo de 2014, a Febraban, e a FUNAP-DF (fundação que coordena a contratação de presos pelo próprio CNJ), até entidades privadas como a Hering, o Esporte Club Corinthians e a Associação de Homens de Negócio do Evangelho Pleno, entre outros.

Conforme notícia veiculada no sítio eletrônico do PCN, dos 12 estádios em obras para a Copa do Mundo 2014, oito são erguidos com a ajuda de 148 detentos e ex-detentos (VASCONCELLOS, 2012a). A obra da Copa com o maior número de contratados por meio do acordo é a do estádio de Natal/RN, com 83 apenados trabalhando. O avanço em Natal resulta de articulação entre o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), a Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania e a construtora OAS, responsável pelo empreendimento.

Diz a mencionada notícia que “os resultados desta parceria vão além do trabalho no canteiro de obras do estádio. Alguns reeducandos passaram a frequentar a Escola OAS, onde, à noite, são alfabetizados ou cursam os níveis fundamental e médio”. “É trabalhando como

homem de bem que quero ser visto pelos meus filhos”, disse um dos 83 contratados, orgulhoso ao vestir o uniforme de operário.

As obras da Copa do Mundo contam com 14 (quatorze) contratados em Belo Horizonte/MG, 12 (doze) em Cuiabá/MT, 12 (doze) em Salvador/BA, 11 (onze) em Fortaleza/CE, 7 (sete) em Curitiba/PR, 5 (cinco) em Brasília/DF e, por fim, 4 (quatro) Manaus/AM. Por outro lado, o acordo firmado com o CNJ ainda não entrou em execução nas obras dos estádios do Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre/RS e Recife/PE (VASCONCELLOS, 2012a).

Em relação à contratação de presos no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça aprovou duas Recomendações, de n. 21 e n. 29⁶³, inculcando a todos os

⁶³ Recomendação n. 21, de 16 de dezembro de 2008:

Recomenda aos Tribunais ações no sentido da recuperação social do preso e do egresso do sistema prisional. O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, e CONSIDERANDO o art. 1º da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), que dispõe que um dos objetivos da execução penal é o de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado; CONSIDERANDO o disposto no art. 28 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), que estabelece o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade humana, com finalidade educativa e produtiva; CONSIDERANDO que a realidade constatada pelo Conselho Nacional de Justiça, nos mutirões carcerários, indica a necessidade de medidas concretas de capacitação profissional e reinserção do preso e do egresso do sistema prisional; CONSIDERANDO o que dispõe o artigo 24, XIII, da Lei n. 8.666/93⁶³, quanto à possibilidade de dispensa de licitação na contratação de instituição dedicada à recuperação social do preso; CONSIDERANDO a vigência do termo de cooperação técnica celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – com a interveniência da Confederação Nacional da Indústria; CONSIDERANDO o que foi decidido na sessão do dia 16/12/2008;

RESOLVE:

RECOMENDAR aos Tribunais:

I – A implementação do termo de cooperação técnica celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, com a interveniência da Confederação Nacional da Indústria, notadamente com relação à qualificação profissional de presos e egressos do sistema prisional; II – A adoção de programas de recuperação e reinserção social do preso e do egresso do sistema prisional, inclusive com o aproveitamento de mão-de-obra para serviços de apoio administrativo no âmbito da administração do Poder Judiciário, tendo como fundamento o disposto no artigo 24, XIII, da Lei n. 8.666/93; III – a celebração de convênios com as Secretarias de Estado responsáveis pela administração carcerária, a fim de viabilizar os programas referidos no item II. (BRASIL, 2008).

Recomendação n° 29, de 16 de dezembro de 2009:

Recomenda aos Tribunais incluir nos editais de licitação de obras e serviços públicos exigência para o contratante disponibilizar percentual de vagas destinadas ao Projeto Começar de Novo.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ, no uso de suas atribuições, e CONSIDERANDO que um dos objetivos da execução penal é o de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º da Lei de Execução Lei n. 7.210/84); CONSIDERANDO que proporcionar trabalho ao condenado é dever social e condição de dignidade humana, com finalidade educativa e produtiva (art. 28 da Lei de Execução Penal - Lei n. 7.210/84); CONSIDERANDO a realidade constatada nos mutirões carcerários coordenados pelo CNJ, a indicar a necessidade de medidas concretas de capacitação profissional e reinserção do preso e do egresso do sistema prisional; CONSIDERANDO a necessidade de sistematização das ações que visam à reinserção social de presos, de egressos do sistema carcerário, de cumpridores de medidas e penas alternativas e dos adolescentes em conflito com a lei; CONSIDERANDO que milhares de trabalhadores prestam serviços ao Judiciário por intermédio de empresas terceirizadas; CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 96ª Sessão, realizada em 15 de dezembro de 2009;

RESOLVE:

tribunais do país que promovam ações que visem à ampliação de vagas de trabalho e à capacitação profissional dos apenados e egressos do cárcere.

Tais Recomendações consideram a possibilidade de dispensa de licitação na contratação de instituição dedicada à recuperação social do preso, conforme dispõe o artigo 24, XIII, da Lei n. 8.666/93⁶⁴, e contam com o termo de cooperação técnica celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – com a interveniência da Confederação Nacional da Indústria.

Assim, o CNJ recomenda aos Tribunais a implementação do referido termo de cooperação técnica, notadamente com relação à qualificação profissional de presos e egressos do sistema prisional. Ademais, aconselha a adoção de programas de recuperação e reinserção social dos sujeitos do sistema prisional, inclusive com o aproveitamento de mão-de-obra para serviços de apoio administrativo no âmbito da administração do Poder Judiciário. Ainda, a Recomendação n. 21 requer que sejam celebrados convênios com as Secretarias de Estado responsáveis pela administração carcerária, a fim de viabilizar os programas referidos.

Na Recomendação n. 29, o CNJ requer aos Tribunais que incluam nos editais de licitação de obras e serviços públicos exigência para a proponente vencedora, quando da execução do contrato, disponibilizar vagas aos presos, egressos, cumpridores de penas e medidas alternativas e adolescentes em conflito com a lei, ao menos na seguinte proporção: I - 5% (cinco por cento) das vagas quando da contratação de 20 (vinte) ou mais trabalhadores; II - 01 (uma) vaga quando da contratação de 06 (seis) a 19 (dezenove) trabalhadores, facultada a disponibilização de vaga para as contratações de até 5 trabalhadores. Determina o CNJ que as vagas geradas em razão da Recomendação n. 29 devam ser registradas no Portal de Oportunidades do Projeto Começar de Novo.

Da leitura das Recomendações do CNJ percebe-se o engajamento no projeto de oportunização de trabalho aos condenados e presos de qualquer sorte, começando-se pelas

RECOMENDAR aos Tribunais que incluam nos editais de licitação de obras e serviços públicos exigência para a proponente vencedora, quando da execução do contrato, disponibilizar vagas aos presos, egressos, cumpridores de penas e medidas alternativas e adolescentes em conflito com a lei, ao menos na seguinte proporção: I - 5% (cinco por cento) das vagas quando da contratação de 20 (vinte) ou mais trabalhadores; II - 01 (uma) vaga quando da contratação de 06 (seis) a 19 (dezenove) trabalhadores, facultada a disponibilização de vaga para as contratações de até 5 trabalhadores. As vagas geradas em razão da presente recomendação devem ser registradas no Portal de Oportunidades do Projeto Começar de Novo. (BRASIL, 2009).

⁶⁴ Lei 8.666/93, Art. 24. É dispensável a licitação:

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

ações dos tribunais regionais e locais, na disponibilidade de vagas em obras públicas e serviços administrativos.

Faz parte do projeto que os Juízes das Varas de Execução Penal inteiram-se de seu papel de suma importância no PCN, acompanhando a vida pregressa do reeducando e, ainda, as características gerais dos presos de suas respectivas jurisdições, observando o perfil, o tempo de pena e a renda.

Nesse sentido, o relatório geral elaborado por ocasião do Mutirão Carcerário realizado em 2011, no Estado do Rio Grande do Sul, propõe soluções práticas para se agilizarem os processos de presos provisórios, entre outros.

Estão entre estas propostas a expedição da Guia de Recolhimento, nos moldes da Resolução nº 113 do CNJ, propiciando o início da execução provisória da pena e controle da situação prisional de todos os detentos (BRASIL, 2010). Pretende-se criar mecanismos de uniformização de decisões judiciais acerca da aplicação de penas e imposição de regimes prisionais e, ainda, quanto à substituição das privativas de liberdade. Diz respeito à atuação dos juízes no PCN a proposta de inclusão no sistema “Themis” de movimentação processual informações prisionais do réu, principalmente no que pertine à data de prisões e solturas.

Especificamente no Rio Grande do Sul, o Programa Começar de Novo está implantado e em execução (PELUSO *et al.*, 2011). Segundo o relatório geral do Mutirão Carcerário realizado em 2011 no Estado, o Programa foi inserido no Projeto Trabalho para a Vida, inaugurado em 2000 pela Corregedoria de Justiça do Estado, tendo sido firmados convênios com o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) para a qualificação de presos para ingresso no mercado de trabalho. Ainda assim, necessita-se, seja intensificado o PCN no Estado.

Na totalidade, desde a implantação do PCN em 2009, já foram criadas aproximadamente 2.198 (duas mil cento e noventa e oito) vagas de emprego para detentos e egressos do sistema prisional, “de acordo com o Portal de Oportunidades, ferramenta do site do CNJ em que os parceiros registram informações sobre capacitação e emprego nos estados e no Distrito Federal” (VASCONCELOS, 2012b).

Notícia no sítio eletrônico do PCN dá conta de que ainda existem 2.742 vagas disponíveis, refletindo, de certo modo, significativa adesão dos empregadores ao programa e o desafio dos tribunais para preenchê-las (VASCONCELOS, 2012b). Relata-se que uma das maiores dificuldades encontradas é a baixa qualificação profissional dos presos cooptados.

Porém, de se observar que a falta de qualificação profissional é um problema generalizado na sociedade brasileira.

Por fim, as informações veiculadas no Portal do Programa Começar de Novo são de que, com o objetivo de incrementar o preenchimento das vagas de trabalho, O CNJ iniciou em 2011 um censo para traçar o perfil socioeconômico dos cerca de 500 mil integrantes da população carcerária do País, reunindo informações sobre aptidões e interesses profissionais, escolaridade, saúde e família (VASCONCELOS, 2012b).

“O levantamento é feito por meio do sistema eletrônico Começar de Novo, desenvolvido pelo Grupo de Monitoramento e Fiscalização Carcerária do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA)”. O Desembargador Froz Sobrinho, do TJMA foi escalado para implantá-lo em todas as unidades da federação. Os estados que já estariam sendo beneficiados pela ferramenta desenvolvida são Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Bahia e Rio Grande do Sul. “A alimentação do sistema é feita pelas instituições diretamente envolvidas com o sistema carcerário, como, por exemplo, secretarias de Administração Penitenciária e de Justiça” (VASCONCELOS, 2012b).

Ressalte-se ser necessário que durante o cumprimento da pena o detento se prepare para o mercado de trabalho. Como se viu, a população carcerária no Brasil é formada por cerca de meio milhão de pessoas, cuja grande maioria advém de camadas sociais carentes e possui baixa escolaridade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012c). O desafio de reinclusão social destas pessoas inclui oferecer-lhes a oportunidade de estudar e de se preparar adequadamente para o mercado de trabalho. Depreende-se das Recomendações n. 21 e n. 29 do CNJ o esforço neste sentido.

A reinclusão social do detento e ex-detento é compromisso não só do governo, mas também de toda a sociedade. Por meio dessas medidas, muitas empresas atualmente já se conscientizaram do problema e estão se dispondo a oferecer vagas de trabalho a estas pessoas. No entanto, muitas que aportam capital vultoso ainda não se alçaram a tal patamar de altruísmo e responsabilidade social, preferindo contornar esta gritante realidade, e esquivar-se de contratar presos e egressos do sistema carcerário.

4 CONCLUSÃO

A relação entre prisão e trabalho se encontra envolta em questões prévias à própria relação trabalhista. Tais questões dizem respeito às condições de vida nas prisões, e correspondem a fatores como insalubridade, superlotação, insuficiência de agentes penitenciários, desrespeito ao devido processo legal, isolamento social e familiar dos apenados, ociosidade, crime organizado, entre outros. Acredita-se que a solução desses problemas passa necessariamente pela reinserção social, a qual não prescinde do trabalho do preso para se realizar.

As questões principais que afetam a relação entre prisão e trabalho resumem-se à natureza do trabalho penitenciário, à intermediação feita pelo poder público entre o preso e a sociedade civil, às condições de trabalho do preso - jornada, forma de pagamento, destinação do salário recebido, possibilidade de contratação pela CLT – bem como ao encaminhamento do indivíduo preso a uma libertação digna, com perspectivas ou garantias de um emprego para recomeçar a vida fora da prisão e longe da criminalidade.

A respeito da natureza do trabalho penitenciário, entende-se, principalmente a partir das Convenções da OIT n. 29/30 e n. 105/57, que o trabalho prisional decorre da pena privativa de liberdade - imposta ao final do devido processo legal – constituindo-se em direito e dever do preso frente à sociedade. O trabalho penitenciário deve visar à reinserção social do apenado, recuperação de sua autonomia e dignidade, por meio de uma atividade produtiva e um salário destinado, basicamente, a ajudar a sua família, a lhe gerar uma poupança e a custear parte de sua estadia na prisão.

Quanto à possibilidade de contratação do preso pela CLT, entende-se que a vedação contida na Lei de Execuções Penais, art. 28, §2º, não encontra respaldo em uma sociedade moderna, sequer se fundamenta na técnica jurídica.

A exposição de motivos da lei argumenta que o preso perde a liberdade contratual quando da sentença condenatória. Entretanto, esse feito sequer encontra previsão em lei, ou seja, o Código Penal não o arrola como efeito automático da condenação. Entende-se que nem mesmo poderia o juiz penal tolher a liberdade civil e trabalhista do cidadão aprisionado. A verdadeira restrição que ocorre é a física, pois o preso não tem liberdade de ir e vir.

Numa visão geral do sistema penitenciário, acredita-se que, com soluções que possam incluir o preso no mundo do trabalho – como as medidas que se executam por meio do

Programa Começar de Novo –, o cárcere chamará a atenção da sociedade civil e receberá maiores investimentos do poder público e privado, solucionando-se, gradualmente, as questões que afetam as condições de vida dos presos.

Na perspectiva do indivíduo preso, o trabalho durante o cumprimento da pena não só lhe traz o benefício da remição, como também lhe proporciona o crescimento pessoal, a autonomia de que necessita para ser realmente livre ao final da condenação imposta. A discriminação da pessoa presa e egressa do sistema prisional será amenizada quanto antes estiver incluída no mundo do trabalho, em espaços de convívio social distantes da criminalidade.

A atuação do poder público é crucial no incentivo à contratação de presos no setor privado, bem como dando o exemplo ao alocar os apenados para serviços em obras públicas e funções administrativas, possibilidades estas concretizadas a partir das Recomendações do CNJ n. 21/08 e n. 29/09.

O Programa Começar de Novo, que requer a reserva proporcional de vagas para presos em serviços públicos, dispensada a licitação, é a medida mais eficaz em execução hoje no Brasil, propagando-se por unidades penitenciárias de diversos estados, onde se encontram exemplos de sucesso. De fato, precisa-se de tempo para que se implementem todas as mudanças pretendidas na rotina dos presos e na oportunidade que a pena deve representar para o próprio preso e para a sociedade.

Por outro lado, o estudo de situações de prisão enquanto vigente o contrato de trabalho fez constatar a questão polêmica dos vigilantes e empregadas domésticas, cujas leis n. 7.102/83 e n. 5.859/72 que regem as profissões, respectivamente, exigem espécie de atestado de conduta ilibada por parte destes profissionais. Somente a prisão em flagrante ou provisória destes trabalhadores, conforme a lei, seria suficiente a ensejar a despedida por justa causa.

Essa despedida calcada na prisão ainda não judicializada - isto é, prisão feita sem o término do devido processo legal no âmbito penal - consistiria em discriminação desses trabalhadores? Entende-se que a aparente discriminação não se corrobora, diante da especialidade das funções exercidas pelas categorias de vigilante e empregada doméstica, profissionais que poderiam ser mais exigidos que outros no quesito confiabilidade.

Entretanto, a análise de acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região mostrou o outro lado dessa questão, por meio de decisões que, diante do caso concreto, afastam o rigorismo da lei, entendendo que a prisão em flagrante do vigilante, por exemplo,

pode não ensejar a automática despedida por justa causa, mas apenas a suspensão do contrato de trabalho até a ordem de soltura.

Entende-se que, ou o rigor da lei tem razão de ser, ou deve-se deixar ao arbítrio do julgador a decisão sobre a despedida legítima ou imotivada conforme o caso concreto, verificando a existência ou não de discriminação e os direitos do trabalhador às verbas rescisórias e eventuais danos morais.

Os meandros existentes entre a relação de trabalho e a prisão revelam a ausência do Estado na regulamentação de muitas questões pendentes e urgentes, que clamam a atenção a estes indivíduos - presos provisórios, condenados à pena privativa de liberdade e egressos do cárcere. Os mutirões carcerários, as medidas anunciadas pelo Plano Nacional de Política Penitenciária e o Programa Começar de Novo, voltado à oportunidade de trabalho aos presos, são considerados providências que tomam o caminho certo e que, se bem executadas, de médio a longo prazo, trarão resultado para melhor no cotidiano das prisões e nos números da criminalidade, que assombra a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

AIEXE, Egídia Maria de Almeida. Uma outra conversa sobre direitos humanos, cultura da violência e discriminação: o discurso das violações e a utopia de uma cultura de paz. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTr Editora Limitada, 2010.

ARARIPE, Arnaldo de Alencar. A pena e sua aplicação no Novo Código. **Justitia**, São Paulo, v.5, p. 21-25, 1942.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 17. ed. revista, ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Convenção n. 29, de 01 de maio de 1932. Concernente ao trabalho forçado ou obrigatório, modificada pela Convenção de Revisão dos artigos finais, de 1946. **Diário Oficial de 28 de junho de 1957**. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/rel_internacionais/conv_29.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Decreto n. 3.197, de 05 de outubro de 1999. Promulga a Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre férias anuais remuneradas (revista em 1970), concluída em Genebra em 24 junho de 1970. **Diário Oficial de 06 de outubro de 1999**. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/conv_132.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Recomendação n. 21, de 16 de dezembro de 2008. Recomenda aos tribunais ações no sentido da recuperação social do preso e do egresso do sistema prisional. **Conselho Nacional da Justiça – CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12103-recomendacao-no-21>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Recomendação n. 29, de 16 de dezembro de 2009. Recomenda aos tribunais incluir nos editais de licitação de obras e serviços públicos exigência para o contratante disponibilizar percentual de vagas destinadas ao Projeto Começar de Novo. **Conselho Nacional da Justiça – CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12109-recomendacao-nd-29>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Resolução n. 113, de 20 de abril de 2010. Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências. **Conselho Nacional da Justiça – CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12231-resolucao-no-113-de-20-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Enquadramento previdenciário do preso e natureza do trabalho prisional. **Revista de Direito Social**, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 42, p. 91-100, abr./jun. 2011.

CERDERO, Fernanda Garcia. Trabalho penitenciário. **Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal**, Brasília, v. 42, p. 47-52, 1981.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Cartilha da pessoa presa**. 2. ed. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/cartilhadapessoaapresa.junho.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Começar de novo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

DOMINGUES, Marcos Abílio. O trabalho penitenciário: primeiras linhas. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 67, n. 4, p. 430-435, abr. 2003.

FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de. Natureza jurídica do trabalho penitenciário prestado a entidade privada. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 60, n. 4, p. 486-489, abr. 1996.

GOSDAL, Thereza Cristina. Antecedentes criminais e discriminiais no trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v.v67, n. 7, p. 804-814, 2003.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Série: PD352 – Carteira de trabalho assinada – empregados total e por sexo**. 2009. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=PD352&sv=18&t=carteira-trabalho-assinada-empregados-total-sexo>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Plano nacional de política criminal e penitenciária**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDD1903654F8454D5982E839C80838708FPTBRNN.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2012c.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Reintegração social**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={DA8C1EA2-5CE1-45BD-AA07-5765C04797D9}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B0A92E045-49BC-444E-BF43-58C793E9539A%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 10 dez. 2012a.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Sistema prisional**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2012b.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES FILHO, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr., 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Combate ao trabalho escravo**. 2010. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/convencoes.php>. Acesso em: 10 dez. 2012.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 156 da OIT relativa a igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores dois sexos: trabalhadores com responsabilidade familiar. In: CONFERÊNCIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. 67.,1981, Genebra. **Anais...** Genebra: OIT, 1981. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/emp-conv-oit-156.html>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Discriminação em matéria de emprego e profissão**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2012

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Uma aliança global contra o trabalho forçado**. Brasília: OIT, 2005.

PCN. Portal do Programa Começar de Novo. **DMF: sistema carcerário**. Disponível em: <<http://www.pcn.ma.gov.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

PELUSO, Cezar *et al.* **Mutirão carcerário do Estado do Rio Grande do Sul**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/riograndedosul.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

PELUSO, Cezar. **Mutirão Carcerário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

POLANYI, Karl. **A Grande transformação: as origens de nossa época**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 6. ed., rev. e ampl. de acordo com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SENNE, Silvio Helder Lencioni. Trabalho de presidiário gera contribuição previdenciária. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília, v. 15, n. 726, p. 974, set. 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. revista e atual. até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009a.

SILVA, Marcello Ribeiro. O desafio de definir trabalho análogo ao de escravo. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 35, n. 134, p. 202-229, abr. 2009b.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/en/sumulas>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

VASCONCELLOS, Jorge. **Obras da copa do mundo empregam 148 detentos e ex-detentos**. Disponível em: <http://www.pcn.ma.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=342:obras-da-copa-do-mundo-empregam-148-detentos-e-ex-detentos-&catid=44:noticiascapa&Itemid=57>. Acesso em: 10 dez. 2012a.

VASCONCELLOS, Jorge. **Começar de Novo gera mais de 2 mil empregos**. Disponível em: <http://www.pcn.ma.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=234:comecar-de-novo-gera-mais-de-2-mil-empregos&catid=44:noticiascapa&Itemid=57>. Acesso em: 10 dez. 2012b.

VAZ, Laurita Hilário. Trabalho penitenciário. **Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, v. 29, p. 16-19, dez. 2002.

ZACKESKI, Cristina. Relações de trabalho nos presídios. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, v. 12, n. 23, p. 31-53, mar. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1 – parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.

**ANEXO A - “UMA ALIANÇA CONTRA O TRABALHO FORÇADO” - QUADRO 1.1
- IDENTIFICAÇÃO DE TRABALHO FORÇADO NA PRÁTICA**

Quadro 1.1 Identificação de Trabalho Forçado na Prática	
<p><i>Falta de consentimento</i> (natureza involuntária do trabalho) (“itinerário” do trabalho forçado)</p> <ul style="list-style-type: none"> ✘ Escravidão por nascimento ou por descendência de escravo / servidão por dívida ✘ Rapto ou seqüestro ✘ Venda de pessoa a outra ✘ Confinamento no local de trabalho – em prisão ou em cárcere privado ✘ Coação psicológica, isto é, ordem para trabalhar, apoiada em ameaça real de punição por desobediência ✘ Dívida induzida (por falsificação de contas, preços inflacionados, redução do valor de bens ou serviços produzidos, taxas de juros exorbitantes, etc.) ✘ Engano ou falsas promessas sobre tipos e condições de trabalho ✘ Retenção ou não pagamento de salários ✘ Retenção de documentos de identidade ou de pertences pessoais de valor 	<p><i>Ameaça de punição</i> (meios de manter alguém em regime de trabalho forçado)</p> <ul style="list-style-type: none"> ✘ Violência física contra o trabalhador ou sua família ou pessoas próximas ✘ Violência sexual ✘ (Ameaça de) represálias sobrenaturais ✘ Prisão ou confinamento ✘ Punições financeiras ✘ Denúncia a autoridades (polícia, autoridades de imigração, etc.) e deportação ✘ Demissão do emprego atual ✘ Exclusão de empregos futuros ✘ Exclusão da comunidade e da vida social ✘ Supressão de direitos ou privilégios ✘ Privação de alimento, habitação ou de outras necessidades ✘ Mudança para condições de trabalho ainda piores ✘ Perda de <i>status</i> social

Fonte: OIT (2005, p. 6).

ANEXO B – ACÓRDÃO RO - 01022-2005-002-04-00-0

EMENTA: JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIME DE EXTORSÃO. VIGILANTE. FATO NÃO PROVADO. Em sendo verdadeira a conduta descrita no histórico da ocorrência policial, o modo de agir do recorrente não seria em nada correto e totalmente incompatível com sua função na recorrida, de vigilante, o que justificaria a rescisão contratual por mau procedimento – justa causa. Tendo o recorrente negado a autoria da extorsão a ele imputada, cabia à recorrida a prova do fato no juízo trabalhista, de vez que ausente decisão em processo crime, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso provido para afastar a justa causa.

VISTOS e relatados estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo recorrente **IVORI SANTOS DA SILVEIRA** e recorrido **PROTEGE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA LTDA.**

O reclamante recorre da sentença das fls. 431/437, da lavra da Exma. Juíza do Trabalho Patrícia Heringer, que julgou improcedentes seus pedidos de reversão de justa causa e dano moral. Em suas razões de fls. 441/4434 aduz que a decisão afronta os princípios da dignidade humana, pois sua prisão foi injusta e por dez dias, sendo que o processo crime ainda não teve sentença, sendo que a decisão da reclamatória trabalhista deveria ter aguardado o final do processo no juízo criminal.

Contra-razões pela reclamada às fls. 448/452 sustentando que o reclamante foi preso em flagrante quando tentava extorquir dinheiro do proprietário de um automóvel roubado, o que tornou incompatível seu trabalho em empresa de vigilância, até por força do art. 16, VI, da Lei n.º 7102/83, que exige do vigilante, para o exercício da profissão, não ter antecedentes criminais registrados. Esclarece que com a existência de ação criminal o reclamante não receberia o certificado de curso realizado junto à Polícia Federal a cada dois anos, o que lhe retiraria o direito de exercer a profissão, nos termos da Lei 7102/83, restando configurado o justo motivo para que a empresa considerasse o contrato de emprego extinto. Sustenta a quebra de confiança, em razão do ilícito praticado. Advoga que, pela quebra de confiança, independentemente do resultado do processo crime, não há que se falar em reversão da justa causa. Por fim, ressalta que a modalidade da despedida, por si só, não tem o condão de ensejar indenização por dano moral.

É o relatório.

ISTO POSTO:

O reclamante, em 22.02.2005, foi preso em flagrante pelo crime de extorsão consumado, conforme o termo de ocorrência das fls. 83/84. O histórico da ocorrência assim narra o fato: “O condutor apresenta preso em flagrante delito os indiciados José Iran dos Passos Machado e Ivori Santos da Silveira, em virtude dos mesmos estarem tentando extorquir da vítima Roque Nilo Scurippe a importância de R\$ 5.200,00 para lhe devolver o automóvel GM/Vectra Challenge ano 2002, placa IKQ8536, roubado conforme ocorrência 6707/2004/100430”.

Em 03.03.2005 o recorrente foi posto em liberdade provisória, conforme alvará de fls. 12.

A rescisão do contrato de trabalho, conforme termo de fls. 81, foi levada a efeito na mesma data da prisão, 22.02.2005, por justa causa de incontinência de conduta ou mau procedimento, fls. 79, capitulada no art. 482, “b”, da CLT.

Por certo a pena imposta decorre de imputação de mau procedimento ao recorrente, de vez que não se trata de hipótese de incontinência de conduta, mais afeta a forma de agir e falar do trabalhador, com excessos censuráveis ao cidadão comum. Em sendo verdadeira a conduta descrita no histórico da ocorrência antes transcrita, o modo de agir do recorrente não seria em nada correto e totalmente incompatível com sua função na recorrida, de vigilante, o que justificaria a rescisão contratual por mau procedimento.

A prova dos fatos poderia e deveria ter sido feita no juízo trabalhista, com vistas à justa causa, o que não foi feito. A única documentação existente nos autos é a antes referida e que não faz prova efetiva da conduta imputada ao recorrente, em que pese existente a prisão em flagrante. Tendo o recorrente negado a autoria da extorsão a ele imputada, cabia à recorrida a prova do fato, ainda que não envolvida no mesmo.

É fato que a legislação própria dos vigilantes exige destes, para o exercício da profissão, não terem antecedentes criminais registrados, por força do art. 16, VI, da Lei n.º 7102/83. Porém, a existência de processo crime, isoladamente, não pode ser considerada causa para a rescisão motivada. Trata-se, apenas, de não preenchimento de um requisito legal para o exercício da profissão, o que legitima a rescisão do contrato, mas sem justa causa, de vez que a hipótese não está capitulada em lei para a justa causa. A quebra de confiança da recorrida em relação ao recorrente, sem a prova da conduta a ele imputada, não é motivo para a rescisão motivada.

Recurso do reclamante provido para declarar a rescisão do contrato sem justa causa, revertendo a justa causa aplicada, e para condenar a reclamada a pagar-lhe aviso prévio, férias proporcionais com 1/3, décimo terceiro salário proporcional e multa de 40% do FGTS e a liberar-lhe o FGTS pelo código 01 e as guias para habilitação ao seguro-desemprego, sob pena de conversão da obrigação de fazer em obrigação de pagar, quanto a estas últimas, no caso de impossibilidade de recebimento do benefício.

Quanto ao recurso com relação ao pedido de dano moral, a conduta da reclamada, diante dos fatos, de rescindir o contrato de trabalho por justa causa, não pode ser considerada como ilícita a ensejar indenização por dano. Havia a prisão em flagrante e a imputação ao recorrente de crime, o que caracterizava o mau procedimento, em razão de sua função de vigilante, como antes analisado na fundamentação. A ausência de prova hábil nos autos sobre o fato determinou a conversão da causa da rescisão, mas não tem o condão de determinar a consideração de que a recorrida tenha agido com dolo ou culpa no episódio. Recurso não provido no item.

Por fim, quanto ao requerimento de assistência judiciária gratuita formulado na parte final do recurso do autor, cumpre que se observe que o benefício já lhe foi deferido pelo juízo de origem, conforme a sentença - fls. 435/436.

Ante o exposto,

ACORDAM os Juízes da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, vencida parcialmente a Exma. Juíza-Revisora, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO RECLAMANTE** para declarar a rescisão de seu contrato sem justa causa, revertendo a justa causa aplicada, e para condenar a reclamada a pagar-lhe aviso prévio, férias proporcionais com 1/3, décimo terceiro salário proporcional e multa de 40% do FGTS e a liberar-lhe o FGTS pelo código 01 e as guias para habilitação ao seguro-desemprego, sob pena de conversão da obrigação de fazer em obrigação de pagar, quanto a estas últimas, no caso de impossibilidade de recebimento do benefício. Valor da condenação acrescido em R\$ 1.000,00, com custas adicionais de R\$ 20,00.

Intimem-se.

Porto Alegre, 22 de novembro de 2007.

MARCELO GONÇALVES DE OLIVEIRA - Juiz Convocado-Relator