

Trabalho e Pena

Aldacy Rachid Coutinho

Mestre e Doutora pela Universidade Federal do Paraná. Professora Adjunta de Direito do Trabalho na UFPR. Professora do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos – IBEJ. Procuradora do Estado do Paraná.

1. A Sociedade do Trabalho

O trabalho constitui o núcleo central e o referencial simbólico da sociedade atual, estruturando-a em uma “sociedade do trabalho”.¹ Está, pois, presente na vida de cada um e no discurso político de todos, sempre no epicentro de um destino cujas perspectivas oscilam, pendulantes, entre a visão mais pessimista do seu próprio fim, e a mais otimista da libertação, no vislumbrar de um novo mundo do século XXI.

OFFE asseverou que, muito embora não tivesse a expressão “sociedade do trabalho” sido empregada por MARX, WEBER ou DURKHEIM e só tendo sido cunhada por DAHRENDORF, o trabalho apareceu constantemente nas construções teóricas como o fato social fundamental:

“O trabalho, por sua vez, se tornou o princípio organizador fundamental das relações sociais e, portanto, o meio pelo qual os indivíduos adquirem existência e identidade social pelo exercício de uma profissão. Isso permitiu, por outro lado, que a sociedade industrial não só se distinguisse das outras formações sociais previamente existentes mas também que se definisse como uma sociedade de trabalhadores.”²

Na sociedade em que vivemos, é fundamentalmente pelo trabalho, inevitável fonte de preservação da vida e construção da sociedade, enquanto portador da subjetividade humana, que o sujeito se constitui como ser, reconhecendo-se a partir da própria transcendência, objetivada na atividade e no resultado. Daí ser correta a assertiva do homem compreender-se a si mesmo,

1. OFFE, Claus. *Trabalho & sociedade: problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 13. A presença maciça do não-trabalho, num espaço crescente, tanto em face do desemprego, como diante da redução da jornada de trabalho, máxime diante da manutenção da produtividade almejada pelo conjunto capitalista, desponta para o questionamento do trabalho como epicentro da sociedade pós-moderna.
2. SILVA, Josué Pereira da. *A crise da sociedade do trabalho em debate*. Revista de Cultura e Política Lua Nova, nº 35, São Paulo: CEDEC, 1985, pp. 170-1.

como indivíduo, como um não-outro somente igual a si mesmo, nas condições objetivas da sua existência.

“Na verdade, construir sua objetividade através da impressão de si fora de si, de início arrancando a sobrevivência das árvores, depois reproduzindo árvores idênticas às suas necessidades, e por essa via encontrar no outro o reflexo de si. A construção do indivíduo é a história do trabalho. Inicialmente o indivíduo aparece como um repositório dos vários outros. A dissolução da aparência das reposições se dá através do trabalho, o trabalho é portanto maneira do indivíduo existir, objetivar-se e, ao objetivar-se, se subjetivar.”³

A partir dessa premissa, resulta de suma importância o trabalho no âmbito penitenciário, para o resgate do sujeito.

2. O trabalho, etimologicamente, nasce como pena

Uma incursão etimológica do termo *trabalho* demonstra à sociedade a alteração do conteúdo valorativo através dos tempos, projetando-se do depreciativo ao construtivo, embora ainda polissêmico, porquanto determinado pela própria concepção social e econômica da sociedade.

As idéias mais remotas apontavam em direção a uma identificação com um estado de penúria, sofrimento, pena, humilhação e exploração, exemplificada nas

idéias dos filósofos antigos, que exprimiam o sempre presente conteúdo negativo do trabalho:

“A natureza – afirma PLATÃO, na sua utopia social, na sua República modelo – a natureza não fez nem sapedeiros nem ferreiros; tais ocupações degradam as pessoas que as exercem, vis mercenários, miseráveis sem nome aos quais são retirados, devido ao seu próprio estado, direitos políticos. Quanto aos negociantes habituados a mentir e a enganar, só serão aceites na cidade como um mal necessário. O cidadão que se tiver aviltado pelo comércio de loja será perseguido por esse delito. Se reconhecer a culpa, será condenado a um ano de prisão. A punição duplicará em cada reincidência.”⁴

Nas mais variadas línguas, a expressão trabalho trouxe acorrentado o significado da dor. De um lado, o português *trabalho*, o francês *travail* e o espanhol *trabajo*, remontam à sua origem latina no vocábulo *trepalium* ou *tripalium*, um instrumento de tortura composto de três paus ferrados ou, ainda, um aparelho que servia para prender grandes animais domésticos enquanto eram ferrados.⁵ Por denotação, do seu emprego na forma verbal – *tripaliare* –, passa a representar qualquer ato que represente dor e sofrimento.

“Trabalhar era então a tortura de um recalcitrante por meio do *tripalium*, não sendo vítima o trabalhador mas sim o carrasco. *Travail* designava também um dispositivo feito de várias traves às quais

3. GODO, Wanderley; SAMPAIO, José Jackson Coelho; HITOMI, Alberto Haruyoshi. *Indivíduo: trabalho e sofrimento – uma abordagem interdisciplinar*. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1992, p. 50.

4. LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça*. 2. ed., Lisboa: Teorema, s.d., p. 69.

5. *Verbece Travail*. Dicionário *Petit Larousse illustré*. Paris: Larousse, 1985, p. 1.026.

se prendiam cavalos ou bois para serem ferrados (de igual modo *trabajo* em espanhol significa pôr no mundo, estar em parto).⁶

De outro lado, a expressão italiana *lavoro* e a inglesa *labour* derivam de *labor*, que em latim significava dor, sofrimento, esforço, fadiga, atividade penosa. Seu correspondente grego era *ponos*, que deu origem à palavra pena.

A própria história bíblica da criação do homem, no Gênesis, retrata esse sentimento menoscabador do trabalho, tido como punição aplicada a Adão pelo descumprimento às leis do Senhor: "... que a terra seja maldita por causa da tua obra; tu tirarás dela o teu sustento à força do trabalho, ela te produzirá espinhos e abrolhos, e tu terás por sustento as ervas da Terra. Tu comerás o teu pão com o suor do teu rosto, até que tornes à terra, de que foste formado. Porque tu és pó, e em pó te hás de tornar ...".

O nascimento e a genealogia dos termos atualmente presentes nos mais diversos vernáculos para representar tanto a ação de trabalhar, como o seu resultado, assim como aquele que, para a própria sobrevivência, nada mais tem senão a sua força de trabalho para vender, evolui em três épocas da história. Inicialmente, nos séculos XII e XIII, em pleno feudalismo, com o desenvolvimento dos burgos, por meio da criação das expressões *labor*, *labour*, *labourage* e *laboureur*, exprimindo as atividades agrícolas e aquele que cultiva a terra e, ainda, com *ouvrier* –

do latim *operarius*, *homem com pena* –, designando aquele que tinha obrigações para um antigo patrão ou para com um cliente.

Mais tarde, nos séculos XV e XVI, com o desenvolvimento do comércio, especialmente nas relações com as colônias e pela criação de manufaturas, período considerado como pré-capitalista, aparecem os vocábulos *salariés* e *salaire*, derivado de *salarium*, dinheiro dado aos soldados para pagar o sal ou o próprio sal como pagamento. Surge na mesma época o termo *prolétaire*, proveniente de *proletarius*, significando aquele que não conta na cidade, senão pela sua descendência, isto é, sujeito desprovido dos meios de subsistência, dos instrumentos de produção.

Foi necessário esperar, entretanto, até o século XVIII para que referidos termos adquirissem, no uso da língua, o significado positivo moderno de um trabalho que enaltece o homem.

Em especial, quando o trabalho passa a ter um conceito abstrato, projetado como distinto do próprio sujeito e, assim, passível de ser objeto numa negociação entre quem necessita da força de trabalho e a compra e quem a possui e vende em troca de uma remuneração que garantirá a subsistência, o trabalho torna-se a categoria central da sociedade. O trabalho passa a integrar-se como atividade criadora, produtiva, dotado de um valor de troca,⁷ de utilidade para outrem, expresso monetariamente pelo dinheiro.

6. Enciclopédia Einaudi. *Modo de produção/desenvolvimento/subdesenvolvimento*. vol. 7, Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986, p. 12.

7. MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. 3. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 136 e segs.

Concebido sob o ponto de vista econômico, principalmente nos estudos de ADAM SMITH que, rompendo com a posição de QUESNAY, um doutor da corte de Luís XV, e sua escola denominada Fisiocracia, superou a idéia de que tão-somente a agricultura seria a verdadeira produtora de riquezas, já que o comércio e a indústria apenas alteraria a forma, de “maneira estéril”. Com ele, passa o valor da mercadoria a ser determinado pelo tempo de trabalho social necessário à sua produção. A visão de que era o trabalho, e não mais a natureza, a fonte de “valia”, “foi um dos maiores *insights de Smith*”,⁸ assim como fora a “mais-valia”, na teoria de MARX.

3. A transmutação em liberdade e em direito

O trabalho apontou para o cidadão como liberdade, expresso na faculdade de dispor livremente da sua própria capacidade de produzir bens e serviços, eliminadas as travas que possam impedir o livre desenvolvimento de qualquer atividade laboral.⁹ Não seria mercancia, mas poderia ser objeto de uma contratação, nascendo, então, como liberdade, liberdade de trabalhar.

O homem, então, é livre para negociar, no mercado, a sua força de trabalho, distinta de si mesmo, em troca de uma remuneração. Não mais como um castigo divino do qual, diz-se, ter-se-ia libertado, mas como ato voluntário, no emprego de atividade que cria utilidade, realiza o ser e a sociedade. O próprio trabalhador que produz

um valor de troca, ingressará posteriormente também como consumidor, a partir de um valor de uso, numa dinâmica de distribuição e circulação de produtos e de riquezas.

Tendo a liberdade como pressuposto, o trabalho adquire uma forma social enquanto essa partilha determina sua divisão social, baseada na especialização. Não somente seria o trabalhador livre para vender sua força, senão que constituiria ainda um dever para com a sociedade na qual se insere, permitindo uma necessária e salutar cooperação.

Não sendo mais possível – e aceitável – a venda da própria pessoa como res, mas sendo o sujeito livre para negociar a sua força de trabalho, abstrata e reificada, em troca da própria subsistência, as negociações travadas entre quem detém os instrumentos de trabalho – o detentor do capital – e quem possui tão-só a sua força de trabalho – o trabalhador –, passaram a ser disciplinadas pelo próprio Estado, intervindo nas relações, exatamente para proteger a parte considerada mais fraca na obtenção de condições mais favoráveis.

Para além da liberdade, constituiu-se em direito, um direito de liberdade e de prestação, numa dupla pretensão, tanto em face de quem compra a força de trabalho, quanto do Estado que deverá garantir e desenvolver condições de plena efetividade deste direito fundamental da pessoa humana. Todo um sistema de regras jurídicas, fruto do intervencionismo estatal e da luta de

8. HEILBRONER, Robert. *A história do pensamento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 50.

9. SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996, pp. 87-8.

classes, através do enfrentamento das representações patronal e profissional, deveriam proteger o trabalhador empregado.

Da conjugação de três condições, a saber, a propriedade privada dos meios de produção, a liberdade do homem para vender sua força de trabalho e a liberdade na organização da produção, o trabalho como valor social fundamental do Estado Democrático de Direito se insere definitivamente na sociedade capitalista, embora como expressão da exploração do homem pelo homem.

A evolução histórica da sociedade moderna apontou para a superação de uma conotação aviltante e depreciativa do trabalho, porém não o elimina enquanto fator central de sua constituição, não obstante a crescente escassez, nem aniquila a alienação, muito menos supera a existência de um trabalho não remunerado, a "mais-valia".

Está a sociedade eternamente ligada ao castigo de Sísifo ou o suplício de um Prometeu sem Herácles. Segundo a lenda grega, Sísifo, Rei de Corinto, culpado por ter tentado pôr em cheque os deuses, tendo escapado astuciosamente a Tânatos, o deus da morte, enviado por Zeus para castigá-lo, foi levado por Hermes ao Inferno, onde o condenaram ao suplício de rolar uma rocha até o cimo de um monte. Mal a rocha atingia o cume, uma força súbita a impelia para

baixo, estando Sísifo condenado a um eterno recomeçar.¹⁰ Mas, se o suplício de Prometeu teve um fim, liberto que foi do castigo de Zeus por Herácles, que matou o abutre que lhe roía o fígado, o homem poderá um dia libertar-se do trabalho insalubre, enquanto castigo e punição.¹¹

4. O rechaço do trabalho forçado e a aceitação da pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade

A história conheceu a degradante pena de trabalhos forçados,¹² exigido de determinado indivíduo, sob ameaça de penalidade e para o qual não se ofereceu de livre e espontânea vontade. Esteve presente na França, por exemplo, até o ano de 1960, quando foi substituída pela pena de reclusão perpétua.

A Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 29,¹³ aprovada pela 14ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra e que está em vigência no Brasil desde 25.04.1958, exclui de forma expressa da noção de trabalho forçado ou obrigatório aquele exigido como efeito de condenação pronunciada por sentença judicial, "contanto que esse trabalho ou serviço seja executado sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas

10. Sísifo. Dicionário de mitos literários. Org. Pierre Brunel. Brasília: UnB e José Olympio, 1997, p. 841.

11. DAL ROSSO, Sadi. *A jornada de trabalho na sociedade: o castigo de Prometeu*. São Paulo: LTr, 1996, p. 17.

12. CRETELLA JR. asseverou ser totalmente desnecessária a menção na Carta Constitucional da abolição da pena de trabalhos forçados, eis que o Brasil não conheceu tal espécie de pena. CRETELLA JR., J. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. vcl. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 512.

13. Foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29.05.1956 e ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25.06.1957.

e que dito indivíduo não seja posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas privadas" (art. 2º, nº 2, c). (grifo nosso)

A Constituição Federal de 1988, ao determinar que não haverá pena de trabalhos forçados, resquício de regimes escravocratas, recebe a legislação infraconstitucional que disciplina o trabalho como medida alternativa à pena de restrição da liberdade, por meio de uma prestação social (art. 5º, inciso XLVII, c, CF/88), executada em prol da comunidade e instituída em sanção penal autônoma.

Mister ressaltar que a prestação de serviços à comunidade não é, e nem pode ser, considerada como expressão de um trabalho forçado, ou seja, o trabalho como forma de pena; se assim o fosse, estaria eivada de inconstitucionalidade.

Considera-se a pena restritiva de direitos, através de sua forma de prestação de serviços, uma alternativa substitutiva ao apenado, inspirada em princípios de humanização da pena e ressocialização do criminoso, mais condizente com a dignidade do homem.

É obrigatória, de qualquer sorte, a fixação da pena privativa de liberdade na sentença condenatória para que, a partir daí, se preenchidos os requisitos legais, possa ser convertida em pena de restrição de direitos. A inovação vem ao Brasil com a Reforma de 1984, em fórmula que procurou evitar a permanência de criminosos de menor potencial de periculosidade na prisão, tendo sido recebida com galanteios por parte dos penalistas.

CELSONO RIBEIRO BASTOS, ao comentar o referido dispositivo legal, em face do caráter reeducador da atividade laborativa assevera que "o que o texto quis excluir é a possibilidade da imposição de trabalhos com cominação de penas, o que vale dizer, procurou-se banir aqueles labores exigidos coercitivamente. É que aqui a própria valia do trabalho fica posta em causa, prejudicada pelo seu aspecto coercitivo, que assumirá certamente o ar de uma pena afluente suplementar. (...) É evidente que a Lei Maior não está a repelir métodos positivos de estimulação ao trabalho que poderíamos considerar como autênticas sanções premiaias. Assim entendido o trabalho como uma técnica de dignificação do próprio homem e respeitada a vontade do presidiário em cumpri-lo ou não, livre está o sistema carcerário de estabelecer vantagens, privilégios, compatíveis com a vida do recluso ou detento (...)".¹⁴

Caso o apenado não cumpra com a determinação atribuída na conversão, proceder-se-ia uma "reconversão", pela qual deverá o apenado cumprir, então, a pena privativa de liberdade.

4.1. O trabalho do preso é um benefício

A noção do trabalho realizado pelo presidiário também evoluiu, superando a visão de um castigo aplicado, pelo qual o preso pagava com o próprio corpo pelo mal praticado, para ser recebido como um benefício.

Dentro de uma visão polifuncional da pena, "*in sé considerata, deve valutarsi anche*

14. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 242.

nella prospettiva criminologica come una dei mezzi di intervento mirante alla risocializzazione. Ognuno dei suoi contenuti (retributivo, intimidativo, rieducativo e di difesa sociale) contiene in sé elementi che possono agire favorendo il riadattamento della condotta".¹⁵

No entanto, não se pode olvidar que a sua função primordial é a retribuição, em face da "censura ao administrado que, sabendo e podendo agir de forma diferente não o faz",¹⁶ residindo exatamente na sua imposição um mecanismo de justiça social. A readaptação, ressocialização e reeducação do condenado são finalidades secundárias, no entanto, que não podem ser descartadas.

Atendido na sua dignidade humana, o trabalho se instaura como instrumento de constituição da própria personalidade e, nestes termos, consubstancia-se em um instrumento de auxílio eficaz no atingimento do escopo de reinserção social dos apenados.

Trata-se, outrossim, segundo consta da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, de um dever social, princípio de Justiça Social, dado aplicar-se o tempo numa atividade produtiva, de acordo com as suas individuais aptidões intelectuais e condições físicas, garantindo-se uma adequação entre a obrigação de trabalhar e o princípio da individualização da pena.

4.2. A pena restritiva de direitos implica em tarefas gratuitas e assistenciais

A pena restritiva de direitos, destarte, consiste na atribuição de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e congêneres, em programas comunitários e sociais (art. 46, Código Penal). Não permite a remuneração, exatamente em face de se caracterizar como alternativa sancionatória, à limitação da liberdade, mantendo sua natureza pública em prol do interesse da comunidade, exclusivamente em entidades ou programas comunitários ou estatais devidamente credenciados ou conveniados, designado pelo juiz da execução, com controle exercido por órgãos de assistência social especializada (art. 150, LEP).

Evidentemente, não poderá estar incluído nessa hipótese o trabalho produtivo, ou seja, aquele que se insere numa atividade produtiva, lucrativa, como elemento da organização empresarial capitalista da iniciativa privada e que se consubstancia a partir de um valor de troca no mercado. Deverá, por isto, preservar a conotação retributiva própria da pena substitutiva cumprida em proveito da coletividade, mantendo-se na ordem do interesse público, exclusivamente dotado de um valor de uso. Não cabe ao Estado, afinal, viabilizar à economia de mercado uma mão-de-obra gratuita. Trata-se, sim, de garantir

15. PONTI, Gian Luigi. *Compendio di criminologia*. 2. ed., Milano: Cortina, 1980, pp. 589-90.

16. MACHADO, Luiz Alberto. *A execução das penas em espécie: penas privativas de liberdade*. Revista da Faculdade de Direito. nº 29, Ano 29, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1996, pp. 112-3.

à própria sociedade, que tutela determinados bens jurídicos violados pelo condenado, um benefício em face da conduta desviante, com a possibilidade de cumprimento de outra forma que não a detenção em prisão.

Está tal prestação determinada por imposição legal, fora da hipótese prevista como relação empregatícia, ainda que esteja o apenado exercendo pessoalmente e de forma contínua o labor, e se sujeitando-se à direção ou controle por quem, na comunidade, beneficia-se do seu trabalho e, ademais, pelo juiz da execução.

Por outro lado, ainda que não houvesse menção expressa em lei, nesse sentido, constitui-se tal atividade em um trabalho atípico para o direito do trabalho, vez que, embora não seja um “trabalho forçado”, não decorre de um ato volitivo livre, manifestado na autonomia da vontade do sujeito trabalhador que vai eleger quando trabalhar, para quem trabalhar e que serviços prestar, ainda quando resultante de uma transação ou da suspensão do processo nos termos da Lei nº 9.099/95, sem embargo de que, em tais hipóteses, o agente pode não aceitar o acordo proposto.

PLA RODRIGUES, ao apreciar os caracteres que devem estar presentes para configurar o trabalho enquanto prestação de um contrato de trabalho, indica que necessariamente deve revestir a forma livre, embora ressalte que sempre existirão pressões e influências que determinarão a esco-

lha de que labor exercer e para quem fazê-lo. “*Pero la facultad de opción reside en el trabajador con la opción adicional y clave de que es el próprio trabajador quien elige quien haya de ser la persona a la que los frutos van a ser atribuidos (...)*”.¹⁷

Outrossim, o trabalho seria típico apenas enquanto atividade humana voltada a produzir algo com valor de troca no mercado. Se não está inserido como fator de produção, dotado de um valor de troca, em benefício do capital, ou seja, se não se traduz em uma atividade de produção de bens ou serviços criadora de uma *utilità materialmente apprezzabile*, distinta da própria atividade, não poderá ser objeto de um negócio jurídico laboral.¹⁸ Diante de tais considerações é que estariam excluídos, também, quer o trabalho por lazer, o desportivo, o trabalho do apenado para cumprimento da pena substitutiva da liberdade, quanto o realizado voluntariamente por fins altruístas ou transcendentais, que se esgotam em si mesmo, porquanto a finalidade resta identificada no próprio desempenho da atividade.

É preciso ter presente, também, que o trabalho como pena restritiva de direitos, na forma de prestação de serviços à comunidade somente poderá ser executado em dia e hora que possibilite ao condenado a manutenção de sua própria atividade profissional, quer autônoma, quer subordinada, pois não lhe garante a subsistência, observada a limitação legal de horas sema-

17. PLA RODRIGUES, Americo. *Curso de derecho laboral*. T. 1, vol. 1, Montevideo: Idea, 1990, p. 92.

18. MAZZONI, Giuliano. *Manuale di diritto del lavoro*. 4. ed., Milano: Giuffrè, 1988, p. 04.

nais e diárias, com preferência na realização aos sábados, domingos e feriados.

4.3. O trabalho produtivo do apenado

É preciso distinguir, de qualquer sorte, essa obrigação de trabalho determinada por sentença, de prestação de serviços à comunidade, em execução substitutiva convertida, daquele trabalho produtivo realizado pelo presidiário que cumpre a pena restritiva de liberdade, em regime fechado, semi-aberto ou aberto e que, este sim, poderá estar voltado ao mercado. Não se identificariam, então, na caracterização e em seus efeitos jurídicos.

A Lei de Execução Penal, de nº 7.210, de 11 de julho de 1984, mais precisamente nos arts. 28 a 37, disciplina o trabalho interno e externo durante a execução da pena restritiva de liberdade.

Afirma-se na doutrina, seguindo os passos da justificativa apresentada na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, em seu item 57,¹⁹ que o trabalho do preso não implica em uma força de trabalho produtiva contratada livremente e, assim, não estaria disciplinada pelo direito do trabalho. Porém, não há de se confundir a restrição da liberdade imposta em decorrência de uma pena de detenção ou reclusão, com a perda da capacidade civil ou, ainda, capacidade específica para o trabalho, eis que ao "(...) condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atin-

gidos pela sentença ou pela Lei" (art. 3º, Lei nº 7.210/84).²⁰ Mantendo a autonomia privada, os presos detêm o poder de disciplinar os seus próprios interesses, inclusive o de trabalhar ou não durante o período de encarceramento.

Constitui o trabalho um direito e um dever social dos apenados, reeducativo e produtivo, de forma a possibilitar o alcance dos escopos secundários a que se destina a pena e não uma obrigação imputada por sentença. Outrossim, diz-se, poderá preparar-se o preso com formação profissional para o mercado de trabalho que deverá enfrentar no futuro, quando recuperar a sua liberdade, pelo cumprimento da pena, embora não se constitua tal em finalidade própria da imposição de sanções penais.

De uma parte, constitui direito do preso, de prestação positiva pelo Estado, a atribuição de trabalho e sua remuneração, bem como o exercício de atividades profissionais compatíveis com a execução da pena. Estaríamos aqui diante do que se determina de direito à prestação positiva do Estado dentro da reserva do possível. Caberia resgatar a posição do Tribunal Constitucional da Espanha, ao apreciar a formulação normativa constitucional que garante aos presos um trabalho, ao indicar que se trataria, no seu núcleo central, de reconhecimento aos apenados de um direito de aplicação progressiva, cuja efetividade está vinculada em função dos meios que disponha a administração penitenciária, em

19. "(...) embora não esteja submetida essa forma de atividade à Consolidação das Leis do Trabalho, dada a inexistência de condição fundamental, de que o preso foi despojado por sentença condenatória: a liberdade para formação do contrato (...)"

20. Nesse sentido, ver FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A natureza jurídica do trabalho penitenciário prestado a entidade privada*. Revista LTr, vol. 60, nº 4, p. 488.

cada momento, "no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata, siempre que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos".²¹ Ademais, a postura do Estado não poderia ser distinta da que seria exigível em relação à população trabalhadora como um todo. Se não é exigível que o Estado deva assegurar, numa economia de mercado capitalista, um emprego a cada trabalhador, "no sólo porque el sistema económico no segrega el número de puestos de trabajo suficiente para todos sus demandantes, sino principalmente, y esto es a su vez la razón de lo anterior, porque la oferta de trabajo reside mayoritariamente en sujetos privados, cuya decisión de creación de empleo es libre (...)".²²

Esse trabalho necessariamente será remunerado, não ultrapassando, segundo dispõe o art. 29, da Lei de Execução Penal, de três quartos do salário mínimo. Visa atender à indenização dos danos causados pelo crime, se determinados judicialmente e não reparados por outros meios e, ainda, prover alimentos à família e garantir a própria subsistência com despesas pessoais, bem como ressarcir o próprio Estado dos gastos com a sua manutenção. O restante será depositado em caderneta de poupança para formação de um pecúlio, entregue ao condenado quando posto em liberdade (art. 29, § 2º, Lei de Execução Penal). O pagamento está a cargo da pessoa jurídica que promoveu e supervisionou a produção (arts. 34, parágrafo único e art. 37, da Lei de Execução Penal).

Se na prestação de trabalho pelo apenado estiverem presentes todos os elementos de uma relação de emprego, pela realização de um trabalho subordinado com continuidade e pessoalidade, o pagamento deverá ser igual ou superior a um salário mínimo. A norma constitucional, em seu art. 7º, inciso IV, garante a percepção de um salário mínimo por todo trabalhador. Sendo norma de eficácia plena, implica automaticamente a não recepção da Lei de Execução Penal, que permite a realização de trabalho remunerado pelo apenado em valores inferiores ao mínimo legal, quando está caracterizada a relação de emprego.

Deverão estar também garantidos os benefícios da Previdência Social²³ e asseguradas ao preso as garantias relativas à segurança e higiene do trabalho. O Decreto nº 2.173, que aprova o Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, inclui o presidiário que "(...) não exerce atividade remunerada nem esteja vinculado à qualquer regime de previdência social (...)" como contribuinte facultativo.²⁴ Porém, à evidência está a norma prevendo a hipótese em que o preso está encarcerado, sem prestar qualquer trabalho, quer na forma empregatícia, quer como autônomo (p. ex. produzindo artesanato).

Seria possível o desconto pelo Estado dos valores recebidos à título de remuneração, ainda quando não caracterizado o vínculo empregatício, para pagamento da

21. IBARRECHE, Rafael Sasire. *Op. cit.*, p. 138.

22. IBARRECHE, Rafael Sasire. *Op. cit.*, p. 125.

23. Art. 41, da Lei de Execução Penal.

24. Art. 18, § 1º, j.

previdência social e pelo empregador, beneficiário do trabalho. As normas administrativas da Seguridade Social,²⁵ visando uniformizar os procedimentos de fiscalização junto aos órgãos da Administração Pública, vez que são também destinatários os entes públicos das normas trabalhistas e previdenciárias, estabelecem que os presidiários, quando exercem atividade remunerada por conta própria, são identificados como trabalhadores autônomos e, quando exercem atividades remuneradas mediante contrato celebrado ou intermediado pelo presídio, são “equiparados” aos autônomos, para fins de contribuição.²⁵

Está previsto em lei²⁶ que constitui dever do condenado a execução do trabalho, tarefas e ordens recebidas e, ainda, indenizar o Estado, quando e se possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração.

4.4. O trabalho interno

O trabalho interno do presidiário que cumpre pena restritiva de liberdade, sob a custódia do Estado, poderá ser em prol do próprio estabelecimento prisional ou destinado a terceiros, gerenciado por fundação ou empresa pública, ou mediante convênios diretamente com as empresas privadas, assim como sempre realizado dentro dos limites do espaço físico da própria prisão na qual cumpre a pena.²⁷

Quanto ao trabalho interno, não se integrando em uma atividade produtiva, com valor de troca, como o trabalho nos “(...) serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal (...)”, na cozinha, na limpeza, não há que se falar em emprego ou contrato de trabalho. É elementar que o preso não deverá, por isto, exercer funções próprias de servidores públicos, substituindo o desempenho de uma função pública, máxime com um trabalho parca-mente remunerado.

Se o trabalho foi destinado a terceiro, mas não for realizado com “alteridade”, ou seja, por conta alheia, como na hipótese de artesanato, também não se constitui uma relação de emprego.

A Lei de Execução Penal afasta, de forma expressa, a natureza trabalhista do trabalho do detento, estatuinto, no art. 29, § 2º, que “O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”. Não obstante, tal regra não significa tenha o empregado perdido a capacidade para o trabalho ou que, todas as relações de fato, de trabalho, estariam regidas pelo direito civil ou se caracterizariam como (a)jurídicas.

Alguns argumentos que afloram na doutrina para descaracterização de qualquer vínculo celetista no trabalho do presidiário, no entanto, não podem subsistir. São inaceitáveis os que tentam vislumbrar em todo trabalho “... inegavelmente uma forma de cumprimento da pena ...”,²⁸ ainda quando

25. Ordem de serviço INSS/DAF nº 167, de 11.07.1997, itens 5.2.2 e 5.3.2; Ordem de serviço INSS/DSS nº 564, item 2.1.4.1, “s” e 2.1.5 “g”.

26. Art. 39, incisos V e VIII, da Lei de Execução Penal.

27. Recentemente, inaugurou-se, em Guarapuava, um presídio industrial; outros seguirão nas diversas regiões do Estado.

28. GUIMARÃES, Lólia. *O trabalho do penitenciário e seus efeitos jurídicos*. Revista LTr, vol. 60, nº 8, 1986, p. 1.066.

não se trate diretamente de pena enquanto espécie, pois poderá determinar a sua remissão e abreviar o cumprimento do tempo de condenação, à razão de um dia de pena por três de trabalho.

Neste sentido, afirma GUIMARÃES: "Na realidade, o trabalho carcerário é executado em conseqüência de uma pena ou de uma medida administrativa de segurança. Por isso mesmo, trata-se de uma prestação de serviço de natureza pública e não privada, muito embora, não esteja fora de relativa tutela social e jurídica".²⁹ Ora, não há trabalho como pena, na forma forçada. Trata-se de um benefício assegurado ao preso para em face de sua conduta, tomada à partir do trabalho realizado, de diminuir o período de cumprimento do encarceramento, pela remição, ou possibilitar a progressão a um regime menos rigoroso, com o ingresso no regime aberto.

Aduz a autora,³⁰ ademais, que não haveria, ainda, a liberdade pressuposta e o sinalagma próprios dos negócios jurídicos e, assim, não se caracterizaria nunca como um contrato de trabalho. Isto porquanto teria o Estado o direito de exigir que o trabalho fosse realizado, o que não é, todavia, verdadeiro. O presidiário tem a faculdade de trabalhar ou não, tanto que a própria norma insere no art. 36, da Lei de Execução Penal, estatui como requisito à prestação de trabalho externo a entidade privada, "(...) o consentimento expresso do preso (...)". Se assim o fizer será o trabalho recebido como benefício, pela remição; remir enquanto li-

bertação do cumprimento, não o seu exercício.

Há na aplicação da pena uma restrição na liberdade de locomoção do preso, no ir e vir, restando confinado no estabelecimento penitenciário durante o tempo previsto na sentença condenatória; sempre com a possibilidade de progressão do regime fechado ao aberto ou, ao contrário, regressão. Não perde, porém, a liberdade jurídica geral, a autonomia privada ou a capacidade civil ou laboral.

4.5. O trabalho externo

Se o detento realizar trabalho externo, com autorização da própria administração do presídio, mantidas todas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina, estando em regime fechado, semi-aberto ou, ainda, em regime aberto ou, então, se estiver exercendo trabalho interno em benefício de empresas privadas que exercem atividades lucrativas, em condições idênticas de subordinação aos demais operários livres, estando presentes os requisitos da relação de emprego, insertos no art. 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, qual seja, subordinação, onerosidade, continuidade e pessoalidade, há de se reconhecer a existência de um contrato de trabalho, garantindo-lhes salários e direitos idênticos aos demais empregados, inclusive com descontos previdenciários. Soa evidente que o usufruir de determinados direitos pode ser minimizado pela própria condição de encarcerado, mas tal não alcança a realização de uma atividade subordinada.

29. GUIMARÃES, Lélia. *Op. cit.*, p. 1.066.

30. GUIMARÃES, Lélia. *Op. cit.*, p. 1.066.

Poder-se-ia identificar o trabalho interno do presidiário como uma espécie de “trabalho à domicílio”, consoante previsto no art. 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Tal posição vem sendo aceita por aqueles que propugnam o reconhecimento de um vínculo trabalhista diante da presença dos requisitos da relação de emprego: “(...) Do fato da sua realização ocorrer sempre dentro do presídio, portanto, fora do âmbito espacial do empregador – a fábrica – não decorre a inaplicabilidade da lei trabalhista; decorre, outrossim, que tal labor se absorve no chamado ‘trabalho a domicílio’ (...)”, ressaltando que o próprio Código Civil, em seu art. 40, precisa que o domicílio legal do preso é o lugar em que cumpre a sentença.³¹

Exemplifica-se com um Termo de Cooperação firmado entre determinada empresa de construção civil e o Fundo Penitenciário (Secretaria de Justiça), mediante o qual 300 (trezentos) internos da Colônia Penal Agrícola, em Piraquara, no Estado do Paraná, estando em regime semi-aberto, seriam encaminhados como mão-de-obra à execução de serviços na área da construção civil, sem qualquer treinamento anterior ou garantias relativas à segurança e medicina do trabalho. A construtora deveria proceder ao controle de frequência, o fornecimento de matéria-prima e equipamentos de serviços, programar e distribuir os serviços entre os presidiários, bem como remunerá-los na ordem de 1 (um) salário mínimo mensal, dos quais 25% restariam retidos em favor do Fundo Penitenciário, à título de

taxa de administração de mão-de-obra. Estão, assim, na hipótese levantada presentes todos os requisitos de uma relação de emprego, ou seja, pessoalidade, continuidade, onerosidade, subordinação. Aliás, é tão evidente a existência de uma relação de emprego que as próprias normas trabalhistas legais e convencionais são comumente empregadas como fonte subsidiária na fixação da remuneração das horas extras e do adicional noturno.

No entanto, não há reconhecimento de relação de emprego e, por conseguinte, não são pagos os encargos sociais. Diante da hipótese da ocorrência de um acidente de trabalho, os direitos previdenciários, tais como auxílio-doença, pensão por morte, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente não restam assegurados aos presos-trabalhadores.

O Estado, como parece elementar, não pode permitir que os presos que estão sob sua custódia, tornem-se um contingente de mão-de-obra barata à disposição da iniciativa privada ou, ainda, tomá-los para suprir a ausência de um servidor público dentro do próprio sistema penitenciário.

Aliás, defensores da economia de mercado e dos direitos humanos têm se preocupado com a presença do trabalho dos encarcerados, sem liberdade e sem proteção de direitos trabalhistas, que representariam uma vantagem desleal no mercado, além de afronta ao princípio da livre iniciativa e, principalmente, ensejariam abusos jamais denunciados. Aliás, as bem ponde-

31. ALVIM, Rui Carlos Machado. *O trabalho penitenciário e os direitos sociais*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 41 e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Op. cit.*, p. 488.

radas ilações de FIGUEIREDO ressaltam que "(...) beira (...) à imoralidade a sustentação no sentido de que a exigência legal de cumprimento dos direitos sociais dos presidiários (...) provocaria o desinteresse da iniciativa privada em prestar esta *benemérita* oferta de trabalho. É duvidoso supor que as entidades privadas, ao contratarem presidiários sem, com isto, serem obrigadas a arcar com o ônus decorrente da aplicação da CLT, estariam praticando um ato socialmente relevante".³²

Cabe sempre lembrar que no início do século foi proibido nos Estados Unidos da América a contratação de presos pelas empresas privadas. No Mississippi, por muitos anos o próprio estado obteve altos ganhos financeiros ao permitir que as empresas privadas contratassem o trabalho dos presos, em troca de roupa e alimentação e com a utilização direta do trabalho gratuito dos presos na construção de estradas de ferro.

Atualmente, alterações na legislação de mais de 30 (trinta) estados norte-americanos novamente legalizaram a contratação do trabalho do contingente de presos por empresas privadas. Na Califórnia, uma sempre crescente população carcerária, principalmente após a entrada em vigor de uma lei de 1994, que determinou que, se "três vezes culpado, preso para a vida", acabou por garantir novamente uma também crescente oferta de mão-de-obra à iniciativa

privada. O próprio estado estabeleceu uma *joint venture* com as empresas privadas, para incentivá-las a contratar presos. Por tal programa, as empresas recebem substanciais descontos e maximizam os lucros, não somente porquanto os presos recebem salários quase simbólicos, mas ainda porque não há pagamento de benefícios de bem-estar social, férias e dias feriados. Quando a remuneração é um salário mínimo, o preso chega a receber 20%, enquanto que o restante fica com o estado e a administração prisional. Denunciam, os próprios presos, a existência de represálias aos que decidem não participar dos programas intermediados pelo próprio estado.³³

Segundo LUTTWAK, em 31 de dezembro de 1994, um total de 4,9 milhões de americanos estavam sob alguma forma de "supervisão correcional", totalizando a razão de um americano encarcerado para cada 189 homens, mulheres e crianças, quando em 1980, era apenas um para 480.³⁴ Talvez seja resultado da conhecida teoria da tolerância zero, irracional em tantos aspectos mas, definitivamente, ineficiente, inclusive pelo custo, desproporcional ao benefício eventualmente angariado. O pior, sem embargo, está no fato de que, atacando os efeitos, esquecem das causas; e a criminalidade continua sua escalada, demonstrando o equívoco do pensamento economicista – e de força – na execução penal norte-americana.

32. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Op. cit.*, p. 489.

33. MELLON, Cyndi. *Trabajadores prisioneros: la nueva maquila del norte*. Revista Portavoz. jun. 96, nº 46, Bogota: Instituto latinoamericano de servicios legales alternativos. pp. 7-8.

34. LUTTWAK, Edward. *O capitalismo turbinado e suas conseqüências*. Revista Novos Rumos – CEBRAP. jul. 96, nº 45, São Paulo: Editora brasileira de ciências, p. 59.

Com o intuito de garantir aos presos a realização do trabalho sem exploração em modelo pseudo-escravista, em alguns países, dos quais se destaca a Espanha, a Constituição estabelece o trabalho como direito fundamental dos apenados: "Art. 25. 2. *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vena expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*".

A legislação espanhola ordinária, no art. 2.1., do *Estatuto de los trabajadores*, prevê, ainda, que o trabalho dos presos nas instituições penitenciárias é considerado como uma relação de trabalho especial e o trabalho externo estará regido pelas normas do contrato de trabalho comum, muito embora seja alvo de crítica de grande parte da doutrina, que considera tecnicamente reprovável a primeira hipótese. MONTROYA MELGAR indica dois argumentos para refutar a existência de uma relação de trabalho especial: primeiramente, sob a ótica dogmática, induziria a confusão, eis que não reúne o trabalho as características próprias do trabalho objeto de um contrato de tra-

balho, pois a finalidade não é a obtenção da remuneração, senão a de preparar os internos para as condições normais de trabalho livre. Tampouco existiria liberdade contratual ou a liberdade de eleição do trabalho, sendo que todos os apenados estão obrigados a trabalhar, obrigação real e coercível.³⁵ Os trabalhadores em regime aberto poderão contratar diretamente com empresas, reservando-se à direção do sistema penitenciário, quando for necessário ou conveniente, a tutela da relação de trabalho.³⁶

O caso espanhol demonstra, assim, que é pura retórica qualquer fundamentação apresentada como impediante da caracterização de um contrato de trabalho com o encarcerado que cumpre pena privativa de liberdade, se tomado pela generalidade.

5. Na questão previdenciária, o acidente de trabalho

Os presidiários são contribuintes facultativos da Seguridade Social apenas enquanto não exercem uma atividade remunerada pois, do contrário, seriam enquadrados ou como autônomos, quando o fazem por conta própria, ou equiparados aos autônomos, quando intermediados pela administração do presídio.

Todavia, se estiverem presentes os requisitos da relação de emprego, os encargos sociais devem ser pagos, seguindo as mesmas regras dos empregados, como segurados obrigatórios.

35. A norma está inserta no art. 2.1.c do *Estatuto de los trabajadores*. MONTROYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*. 17. ed., Madrid: Tecnos, 1996, p. 504.

36. ALONSO OLEA, Manuel e CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho del trabajo*. 14. ed., Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995, pp. 90-1.

O empregador, beneficiário dos serviços remunerados, deverá proceder ao recolhimento dos valores à título de seguro social, inclusive a contribuição destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes da incapacidade laborativa pelos dos riscos ambientais do trabalho (art. 26, Decreto nº 2.173/97).

Note-se que o presidiário remunerado, ao menos para fins de acidente de trabalho,³⁷ é considerado como empregado, por força da Lei nº 6.367/76, em seu art. 1º, § 1º: “consideram-se também empregados, para os fins desta Lei, o trabalhador temporário, o trabalhador avulso, assim entendido o que presta serviços a diversas empresas, inclusive o estivador, o conferente e assemelhados, *bem como o presidiário que exerce trabalho remunerado*”. (grifo nosso)

Caracteriza um acidente de trabalho, quando qualquer dano que provoque lesão corporal ou perturbação funcional, causador de morte, perda ou redução da capacidade laborativa, permanente ou temporário, ocorre durante a execução do trabalho pelo empregado a serviço da empresa, ainda que fora do local e do horário de trabalho ou no percurso residência/trabalho/residência, bem como na hipótese de doença do trabalho ou profissional adquirida ou desencadeada pelo exercício da atividade. Estão, ainda, incluídas na categoria os ca-

sos fortuitos e de força maior, bem como atos praticados por companheiro de trabalho ou terceiro de: (a) ofensa física intencional por disputa relacionada ao trabalho; (b) caracterizador de imprudência, negligência ou imperícia; (c) de agressão, sabotagem ou terrorismo e (d) atos de pessoa privada do uso da razão.

Superada está a posição de que a reparação dos danos causados pelo acidente de trabalho deveria decorrer exclusivamente do empregador, no qual se discutiria conceitos de culpa, com base no direito comum (até 1919) ou, em face da responsabilidade objetiva, pelo risco profissional (até 1967). Tendo em vista a própria feição social, a responsabilidade pela reparação foi, desde então, assumida pelo Estado, com base no risco social (art. 201, I, CF/88), passando a integrar a política de Assistência e Previdência Social, embora ressalvado o direito de se postular uma indenização diretamente do empregador ou terceiro causador (art. 121, Lei nº 8.213/91). Afinal, “Cada vez mais se revela triunfante o pensamento de que é a sociedade, na sua íntegra, a beneficiária da iniciativa do empresário e do trabalho dos obreiros, a ela cabendo responder pelos prejuízos decorrentes de suas atividades”.³⁸

A ausência de receita originária determinou que o Estado buscasse na derivada, via contribuição parafiscal, recursos ao

37. ACIDENTE DE TRABALHO – INFORTÚNIO COM PRESIDÁRIO EM ESTABELECIMENTO CARCERÁRIO – Equiparação daquele ao empregado se exerce trabalho remunerado conforme § 1º do art. 1º da Lei nº 6.367/76. Benefício devido. O presidiário, trabalhador remunerado, vítima de acidente do trabalho em estabelecimento carcerário, faz jus ao benefício acidentário já que, inobstante juridicamente sua posição seja uma e a do empregado outra e, embora especial o sistema de trabalho a que está submetido, está correndo os mesmos riscos quanto a sua integridade física, enfrentados pelos verdadeiros empregados. TACSP, 2ª Câmara. Ap. 288.564/00 – Rel. Juiz Batista Lopes, DJSP 15.04.1991. Síntese Trabalhista. jun. 72, nº 36, Porto Alegre: Síntese, p. 102.

38. COIMBRA, José dos Reis Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 9. ed. rev. e atual., São Paulo: Trabalhistas, 1998, p. 181.

financiamento de tal encargo previdenciário mediante o pagamento de um seguro social contra acidente de trabalho, que busca a proporcionalidade conforme a potencialidade do risco ambiental criado pela atividade laboral.

A empresa, de qualquer forma, é responsável pela adoção e uso das medidas de segurança e medicina do trabalho, visando a proteção dos trabalhadores, devendo sempre impor o uso do material de proteção,

bem como deve suportar os riscos naturais inerentes ao desempenho das funções realizadas em seu proveito pelos presidiários.

A percepção de indenização acidentária pela Seguridade Social não exclui, de qualquer sorte, eventual responsabilidade civil a cargo do empregador e beneficiário do trabalho ou pelo Estado que mantém deveres de assistência à saúde, pelos danos causados ao trabalhador no desempenho de suas tarefas, fundada quer no risco profissional, quer no dolo ou culpa.