



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TÁSSIA CRISTINA BASTOS DE JESUS

REMIÇÃO FICTA DA PENA PELO TRABALHO:
UMA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO À
LUZ DAS CONTRIBUIÇÕES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Salvador

2019

TÁSSIA CRISTINA BASTOS DE JESUS

**REMIÇÃO FICTA DA PENA PELO TRABALHO:
UMA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO À
LUZ DAS CONTRIBUIÇÕES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado, como requisito obrigatório parcial para obtenção de grau do bacharelado, ao curso de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Dr^a. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.

Salvador
2019

TÁSSIA CRISTINA BASTOS DE JESUS

**REMIÇÃO FICTA DA PENA PELO TRABALHO:
UMA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUA
APLICAÇÃO À LUZ DAS CONTRIBUIÇÕES DA CRIMINOLOGIA
CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado, como requisito obrigatório parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, ao curso de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 10 de dezembro de 2019.

Banca examinadora

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (Orientadora)

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Universidade Federal da Bahia.

Ney Menezes de Oliveira Filho

Mestre em Família e Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador. Universidade do Estado da Bahia.

Thaíze de Carvalho Correia

Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Universidade Federal da Bahia.

Aos corpos indóceis, que não se deixam curvar sob o peso do sistema, e às mentes que continuam livres, ainda que na prisão.

AGRADECIMENTOS

Sou simplesmente uma mulher, para quem já a primeira e desolada pessoa do singular foi deixando, devagar, sofredamente, de ser, para transformar-se, muito mais sofredamente, na primeira e profunda pessoa do plural. É chegada a hora de agradecer, portanto, quem integrou e desatou 'nós' até aqui comigo.

A Deus, por me abençoar com muito mais do que eu realmente mereço.

Aos meus pais, Cristiane e Wilson, ao meu irmão, William, e à minha tia/mãe, Cristina, que são a razão de tudo o que sou e, de todas as conquistas que já fui capaz de alcançar. Além da conclusão deste trabalho, devo a eles minha inteira existência, e também o amor, o cuidado, a paciência e a força para esse e para os próximos desafios que ainda virão.

Ao restante de minha família e amigos, sobretudo Aninha, Felipe, Jamile e tio Osvaldo, agradeço também por todo o carinho e apoio.

À Amanda, Marrana e Thamires, por sempre compartilharem, ainda que distantes, de todas as minhas alegrias, preocupações e tristezas.

Aos amigos e às amigas do Instituto Federal da Bahia, especialmente aos "fiscais", que nunca largaram o freio. Obrigada a todos pelo apoio incondicional constante, principalmente quando optei por um caminho que profissionalmente nos distanciava, mas que não impediu e jamais impedirá que permaneçamos juntos.

Aos amigos e às amigas da Faculdade de Direito da UFBA, especialmente, as "tricoteiras" Anna, Diana, Flávia, Heloísa, Isabella, Letícia, Lucas, Mariana, Marina, Raphaela e Sofia, que bordaram, ponto a ponto, durante os últimos cinco anos, um amor inexplicável e imensurável, que, diversas vezes, impediu que eu desistisse no meio desse caminho tortuoso.

À Isabela, Gabriel e Cauã, integrantes do estimado TF6, por tornarem os dias muito mais leves e divertidos.

Ao Serviço de Apoio Jurídico da Bahia, por *ter furado o asfalto, o tédio, o nojo e o ódio* da inóspita Faculdade de Direito da UFBA, agradeço o enorme alento que

significou à minha alma desesperada e ao meu coração duvidoso durante essa graduação.

Entre as coisas mais bem-vindas que recebi neste percurso, estão os amigos do plantão quinta noturno, aos quais agradeço nas pessoas de Valmir e Luana, e especialmente do meu eterno TF2, composto por Maria Helena, César e Robert, que deram sentido a tantas semanas insignificantes em minha vida.

Meu mais sincero obrigado à minha família do Memorial da Faculdade de Direito da UFBA, a qual agradeço na figura de nossa comandante materna, Maria Solenar, por todo o auxílio prestado durante a pesquisa que ali desenvolvi, mas, principalmente, por não terem me abandonado quando optei por esse novo mergulho acadêmico.

Aos amigos e amigas da Gestão Mutirão do Centro Acadêmico Ruy Barbosa, serei sempre grata pela construção de um movimento estudantil político, combativo, democrático, independente, identitário, e, principalmente, pela retomada histórica do nosso Centro Acadêmico, também conhecida como “*vitória das esquerdas da Bahia*”, da qual sempre me orgulharei e lembrarei com júbilo.

Agradeço ainda ao Procurador da República, Ruy Nestor Bastos Mello, profissional competente e justo, desprovido de vaidades inúteis, e a todos(as) os(as) amigos(as) do Ministério Público Federal, sobretudo, Deise, Filipe, Guilherme, Julia, Ruyzinho e Tiago. A cada “*com efeito*”, “*nada obstante*” e “*a saber*” escritos nesse trabalho, eu silenciosamente agradei pelo privilégio de ter aprendido com os melhores, “*bem assim*” por todo o nosso companheirismo.

No âmbito do *Parquet*, sou grata também a Rafael Péret, pela grande ajuda no acesso às fontes que foram os pilares dessa pesquisa, e à Camilla Melissa, pelo incentivo constante e pela fé incessante na conclusão tempestiva dessa monografia.

Não poderia deixar de agradecer aos(às) servidores(as) e estagiários(as) da Biblioteca do Supremo Tribunal Federal, especialmente à Amanda Gomes, pela paciência e presteza constante no atendimento às minhas solicitações quase diárias de cópias.

Por fim, à minha orientadora, Alessandra Rapacci, pela postura sempre generosa e compreensiva, pelas valiosas contribuições teóricas e metodológicas e pela grande fonte de inspiração que é como docente.

“[...] A verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente.”

(Alessandro Baratta, 2002)

RESUMO

Esta pesquisa tem como tema: a remição penal, prevista no *caput* do artigo 126 da Lei n.º 7.210/1984, que autoriza o condenado, por meio do trabalho ou estudo, a reduzir dias da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta. A problemática reside em torno da possibilidade de aplicação da remição de forma ficta, ou seja, sem que tenha havido o efetivo desempenho de atividade laboral, a partir de marco teórico composto pela criminologia crítica. A discussão adquire especial relevância em virtude da superpopulação carcerária e das violações sistemáticas de direitos fundamentais ocorridas no âmbito do sistema prisional brasileiro, uma vez que, o Estado é frequentemente omissivo no cumprimento de seu dever de ofertar ou facilitar o labor no cárcere. Desenvolveu-se pesquisa teórica, descritiva e exploratória, no que tange à revisão bibliográfica da aplicabilidade da remição ficta da pena na doutrina brasileira, bem assim, empírica, com relação à análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. A investigação empreendida permitiu a categorização de autores em duas correntes doutrinárias distintas, uma contrária e outra favorável à aplicabilidade da remição ficta da pena. Nessa análise, quatro argumentos foram identificados como essenciais para a compreensão do posicionamento das duas vertentes, a saber: a) a ausência de previsão legal; b) a violação ao princípio constitucional da isonomia; c) a injusticiabilidade do direito ao trabalho pelos cidadãos livres e desocupados; e d) a configuração do crime de falsidade ideológica mediante a declaração falsa de labor. No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foram encontrados apenas três acórdãos sobre o tema, nos quais identificou-se a predominância de dois argumentos, quais sejam: a) a exigência do trabalho por ser instrumento no “processo ressocializador” do recluso; e b) os impactos que a remição ficta poderia produzir no sistema prisional. Por fim, concluiu-se pela aplicação da remição ficta no ordenamento jurídico brasileiro, diante dos seguintes fundamentos: a) da possibilidade de interpretar analogicamente o *caput* do artigo 126 da Lei n.º 7.210/1984; b) de não haver violação ao princípio da isonomia e tampouco configuração do crime de falsidade ideológica; c) do direito ao trabalho prisional não dever ser tutelado judicialmente de forma similar ao direito ao labor dos cidadãos livres; d) de inexistir processo ressocializador no qual a atividade laboral possa atuar como instrumento e; e) por ser dever do Supremo Tribunal Federal a responsabilização do Estado, diante de sua omissão em concretizar as políticas públicas estabelecidas pela Constituição Federal, independentemente dos impactos que tal determinação possa vir a produzir na sociedade e no sistema prisional.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia; Remição Penal; Remição Ficta; Trabalho Prisional.

ABSTRACT

This thesis addresses a legal mechanism enshrined in article 126, “*caput*”, of the Brazilian Code of Criminal Execution (Law. nº 7.210/1984 - the so-called “*remição*”). It authorizes a criminal convicted, through work or study, to redeem days previously imposed as deprivation of liberty. In this respect, the aim of the present paper is to analyze the possibility of, rather than *de facto* justifying it on the effective performance of labor activity, in fact applying such redemption using a legal construction based on a critical criminology theoretical framework. In this sense, taking into consideration the State omissions regarding its duty to offer or facilitate prison labor, this paper developed a theoretical, descriptive and exploratory research with the aim of investigating the possibility of applying a new legal construction of a “fictitious” remission of penalty days in cases when the State does not provide the possibility of work and study to the convicts. Such research has also an empirical aspect since it investigates the role of the Brazilian Supreme Court on the subject. Moreover, this discussion has a special relevance due to the prison overcrowding and systematic violations of fundamental rights that occurs in the Brazilian prison system. The research undertaken allowed the categorization of authors into two distinct doctrinal views, one contrary and one favorable to the applicability of the “fictitious” redemption of the penalty. In this analysis, four arguments were identified as essential for understanding the positioning of the two sides, namely: a) the absence of any legal provision; b) the violation of the constitutional principle of isonomy; c) the impossibility of enforcing the right to work by free and unemployed citizens in Brazil; and d) the crime configuration of ideological falsehood through the false declaration of labor. In the jurisprudence of the Supreme Court, only three judgments were found on the subject, which identified the predominance of two arguments, namely: a) the requirement of work as an instrument in the “resocializing process” of the prisoner; and b) the impacts that fictitious redemption could have on the prison system. Finally, this paper concluded that there should be a possibility of redemption of the criminal penalties in those cases, in the Brazilian legal system, based on the following grounds: a) the possibility of analogously interpreting the “*caput*” of article 126 of the Code of Criminal Execution; b) that there is no violation of the principle of isonomy or configuration of the crime of ideological falsehood; c) the right to work in prison should not be judicially protected and enforced in a similar way to the right to work of free citizens; d) there is no resocializing process in which labor activity can act as an instrument; and e) it is the duty of the Supreme Court to hold the State accountable in such cases, given its failure to implement the public policies established by the Constitution, regardless of the impacts that such determination may have on society and the prison system.

KEYWORDS: Criminology; Fictional Remissional; Penal Remission; Prisional Work.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CP	Código Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LEP	Lei de Execução Penal
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
RHC	Recurso Ordinário Constitucional em <i>Habeas Corpus</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CRIMINOLOGIAS, PENA E TRABALHO	4
2.1 A PENA E SUAS FINALIDADES A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	5
2.1.1 Breves considerações acerca das teorias da pena: absolutas, preventivas e mistas.....	6
2.1.2 Uma nova teoria da pena a partir das contribuições da criminologia crítica	7
2.1.1.1 A função ressocializadora da pena a partir das contribuições teóricas da criminologia crítica	9
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO	12
2.2.1 OS TITULARES DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO	14
2.2.2 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO ...	18
2.2.3 A DUPLA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO COMO DIREITO E DEVER.....	20
3. REMIÇÃO PENAL	25
3.1 CONCEITO	25
3.2 BREVE ORIGEM HISTÓRICA	27
3.3 NATUREZA JURÍDICA DA REMIÇÃO PENAL	29
3.4 BENEFICIÁRIOS DA REMIÇÃO PENAL	32
3.5 MODALIDADES DA REMIÇÃO PENAL	36
3.5.1 Remição pelo estudo.....	36
3.5.2 Remição pelo trabalho prisional.....	38
4. A APLICAÇÃO DA REMIÇÃO FICTA DA PENA NO ÂMBITO DOUTRINÁRIO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	42

4.1 ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA	44
4.1.1 Da ausência de expressa previsão legal	46
4.1.2 Da violação ao princípio constitucional da isonomia.....	48
4.1.3 Da injusticiabilidade do direito ao trabalho para os cidadãos livres.....	49
4.1.4 Da configuração do delito de falsidade ideológica mediante declaração falsa de trabalho	51
4.2 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	52
4.2.1 Da exigência do efetivo trabalho por sua importância no “processo ressocializador” do recluso.....	53
4.2.2 Dos impactos a serem produzidos no sistema prisional brasileiro	57
4.3 FIXAÇÃO DE ALGUNS CRITÉRIOS SOBRE A APLICAÇÃO DA REMIÇÃO FICTA DA PENA	63
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
6. REFERÊNCIAS	73

1. INTRODUÇÃO

Indene de dúvidas, a experiência acadêmica e profissional sentida por esta autora, influenciou diretamente na construção da escolha do tema deste trabalho, bem assim, do marco teórico utilizado para a sua investigação, razão pela qual é necessário tecer breves considerações acerca do surgimento do interesse pela remição ficta da pena, objeto do estudo desenvolvido a seguir.

Com efeito, um estágio, por quase dois anos, em um Ofício Criminal do Ministério Público Federal, requerendo diligências, escrevendo denúncias e pleiteando mais condenações do que absolvições no âmbito das alegações finais produzidas, fez surgir um sentimento de inquietação e de desconhecimento acerca dos impactos efetivos do ofício ali exercido na vida dos seres humanos aprisionados em razão dele.

Assim, o ímpeto de estudar a execução penal, notadamente, a remição da pena, surge a partir de uma visita realizada ao Conjunto Penal Feminino da Penitenciária Lemos de Brito, nesta Capital, ocorrida no âmbito da disciplina Política Criminal e Criminologia Crítica, ministrada pela docente Alessandra Prado, que, não por acaso, também orientou o desenvolvimento dessa investigação.

Talvez a mais importante das muitas observações realizadas durante essa visita, que intensificou as angústias prévias já relatadas, tenha sido a de que o tempo assume um significado completamente diferente na prisão. Mulheres reclusas nada faziam e, ao mesmo tempo, tudo perdiam. Mulheres encarceradas não se consideravam senhoras de seu próprio tempo, subjugado, por meio do édito condenatório, a um Estado, que, nada obstante tenha o dever de fazê-lo, não lhes proporciona a estrutura ou os meios para fazer com que o tempo pareça transcorrer um pouco menos devagar.

Por causa dessa experiência única, a inquirição central desse trabalho, inicialmente, dizia respeito ao posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia sobre a possibilidade de remir fictamente a pena privativa de liberdade pelo trabalho das mulheres do Conjunto Penal Feminino, que não possuem a oportunidade de desempenhar qualquer espécie de labor no cárcere.

Entretanto, não foi encontrada qualquer decisão referente à remição ficta no âmbito do referido Tribunal, por meio de pesquisa de jurisprudência realizada em seu sítio eletrônico, com os termos de busca “remição ficta” e “remição virtual”.

Nada obstante uma solicitação junto à Defensoria Pública do Estado da Bahia pudesse ter sido realizada, a fim de inquirir se a remição ficta da pena é pleiteada aos assistidos da instituição, não foi possível fazê-la à exiguidade do tempo disponível para a construção deste trabalho, razão pela qual o seu recorte foi redirecionado, deslocando-se para o posicionamento doutrinário e do Supremo Tribunal Federal - STF, acerca da temática.

Assim, o problema a ser discutido no presente estudo diz respeito à possibilidade de aplicação da remição ficta da pena no ordenamento jurídico brasileiro, à luz das contribuições do ramo do saber criminológico crítico, marco teórico para o desenvolvimento da investigação a seguir.

Trata-se de uma pesquisa teórica, descritiva e exploratória, pois será realizada revisão bibliográfica do tema na doutrina brasileira, empírica, uma vez que esquadrinhará o entendimento da Corte Suprema sobre a problemática em questão.

Feita a devida introdução, o segundo capítulo deste trabalho apresenta o seu marco teórico, da Criminologia Crítica, abordando, sob sua perspectiva, questões pertinentes às funções da pena. Outrossim, tratar-se-á ainda, brevemente, acerca do direito fundamental ao trabalho, definindo seu conceito, seus titulares e as peculiaridades do labor prisional.

Por outro lado, o terceiro capítulo versará sobre a remição penal, instituto pelo qual considera-se cumprida parte da pena privativa de liberdade, por meio do trabalho ou do estudo do recluso, previsto no artigo 126 e seguintes da Lei n.º 7.210/1984. Apresentar-se-á sua definição, sua natureza jurídica, suas modalidades e a forma de regulamentação do referido instituto na Lei de Execução Penal - LEP.

De outro vértice, o quarto capítulo focará no posicionamento doutrinário acerca da remição ficta da pena, especialmente pelo labor, que consiste na possibilidade de declarar a remição de dias nos quais não houve a efetiva prestação do trabalho, pela omissão estatal em disponibilizá-lo ou facilitá-lo.

Por fim, explorar-se-á o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de analisar como o instituto vem sendo compreendido pela Corte

Suprema, e, caso sua eventual aplicação se entenda possível, fixar-se-á alguns parâmetros para sua fazê-la.

2. CRIMINOLOGIAS, PENA E TRABALHO

A pena e o trabalho são dois institutos que passaram por um complexo processo de ressignificação no transcurso da história.

Com efeito, as relações tortuosas existentes entre ambos não podem ser, de forma alguma, consideradas um fenômeno recente. Isso porque, no século XVI, nada obstante as mortes e as mutilações predominassem como as principais espécies de pena, o trabalho já integrava sistematicamente o sistema repressivo penal nesta época¹.

Com efeito, a historiografia da racionalidade punitiva ocidental indica que a origem da prisão moderna está intrinsecamente vinculada ao surgimento das *workhouses*², que emergem na Inglaterra e na Europa continental ocidental, durante a Baixa Idade Média, com o objetivo de agregar um excedente populacional ocioso, ao qual se tentava inculcar, coercitivamente, o valor ético e moral conferido ao trabalho pela sociedade capitalista³.

No entanto, é a partir da metade do século XVIII, quando se passou a associar a ideia de ociosidade como causa geral da maior parte dos crimes e quando os suplícios corporais se tornaram intoleráveis para parcela abundante da sociedade⁴, passando a privação da liberdade a ser a principal sanção penal, que o trabalho adquiriu um papel ainda mais significativo no sistema penal, sendo, em determinados momentos: *i*) uma espécie de sanção a ser aplicada em decorrência da violação da norma estabelecida; *ii*) fator relevante na transformação da complexidade das estruturas sociais e, conseqüentemente, de seu sistema repressivo e *iii*) atividade laboral a ser desenvolvida durante o cumprimento de pena nas prisões.

Antes de discorrer, portanto, a respeito da remição da pena propriamente dita, convém analisar, brevemente, as funções da pena, a partir das contribuições

¹ ALVIM, Rui Carlos Machado. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 25.

² As expressões utilizadas para denominar as casas de trabalho eram variadas, nada obstante possuíssem, em geral, as mesmas características, ainda que em países distintos.

³ Para uma análise mais detalhada acerca do papel do trabalho na racionalidade punitiva moderna, Cf. MATOS, Lucas Vianna. **Cárcere e Trabalho: um olhar crítico sobre o discurso jurídico tradicional**. 2014. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal da Bahia. 119p. Salvador, 2014.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 73-74.

provenientes dos estudos desenvolvidos pela Criminologia Crítica⁵, notadamente, da teoria da reação social, a fim de identificar elementos que possibilitarão uma crítica leitura do presente, em que a remição ficta da pena é inaplicável no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 A PENA E SUAS FINALIDADES A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Ao longo dos séculos, diferentes escolas de pensamento da doutrina penal tentaram atribuir finalidades à pena que justificassem sua existência, uma vez que, sendo a pena a inflição de um mal, sua aplicação, se injusta ou desnecessária, poderia equiparar o Estado e as vítimas ao agente infrator, cuja conduta criminosa também havia sido considerada um mal para a sociedade.

Em que pesem as teorias da pena não constituam o objeto de estudo principal deste trabalho, uma delas, denominada por prevenção especial positiva, é de relevante importância para uma análise realística do instituto da remição penal e do trabalho prisional, uma vez que, para esta corrente, a pena cumpre função ressocializadora do indivíduo, sendo o trabalho uma das principais formas por meio da qual ele perpassa tal processo de reintegração à sociedade.

Assim, não de ser feitas breves considerações a respeito das finalidades da pena no transcurso da história, bem assim como ela passou a ser compreendida como essencial para a ressocialização do indivíduo e se ela, em algum momento, realmente cumpriu tal função.

⁵ Neste ponto, a fim de delimitar a acepção da Criminologia Crítica, necessário citar Alessandro Baratta, para o qual o ramo do saber criminológico crítico constitui um “movimento tudo menos que homogêneo do pensamento criminológico contemporâneo”, produzido para “a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização”, que tenha se utilizado de “instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo”. *Loc. Cit.* BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 159.

2.1.1 Breves considerações acerca das teorias da pena: absolutas, preventivas e mistas

No transcorrer da história, inúmeros teóricos se debruçaram sobre o estudo da sanção penal, que possui duas espécies - a pena e a medida de segurança. Com efeito, o artigo 32 do Código Penal Brasileiro⁶ estabelece três classes diversas de pena, que se diferenciam em função do bem jurídico sob o qual estas recaem.

Em que pese a medida de segurança tenha origem mais recente, em meados do século XIX, o que conseqüentemente implicou na construção de debates mais tardios acerca de seus objetivos e aplicações⁷, a discussão doutrinária a respeito da função atribuída ao fenômeno da punição é mais antiga, sendo possível registrar três grandes vertentes de pensamento acerca de tal objetivo, quais sejam: as teorias absolutas, preventivas e mistas.

As teorias absolutas, também denominadas de teorias clássicas da pena, possuem como principais representantes os alemães Kant e Hegel. Segundo esta corrente, a pena possuiria somente caráter repressivo, uma vez que sua missão seria a de compensar ou retribuir o crime cometido, a fim de promover a justiça e restabelecer a ordem pública afetada pelo delito, encontrando em si mesma a sua justificação⁸.

Opondo-se às teorias clássicas, as relativas, intituladas ainda como finalistas, utilitárias ou de prevenção, atribuem finalidade preventiva à pena, que exerceria sua influência tanto sobre a coletividade, quanto para o apenado.

Com efeito, para as teorias preventivas gerais, a pena produz seus efeitos nos membros da comunidade, pois, na perspectiva positiva de tal corrente, a inflicção da pena reafirmaria a validade e a eficácia do direito penal vigente, ao passo que, em

⁶ O código penal, estabelece em seu artigo 32 que: “as penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa”. *Loc.Cit.* BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 23911, 31 dez. 1940. Seção 1.) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 17 out 2019.

⁷ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Banch Derecho, 1989, p. 148-149.

⁸ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. 1989. *Ibidem*, p. 150.

sua concepção negativa, intimidaria os indivíduos do ambiente social que não cometeram o delito à eventualmente vir a praticá-lo⁹.

De outro vértice, para as teorias preventivas especiais, a pena cumpre sua função sob o agente infrator, uma vez que evitaria sua reincidência, sob à ótica negativa, bem assim seria a responsável pela sua ressocialização, a partir da abordagem positiva da referida teoria¹⁰.

Por fim, as teorias mistas, ecléticas, intermediárias ou conciliatórias, com mais adeptos na atualidade, agregam as concepções expostas acima, admitindo a função retributiva da pena, bem assim seu caráter de prevenção geral e especial.

2.1.2 Uma nova teoria da pena a partir das contribuições da criminologia crítica

Para Carvalho da Silva, o “[...] que se nota, porém, de comum entre essas diversas teorias é que defendem seus postulados, muitas vezes, através de premissas inconsistentes, quando não incomprováveis”¹¹.

Tal constatação, a qual entendemos adequada, é possível somente após o surgimento da teoria da reação social, também denominada por *labelling approach*, que altera, em meados da década de 60 do século XX, nos Estados Unidos, o objeto de estudo do ramo das ciências criminais, opondo-se ao enfoque biopsicológico do paradigma etiológico da Criminologia, vigente à época.

Acerca de tal mudança, destaca-se observação realizada pelo italiano Alessandro Baratta:

“Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo "quem é criminoso?", "como se torna desviante?", "em quais condições um condenado se torna reincidente?", "com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?". Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labeling approach*, se perguntam: quem é definido como desviante?", "que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?", "em que condições este

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 112-113.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. 2011, *ibidem*, p. 113.

¹¹ SILVA, João Carlos Carvalho da. **Considerações acerca da função da pena a partir de uma abordagem criminológica**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 9, p. 103-119, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/113>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?" e, enfim, "quem define quem?"¹²

Com efeito, abandonando uma perspectiva teórica cujas investigações focavam apenas no próprio crime e no criminoso, o foco é voltado ao processo de criminalização do indivíduo e das condutas classificadas pela sociedade como delituosas.

Neste momento, portanto,

[...] a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.¹³

Assim, concebendo o sistema penal como uma complexa manifestação do poder social, ao invés de resumi-lo a um conjunto estático de normas, a teoria da reação social identifica um processo articulado e dinâmico de criminalização, do qual participam “todas as agências do controle social formal, desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e a Justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e os mecanismos do controle social informal”¹⁴.

A seletividade estrutural dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos pelo Legislador – ao que se denomina criminalização primária, implicam, conseqüentemente, na criminalização e na estigmatização de determinados indivíduos, que, por sua vez, não por coincidência, concentram-se nos níveis mais inferiores do substrato social¹⁵ – ao que se chama criminalização secundária.

¹² BARATTA, Alessandro. 2002. *Ibidem*, p. 161.

¹³ BARATTA, Alessandro. 2002. *Ibidem*, p. 161.

¹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** Seqüência, Florianópolis, v. 16, n. 30, 1995, p. 29.

¹⁵ Tendo em vista que o presente capítulo trata das relações existentes entre criminologias, prisão e trabalho, importante mencionar o ensinamento do jurista italiano Alessandro Baratta, para o qual o trabalho era um fator importante na inserção do indivíduo na sociedade, uma vez que posições precárias no mercado de trabalho, como desocupações, subocupações e falta de qualificação

Sobre a tese central desta corrente, o jurista Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁶ leciona que o sistema penal é forjado para rotular e reforçar esses papéis. Dessa forma, cada um de nós se tornaria exatamente aquilo que a sociedade enxerga em nós e, de acordo com esse funcionamento, a prisão fabricaria a delinquência nas pessoas etiquetadas como criminosas¹⁷.

Tais afirmações subsidiam o reconhecimento de uma verdadeira crise de legitimidade do sistema penal, que não pode ser considerada como algo transitório ou alheio à sua essência, uma vez que

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais¹⁸.

Em que pesem tais contribuições não logrem êxito em evitar a excessiva criminalização de condutas e o aumento do *quantum* das penas cominadas aos delitos, é inegável a produção de alterações irreversíveis no plano epistemológico, que, neste trabalho, reverberarão em uma análise realística a respeito da finalidade da pena.

2.1.1.1 A função ressocializadora da pena a partir das contribuições teóricas da criminologia crítica

A respeito da ótica a ser adotada na análise das teorias da pena, convém registrar algumas divergências doutrinárias existentes entre autores que contribuem para a mudança do paradigma da Criminologia Crítica.

profissional, comumente indicavam pertencimento aos níveis mais baixos da sociedade. Loc. Cit. BARATTA, Alessandro. 2002. *Ibidem*, p. 165.

¹⁶ Nada obstante a utilização do jurista Eugenio Raúl Zaffaroni para ajudar a construir, neste trabalho, os estudos da teoria da reação social, importa registrar que o argentino declara como procedentes algumas críticas tecidas ao *labelling approach*, aduzindo tratar-se de uma “teoria de médio alcance, com todas as limitações que lhe são próprias”, bem assim acrescentando que isso significava “unicamente, que esta teoria deve ser completada, por ser insuficiente, e não que os resultados sejam falsos”. Loc. Cit. *Idem*. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 2001, p. 61.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 2001. *Ibidem*, p. 60.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 2001. *Ibidem*, p. 60.

Com efeito, para alguns teóricos, a exemplo de Eugenio Raúl Zaffaroni, o estudo das teorias da pena não pode ser visualizado somente sob a ótica da finalidade da punição, devendo sempre ser compreendido como uma teoria do direito penal, possuindo suas raízes filosóficas e políticas¹⁹.

De outro vértice, entendemos mais adequada a perspectiva adotada por Nilo Batista, que distingue os objetivos do direito penal e da pena. Isso porque a missão do direito penal como um todo deve ser associada diretamente às influências que a cominação de uma pena exerce sob a sociedade e, somente secundariamente, a um agente infrator abstrato, antes da prática de algum crime²⁰.

Por seu turno, os estudos sobre as teorias da pena obrigatoriamente devem estar vinculados às consequências exercidas sob um indivíduo que já foi selecionado, estigmatizado e penalizado pela sociedade, ou seja, após a prática da conduta classificada como criminosa, sob o risco, assumido por muitos estudiosos, de sucumbir à uma descrição dos fins da pena de um direito penal ilusório, inexistente, que não corresponde à realidade dos sistemas prisionais²¹.

Nesse sentido, afirma Alessandro Baratta que

[...] a sociologia e a história do sistema penitenciário chegaram a conclusões a propósito da função real da instituição carcerária na nossa comunidade, que fazem com que o debate sobre a teoria dos objetivos da pena pareça absolutamente incapaz de conduzir a um conhecimento científico desta instituição.²²

Outrossim, a respeito da impossibilidade de igualar os fins do direito penal e os fins da pena, Nilo Batista assevera que

Se os fins da pena, expostos nas tradicionais teorias absolutas e relativas (essas, divididas entre a prevenção geral e a prevenção especial) e nas teorias mistas (que visam a conciliar ou superar a contradição das anteriores) aproximam os fins do direito penal de sua *realidade penal*, é ilusório imaginar que tais teorias escapem a um

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI. 2011. *Ibidem*, p. 111.

²⁰ Ressalte-se, neste ponto, que Nilo Batista entende que os fins do direito penal e das teorias da pena podem convergir em “um só e indivisível projeto” somente em “uma sociedade verdadeiramente justa e democratizada”, que, no entanto, não existe. *Loc. Cit.* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 114.

²¹ BATISTA, Nilo. 2007. *Ibidem*, p. 111-112.

²² BARATTA, Alessandro. 2002. *Ibidem*, p. 191.

idealismo impeditivo do conhecimento das funções que concretamente a pena desempenha numa sociedade determinada.²³

Logo, é necessário distinguir a missão do direito penal do objetivo da pena, bem assim diferenciar os fins declarados e ocultos dessa última. Isso porque uma análise abstrata das consequências da fixação da reprimenda penal e sua divisão em teorias absolutas, relativas e mistas não é capaz de expor as verdadeiras funções exercidas pela pena na vida do indivíduo que a cumpre.

Assim, a partir de tais considerações, é necessário rechaçar o suposto objetivo de promoção da harmônica integração social do condenado ou do internado, inserido no artigo 1º da LEP, marco da adoção da prevenção especial positiva no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não encontra fundamento algum na realidade do sistema prisional do país.

Acerca da falácia da função ressocializadora e reeducativa da pena, quando, na realidade, constata-se uma exclusão entre sociedade e prisão, lecionam Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis:

Acreditavam que, transformando os fins da pena, ao fazer, notadamente da pena privativa de liberdade, uma medida de reeducação ao invés de um castigo, operar-se-ia uma metamorfose no sistema penal e penitenciário, imaginando que este pudesse se tornar uma espécie de escola de readaptação onde o preso se prepararia para uma melhor inserção social.

Esta corrente humanista conseguiu se introduzir, com êxito, na formulação das leis, sendo raros os códigos penais de hoje que não dizem que a pena tem por fim “a reinserção social do condenado”. Infelizmente, esta é apenas uma promessa piedosa: na prática, **o sistema**, enquanto tal, se manteve integralmente repressivo. A prisão tem sempre o significado de castigo [...].²⁴

Por seu turno, sobre a verdadeira finalidade da pena, afirma Loic Wacquant:

[...] o objetivo não é mais prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando ao seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, mas isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos [...].²⁵

²³ BATISTA, Nilo. 2007. Ibidem, p. 112.

²⁴ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 94.

²⁵ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001. p. 86.

Analizadas, portanto, as diversas teorias e doutrinas acerca da finalidade da pena, conclui-se que ela, em verdade, nunca perdeu seu caráter retributivo, afligido também, conseqüentemente, por meio do trabalho eventualmente desenvolvido durante o cumprimento da reprimenda imposta pelo Estado.

Reconhecendo o caráter aflitivo do trabalho prisional, assevera Maria da Graça Morais Dias:

Ainda que se queira afastar o mais possível do princípio clássico, da característica aflitiva da pena, esta continua figurando entre as outras finalidades da sanção penal. Assim, também o sistema da redenção das penas conserva seu fim aflitivo. Se bem o trabalho do condenado se realize em condições humanas e semelhantes às dos trabalhadores livres, de qualquer maneira se desenvolve em reclusão, ou seja, em circunstâncias aflitivas e dolorosas.²⁶

Logo, assim como é necessário afastar as finalidades atribuídas à pena pelas teorias preventivas positivas, o mesmo é imperioso fazer com as finalidades educativas e produtivas atribuídas pelo artigo 28 da Lei de Execução Penal ao trabalho prisional, uma vez que dentro de um sistema prisional que forja criminosos e incita-o à reincidência, bem assim que nasce fadado à impossibilidade de reintegrar alguém à uma sociedade responsável pela sua estigmatização e pré-seleção, em razão de sua classe, raça e gênero, que sempre lhe adstringiu aos níveis mais inferiores deste substrato social, e que continua a fazê-lo, por meio também da pena.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

O direito social ao trabalho encontra-se assegurado no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal - CF²⁷. Na perspectiva de Maria Hemília Fonseca, o conteúdo

²⁶ DIAS, Maria da Graça Morais. **A Redenção das penas pelo trabalho: breve notícia de um sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 252.

²⁷ Segundo consta o artigo 6º da Constituição Federal: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” op. Cit. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 out 2019.

normativo do referido dispositivo constitucional abrange o direito de ter um trabalho ou a possibilidade de trabalhar²⁸.

Em termos amplos, a consagração da natureza fundamental do direito social ao trabalho pela Constituição Federal decorre não apenas da localização topográfica do artigo 6º, inserido no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - da Carta Magna, bem assim da constatação, doutrinária e jurisprudencial, de que o regime jurídico privilegiado dispensado pela Carta Magna aos direitos fundamentais, que garante proteção contra supressão ou esvaziamento arbitrário de tais normas, é aplicável também as disposições constitucionais que versam a respeito da proteção ao trabalhador, ainda que encontradas de forma esparsa na Constituição Federal²⁹.

A atribuição de fundamentalidade ao direito social ao trabalho reflete também a positivação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que constituem pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro³⁰, bem assim da dignidade da pessoa humana, que não pode ser concretizada sem o exercício de um labor ou a possibilidade de exercê-lo.

No âmbito do direito internacional, o artigo XXIII, 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com *status* supralegal no ordenamento jurídico do país³¹, institui que “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Nos tópicos seguintes, analisaremos com brevidade algumas características importantes do direito fundamental ao trabalho, a fim de estabelecer a quem cabe

²⁸ FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: um direito fundamental**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006, p. 188. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7259/1/MariaHemiliaFonseca.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

²⁹ Neste ponto, destaca-se o artigo 7º da Constituição Federal, que elenca uma série de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, bem assim o artigo 8º da Carta Magna, que assegura a livre associação profissional ou sindical.

³⁰ 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; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (BRASIL. *Constituição (1988)*. Ibidem, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 out 2019.

³¹ Em que pese verse a respeito de direitos humanos, convém registrar que a Declaração Universal de Direitos do Homem nunca foi aprovada, em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, a teor do disposto pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, razão pela qual não adquiriu a equivalência das emendas constitucionais. Cf. STF. RE n.º 466-343/SP, julgado em 03/12/2008, com relatoria do Ministro Cezar Peluso.

sua titularidade, seu regime jurídico e de que forma tal direito deve ser aplicado, esquadrihando, quando necessário, as peculiaridades do direito ao trabalho prisional.

2.2.1 OS TITULARES DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Com relação aos destinatários individuais dos direitos sociais de forma generalizada, Sarlet aponta, em princípio, que todo indivíduo pode ser titular de direitos sociais³².

Dessa afirmação, contudo, não se pode deduzir que inexistam restrições impostas na Constituição Federal, ou, por disposição expressamente prevista nesta, em legislação infraconstitucional, geralmente em razão de específicas condições do titular do direito.

Por certo, se a sindicalização dos servidores militares é vedada pelo artigo 142, §3º, da CF, não se pode afirmar que tais trabalhadores possam usufruir de tal direito, em razão de limitação imposta pela própria Carta Magna, razão pela qual, inexistindo disposição constitucional que limite os titulares de determinado direito social, deve-se compreender que sua fruição, de forma ampla, foi garantida a todos os cidadãos, inclusive aos presos, não podendo uma norma infraconstitucional, ou mesmo os intérpretes das leis, restringi-la.

Ainda assim, cumpre registrar que nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional estabeleceu, entre os efeitos da condenação³³, a perda do direito

³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, paginação irregular.

³³ Segundo Marcão *apud* DELFIM (2016), constituem os principais efeitos da condenação: (a) Prisão do réu, se a condenação for a uma pena superior a 08 (oito) anos de reclusão (art. 33, §2º, alínea a, do Código Penal); (b) Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, inciso I, do Código Penal, bem assim art. 63 do Código de Processo Penal); (c) Perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, porte ou detenção constituam fato ilícito (art. 91, inciso II, alínea a, do Código Penal), bem assim do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, inciso II, alínea b, do Código Penal); (d) Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (artigo 92, inciso I, do Código Penal), bem assim incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, inciso II, do Código Penal) e inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso (artigo 92, inciso III, do Código Penal); (e) Constituição de obstáculo à naturalização do condenado (artigo 12, inciso II, alínea b, da Constituição Federal); (f) Suspensão dos direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da sentença (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal); (g)

ao trabalho. Ao revés, o artigo 38 do Código Penal assevera que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. Ademais, previsão semelhante pode ser encontrada no artigo 3º da Lei n.º 7.210/1984³⁴, também conhecida como Lei de Execução Penal – LEP.

Além disso,

Pertinente observar também, na linha de raciocínio de Marco Ruotolo, que uma coisa é sustentar a exigência de uma diferenciação de modalidade ou forma de fruição de um direito em razão do estado detentivo do seu titular, outra coisa é não garantir um direito, reconhecido pela Constituição sem distinção de qualquer espécie, pelo só fato da subsistência do estado detentivo.³⁵

Ora, por certo que o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, independentemente do regime de sua execução, implicará na existência de certas peculiaridades no exercício, por parte dos presos, de atividades laborais dentro do estabelecimento prisional. Nesse sentido, Rui Carlos Machado Alvim enumera algumas determinantes que ressaltam a especificidade do trabalho penitenciário, a saber: o caráter punitivo da pena, o objetivo da remuneração deste trabalho, a reeducação do preso, o que, no campo trabalhista, inseri-lo-ia na categoria de aprendiz, e o fato de ser um trabalho forçado, atualmente vedado pela Constituição Federal³⁶.

Indução da reincidência (artigo 63 do Código Penal); (h) Formação de título para execução de pena, ou, no caso de semi-imputabilidade, medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial ou internação (artigos 105 e 171 da Lei n.º 7.210/1984); (i) Sujeição do condenado ao pagamento das custas processuais (artigo 804 do Código de Processo Penal); (j) Perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 03 (três) meses, na hipótese de crime resultante de preconceito de raça ou de cor (artigo 16 da Lei n.º 7.716/1989) e; (k) Perda, em favor da União, dos veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes relacionados à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas (artigo 62 e seguintes da Lei n.º 11.343/2006). Loc. Cit. DELFIM, Marcio Rodrigo. **Breves considerações a respeito da remição da pena pelo trabalho, estudo e leitura**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 17-18.

³⁴ Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. Op. Cit. BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p.10227, 13 jul. 1984. Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 17 out 2019

³⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 86.

³⁶ ALVIM, Rui Carlos Machado, 1991. Ibidem, p. 28-29.

Isso não implica dizer, contudo, que o segregado não deve ser destinatário do direito ao trabalho. Todos os cidadãos têm o direito de exercer atividades laborais, ainda que estejam sob a custódia do Estado, por cumprimento de pena privativa de liberdade pela prática de conduta delitiva ou por segregação provisória, e, como trabalhadores, dispor de todos os direitos que dependem desta condição.

Consequentemente, há, no mínimo, duas previsões na Lei de Execução Penal que mitigam direitos sociais garantidos indistintamente a todos os trabalhadores pela Constituição Federal.

A primeira delas diz respeito à previsão do artigo 29, *caput*, da LEP, que fixa a remuneração auferida pelo trabalho desenvolvido pelos cidadãos presos em $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo. Tal norma se encontra em total oposição ao disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, que assegura aos trabalhadores o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, afrontando os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, uma vez que discrimina imotivadamente trabalhadores livres daqueles que se encontram presos.

A tese de que o artigo 29, *caput*, da LEP, neste ponto específico, não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, já é objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 336, ajuizada pela Procuradoria Geral da República.

Outro tema relevante a respeito dos direitos garantidos ao detento trabalhador é a inaplicabilidade da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que o artigo 28, §2º, da LEP dispõe que o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Tal previsão implica, consequentemente, na impossibilidade de reconhecer uma série de direitos celetistas que decorrem da existência de uma relação de emprego, em que pese o artigo 41, inciso III, da Lei n.º 7.210/1984 inclua a Previdência Social entre os direitos do recluso.

Na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, é possível compreender o que impulsionou o Legislador a realizar tal diferenciação:

56. O Projeto conceitua o trabalho dos condenados presos como dever social e condição de dignidade humana - tal como dispõe a Constituição, no artigo 160, inciso II -, assentando-o em dupla finalidade: educativa e produtiva.

57. Procurando, também nesse passo, reduzir as diferenças entre a vida nas prisões e a vida em liberdade, os textos propostos aplicam

ao trabalho, tanto interno como externo, a organização, métodos e precauções relativas à segurança e à higiene, 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 pela sentença condenatória: a liberdade para a formação do contrato.³⁷

Ora, se o intuito era diminuir as distinções entre a vida na prisão e a vida em liberdade, o ideal seria igualar o tratamento jurídico dos dois labores desenvolvidos³⁸. De outro vértice, os efeitos da condenação já foram analisados no presente trabalho e, neste ponto, não há qualquer registro de que os presos percam a capacidade civil necessária para dispor a respeito do labor que desejam desenvolver.

A inaplicabilidade das disposições da CLT se mostra ainda mais irrazoável quando se considera que o trabalho externo, que pode ser desenvolvido por detentos nos regimes semiaberto e aberto, via de regra, é prestado para uma empresa privada, autorizada pelo estabelecimento prisional, estando presente o aspecto econômico da prestação de serviços.

Aprofundando tal raciocínio, Guimarães assevera que

[...] se o detento se subordina a um terceiro particular, fora do presídio, em condições equivalentes aos demais operários livres, eis que obteve do Diretor da Penitenciária o consentimento, entendemos que nessa hipótese o detento mantém com a empresa privada um verdadeiro vínculo laboral, devendo, inclusive, ser incluído na folha normal de pagamento, percebendo salários iguais aos demais empregados e sujeitos às normas trabalhistas, inclusive descontos previdenciários, a contagem do tempo de serviço para efeitos de aposentadoria, etc.³⁹

Assim sendo, constata-se que o trabalho constitui um dos direitos sociais fundamentais também do recluso, inerente à sua dignidade humana, cuja fruição deve ser efetivamente garantida pelo Estado.

³⁷ BRASIL. Poder Executivo. **Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal**. Mensagem 248, de 1983, Brasília, DF.

³⁸ BUENO, Alessandra da Silva. **Trabalho Penitenciário: competência material justralhista – análise à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004**. p. 36.

³⁹ GUIMARÃES, Lélia. **O trabalho do penitenciário e seus efeitos jurídicos**. Revista LTr: São Paulo, p. 1066.

2.2.2 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à tentativa de estabelecer um regime jurídico único a ser aplicado no tocante a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Devidamente caracterizada a natureza fundamental do direito ao trabalho, a discussão sobre a sua efetividade importa na medida em que, a partir de tal definição, será possível analisar as consequências de uma eventual omissão estatal em disponibilizar o trabalho para o cidadão livre e/ou para o preso, notadamente se, eventualmente, o Poder Judiciário pode, desde que regularmente acionado, determinar sua concretização ao Estado.

A teor do artigo 5^a, §1^o, da CF, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ao instituir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, resta evidente que o Legislador objetivou não abandonar sua concretização à mercê da vontade legiferante, pois tais garantias poderiam ser esvaziadas e tornarem-se inexistentes em razão das escolhas políticas adotadas pelo Estado, que, independentemente da ideologia de seus principais líderes, deve garantir a fruição do mínimo existencial de todos os direitos fundamentais, uma vez que essenciais para a dignidade da pessoa humana, valor supremo do Estado Democrático de Direito.

Nada obstante a literalidade do supracitado dispositivo constitucional, tal tema ainda é bastante questionado na doutrina constitucional. Esse debate adquire especial relevância no âmbito dos direitos fundamentais que também são sociais, uma vez que tais garantias possuem perspectiva prestacionais positivas, exigindo a atuação estatal para concretizá-los, assim como negativa, que impõe ao Estado o dever de abster-se “de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental⁴⁰”.

E conforme expressão de Ingo Wolfgang Sarlet:

O problema da exigibilidade dos direitos sociais, contudo, se revela especialmente delicado (e a controvérsia na doutrina e mesmo em nível da jurisprudência assim o atesta) quando se trata de avaliar em

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, paginação irregular.

que medida é possível, por intermédio do Poder Judiciário, impor ao Poder Público uma prestação diretamente fundada na Constituição, isto é, quando se cuida de verificar a exigibilidade dos direitos sociais na condição de direitos originários a prestações [...].⁴¹

Neste ponto, contudo, convém tecer algumas considerações acerca das peculiaridades do direito fundamental ao trabalho. Isso porque sua efetividade pode ocorrer em duas dimensões distintas, quais sejam, a individual e a coletiva, conforme demonstra Sílvia Leiko Nomizo:

Pela dimensão individual, tem-se que se o direito ao trabalho diz respeito à relação de emprego, desde o momento anterior à formação do contrato, durante o seu desenvolvimento até a extinção da relação e é regulada por leis infraconstitucionais (CLT). Na dimensão coletiva, o direito ao trabalho está integrado ao campo da política de pleno emprego, cabendo ao Estado providenciar a criação de postos de trabalho (art. 170, VIII, da CF c.c. arts.12, IV e 6º da CF, além de tratados internacionais).⁴²

Com efeito, considerando-o em sua dimensão individual, cabe ao Estado a obrigação de legislar a fim de regulamentar as relações de trabalho entre o empregador, que pode inclusive vir a ser um ente estatal, e o trabalhador. De outro vértice, em sua perspectiva coletiva, o Estado deve promover políticas públicas que podem incentivar a demanda de trabalho, bem assim assistir, financeiramente ou não, o cidadão que não consegue trabalhar⁴³.

A controvérsia maior, no entanto, gira em torno da possibilidade de exigí-lo judicialmente, diante de eventual omissão estatal em efetivá-lo, notadamente em razão da previsão de que qualquer ameaça ou lesão a direito deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário. A esse respeito, preleciona Schwarz:

São direitos jurisdicionáveis, [...] direitos que podem, em tese, ser exigidos diante de um tribunal e tutelados por ele, de forma que a sua vulneração não pode permanecer impune,

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. 2017. *Ibidem*, paginação irregular.

⁴² NOMIZO, Sílvia Leiko. **Direito fundamental ao trabalho: o problema da efetivação e judicialização das políticas públicas**. Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017, p. 971. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1228>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁴³ NOMIZO, Sílvia Leiko. **Direito fundamental ao trabalho: o problema da efetivação e judicialização das políticas públicas**. v. 1, n. 1, jan. 2017. *Ibidem*, p. 972.

estabelecendo-se algum mecanismo que, de alguma forma, obrigue os órgãos legislativos e/ou administrativos a justificar publicamente as razões de seu descumprimento, e, assim, a sua legitimidade/ilegitimidade.⁴⁴

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, pouquíssimas decisões abordam diretamente a proteção do direito ao trabalho em si “tanto em face de violações de particulares quanto com o fim de promover as medidas legislativas, administrativas e judiciais para sua implementação”⁴⁵, havendo, no entanto, o reconhecimento de algumas omissões no âmbito da regulação de outros direitos trabalhistas, a exemplo do de greve dos servidores públicos civis⁴⁶.

De qualquer sorte, embora existam controvérsias, diante da exegese do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, conclui-se que o direito fundamental ao trabalho, assim como todos os outros, deve ser aplicado imediatamente, bem assim devidamente efetivado pelo Estado por meio de políticas públicas, cuja omissão pode e deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, por tratar-se de um direito jurisdicionável.

2.2.3 A DUPLA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO COMO DIREITO E DEVER

Após adotar o posicionamento favorável à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, do direito fundamental ao trabalho, debruça-se, nesta oportunidade, sobre a dupla perspectiva da referida garantia enquanto direito e dever.

⁴⁴ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 43, n. 141, 2016, p. 267.

⁴⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho: uma reconstrução normativa do direito ao trabalho**. Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 1013-1036, set./dez. 2016, p. 1018.

⁴⁶ Cf. Mandados de Injunção (MIs) n.º 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), que reconheceu a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamentasse o exercício do direito de greve no setor público, determinando a aplicação parcial da Lei n.º 7.783/1989, que regulamenta a paralisação no setor privado.

Isso porque, quando um indivíduo detém a titularidade de um direito fundamental, decorre de tal premissa o dever do Estado de garanti-lo e de se abster em realizar condutas que possam esvaziá-lo ou diminuí-lo, em razão do princípio da proibição do retrocesso social.

A respeito da dupla perspectiva ora analisada, preleciona Canotilho:

Diz-se que uma norma garante um **direito subjectivo** quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o "direito" a um determinado acto, e este último o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto. O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz se, assim, a uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objecto do direito.⁴⁷

No tocante especificamente ao trabalho prisional, em grande parte dos ordenamentos jurídicos do mundo atual, ele constitui, simultaneamente, um direito e um dever *do condenado*. A definição acerca da natureza jurídica do trabalho prisional é de relevância imensurável para o presente trabalho, uma vez que, do direito ao trabalho prisional, decorre também a obrigação estatal de efetivamente oferecê-lo, tanto por meios próprios, quanto através da realização de parcerias com entidades privadas.

De outro vértice, considerando-o somente um dever social do condenado, o Estado se torna sujeito titular da obrigação nesta relação jurídica com o preso, não possuindo a obrigação de prover os meios para sua realização, mas a faculdade de disponibilizá-lo, momento no qual, então, o condenado faria jus à remição da pena.

Em que pese a Constituição Federal classifique o trabalho somente como um direito, na esfera da execução penal, a Lei n.º 7.210/1984 concebe-o, simultaneamente, como um direito e como um dever do condenado, nos termos, respectivamente, de seus artigos 41 e 28⁴⁸.

No âmbito do direito internacional, um documento importante também estabelecia o trabalho prisional como um dever do recluso. Ao longo de 60 anos, As

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 1240.

⁴⁸ Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. § 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene. § 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Loc. Cit. BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. *Ibidem*, Seção 1.

Regras Mínimas Para o Tratamento de Presos, formulada pela Organização das Nações Unidas, em 1955, com o fito de estruturar a justiça criminal e prevenir o crime nos Estados-Membros da ONU, previa em sua regra número 71, 2, que todos os reclusos condenados deveriam trabalhar, em conformidade com as suas aptidões física e mental, de acordo com as determinações médicas.

Contudo, atualizada no ano de 2015, tal normativa, denominada a partir da referida renovação como Regras de Mandela, estabeleceu, em sua regra número 96, que os condenados devem ter a *oportunidade* de trabalhar e/ou participar ativamente de sua reabilitação, deixando de prever tal labor como uma obrigação dos presos.

Nada obstante tal atualização, o artigo 31 da LEP não sofreu nenhuma alteração, estabelecendo até os dias atuais que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho⁴⁹, na medida de suas aptidões e capacidade. A recusa injustificada à execução do trabalho constitui prática de falta grave, o que prejudica a obtenção de vários benefícios penais, como a progressão de regime, nos termos do artigo 118, inciso I, da LEP.

Em razão do seu caráter obrigatório, bem assim pela previsão de uma sanção normativa em decorrência da recusa ao trabalho, há autores que o equiparam a um trabalho forçado, vedado pelo artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, razão pela qual o referido dispositivo da LEP, promulgada em 1984, não teria sido recepcionado pela Carta Magna de 1988.

A fim de analisar profundamente tal receptividade, é necessário definir o conceito de trabalho forçado. O artigo 2º, §1º da Convenção n.º 29 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 41.721/1957, designa trabalho forçado ou obrigatório como “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade, para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”.

Desse modo, observa-se, portanto, a exigência de dois requisitos para que um trabalho seja considerado forçado ou obrigatório, nos termos da Convenção n.º 29 da OIT, a saber: *i)* a existência de uma penalidade pelo seu descumprimento; *ii)* que

⁴⁹ Além do próprio artigo 31 excepcionar a obrigação ao trabalho dos presos provisórios, cumpre registrar que o artigo 200 da LEP também exclui a obrigação do condenado por crime político.

o agente responsável pelo desenvolvimento do labor não tenha se oferecido para fazê-lo de espontânea vontade.

Verifica-se o preenchimento de tais requisitos pelo trabalho prisional previsto na legislação brasileira, uma vez que, existindo labor, não está ao alvedrio do recluso decidir se o fará ou não – ausência de espontânea vontade, sob pena de registrarem em sua ficha de anotações a prática de falta grave – penalidade imposta pelo descumprimento.

Nada obstante, o mesmo artigo da referida Convenção, em seu §2º, c, excepciona de tal conceito, entre outros labores, qualquer trabalho exigido em decorrência de uma condenação pronunciada por decisão judiciária, desde que seja executado sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas, bem assim que o trabalhador não seja posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado. Nesse sentido, preceitua também o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Incongruente que, apenas por ser desenvolvido por reclusos, um labor que preenche todos os requisitos necessários para a configuração de um trabalho forçado seja excepcionado de sua concepção, somente porque exigido em decorrência de uma condenação judicial. Tal contradição foi constatada, a título exemplificativo, por Lícia Bonesi Jardim, para a qual o trabalho prisional constitui, além disso, redução do recluso à condição análoga de escravo, realizada pelo próprio Estado:

É crime a redução de alguém à condição análoga de escravo, sendo vedada, portanto, essa prática; já em relação ao recluso, há um dever de trabalhar. Por que, diante da mesma situação, diante do mesmo bem jurídico protegido, no próprio ordenamento brasileiro há uma vedação e uma permissão sobre a mesma conduta? [...] o Estado criminaliza a conduta dos particulares, mas legitima a sua.⁵⁰

Diferenciando, no entanto, o trabalho obrigatório daquele forçado, nada obstante a Convenção n.º 29 da OIT não realize tal distinção terminológica, autores como Cléber Masson:

⁵⁰ JARDIM, Lícia Bonesi. **O trabalho do recluso como fora de neo-escravidão: uma reflexão a partir da criminologia crítica**. Revista de Estudos Criminais – Ano XI – Nº 49. São Paulo: Síntese, p. 161.

O fato de ser obrigatório, todavia, não equivale a dizer que o trabalho é forçado. Trabalho forçado, terminantemente proibido pelo art. 5.º, XLVII, “c”, da Constituição Federal, é o não remunerado e obtido do preso com uso de castigos físicos.⁵¹

A percepção mais adequada, contudo, notadamente diante das contribuições teóricas da Criminologia Crítica, parece ser aquela que rejeita a concepção do trabalho prisional como um dever do recluso. Isso porque, via de regra, a vertente doutrinária que aceita a obrigação de trabalhar do preso funda-se em premissas ressocializadoras da pena, aduzindo, à título exemplificativo, que o labor penitenciário “é uma das formas mais visíveis de levar a efeito a ressocialização”⁵² ou de que “o preso tem a obrigação de contribuir com o Estado para sua ressocialização”⁵³.

Negando tal função, conseqüentemente, é possível conceber o labor prisional apenas como direito social que não é retirado e tampouco efetivamente garantido ao preso, que, na prática, poucas vezes é obrigado a trabalhar pela omissão do Estado na disponibilização dos meios necessários para a sua realização.

⁵¹ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 708.

⁵² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 623.

⁵³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 431-432.

3. REMIÇÃO PENAL

A remição penal é considerada uma das principais inovações introduzidas na execução penal brasileira por meio da Lei de Execução Penal. A doutrina e a jurisprudência brasileira lhe conferem grande importância no suposto processo ressocializador coercitivamente imposto ao indivíduo recluso pelo Estado.

Em síntese, consiste em um instituto previsto no artigo 126 e seguintes da LEP, por meio do qual o detento que trabalha ou estuda pode reduzir o tempo da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta.

A possibilidade de aplicação da remição penal sem que haja o efetivo exercício da prestação de serviço pelo recluso constitui o objeto de investigação do presente trabalho.

Contudo, antes de adentrar na análise do referido problema, é preciso entender o conceito da remição e como tal instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, traçando breves considerações acerca de sua regulamentação pela LEP, bem assim sobre as modalidades do benefício e dos requisitos para alcançá-lo.

3.1 CONCEITO

A origem etimológica do termo remição é oriunda da palavra em latim *redimere*, que significava reparar, compensar e ressarcir⁵⁴. Muitos autores, como Marcio Rodrigo Delfim⁵⁵ e Rodrigo de Abreu Fudoli⁵⁶ registram a necessidade de diferenciar o termo remição de remissão, uma vez que ambos têm a mesma fonética, nada obstante escrita distinta, e, até certo ponto, significados similares.

A distinção reside, contudo, no fato de que a remição implica numa espécie de compensação e reparação pelo dano causado, ao passo que a remissão, com *ss*, importa em altruísmo e perdão – o que não significa necessariamente dizer que o indivíduo tenha feito algo para alcançá-lo.

No tocante a seu conceito, Rui Carlos Machado Alvim define o instituto

⁵⁴ DELFIM, Marcio Rodrigo. 2016. *Ibidem*, p. 23.

⁵⁵ DELFIM, Marcio Rodrigo. 2016. *Ibidem*, p. 23.

⁵⁶ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **Da remição da pena privativa de liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 39-43.

como possibilidade de o preso abater, do computo temporal da pena privativa de liberdade, os dias efetivamente trabalhados durante seu encarceramento, na proporção, conforme o artigo 126, § 1º, da Lei de Execução Penal, de três dias de trabalho por um de pena⁵⁷.

Em que pese a aplicabilidade da remição penal seja o principal objeto de estudo do presente trabalho, parece-nos suficiente apresentar somente o conceito acima do referido benefício, uma vez que a maioria das definições sintetizarão, fatalmente, o mesmo conteúdo: a remição é um instituto por meio do qual o recluso que trabalha e/ou estuda pode reduzir dias da pena privativa de liberdade que lhe foi ou eventualmente poderá ser imposta.

Acerca da importância da remição para a educação do preso, bem assim para a sua suposta reintegração à sociedade, Maria da Graça Morais Dias, afirma que se trata de um instituto que

[...] é completo, pois reeduca o delinquente, prepara-o para sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e sobretudo abrevia a condenação, condicionando este ao próprio esforço do penado⁵⁸.

Nada obstante a função ressocializadora da pena e do trabalho prisional tenham sido negadas no capítulo anterior deste trabalho, convém reforçar a abrangência de tal entendimento também à remição que, embora reconheçamos como um instituto importante da execução penal, tampouco cumpre alguma função reintegradora. Sobre o tema, Rui Carlos Machado Alvim assinala:

Um discernimento crítico há de reparar que a defesa da remição da pena com o objetivo de “formar e/ou aperfeiçoar profissionalmente o sentenciado, com vista à sua futura reinserção social^[3]”, denota fatal incoerência: pretender que a ressocialização pelo trabalho se pautem ligada a um fator extrínseco ao trabalho em si mesmo – a um prêmio, à remição – é simplesmente canonizá-la em um mito, à medida que rejeita o trabalho como instrumento de ressocialização. Endossa-se a tese de que o trabalho prisional, como componente essencial à recuperação, é pura falácia [...]⁵⁹.

⁵⁷ ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. Ibidem p. 79.

⁵⁸ DIAS, Maria da Graça Morais. 1976. Ibidem, p. 251.

⁵⁹ ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. Ibidem, p. 80.

Assim, tal como o autor supracitado, compreende-se adequada a adoção de perspectiva mais realista da remição penal, segundo a qual o referido instituto constitui apenas uma forma de reduzir a pena privativa de liberdade do recluso, motivação, no entanto, que não diminui sua importância, tampouco reduz o dever do Estado de oferecer trabalho ou, no mínimo, a possibilidade de exercê-lo, uma vez que o trabalho é imprescindível para a concretização da dignidade da pessoa humana.

3.2 BREVE ORIGEM HISTÓRICA

Acerca das origens mais remotas da remição, Maria da Graça Moraes Dias afirma que o regulamento espanhol *Ramo de Desterrados del Penal de Ceuta*, sancionado em 1791, concedia a diminuição de dois meses de condenação, a cada ano de boa conduta e trabalho⁶⁰.

Rui Carlos Machado Alvim, realizando regressão ainda maior, afirma que suas mais remotíssimas origens pertencem, em verdade, à época medieval, em que os reclusos poderiam ter suas penas reduzidas pelos Reis Católicos, sob a condição de que trabalhassem nas minas⁶¹.

Nada obstante existam algumas divergências a respeito das normas precursoras, a doutrina é quase unânime ao apontar que a criação de um instituto similar ao que concebemos hodiernamente, no entanto, ocorreu em 1937, no âmbito do direito espanhol, quando, durante a guerra civil, a Ordem Ministerial passou a oferecer redenção de parte da pena aos prisioneiros de guerra e aos condenados por crimes especiais⁶².

Outrossim, em 07 de outubro de 1938, o país hispânico teria formado um patronato central para organizar a redenção das penas pelo trabalho, havendo extensão do benefício a todos os sentenciados a partir de 14 de março de 1934⁶³.

Em razão dos resultados positivos obtidos na Espanha, o instituto foi expressamente previsto no artigo 100 do Código Penal Espanhol de 1944, que

⁶⁰ DIAS, Maria da Graça Moraes, 1976. Ibidem p. 250-251.

⁶¹ ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. Ibidem p. 79.

⁶² BRASIL. Poder Executivo. **Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal**. Mensagem 248, de 1983, Brasília, DF.

⁶³ BRASIL. Poder Executivo. Ibidem, Mensagem 248. de 1983.

autorizava a redução de um dia da pena por dois de trabalho de todos os sentenciados com pena privativa de liberdade acima de dois anos, a partir do momento em que o édito condenatório transitasse em julgado, desde que não tivessem desfrutado desse benefício na extinção de penas anteriores, não tivessem tentado fugir, com ou sem êxito, tivessem boa conduta e não houvesse consignação na sentença que eram indivíduos perigosos para a sociedade.

Aos poucos, a remição foi inserida também em outros ordenamentos jurídicos:

Em outros países como a Bulgária, reconhece-se no seu Código Penal no artigo 23, §2º, a proporção de dois dias de trabalho reduzindo três dias de pena. Já nos Estados Unidos, pode-se comparar o sistema de *work credits* que garante o desconto de um dia de pena a cada dia trabalhado com a perda dos dias remidos em caso de má conduta carcerária. Na Romênia, há também na lei de 23.11.1969, dispositivo [que] valoriza o trabalho prisional, e permite sem proporções fixadas a redução da pena aplicada. Na Venezuela (lei de “redención judicial de la pena por el trabajo y el stud, de 1993) e na Colômbia (Código Penitenciário e Carcerário) também possuem dispositivos similares.⁶⁴

Na legislação pátria, o instituto é considerado como uma das principais inovações promovidas pela Lei de Execução Penal, nada obstante seja necessário mencionar a Lei nº 7.226, de 11 de maio de 1978, de Minas Gerais, cujo artigo 42 já assegurava ao sentenciado que participasse ativamente das atividades educativas da unidade prisional e demonstrasse efetiva adaptação social, a *remissão* de um dia de sua condenação a cada dois dias de trabalho⁶⁵.

⁶⁴ WANG, Marx William. **Remição ficta da pena pelo trabalho: uma discussão acerca da sua aplicabilidade aos detentos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas em São Luís – MA.** Trabalho de conclusão de curso. Maranhão: 2015, p. 15.

⁶⁵ Art. 42. Sempre que o sentenciado participe ativamente das atividades educativas do estabelecimento e revele efetiva adaptação social, haverá a remissão de um (1) dia de prisão, por 2 “dois dias de trabalho, na forma do regulamento”. **Loc. Cit.** MINAS GERAIS. **Lei Estadual n.º 7.226, de 11 de maio de 1978.** Dispõe sobre os regimes penitenciários do estado, na forma da Lei Federal n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, e dá outras providências. Diário Oficial [de] Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 12 Mai. 1978, p. 03. Disponível em: <<http://www.leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-7226-1978-minas-gerais-dispoe-sobre-os-regimes-penitenciarios-do-estado-na-forma-da-lei-federal-n-6-416-de-24-de-maio-de-1977-e-da-outras-providencias>> Acesso em: 25 out. 2019.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DA REMIÇÃO PENAL

Os artigos 126 a 130 da Lei de Execução Penal dispõem, de forma geral, acerca da regulamentação do instituto remicional.

Em que pesem autores como Cezar Roberto Bittencourt⁶⁶, Sérgio Neves Coelho e Daniel Prado da Silveira⁶⁷ lecionem que o a remição deve ser considerada apenas como mera expectativa de direito, privilegia-se corrente doutrinária distinta, integrada por autores como Rui Carlos Machado Alvim⁶⁸ e João José Leal⁶⁹, para os quais a remição deve ser considerada um direito subjetivo do recluso.

Conforme João José Leal assinala:

Trata-se de um direito porque, com o trabalho, cria-se uma relação jurídica de reciprocidade entre os interesses do condenado e do Estado-Administração. Este tem interesse em que o condenado se submeta ao processo de execução da pena, com a observância estrita de todas as normas integrantes da disciplina prisional, aí incluído o exercício de trabalho interno ou externo e preparando-se para a adequada reinserção social. Aquele, ao decidir pelo trabalho e pela observância da disciplina penitenciária, tem o interesse de adquirir a liberdade em tempo anterior àquele previsto na sentença condenatória. Trata-se, é verdade, de um direito subjetivo condicional porque sujeito a uma cláusula resolutiva, que permanece como uma verdadeira espada sobre a cabeça do condenado até o final do processo de execução pena: cometida uma falta grave, perde o condenado o seu direito aos dias remidos.⁷⁰

Assim, assentada a natureza jurídica da remição enquanto direito, impende realizar outras discussões pertinentes sobre o tema.

A promulgação da Lei n.º 12.433/2011, de 29 de junho de 2011, promoveu alterações significativas nos artigos 126 a 130 da LEP, editando ou acrescentando-lhes

66 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1395-1396.

67 COELHO, Sérgio Neves. SILVA, Daniel Prado da. **Execução penal: breves considerações sobre a remição de pena**. São Paulo: Justitia, p. 134.

68 ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. *Ibidem*, p. 87.

69 LEAL, João José. **Algumas questões polêmicas acerca da remição penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 458.

70 LEAL, João José. 2004. *Ibidem* p. 458.

disposições, à exceção do artigo 130 da LEP⁷¹, cuja redação permaneceu inalterada.

A principal alteração realizada, indene de dúvidas, foi a possibilidade de remir a pena também pelo estudo, uma vez que a redação original do *caput* do artigo 126 da LEP autorizava sua aplicação somente ao trabalho exercido pelo recluso. No momento oportuno, as duas modalidades serão estudadas individualmente.

Além da referida mudança, pode-se citar a ampliação dos beneficiários da remição, a instituição de nova modalidade por meio da qual o benefício pode ser obtido e a limitação da revogação dos dias remidos à fração de 1/3 (um terço), que também serão objeto de análise nos tópicos subsequentes.

Com efeito, a perda dos dias remidos também foi objeto de inúmeras controvérsias doutrinárias⁷² e jurisprudenciais⁷³, dirimida com a alteração promovida no artigo 127 da LEP, por meio da Lei n.º 12.433/2011. Isso porque a redação original do referido dispositivo previa o reinício do prazo para a obtenção de novos benefícios da execução penal, bem assim a perda da totalidade dos dias remidos em razão da prática de falta grave, o que gerava pertinentes questionamentos acerca da ofensa a direito supostamente adquirido, à coisa julgada e à exigência de individualização da pena, em que pese esse não fosse, à época, o entendimento consubstanciado por nossas Cortes Superiores, para as quais “o instituto da remição, sendo prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gera, apenas, expectativa de direito, mesmo porque seu reconhecimento não produz coisa julgada material”⁷⁴.

A respeito da perda da totalidade dos dias remidos, em 20 de junho de 2008, o STF publicou o enunciado de Súmula Vinculante n.º 09, segundo o qual “o disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem

⁷¹ 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. Op. Cit. DF, p.10227, 13 jul. 1984. *Ibidem*, Seção 1.

⁷² Cf. CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Prisão: tempo, trabalho e remição. Reflexões motivadas pela inconstitucionalidade do artigo 127 da LEP e outros tópicos revisitados**. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2002, p. 540-547; COELHO, Sérgio Neves; SILVEIRA, Daniel Prado da. *Ibidem*, p. 135-136.

⁷³ Nesse sentido, entre outros, Cf. STF.HC n.º 97.160/RS, Rel. Min. Carlos Britto; HC n.º 95.883/RS, Rel. Min. Eros Grau; HC n.º 94.652/RS, Rel. Min. Menezes Direito; HC n.º 94.550/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC n.º 100.545/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 178.149/SP, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 19 out. 2011.

constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58”.

O *caput* do artigo 58 da LEP dispõe que “o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado”, cujo limite temporal, constantemente suscitado pelas defesas como o *quantum* máximo a ser estabelecido para a aplicação de sanções disciplinares, nunca foi admitido pelos Tribunais Superiores.

Sucedo que, embora tenha mantido a previsão de reinício da contagem do prazo para a obtenção de benefícios da execução penal, o próprio Legislador, ao alterar o artigo 127 da LEP, por meio da promulgação da Lei n.º 12.433/2011, imiscuiu-se da tarefa de limitar a perda da integralidade dos dias remidos, estabelecendo a fração máxima de 1/3 (um terço), observado o disposto no artigo 57 da LEP⁷⁵.

Ademais, sobre as alterações promovidas pela Lei n.º 12.433/2011, importa analisar ainda a edição do artigo 128 da LEP, segundo o qual os dias remidos pelo condenado, por estudo ou por trabalho, devem ser considerados como dias de pena efetivamente cumpridos, somando-se, assim, ao período em que o beneficiário esteve recluso.

Embora as consequências que o reconhecimento da remição produzia na pena privativa de liberdade já tivessem sido objeto de ampla discussão jurisprudencial antes da edição do referido dispositivo, impende salientar que o entendimento das Cortes Superiores à época era no sentido de que os dias remidos deveriam ter caráter de pena cumprida, por ser a interpretação mais benéfica ao condenado, uma vez que é a quantidade de pena já cumprida que reflete positivamente no cálculo dos benefícios da execução penal⁷⁶.

Consequentemente, de acordo com João José Leal, o referido instituto, de natureza penal, constitui causa extintiva parcial ou mitigada da punibilidade⁷⁷.

⁷⁵ Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. *Ibidem*, Seção 1.

⁷⁶ A título exemplificativo, Cf. STJ. HC n.º 174.947/SP.

⁷⁷ LEAL, João José. **Algumas questões polêmicas acerca da remição penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 458.

Por fim, registre-se que o preceito legal supracitado, por ser mais benéfico ao réu, a rigor, deveria ter retroagido para beneficiar todos os condenados que tinham perdido a totalidade dos dias remidos em razão do enunciado de Súmula Vinculante n.º 09 do STF⁷⁸, por força do que dispõe o artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

3.4 BENEFICIÁRIOS DA REMIÇÃO PENAL

Com efeito, no que diz respeito aos beneficiários da remição, antes do advento da Lei n.º 12.433/2011, apenas os condenados que cumpriam pena em regime prisional fechado ou semiaberto poderiam lograr êxito em obtê-la.

Isso porque, à época, era possível remir a pena somente pelo trabalho, que não constituía apenas um direito dos apenados que cumpriam pena no regime prisional aberto, mas também um pressuposto imposto para que o recluso pudesse progredir ou ingressar em tal regime, nos termos do artigo 114, inciso I, da LEP, segundo o qual “somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente”.

Logo, de acordo com a jurisprudência pátria⁷⁹, não seria cabível que o sentenciado em regime aberto fizesse jus à remição da pena pelo trabalho. Em síntese, tal entendimento era fundamentado com base em dois argumentos distintos: *i)* de que não seria cabível porque o trabalho constitui uma condição para que o apenado possa ingressar em tal regime e *ii)* pela ausência de previsão legal para a remição pelo trabalho neste regime específico, ao revés da remição pelo estudo, que prevê expressamente essa possibilidade.

A esse respeito, também preleciona Rui Carlos Machado Alvim:

⁷⁸ A controvérsia a respeito da necessidade de revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante n.º 09 do Supremo Tribunal Federal, em razão de sua redação ter sido lastreada pela redação anterior do artigo 127 da LEP, que estabelecia a perda integral dos dias remidos pelo condenado punido por prática de falta grave e o reinício da contagem do prazo para a concessão de futuro benefício da data da infração disciplinar, é objeto do Tema 477 da Repercussão Geral, concluso para julgamento, encaminhado pela Defensoria Pública-Geral Federal, cujo Relator é o Ministro Luiz Fux. Cf. Tema 477 da Repercussão Geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5377135&numeroProcesso=1116485&classeProcesso=RE&numeroTema=477#>> Acesso em: 10 nov. 2019.

⁷⁹ Nesse sentido: STJ. HC 117075, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 19-11-2013; HC 112625, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 18-10-2012; HC 98261, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJe de 23-04-2010; HC 77496, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ 19-02-1999; HC 101368, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe de 03-05-2011.

Ao nominar expressamente os condenados sob regime fechado ou semi-aberto como virtuais titulares da remição, o texto legal não tencionou preterir os demais. Mira-se em endereço certo: contrapor àqueles o outro sujeito da espécie “condenados” que não se aproveita da remição: o condenado sob regime aberto. Apenas a este a lei tratou de expurgar do direito à remição, e o fez proclamando quais as outras subespécies de condenados que não podem assistir-se com ela.

A exclusão do condenado em regime aberto do direito à remição não decorre, aliás, simplesmente da lei; infere-se da própria natureza deste estágio penal: desde que reinstalado, pelo menos ao nível objetivo, na sociedade, deve o preso albergado submeter-se aos papéis sociais e às expectativas derivadas de tais papéis, onde se destaca o trabalho.⁸⁰

No mesmo sentido, a título exemplificativo, o julgamento do Habeas Corpus n.º 98.261/RS, de relatoria do Ministro Cesar Peluzo, em que a Defensoria Pública da União requereu o desconto de dias trabalhados da pena privativa de liberdade de um Paciente que se encontrava no regime aberto, sob a justificativa de que o artigo 126 da LEP não dispõe expressamente de qualquer vedação no cômputo de dias laborados para fins de remição aos apenados que se encontram em regime aberto, bem assim que tal omissão não implicaria em uma vedação direta do Poder Legislativo, a ordem foi denegada⁸¹.

Na íntegra de seu voto, o Ministro afirmou que “nesse regime, o trabalho não é senão pressuposto da nova condição de cumprimento de pena”, fazendo referências às disposições contidas no artigo 36, § 1º, do Código Penal, segundo o qual o condenado deverá, no regime aberto, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada. Assim, asseverando que a “realização de atividade laboral nesse regime de cumprimento de pena não é, como nos demais, estímulo para que o condenado, trabalhando, tenha direito à remição da pena”, e afirmando ainda que o objeto, a seu ver, deveria “constituir objeto de reflexões de **lege ferenda**”, denegou - com pesar - a ordem⁸².

⁸⁰ ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. *Ibidem*, p. 87.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 98.261, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 23 abr. 2010.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 98.261, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 23 abr. 2010.

Outrossim, causa similar impedia a obtenção da remição pelo apenado que gozasse de liberdade condicional, pois, a teor do artigo 132, § 1º, da LEP, uma das obrigações que sempre devem ser impostas ao liberado condicional é a obtenção de ocupação lícita, dentro de prazo razoável, desde que fosse apto para o trabalho.

Sucedendo que a previsão do artigo 36, § 1º, do Código Penal, não impediu que a Lei n.º 12.433/2011, ao instituir a modalidade de remição pelo estudo, incluísse os apenados do regime aberto no rol daqueles que fazem jus ao referido benefício, ainda que o estudo constitua também um dos pressupostos para que qualquer indivíduo seja inserido no regime mais benéfico de cumprimento de pena.

Ademais, o artigo 129, § 1º, da LEP estabelece que o sentenciado que estuda fora da unidade prisional “deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar”. Ora, se não havia óbice à interpretação analógica da redação original do artigo 126 da LEP, a fim de que a modalidade de remição por trabalho abrangesse também as atividades estudantis, tampouco parece incabível que os apenados em regime aberto possam fazer jus à remição da pena pelo trabalho, por meio de analogia com a referida disposição do artigo 129, § 1º, da LEP.

De qualquer sorte, a promulgação da Lei n.º 12.433/2011 dirimiu também relevante controvérsia relativa à aplicação da remição penal aos presos provisórios. Isso porque a inteligência do artigo 126 da LEP referia-se somente ao condenado, não havendo menção expressa a respeito daqueles que se encontravam segregados cautelarmente, o que abria espaço para debates doutrinários sobre a temática.

Assim, opondo-se à aplicação da remição penal aos presos provisórios, Sérgio Neves Coelho e Daniel Prado da Silveira afirmam:

Tratando-se a remição de instituto de execução da pena conforme o dispositivo acima aludido, não é aplicável ao preso provisório (em razão de prisão em flagrante, prisão preventiva ou pronúncia), tendo-se em vista ainda que para este o trabalho é facultativo [...]. À vista ainda de a remição ser instituto típico da execução penal, não se aplica ao sentenciado cuja decisão condenatória ainda não tenha transitado em julgado e da qual não tenha sido expedida a competente guia de recolhimento.⁸³

⁸³ COELHO, Sérgio Neves. SILVEIRA, Daniel Prado da. *Ibidem*, p. 133.

De outro vértice, Rui Carlos Machado Alvim argumenta que:

O fato de o trabalho ser-lhe facultativo [...] não lhe veda o direito à remição, porque este direito provém, antes e apenas, da realização do trabalho prisional, e não de sua compulsoriedade. Se o preso provisório tem o direito executivo à detração (art. 42 do Código Penal), referente, portanto, ao elemento principal da pena – a privação da liberdade – como recusar-lhe o direito remicional, que é um desdobramento do trabalho prisional, elemento secundário da penação? Quem o pode mais, pode o menos.⁸⁴

Atualmente, nada obstante a literalidade do referido dispositivo da LEP não tenha sido alterada, a Lei n.º 12.433/2011 acresceu-lhe o § 7º, que estatui que a remição aplica-se também às hipóteses de prisão cautelar.

Os mesmos autores também divergem quanto à possibilidade de remição daqueles que cumprem medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Tal controvérsia somente é possível porque a redação original da LEP e as alterações promovidas pela Lei n.º 12.433/2011 nada versaram sobre a questão.

Contestando a aplicabilidade do instituto remicional aos presos submetidos ao cumprimento de medida de segurança, Sérgio Neves Coelho e Daniel Prado da Silveira asseveram que:

O condenado a que sobrevém doença mental no curso da execução (episódio psicótico, por exemplo) será internado no Hospital de Custódia e Tratamento, nos termos do artigo 108 da Lei de Execução Penal.

Entretanto o período em que ali permanecer para tratamento ainda que exerça trabalho (se tal for indicado para sua recuperação) não será computado para efeito de remição. Isto porque o condenado não estará cumprindo as regras do regime fechado ou semi-aberto, pois aquele que se encontra recolhido em Hospital de Custódia e Tratamento, ou estabelecimento similar, não está obrigado a trabalhar e eventual realização de tarefas tem finalidade meramente terapêutica, diversa da finalidade da remição.⁸⁵

⁸⁴ ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. *Ibidem* p. 88.

⁸⁵ COELHO, Sérgio Neves. SILVEIRA, Daniel Prado da. *Ibidem*, p. 134.

Por outro lado, Rui Carlos Machado Alvim utiliza-se do mesmo raciocínio apresentado em defesa dos segregados provisoriamente, afirmando que os condenados internados no Hospital de Custódia e Tratamento foram equiparados pela lei aos presos provisórios, razão pela qual dispõem do direito execucional à detração, bem assim do direito à remição⁸⁶. Acertadamente, acrescenta ainda que:

Pertinentemente à negativa de se conceber a remição para o preso adoentado, dada a finalidade terapêutica de seu eventual trabalho, saliente-se, novamente, que o favorecimento da remição independe da finalidade do trabalho – produtiva, terapêutica, reintegrativa -, calcando-se unicamente no fato de o preso trabalhar.⁸⁷

Por fim, cumpre registrar ainda não ser cabível a aplicação do referido instituto aqueles que tiveram pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos, pois o condenado, para cumpri-la, não tem sua liberdade restringida, bem assim porque, nos casos em que a pena alternativa consistir em prestação de serviços à comunidade, o trabalho constituirá a essência da própria sanção.

3.5 MODALIDADES DA REMIÇÃO PENAL

Atualmente, o artigo 126 da LEP prevê duas modalidades distintas de abreviação da pena privativa de liberdade: pelo trabalho ou pelo estudo, que podem ser usufruídas por reclusos em regimes prisionais definidos, mediante regras estabelecidas pela LEP.

3.5.1 Remição pelo estudo

Em sua redação original, a Lei de Execução Penal autorizava a remição somente pelo trabalho – a cada três dias de trabalho, um dia de pena seria remido, não havendo nenhuma disposição acerca das atividades estudantis que, nada obstante constituíssem um dever do Estado e um direito do preso, a teor do artigo 41, inciso VII e 10, ambos da LEP, não autorizava a diminuição de tempo de pena a cumprir.

⁸⁶ ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. *Ibidem*, p. 88.

⁸⁷ ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. *Ibidem*, p. 89.

Com efeito, tal previsão foi admitida expressamente somente com o advento da Lei n.º 12.344, de 29 de junho de 2011, muito embora a jurisprudência já houvesse firmado entendimento no sentido que a remição pelo trabalho poderia ser aplicada, analogicamente, àquela oriunda do estudo, inclusive pela edição do enunciado de Súmula n.º 341 do Superior Tribunal de Justiça, publicado pelo DJ em 13/08/2007, com a redação a seguir: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto”.⁸⁸

Assim, com a regulamentação estabelecida pela Lei n.º 12.344/2011, resta expressamente prevista a diminuição de 01 (um) dia da pena privativa de liberdade do apenado a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, o que compreende atividades de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior e de requalificação profissional, divididas, pelo menos, em 03 (três) dias, a teor do artigo 126, §1º, inciso I, da LEP.

Os parágrafos seguintes do referido dispositivo ainda apresentam outras disposições relevantes sobre a modalidade ora analisada. Isso porque o §2º preleciona que tais atividades poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância, devendo ser certificadas pelas autoridades competentes dos cursos que sejam frequentados. Por seu turno, o §5º acresce o tempo a remir em 1/3 (um terço) em função das horas de estudo, caso o recluso conclua o ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, mediante certificação do órgão competente do sistema educacional.

Neste ponto, vale mencionar também que, ao contrário da modalidade de remição pelo trabalho, concedida somente aos apenados em regime fechado e semiaberto, o §6º do artigo 126 da LEP autoriza a remição pelo estudo à público mais abrangente, inserindo também os condenados que cumprem pena no regime aberto ou que usufruem de liberdade condicional.

No entanto, em que pese a existência de tal modalidade de remição da pena, o Ministério da Justiça, por meio do Levantamento Nacional de Informações

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 341. A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula341.pdf> Acesso em: 25/10/2019.

Penitenciárias – INFOPEN mais atual, com dados colhidos em junho de 2017, expõe estatísticas alarmantes no que concerne ao grau de escolaridade da população carcerária do Brasil.

De acordo com a referida investigação, 51,35% das pessoas privadas de liberdade possuem apenas o ensino fundamental incompleto, ao passo que 14,98% não concluíram o ensino médio e apenas 13,1% concluíram o ensino fundamental. Com efeito, a porcentagem de reclusos que são analfabetos (3,45%) é quase sete vezes maior do que de presos que possuem ensino superior completo (0,5%)⁸⁹.

Além disso, em que pese mais da metade da população carcerária possua apenas o ensino fundamental incompleto, apenas 10,58% - 76.813 presos - estão realizando algum tipo de atividade de cunho educacional, incluindo atividades complementares (videoteca, atividades de lazer, esporte e cultura), que também ensejam a remição da pena, sendo que, segundo os dados apresentados, cerca de 50% destes – 38.262 reclusos - estudam no nível fundamental⁹⁰.

3.5.2 Remição pelo trabalho prisional

A remição da pena pelo trabalho, cujo âmbito de aplicação constitui o objeto de estudo do presente trabalho, foi a única contemplada originalmente pelo artigo 126 da LEP, cuja redação original estatua que “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena”.

Da exegese do referido dispositivo, que atualmente admite também a possibilidade de remição pelo estudo, depreende-se que o único requisito fundamental para a obtenção do benefício é a efetiva prestação de trabalho. Com efeito, a Lei de Execução Penal estabelece somente uma única hipótese em que o recluso poderia remir dias de pena sem a prestação de serviço ou a atividade estudantil, consistente nos casos em que o preso seja impossibilitado de fazê-lo por acidente sofrido enquanto desenvolvia uma das duas atividades, conforme preleção do artigo 126, §4º, da LEP.

⁸⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – junho 2017**. Brasília, 2019, p. 34-35.

⁹⁰ BRASIL. (DEPEN). Ibidem, 56-58.

Nos termos do artigo 126, §1º, II, da LEP, o recluso deve ter reduzido 01 (um) dia de pena a cada 03 (três) dias de trabalho. Impende salientar que não há qualquer tipo de vedação ao cúmulo de horas diárias de trabalho e de estudo, que devem ser definidas de forma a se compatibilizarem, pela determinação expressa do artigo 126, §3º, da LEP.

O trabalho prisional a ser desenvolvido pelos reclusos deve obedecer, notadamente, à regulamentação prevista nos artigos 28 e seguintes da LEP, sem prejuízo de outros que, localizados esparsamente no referido Diploma Normativo, também disponham acerca do labor penitenciário.

Nada obstante algumas disposições gerais sobre o trabalho prisional já tenham sido objeto de apreciação deste trabalho em seu segundo capítulo, a exemplo da sua concepção enquanto dever e da finalidade educativa e produtiva do labor (artigo 28 da LEP), bem assim de sua insubmissão ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 28, § 2º, da LEP) e a remuneração mínima de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo (artigo 29 da LEP), ainda não foram tecidas relevantes considerações a respeito da divisão entre o trabalho interno e o externo, promovida pelo próprio Legislador na Seção II e III do Capítulo III da LEP.

Neste ponto, convém registrar que o artigo 126 da LEP não prevê distinção alguma entre o labor intramuros e extramuros, razão pela qual, os apenados autorizados pelo referido dispositivo a remir dias da pena – aqueles que a cumprem em regime fechado ou semiaberto – podem fazê-lo através da labuta fora ou dentro da unidade prisional. É esse, inclusive, o teor do enunciado da Súmula n.º 562 do STJ, segundo o qual “É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros.”.

No tocante ao trabalho interno, o artigo 34 da LEP estabelece que “poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado”, ao passo que, a teor do §2º do referido texto legislativo, os “governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para a implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios”.

Segundo o artigo 33 da LEP, a jornada de trabalho do preso não deve ser inferior a 06 (seis) horas, tampouco superior 08 (oito) horas, com repouso nos domingos e feriados.

A interpretação do referido dispositivo, em combinação com o artigo 126, § 1º, II, da LEP, foi objeto de impasse doutrinário e jurisprudencial, pois havia corrente teórica a favor do entendimento de que a fração de tempo trabalhada abaixo das 06 (seis) horas que constituem o mínimo da jornada de trabalho do preso deveria ser desprezada no cômputo dos dias remidos.

A esse respeito, Rui Carlos Machado Alvim preleciona que:

Realmente, a jornada diária de trabalho [...] deve operar-se num espaço diário suficientemente abrangente, integrando-se organicamente no cotidiano do presidiário, de modo a identifica-lo, subjetiva e objetivamente, com o trabalhador. Eis a razão da exigência de um horário de trabalho mínimo de seis horas. A despeito desta razão – e talvez por ela mesma -, não há de resultar que a compensação da carga horária seja, para qualquer fim lícito, impraticável. Se o preso trabalha cinco horas hoje, sob que pretexto, senão o de um legalismo vingativo, não poderia, aproveitando-se de uma carga horária elástica, repor a hora faltante em outro dia, trabalhando sete horas?⁹¹

Acertadamente, as Cortes Superiores têm, paulatinamente, pacificado entendimento acerca da admissibilidade tanto das horas trabalhadas que excedam a jornada de trabalho do preso, quanto da fração de horas inferior ao mínimo da jornada de trabalho, a exemplo do julgamento do Recurso Ordinário Constitucional em Habeas Corpus - RHC n.º 136.509/MG⁹².

Outra temática extremamente polêmica vinculada à remição penal pelo trabalho diz respeito à possibilidade que o preso obtenha tal benefício sem que esteja efetivamente trabalhando, em razão da omissão estatal em proporcionar-lhe os meios para desempenhar o labor intramuros ou extramuros. Tal questão, objeto

⁹¹ ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. *Ibidem*, p. 82.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 136.509/MG, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 27 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28136509%2EENUME%2E+OU+136509%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5awjvs8>> Acesso em: <15/11/2019>.

principal de análise do presente trabalho, será aprofundada no capítulo imediatamente subsequente.

4. A APLICAÇÃO DA REMIÇÃO FICTA DA PENA NO ÂMBITO DOUTRINÁRIO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A remição penal consiste, conforme já mencionado no capítulo anterior, em um instituto típico da execução penal, por meio do qual o detento que trabalha ou estuda pode reduzir o tempo da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta.

Consequentemente, a remição “ficta” ou “virtual” da pena traduz-se na diminuição da reprimenda imposta, sem que o preso tenha efetivamente trabalhado ou estudado, desde que não o tenha feito em virtude de omissão estatal.

Nas palavras de Celio dos Santos Ribeiro, “A remição penal ficta é a garantia da remição mesmo que o preso não tenha efetivamente trabalhado e/ou estudado por inércia do Estado.”⁹³

Tal discussão é dotada de indiscutível atualidade e relevância, notadamente diante de um quadro de superpopulação carcerária e violação sistemática de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, o que ocasionou inclusive o reconhecimento expresso da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, no âmbito de julgamento da medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF⁹⁴.

O Ministério da Justiça, através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, com dados colhidos em junho de 2017, apresentou os valores absolutos e percentuais referentes ao sistema prisional do país. Com efeito,

⁹³ RIBEIRO, Celio dos Santos. **Do direito fundamental ao trabalho, da remição e da possibilidade de remissão em execução penal**. Revista Justiça do Direito, 2014, p. 230.

⁹⁴ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. STF. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

726.354 pessoas se encontravam privadas de liberdade no Brasil à época da colheita dos dados. No tocante ao número total de vagas, o INFOPEN constatou um déficit de 303.112 mil vagas, o que constitui uma taxa de ocupação de 171,62%⁹⁵.

Do quantitativo total de indivíduos reclusos, nos primeiros seis meses de 2017, somente 17,5% desenvolviam algum tipo de atividade laboral, intramuros ou extramuros, o que representava, à época, um total de 127.514 pessoas⁹⁶. Ademais, o INFOPEN concluiu ainda que, entre os custodiados que realizavam algum labor, 80,5% desenvolviam-no no interior das unidades prisionais em que cumpriam sua pena⁹⁷.

Assim, constata-se a existência de um abismo entre a Lei de Execução Penal, que prevê o benefício inovador da remição penal e estabelece o trabalho prisional como um dever, imposto a todos os reclusos, e a realidade do sistema prisional brasileiro, no qual 82,5% dos reclusos não trabalham⁹⁸, o equivalente a aproximadamente 599.242 pessoas.

Sobre a incongruência entre a LEP e a realidade do sistema prisional brasileiro, João José Leal assinala:

A lei positiva trabalha com a idéia de completude do direito. Em decorrência deste axioma, se a Lei de Execução Penal (LGL\1984\14) e o próprio Código Penal (LGL\1940\2) estabelecem a obrigatoriedade do trabalho prisional, no plano da imperatividade abstrata e genérica do sistema jurídico não haveria espaço para se cogitar da inexistência de trabalho nos estabelecimentos de nosso sistema penitenciário. Se a lei obriga o preso a trabalhar, a lógica abstrata nos conduz a partir da premissa de que, nos estabelecimentos penais, existe trabalho para os presos.⁹⁹

No mesmo sentido, Rui Carlos Machado Alvim preleciona:

Reclama-se, com certo pendor à indignação, que a inovante legislação execucional, ao traçar o instituo da remição da pena através do trabalho, alienou-se da realidade presidiária brasileira, visto que os estabelecimentos penais e as cadeias são totalmente

⁹⁵ BRASIL. (DEPEN). 2019. Ibidem p. 60.

⁹⁶ BRASIL. (DEPEN). 2019. Ibidem p. 60.

⁹⁷ BRASIL. (DEPEN). 2019. Ibidem p. 61.

⁹⁸ BRASIL. (DEPEN). 2019. Ibidem p. 60.

⁹⁹ LEAL, João José. 2004. Ibidem, p. 465.

desprovidas dos recursos materiais e humanos suficientes para incrementar trabalho a todos os encarcerados.¹⁰⁰

Assim, tentando aproximar-se da realidade prisional brasileira descrita acima, parte da doutrina brasileira passou a admitir a aplicação da remição ficta da pena, nada obstante o referido instituto, em sua forma virtual, não encontre previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, que, a teor do *caput* do artigo 126, tem o desenvolvimento do trabalho e do estudo pelo preso como um requisito essencial para que o encarcerado possa remir parte do tempo de execução de sua pena.

4.1 ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA

A respeito da possibilidade de aplicação da remição ficta, ainda que pela inexistência de oferta de trabalho na unidade prisional de cumprimento da reprimenda imposta, constata-se a existência de duas correntes doutrinárias divergentes.

A fim de categorizar a filiação dos principais autores a sua respectiva vertente doutrinária, pesquisou-se em fontes diversas, podendo-se citar livros e periódicos, em formato impresso e eletrônico, bem assim teses, dissertações e monografias, sem prejuízo de outras que possam, pontualmente, ter contribuído para a construção do presente trabalho.

Defendendo a impossibilidade de aplicação da remição presumida da pena, autores como César Roberto Bittencourt¹⁰¹, Luiz Regis Prado¹⁰², Renato Marcão¹⁰³, Fernando Capez¹⁰⁴, Andrei Zenkner Schmidt e Tapir Rocha Neto¹⁰⁵, Odir Odilon

¹⁰⁰ ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. *Ibidem* p. 86.

¹⁰¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. 2012. *Ibidem* p. 1395-1396.

¹⁰² PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal: parte geral**. V.I. 2.ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 954.

¹⁰³ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170-171.

¹⁰⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 416.

¹⁰⁵ SCHMIDT, Andrei Zankner; NETO, Tapir Rocha. **Não há remição da pena em hipótese em que o condenado deixa de trabalhar ou estudar em virtude da omissão do Estado em fornecer tais atividades**. Teses jurídicas dos Tribunais Superiores: direito penal, v. 9, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 209.

Pinto da Silva e José Antônio Paganella Boschi¹⁰⁶, Rodrigo de Abreu Fudoli¹⁰⁷, Haroldo Caetano da Silva¹⁰⁸ e Sérgio Neves Coelho e Daniel Prado da Silveira¹⁰⁹.

A título exemplificativo dos argumentos consubstanciados na referida corrente restritiva, César Roberto Bittencourt aduz que:

Discordamos dessa orientação, sucintamente, pelas seguintes razões: em primeiro lugar, porque a lei exige comprovação documental do tempo trabalhado (art. 129) e define como crime de falsidade ideológica o fato de declarar ou atestar falsamente a prestação de serviço para fins de remição (art. 130); em segundo lugar, exige declaração do juiz, com audiência do Ministério Público; e, finalmente, concede a remição mesmo aos que não trabalham, igualando-os, injustamente, aos que trabalham para consegui-la. [...] Quando a lei fala que o trabalho é direito do condenado está apenas estabelecendo princípios programáticos, como faz a Constituição quando declara que todos têm o direito ao trabalho, educação e saúde. No entanto, temos milhões de desempregados, de analfabetos, de enfermos e de cidadãos vivendo de forma indigna.¹¹⁰

Por outro lado, integram corrente ampliativa, favorável à remição ficta da pena, autores como Rui Carlos Machado Alvim¹¹¹, Luiz Antônio Bogo Chies¹¹², João José Leal¹¹³, Rodrigo Duque Estrada Roig¹¹⁴, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini¹¹⁵, Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna¹¹⁶ e Rogério Greco¹¹⁷.

Sintetizando o pensamento da corrente ampliativa, Júlio Fabbrini Mirabete assevera que:

¹⁰⁶ SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 129.

¹⁰⁷ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. 2004. *Ibidem*, p. 206-217.

¹⁰⁸ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Bookseller, 2001, p. 180.

¹⁰⁹ COELHO, Sérgio Neves. SILVEIRA, Daniel Prado da. *Ibidem*, p. 134.

¹¹⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. 2012. *Ibidem* 1395-1396.

¹¹¹ ALVIM, Rui Carlos Machado. 1991. *Ibidem* p. 86-87.

¹¹² CHIES, Luiz Antônio Bogo. *Ibidem*, 2002, p. 554.

¹¹³ LEAL, João José. **Algumas questões polêmicas acerca da remição penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 458-459.

¹¹⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 200-201.

¹¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 12ª ed. – revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 528-529.

¹¹⁶ PENNA, Flávia Chaves Nascimento Brandão. **TRABALHO PRISIONAL E REMIÇÃO FICTA**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 4, n. 6, p. 179-231, jun. 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/95>. Acesso em: 19 out. 2019.

¹¹⁷ GRECO, Rogério. 18ª ed. 2016. *Ibidem* p. 637.

[...] não se desincumbindo o Estado de seu dever de atribuir trabalho ao condenado, poderá este beneficiar-se com a remição mesmo sem o desempenho da atividade [...]. Comprovando o preso em regime fechado ou semi-aberto que estava disposto ao trabalho, mas que não foi atendido pela Administração, por falta de condições materiais ou por desídia do responsável pela omissão, não há como negar o direito à remição pelos dias em que o condenado deveria ter desempenhado seu labor.¹¹⁸

Desse modo, foi possível identificar a existência de quatro argumentos doutrinários relevantes para a discussão acerca da aplicação da remição presumida da pena, a saber: *i)* ausência de expressa previsão legal; *ii)* violação ao princípio constitucional da isonomia entre os reclusos que efetivamente trabalham para fazer jus a remição da pena e aqueles que não trabalhariam para obtê-la; *iii)* a injusticiabilidade do direito ao trabalho pelos cidadãos livres e desocupados; e *iv)* a configuração do crime de falsidade ideológica mediante a declaração falsa de labor.

Os fundamentos supramencionados, pilares doutrinários da inaplicabilidade da remição ficta no ordenamento jurídico brasileiro, serão analisados individualmente a seguir.

4.1.1 Da ausência de expressa previsão legal

Um dos principais argumentos que subsidiam a ótica restritiva ora estudada é a de ausência de expressa previsão legal, uma vez que o *caput* do artigo 126 da LEP exige, como requisito para obtenção do referido instituto, o efetivo exercício de labor ou de atividade estudantil pelo recluso.

Contudo, ao longo da construção deste trabalho, que tal argumento é utilizado de forma completamente discricionária. Isso porque, conforme já mencionado anteriormente, a redação original do *caput* do artigo 126 da Lei de Execução Penal previu somente a remição da pena pelo trabalho, como forma de abreviar parte do tempo da condenação. Entretanto, a falta de previsão legal para que o estudo também fosse considerado apto a remir dias da pena não impediu a interpretação analógica do vocábulo “trabalho”.

¹¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. 2014. *Ibidem* p. 528-529.

Ao revés, tal analogia foi considerada a forma correta de aplicar a referida norma, diante da “necessidade de se ampliar, no presente caso, o sentido ou alcance da lei, uma vez que a atividade estudantil, tanto ou mais que a própria atividade laborativa, se adequa perfeitamente à finalidade do instituto¹¹⁹”, o que culminou na edição da Súmula n.º 341 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Não se questiona, nesta oportunidade, a possibilidade de aplicar a analogia *in bonam partem* no âmbito da remição penal, pois, nas palavras de Rodrigo Duque Estrada Roig, deve-se considerar que

[...] o trabalho e a educação são direitos sociais (art. 6º da CF) e que a remição é instituto concebido para o benefício das pessoas presas, sua interpretação, aplicação e extensão devem ser as mais amplas possíveis, inclusive com admissão da analogia *in bonam partem*.¹²⁰

Por outro lado, constata-se que a falta de amparo legislativo tem impedido o reconhecimento da remição da pena pelo trabalho no regime prisional aberto, bem assim da remição virtual da pena, como se nunca tivesse havido interpretação analógica do mesmo dispositivo remicional.

Além disso, importa registrar que a Lei n.º 7.210/1984 já autoriza a remição ficta da pena, ou seja, sem o efetivo exercício de atividade laboral, para o preso impossibilitado de trabalhar em razão de acidente sofrido no desempenho das mencionadas funções, a teor da letra atual do artigo 126, §4º, da LEP.

A respeito do tema, pertinentemente leciona Luiz Antônio Bogo Chies:

[...] há que se considerar que a concessão da remição quando das carências de oportunidades por parte do Estado encontra suporte e respaldo, por analogia, no disposto no artigo 126, § 2º, da LEP,

¹¹⁹ CRIMINAL. HC. REMIÇÃO. FREQUÊNCIA EM AULAS DE CURSO OFICIAL - TELECURSO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. I. A Lei de Execuções Penais previu a remição como maneira de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação. II. A interpretação extensiva ou analógica do vocábulo “trabalho”, para abarcar também o estudo, longe de afrontar o caput do art. 126 da Lei de Execução Penal, lhe deu, antes, correta aplicação, considerando-se a necessidade de se ampliar, no presente caso, o sentido ou alcance da lei, uma vez que a atividade estudantil, tanto ou mais que a própria atividade laborativa, se adequa perfeitamente à finalidade do instituto. III. Sendo um dos objetivos da lei, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e a sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva se impõe *in casu*, se considerarmos que a educação formal é a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade. IV. Ordem concedida, para restabelecer a decisão de primeiro grau de jurisdição. STF. HC 30.623/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 306

¹²⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2018. *Ibidem*, p. 198.

quando estabelece que o preso impossibilitado de prosseguir na remição, por acidente, dela continuará a se beneficiar.¹²¹¹²²

Desse modo, não é possível compactuar com o fundamento de que a falta de previsão legal constitui um óbice à aplicação da remição virtual da pena, pois não seria esta a primeira hipótese de remição ficta autorizada pela LEP, tampouco a inaugural analogia realizada com fulcro no *caput* de seu artigo 126.

Não o fazer, portanto, é atribuir grau de importância inferior à omissão estatal de oportunizar ao preso o efetivo exercício do direito fundamental ao trabalho, notadamente, em comparação com outra hipótese de caso fortuito, o acidente de trabalho sofrido pelo recluso, que, a rigor, já autoriza o reconhecimento de dias remidos sem que haja o labor equivalente.

4.1.2 Da violação ao princípio constitucional da isonomia

De outro vértice, frequente o argumento doutrinário¹²³ de que a concessão da remição ficta violaria o princípio da isonomia, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que concederia o benefício aos reclusos que não trabalharam, igualando-os, injustamente, aos que trabalham para consegui-lo.

Sobre o tema, Andrei Zenkner Schmidt e Tapir Rocha Neto prelecionam:

[...] Tampouco poderiam os magistrados reconhecer um mesmo direito a pessoas que estejam em situações distintas: conceder a remição para aqueles que efetivamente trabalham e estudam e também àqueles que não exercem essas atividades, ainda que por culpa exclusiva do Estado. Se assim fosse, o direito à remição seria praticamente obtido de forma automática, bastando uma simples manifestação de que o detendo está disposto a trabalhar.¹²⁴

A violação ao princípio da isonomia também é a interpretação prestigiada por Rodrigo de Abreu Fudoli, que aduz:

¹²¹ CHIES, Luiz Antônio Bogo. 2002. *Ibidem*, p. 554.

¹²² Antes do advento da Lei n.º 12.433/2011, o suporte legal de que o preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuaria se beneficiar da remição se encontrava no artigo 126, §2º, da LEP.

¹²³ A título exemplificativo, Cf. BITTENCOURT, Cezar Roberto. 2012. *Ibidem*, 1395-1396.

¹²⁴ SCHMIDT, Andrei Zankner; NETO, Tapir Rocha. 2017. *Ibidem* p. 214.

[...] falhando o Estado em atribuir trabalho ao condenado, descabe falar em direito à remição, sob o risco de se igualar o preso trabalhador ao preso que não trabalhou, pois todos os presos condenados em regime fechado ou semi-aberto obteriam desconto na pena. A isonomia entre os condenados, pois, restaria quebrada.¹²⁵

Prosseguindo nas lições de Luiz Antônio Bogo Chies, imperioso ultrapassar o discurso superficial apresentado pela corrente restritiva e chegar ao verdadeiro cerne da questão: não há violação do referido preceito quando um recluso obtém o benefício remicional por meio do efetivo trabalho e outro por meio da remição ficta. Com efeito, não há igualdade entre os encarcerados quando o sistema penitenciário oportuniza os meios para desenvolvimento do labor a apenas um deles e ao outro não¹²⁶.

Sobre o tema, preleciona Flávio Augusto Monteiro de Barros:

Isso viola até mesmo o princípio da isonomia, uma vez que o benefício é atribuído aos presos recolhidos em estabelecimento prisional aparelhado para o trabalho e negado a outros, que tiveram a infelicidade de ser recolhidos em estabelecimento onde não há oportunidade de trabalho.¹²⁷

Conclui-se, portanto, que a remição ficta da pena, em verdade, é uma forma de garantir a integridade do referido preceito, pois é a partir do momento em que certas pessoas, privadas de liberdade, dispõem de trabalho, ao passo que, outros encarcerados são privados do labor, que se trata os iguais de forma desigual e ocorre a violação ao princípio constitucional da isonomia.

4.1.3 Da injusticiabilidade do direito ao trabalho para os cidadãos livres

Outro fundamento identificado como sustentáculo da inaplicabilidade da remição penal de forma virtual foi a justiciabilidade do direito ao trabalho para os cidadãos livres, ora porque os direitos sociais não possuem caráter fundamental¹²⁸, ora porque seria injusta a concessão do instituto remicional ficto aos encarcerados,

¹²⁵ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. 2004. *Ibidem*, p. 206-207.

¹²⁶ CHIES, Luiz Antônio Bogo, 2002. *Ibidem*, p. 554.

¹²⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999, p. 375.

¹²⁸ A título exemplificativo, Cf. BITTENCOURT, Cezar Roberto. 2012. *Ibidem*, 1395-1396.

com base na omissão estatal em oferecer-lhes trabalho, vez que os cidadãos livres não possuem, caso estejam desocupados, a possibilidade de pleitear, judicialmente, labor ao Estado.

Opondo-se à fundamentalidade dos direitos sociais e a perspectiva de pleiteá-lo judicialmente, Andrei Zenkner Schmidt e Tapir Rocha Neto asseveram que:

[...] os direitos sociais não seriam, estritamente, direitos fundamentais – na medida em que não possuem aplicabilidade imediata e não são exigíveis, de forma incondicional, pelos cidadãos -, mas isso não significa dizer que tenham de ser vistos como meras normas programáticas desprovidas de força vinculante.¹²⁹

Além disso, há ainda a equiparação entre os cidadãos livres e reclusos que se encontram desempregados. Nesse sentido, Odir Odilon Pinto da Silva e José Antônio Paganella Boschi assinalam que:

[...] não deixa de ser gritantemente desigual o tratamento que o Estado ministra ao preso e ao cidadão em liberdade. Este último, comportando-se de acordo com a lei corre o risco de não ter casa, nem salário, ao passo que o primeiro, autor de um mal social, recebe toda a proteção do poder público.¹³⁰

Essa compreensão punitivista, que reflete o princípio de *less eligibility*, ou seja, de que as condições do sistema prisional têm de necessariamente ser piores do que as existentes no mundo livre¹³¹, deve ser completamente rejeitada, vez que nega direitos mais elementares à integridade física e moral dos presos, coadunando com violações aos direitos fundamentais dos encarcerados, sob o fundamento de que a vida tampouco é fácil para o cidadão livre, que não cometeu crime algum.

Sobre a comparação entre o cidadão livre e o recluso, notadamente, no que diz respeito ao direito ao trabalho, observa-se que é necessário reconhecer a situação peculiar em que o recluso se encontra: privado de liberdade e custodiado pelo Estado, sem dispor da possibilidade de buscar um emprego, ao revés do homem livre.

A esse respeito, Rodrigo de Abreu Fudoli assevera que:

¹²⁹ SCHMIDT, Andrei Zankner; NETO, Tapir Rocha. 2017. *Ibidem*, p. 209.

¹³⁰ SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. 1987. *Ibidem* p. 129.

¹³¹ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. 2004. *Ibidem*, p. 212.

[...] se está desempregado o homem livre, pelo menos está livre, para que, por meios próprios, vá em busca de emprego ou, caso prefira, atue de forma autônoma. Ao preso, porém, não é dado tal leque de oportunidades. Tendo o Estado privado o condenado do convívio social, e dos meios para conseguir, por conta própria, trabalho, deve proporcionar, em contrapartida, a assistência material necessária à manutenção da capacidade produtiva desse apenado.¹³²

Assim, nada obstante o trabalho possua caráter fundamental e seja um direito do qual tanto o homem livre como o preso são titulares, a interlocução entre o recluso e a oportunidade de labor depende inteiramente do Estado, detentor do dever objetivo de custódia, que deve ser compreendida além de sua concepção de confinamento e vigilância, a fim de abranger ainda a noção de cuidado e zelo com as pessoas que custodia.

Prosseguindo nas lições de Rodrigo de Abreu Fudoli, aponta o referido autor que:

[...] se o indivíduo livre não consegue trabalhar, em virtude das preocupantes taxas de desemprego que acometem o mundo atual, mercê da economia globalizada, não é por isso que se deve privar o encarcerado daquela réstia de dignidade humana representada pela possibilidade do exercício de uma atividade laborativa dentro da prisão.¹³³

Desse modo, constata-se que a privação de liberdade justifica a justiciabilidade do direito ao trabalho, impondo distinção na tutela do referido direito entre aqueles que estão encarcerados e livres.

4.1.4 Da configuração do delito de falsidade ideológica mediante declaração falsa de trabalho

Suplantada tal discussão, é preciso tecer algumas reflexões também acerca do frequente argumento doutrinário de que a concessão da remição presumida configuraria crime de falsidade ideológica¹³⁴.

¹³² FUDOLI. Rodrigo de Abreu. 2004. Ibidem p. 212.

¹³³ FUDOLI. Rodrigo de Abreu. 2004. Ibidem p. 211.

¹³⁴ A título exemplificativo, Cf. SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. 2017. p. Ibidem, 954.

Com efeito, nos termos do artigo 130 da LEP, a declaração ou o atestado falso de prestação de serviço, a fim de instruir pedido de remição, configura o delito insculpido no artigo 299 do CP.

Inicialmente, necessário reconhecer a importância que parece ter sido conferida pelo Legislador ao prever tal medida. Isso porque a declaração ou o atestado falso de prestação de serviço são condutas que já se subsumiam perfeitamente ao tipo penal insculpido no artigo 299 do CP, razão pela qual a referida previsão, em que pese desnecessária, denota uma espécie de preocupação especial do Legislador com o falso documental ora analisado.

Nada obstante, tampouco se sustenta o argumento de que a aplicação da remição ficta constituiria a prática do crime de falsidade ideológica.

Com efeito, a premissa básica da remição ficta da pena é o reconhecimento de que não houve efetivo exercício do labor. Não haveria, portanto, declaração falsa, em que constasse a ocorrência de um trabalho que não foi desenvolvido, mas a declaração de que o serviço realmente não foi prestado, por culpa exclusiva do Estado, o que justifica a concessão do benefício.

Conforme já mencionado anteriormente, trata-se da mesma situação prevista no artigo 126, § 4º, da LEP, em que o preso impossibilitado de trabalhar em razão de acidente obtém os dias remidos referentes ao período em que não puder desenvolver suas atividades.

Se a declaração, na referida hipótese, não configura o delito de falsidade ideológica, tampouco configurará na esfera de eventual aplicação da remição ficta da pena.

Desse modo, conclui-se, portanto, pela insubsistência dos principais argumentos doutrinários apresentados para justificar a inaplicabilidade da remição ficta da pena, razão pela qual, a seguir, analisar-se-á os fundamentos jurisprudenciais que alicerçam sua inadmissão.

4.2 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal durante a construção do presente trabalho, com a digitação dos termos de busca “remição ficta”, indicou a existência de apenas três acórdãos prolatados pela

Suprema Corte acerca do tema, todos no âmbito da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF¹³⁵.

Da análise dos referidos julgados, observa-se menção a alguns argumentos doutrinários já analisados previamente na presente investigação, a exemplo da ausência de previsão legal¹³⁶ e da suposta violação ao princípio constitucional da isonomia¹³⁷, razão pela qual tais premissas não constarão dos exames a seguir.

Ademais, verifica-se que todos os três acórdãos apresentaram o fundamento de que o direito à remição exige o efetivo desempenho de atividade laboral, porque somente assim o preso estaria participando efetivamente de seu processo ressocializador, ao passo que, o mais recente deles, *Habeas Corpus* - HC n.º 124.520/RO, versou ainda a respeito dos impactos significativos que uma eventual aplicação ficta do instituto poderia ocasionar no sistema prisional brasileiro.

Assim, selecionou-se os dois argumentos expostos acima para uma análise individualizada, que será realizada nos tópicos a seguir.

4.2.1 Da exigência do efetivo trabalho por sua importância no “processo ressocializador” do recluso

O argumento de que a concepção do trabalho como um instrumento do “processo de ressocialização” do encarcerado, no qual o recluso deve comprovar sua participação de forma inequívoca, consoante já mencionado, foi encontrado nos três acórdãos prolatados pelo STF acerca da problemática da remição ficta da pena.

Inicialmente, impende registrar que, em que pese este argumento esteja sendo colacionado somente no tópico acerca da análise jurisprudencial, também foi possível encontra-lo na esfera doutrinária, a exemplo de Rodrigo de Abreu Fudoli, que leciona:

Há quem afaste a possibilidade de remição sob o argumento de que a função precípua do instituto seria a de ressocializar, e não a de mitigar a pena – aspecto este apenas secundário. O direito assegurado ao preso de ter atribuído a si um trabalho [...] não teria como finalidade precípua a redução da pena, mas, diversamente,

¹³⁵ Cf. STF, HC n.º 124520/RO; HC n.º 132779 ED / MS; RHC n.º 124775 / RO.

¹³⁶ Cf. STF, HC n.º 124520/RO; RHC n.º 124775 / RO.

¹³⁷ Cf. STF, HC n.º 124520/RO.

objetivaria viabilizar o ingresso em um estágio de ressocialização e de educação, além de servir à produção dentro da penitenciária.¹³⁸

Assim sendo, considerando que o Recurso Ordinário Constitucional em Habeas Corpus n.º 124.775/RO, julgado em 11 de novembro de 2014, precedeu e foi transcrito nos dois julgados subsequentes, destaca-se o que asseverou, na íntegra de seu voto condutor, o Relator, Ministro Dias Toffoli, a respeito da exigência da efetiva prestação de trabalho:

Esses dispositivos legais [*artigos 126 e 129 da Lei n.º 7.210/1984*] não deixam a mais tênue dúvida de que o direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador.¹³⁹

Contudo, tal raciocínio deve ser contestado, a partir da interlocução com o marco teórico da Criminologia Crítica, assentado no segundo capítulo da presente investigação.

Isso porque, conforme supramencionado, do direito ao trabalho, não atingido pela sentença condenatória ou por lei, decorre a existência de um dever correspondente do Estado, que detém a custódia do preso, de oferecer os meios para seu exercício.

O impedimento ao desenvolvimento do labor, ao qual o recluso não tenha dado causa, culmina em duplo prejuízo ao encarcerado, que se vê privado não somente

¹³⁸ FUDOLI. Rodrigo de Abreu. 2004. *Ibidem*, p. 207.

¹³⁹ EMENTA Recurso ordinário constitucional. Habeas corpus. Execução Penal. Remição. Inexistência de meios, no estabelecimento prisional, para o desempenho de atividades laborais ou pedagógicas. Pretendido cômputo fictício de potenciais dias de trabalho ou estudo. Inadmissibilidade. Necessidade do efetivo exercício dessas atividades. Preso, ademais, sob regime disciplinar diferenciado (RDD). Inexistência de previsão legal para que deixe a cela para executar trabalho interno. Recurso não provido. 1. O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador, razão por que não existe a denominada remição ficta ou virtual. 2. Por falta de previsão legal, não há direito subjetivo ao crédito de potenciais dias de trabalho ou estudo em razão da inexistência de meios para o desempenho de atividades laborativas ou pedagógicas no estabelecimento prisional. 3. O Regime Disciplinar Diferenciado impõe ao preso tratamento penitenciário peculiar, mais severo e distinto daquele reservado aos demais detentos, estabelecendo que o preso somente poderá sair da cela individual, diariamente, por duas horas, para banho de sol. 4. Não há previsão, na Lei de Execução Penal, para que o preso, no regime disciplinar diferenciado, deixe a cela para executar trabalho interno, o que também se erige em óbice ao pretendido reconhecimento do direito à remição ficta. 5. Recurso não provido.

STF. RHC 124775, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014

do trabalho em si, mas também da remição penal, que possui natureza jurídica de direito subjetivo do apenado¹⁴⁰. Em síntese, por meio de sua omissão, o Estado priva o recluso do exercício de dois direitos importantíssimos: o trabalho, imprescindível para a concretização da dignidade da pessoa humana e, a depender de suas singularidades, para o alcance de sua finalidade educativa, bem assim da remição, medida de descarcerização, que possui ainda mais relevância diante da realidade prisional existente no país.

Ademais, tal argumento deve ser também rechaçado por estar fundado em premissa completamente equivocada, qual seja, de que o recluso está inserido em um “processo de ressocialização” durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade.

Com efeito, o conceito de ressocialização, elemento da racionalidade punitiva desde que atribuída à pena finalidade preventiva especial positiva, constitui um dos principais fundamentos da pena privativa de liberdade, por meio da qual os indivíduos são incessantemente disciplinados, desculturados e aculturados.

Acerca do significado do processo desculturalizador, Alessandro Baratta aponta que consiste na

[...] desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso de realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa.¹⁴¹

Ao passo que o encarcerado progressivamente perde o *modus operandi* da vida em sociedade, Baratta identifica ainda um processo concomitante de aquisição de comportamentos próprios da subcultura carcerária, em que o preso aprende a ser criminoso, com os grupos que assumem o poder e promovem forte orientação antissocial, bem assim a ser bom preso, o que consiste na aceitação das normas formais e informais do cárcere¹⁴².

¹⁴⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2018. Ibidem, p. 202-203.

¹⁴¹ BARATTA, Alessandro. 2002. Ibidem, p. 184.

¹⁴² BARATTA, Alessandro. 2002. Ibidem, p. 185.

Assim, na tarefa de auxiliar a ocultação dos processos acima descritos, ao revés da ilusória ressocialização, o trabalho adquire especial distinção. A respeito da função desempenhada pelo trabalho penal, assinala Michel Foucault:

Não é como atividade de produção que ele é intrinsecamente útil, mas pelos efeitos que toma na mecânica humana. É um princípio de ordem e de regularidade; pelas exigências que lhe são próprias, veicula, de maneira insensível, as formas de um poder rigoroso; sujeita os corpos a movimentos regulares, exclui a agitação e a distração, impõe uma hierarquia e vigilância que serão ainda mais bem-aceitas, e penetrarão ainda mais profundamente no comportamento dos condenados [...].¹⁴³

Prosseguindo nas lições do autor:

A utilidade do trabalho penal? Não é um lucro; nem mesmo a formação de uma habilidade útil; mas a constituição de uma relação de poder, de uma forma econômica vazia, de um esquema de submissão individual e de seu ajustamento a um aparelho de produção.¹⁴⁴

Logo, a exigência do trabalho constitui, na verdade, a imposição de que o recluso seja submetido à essa fabricação de corpos dóceis, a fim de que possam ser “reintegrados” à sociedade e não reincidam na prática de condutas delituosas. Essa punição, no entanto, claramente é realizada de forma idealizada, pois ignora o ambiente prisional (des)socializador em sua essência, facilmente comprovado pelos altos índices de reincidência criminal¹⁴⁵, bem assim que os delitos cometidos pelos indivíduos serão considerados fatores excludentes e estigmatizantes, se estes forem “reinseridos” na convivência social.

¹⁴³ FOUCAULT, Michel. 1987. Ibidem, p. 235.

¹⁴⁴ FOUCAULT, Michel. 1987. Ibidem, p. 236-237.

¹⁴⁵ Segundo o Ministro Gilmar Mendes, números apurados pelo Conselho Nacional de Justiça apontavam para uma taxa de reincidência de 70% entre os presidiários brasileiros, em 2009. Nada obstante o Ministro César Peluso tenha afirmado, dois anos depois, que sete em cada dez reclusos brasileiros voltavam à cadeia, a taxa de reincidência encontrada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada – IPEA, em pesquisa realizada em 2015, foi de apenas 24,4%. Para mais detalhes, Cf. SAMPAIO, Felipe. **Juristas estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros**. Disponível em: <https://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>. Acesso em: 28 nov. 2019.; **INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Reincidência Criminal no Brasil**. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. 160 p.

Desse modo, como o labor não constitui instrumento de nenhum processo ressocializador, em razão da inexistência desse último, constata-se que a exigência de efetivo trabalho para a aplicação da remição ficta da pena deve ser rechaçada, ao revés do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal.

4.2.2 Dos impactos a serem produzidos no sistema prisional brasileiro

Por fim, importa trazer à baila, ainda, recente discussão promovida pelo STF, no âmbito do julgamento do HC n.º 124.520/RO, realizado em 15 de maio de 2018. Nessa ocasião, o Pretório Excelso discutiu acerca dos impactos que uma eventual aplicação da remição ficta da pena poderia, causar no sistema prisional brasileiro. Inicialmente, o Relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela concessão da ordem¹⁴⁶, a fim de que o instituto remicional fosse aplicado virtualmente, no que foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber.

Considerando o posicionamento favorável do Ministro, convém colacionar trecho de seu voto:

A Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assentou a inércia do Estado, no que deixou de proporcionar ao custodiado trabalho. Proveu parcialmente o agravo em execução para que isso viesse a ocorrer. Pois bem, partindo dessa premissa, tem-se que o paciente sofreu, ante a postura omissiva do Estado, prejuízo. Daí a procedência do pedido de admitir-se o que se apontou como remição ficta. Em síntese, diante do ato ilícito do Estado, cumpre reconhecer, a título de verdadeira indenização, o direito à remição.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Nada obstante o Ministro Marco Aurélio fizesse parte da composição da Primeira Turma no âmbito do RHC n.º 124.775/RO, cuja decisão pela inaplicação da remição ficta da pena ocorreu de maneira unânime, verifica-se que foi voto-vencido nas outras duas oportunidades em que o STF voltou a analisar o tema, no julgamento do HC n.º 124.520/RO e do HC n.º 132.779 ED/MS.

¹⁴⁷ Ementa: Execução Penal. Habeas Corpus originário. Remição ficta ou virtual da pena. Impossibilidade. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. 1. A remição da pena pelo trabalho configura importante instrumento de ressocialização do sentenciado. 2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a remição da pena exige a efetiva realização de atividade laboral ou estudo por parte do reeducando. Precedentes. 3. Não caracteriza ilegalidade flagrante ou abuso de poder a decisão judicial que indefere a pretensão de se contar como remição por trabalho período em relação ao qual não houve trabalho. 4. Habeas Corpus denegado. STF. HC 124520, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018.

Impende salientar, neste ponto, que o Ministro Marco Aurélio não utilizou expressamente a *analogia in bonam partem*, a fim de aplicar a remição ficta. Com efeito, partindo da premissa de que o Estado deixou de proporcionar trabalho ao paciente, reconheceu a existência de um ato ilícito, o qual gera o direito indenizatório, consubstanciando na remição.

Embora não tenha citado o fundamento legal do referido entendimento, a narrativa apresentada pelo Ministro parece se adequar aos termos do artigo 37, §6º, da CF, segundo o qual, ocorrendo o dano, bem assim estabelecido o nexo causal com a Administração Pública ou de seus agentes, surge a responsabilidade civil do Estado.

Nesse mesmo sentido, Rodrigo de Abreu Fudoli assinala:

Visto não caber remição quando o Estado, por deficiência da Administração Penitenciária, descumpra seu dever de propiciar trabalho aos presos, resta perquirir, residualmente, a eventual responsabilidade estatal extracontratual pela sua omissão em atender ao mandamento legal.¹⁴⁸

Em que pese a tese defendida pelo Relator não tenha sido sequer a de que o efetivo trabalho é desnecessário para a concessão da remição presumida da pena, em razão de não constituir instrumento para “processo ressocializador”, o Ministro Luís Roberto Barroso abriu a divergência vencedora pela denegação da ordem no âmbito do referido julgamento, no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux.

Assim, reconhecendo o dever estatal de ofertar trabalho, mas aduzindo que “uma linha jurisprudencial nesse sentido produziria um impacto devastador sobre o sistema, o que nós não estamos autorizados a produzir”¹⁴⁹ e que “se nós pudessemos aplicar essa tese, [...] estaríamos modificando substancialmente a política pública do setor e substituindo ao Executivo”¹⁵⁰

Ademais, acrescentou:

¹⁴⁸ FUDOLI. Rodrigo de Abreu. 2004. Ibidem, p. 206-207.

¹⁴⁹ STF. HC 124520, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018).

¹⁵⁰ STF. Ibidem, HC 124520.

“[...] nós temos um problema grave, sistêmico e estrutural no sistema penitenciário, que estamos tentando equacionar, inclusive numa ação que o Ministro Marco Aurélio é Relator. Portanto, eu não considero irrelevante o fato de o Estado não atender a esta demanda que me parece imperativa, porém, a solução de se contar como remição por trabalho período em relação ao qual não houve trabalho, e considerando que muitos estabelecimentos não são capazes de oferecer esse trabalho, nós produziríamos um impacto sistêmico muito grande. E penso que esse impacto, sem uma mensuração adequada, seria extremamente negativo quando não perigoso.”¹⁵¹

Inicialmente, convém registrar que o Ministro Barroso, no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 580.252/MS, iniciado em 03 de dezembro de 2014 e finalizado em 16 de fevereiro de 2017, com repercussão geral reconhecida, em que se pleiteava a responsabilização civil do Estado por não garantir as condições mínimas de cumprimento das penas nos presídios, votou pela procedência do pedido, sendo voto-vencido justamente na proposição de que o Estado não deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais em razão do cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais com condições degradantes, mas através da remição da pena, por meio de *analogia in bonam partem* do *caput* do artigo 126 da LEP¹⁵².

¹⁵¹ STF. *Ibidem*, HC 124520.

¹⁵² Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (**Constituição Federal**, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (**LEP**), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (**Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas**, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 1969, arts. 5º; 11; 25; **Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas** – Resolução

Nessa ocasião, nada obstante não se adentre no mérito se a indenização deveria ser ou não pecuniária, observa-se que, cumprindo a norma constitucional, o Ministro não se preocupou com eventuais efeitos que a concessão da remição como indenização poderia produzir no sistema penitenciário, que se presumem significativos, em razão do contexto de violações sistemáticas de direitos fundamentais existentes no sistema prisional.

Não há que se falar, além disso, em formulação de políticas públicas e tampouco na invasão da esfera de competência atribuída ao Poder Executivo. Isso porque as políticas públicas já foram definidas pela Constituição Federal, que incluiu o trabalho no rol de direitos fundamentais e estabeleceu a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, Mauro Cappelletti preleciona:

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção *ativa* do estado, frequentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado [...]. É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas aplicações impõem-se aos juízes.¹⁵³

Prosseguindo nas lições do referido autor:

01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; **Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. STF. RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017

¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 41.

Mais cedo ou mais tarde, no entanto, [...] os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.¹⁵⁴

Assim, a preocupação com a opinião pública, com a eventual polarização da sociedade ou com os impactos que determinada decisão produzirá não devem pautar as decisões proferidas pelos Ministros da Corte Suprema, que devem ser fundadas nas normas constitucionais, especialmente daquelas de caráter fundamental, cuja guarda e interpretação lhes foi atribuída.

Diante disso, por certo que a omissão do Poder Legislativo em executar os preceitos fundamentais deve ser responsabilizada pelo Poder Judiciário, conforme preleciona Luiza Cristina Fonseca Frischeisen:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer¹⁵⁵.

No mesmo sentido, registrando que a intervenção, nos casos de omissão do Poder Executivo e Legislativo, não implica em ativismo judicial excessivo, que é o que deve ser afastado, Dirley da Cunha Júnior assinala:

[...] quando os órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) falham ou se omitem na implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais e dos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição Federal de 1988, cumpre ao Poder Judiciário – co-responsável no processo de construção da sociedade do bem-estar – adotar uma posição ativa e dinâmica na realização das finalidades do Estado Social, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais. E a Constituição brasileira de 1988,

¹⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. 1993. *Ibidem*, p. 41-42.

¹⁵⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59.

marcadamente dirigente, esculpiu um Estado Social, redefinindo a relação entres os três Poderes e adjudicando ao Poder Judiciário funções de efetivo controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos.¹⁵⁶

Além disso, conforme já mencionado anteriormente, a omissão estatal tampouco se justifica pelo fundamento de insuficiência de recursos ou da reserva do possível, quando o direito ao trabalho, para mais da metade de seus titulares nas unidades prisionais¹⁵⁷, não é concretizado em medida alguma.

Opondo-se aos argumentos acima como razões obstativas do oferecimento de trabalho aos presos, Rodrigo Duque Estrada Roig aduz que:

[...] em hipótese alguma a falta de recursos estatais pode ser usada como um argumento para a violação ou a não prestação de direitos humanos. [...] Desta assertiva decorre a conclusão de que, no confronto entre as proclamadas “insuficiências de recursos” ou “reserva do possível” e a tutela da dignidade humana, esta última deve sempre preponderar. Em outras palavras, não há espaço para transação – ou ponderação – se o que está em jogo é a violação ou o inadimplemento na prestação positiva de direitos humanos.¹⁵⁸

Assim, ao temer a aplicação da remição ficta e os impactos que tal reconhecimento podem produzir no sistema prisional brasileiro, constata-se que o Excelso Pretório receia, em verdade, o fiel e estrito cumprimento das normas constitucionais, que garantem o direito fundamental ao trabalho também aos presos.

Conclui-se, portanto, que, assim como verificado no âmbito doutrinário, tampouco o Supremo Tribunal Federal possui argumentos capazes de obstar a aplicação da remição ficta da pena.

¹⁵⁶ JUNIOR CUNHA, Dirley. **Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais**. 2015. Disponível em: https://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior.#_ftn14. Acesso em: 28 nov. 2019.

¹⁵⁷ Segundo o INFOPEN, em junho de 2017, apenas 17,5% das pessoas privadas de liberdade no Brasil exerciam algum tipo de labor no cárcere. Cf. BRASIL. (DEPEN). 2019. *Ibidem*, p. 60.

¹⁵⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. 2018. *Ibidem*, p. 202.

4.3 FIXAÇÃO DE ALGUNS CRITÉRIOS SOBRE A APLICAÇÃO DA REMIÇÃO FICTA DA PENA

Considerando que não restaram óbices no tocante ao cabimento da remição ficta da pena, este tópico pretende fixar critérios que regulem sua eventual aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, a declaração dos dias remidos é realizada nos autos da execução penal já movida em desfavor do acusado, a requerimento da defesa, que deve juntar os documentos comprobatórios dos dias laborados, em que pese, a rigor, o artigo 129 da LEP obrigue a autoridade administrativa a encaminhar mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de trabalho dos reclusos, com informação das horas laboradas.

Em comparação à instauração de um incidente processual exclusivo para tal pleito, esta é, sem dúvidas, a forma mais célere de declarar os dias remidos dos encarcerados.

Nada obstante, alguns autores sugerem que a inexistência de trabalho implica, em verdade, no desvio da execução penal, o que enseja a instauração de um incidente de desvio de execução, previsto no artigo 185 da LEP¹⁵⁹.

Segundo o referido dispositivo, o excesso ou o desvio de execução é configurado sempre que algum ato for praticado além dos limites estabelecidos no édito condenatório, bem assim em normas legais ou regulamentares.

Embora a lei não promova a distinção entre o excesso e o desvio, doutrinariamente, pode-se dizer que excesso “é aquilo que excede ou ultrapassa o permitido pela lei”¹⁶⁰, ao passo que o desvio é conceituado como o “afastamento da direção ou da posição normal”¹⁶¹.

Assim, a partir da perspectiva de que o trabalho é essencial para a reeducação do recluso, que constitui uma das finalidades da execução penal, fundamenta-se que o não oferecimento de labor aos encarcerados configura um desvio da execução penal, razão pela qual o referido incidente deveria ser instaurado.

¹⁵⁹ Cf. SILVA, Haroldo Caetano da., 2001. *Ibidem*, p. 180; FUDOLI. Rodrigo de Abreu. 2004. *Ibidem*, p. 217.

¹⁶⁰ SILVA, Haroldo Caetano da. 2001. *Ibidem*, p. 311-312.

¹⁶¹ SILVA, Haroldo Caetano da. 2001. *Ibidem*, p. 311-312.

Afeito à instauração do incidente de desvio de execução, Rodrigo de Abreu Fudoli:

Afinal, se o Estado tem o poder de executar uma sentença penal condenatória em desfavor de alguém que infringiu o preceito primário de uma norma penal e, ao final do regular processo judicial, teve contra si aplicada sanção penal, o condenado possui, a seu turno, o direito de exigir a efetividade dos direitos de execução penal a ele consignados em lei, e a falta de atendimento a esses direitos caracteriza desvio de execução, acarretando dano material e moral traduzível em pecúnia.¹⁶²

No mesmo sentido, Haroldo Caetano da Silva:

Caso, todavia, não cumpra a administração prisional - o Estado - com sua parte, não será por esta razão que a remição será admitida, independentemente de qualquer atividade laboral do condenado. Cabe ao preso, na hipótese, pleitear à administração prisional a oportunidade de trabalho e, se ainda assim persistir a desatenção ao seu direito de trabalhar, poderá ser requerida a medida ao juiz da execução penal, competente que é para inspecionar os estabelecimentos penais e tomar providências para o seu adequado funcionamento (art. 66, VII, LEP), ou mesmo interditar-lo (idem, inc. VIII), de vez que a falta de condições do estabelecimento penal para a atribuição de trabalho ao preso infringe dispositivo expresso da LEP.¹⁶³

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que pese não tenha reconhecido a remição ficta da pena, reconheceu, no âmbito do HC n.º 175.178/RO, que “a ausência de trabalho e estudo disponíveis aos apenados no estabelecimento prisional constitui um desvio da execução da pena”¹⁶⁴.

¹⁶² FUDOLI. Rodrigo de Abreu. 2004. *Ibidem*, p. 217.

¹⁶³ SILVA, Haroldo Caetano da. 2001. *Ibidem*, p. 180.

¹⁶⁴ HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. PRETENSÃO DE SE OBTER A REMIÇÃO DA PENA SEM A REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE LABORAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO ESTADO NA IMPLANTAÇÃO DE TRABALHO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO TRABALHO. ART. 126 DA LEI 7.210/1984 (LEP). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. – O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal. – A remição da pena pelo trabalho ou pelo estudo é um incentivo para que o apenado realize essas atividades, essencialmente importantes para sua reeducação – uma das finalidades da pena. Dessa forma, a ausência de trabalho e estudo disponíveis aos apenados no estabelecimento prisional constitui um desvio da execução da pena. Contudo, não dá ao apenado o direito de remir a pena com relação ao tempo em que estava ocioso, não obstante por culpa do Estado. A remição exige a efetiva realização da atividade laboral e a frequência ao curso, nos termos do art. 126 da LEP. Habeas corpus não conhecido. STF. HC

Há duas razões, no entanto, pelas quais a instauração do incidente de desvio de execução não deve prosperar.

Precipuamente, porque a pena cumpre exatamente o papel retributivo verdadeiramente atribuído a ela. Sob o argumento de que o desvio ocorre a partir do momento em que a pena não cumpre sua função ressocializadora, cabível a instauração de um incidente para todas as penas privativas de liberdade cumpridas no país, pois, conforme já mencionado anteriormente, a reprimenda corpórea nunca exerceu tal função, nada obstante esse seja um dos fins declarados da execução penal, a teor do artigo 1º da LEP.

Ademais, a instauração de incidente específico para o reconhecimento dos dias remidos pelo trabalho ficto poderia, sem dúvidas, ser o precedente para outras distinções perigosas entre os dois labores, a exemplo da ideia de que, como o serviço não foi efetivamente desenvolvido, a contagem de tempo referida no *caput* não deve ser feita à razão fixada pelo artigo 126, § 1º, II, da LEP, com a qual não se coaduna.

A respeito da quantidade de pena que pode ser remida de forma presumida, não deve haver diferenciação das razões estabelecidas no artigo 126, § 1º, II, da LEP. Assim, a cada três dias em que o preso deveria trabalhar, mas não o faz pela omissão do Estado, deve-lhe ser computado um dia de pena como efetivamente cumprido.

Por outro lado, grandes as chances que a declaração dos dias remidos pela instauração do referido incidente, por um dos legitimados no rol apresentado pelo artigo 186 da LEP, torne ainda mais moroso o reconhecimento dos dias remidos, pois exigiria, além do reconhecimento de um desvio na execução, a prévia intimação do Estado acerca da inexistência de trabalho nas unidades prisionais sob sua administração, bem assim a concessão de prazo para que, antes da declaração da remição ficta, tal omissão fosse suprida.

É perceptível que tal processo pode facilmente se arrastar por anos antes que alguma providência efetiva seja tomada em favor do recluso que não dispõe dos

meios para trabalhar, seja a disponibilização do trabalho ou o reconhecimento dos dias remidos virtualmente.

Nos autos da própria execução penal e nos mesmos termos exigidos para o reconhecimento da remição pelo trabalho efetivamente desenvolvido, a declaração da remição, pelo juiz da execução, exigiria apenas a manifestação do Ministério Público e da defesa, a teor do artigo 126, §8º, da LEP.

Outrossim, necessário definir ainda a modulação de decisão que eventualmente autorize a remição ficta da pena, o que se vincula, diretamente, com o temor das Cortes Superiores dos efeitos que tal determinação poderia produzir no sistema prisional brasileiro.

Indene de dúvidas que a interpretação analógica do *caput* do artigo 126 da LEP, a fim de autorizar a remição virtual da pena, tratar-se-ia uma norma penal mais benéfica ao réu, que, a teor do artigo 5º, XL, da Constituição Federal, deve retroagir para beneficiá-lo.

Assim, os três primeiros dias de reclusão, de caráter temporário ou definitivo, de qualquer uma das pessoas privadas de liberdade no país, constituiriam o marco inicial para fins de cálculo da remição ficta da pena a ser concedida, ainda que o cárcere tenha começado antes do referido entendimento, desde que seja possível comprovar a existência de uma declaração de vontade contemporânea ao período encarcerado, comprovada por qualquer meio idôneo, sem formalismos desnecessários, a exemplo de requisição de trabalho ou reclamação motivada pela sua inexistência, feita perante a autoridade administrativa da unidade prisional, bem assim de pleito judicial de concessão da remição ficta que tenha sido julgado improcedente.

Em qualquer hipótese, a declaração de vontade será sempre requisito necessário para obtenção virtual do benefício, diante da negação à concepção de dever do trabalho prisional, bem assim da imposição de falta grave em decorrência de seu inadimplemento. Isso porque, o labor, concebido apenas como direito do encarcerado, pode ser recusado, sem a imposição de sanção em decorrência do seu não exercício. Nesse caso, contudo, não fará jus a remição presumida da pena.

A esse respeito, pertinentemente preleciona Luiz Antônio Bogo Chies:

Nada obsta, pois, que num mesmo estabelecimento penitenciário apenados possam ter acesso à remição sem que outros adquiram esse direito em face de sua não adesão às atividades laborais ou pedagógicas oportunizadas. E aqui salientamos que, apesar da alegada obrigatoriedade do trabalho do apenado, entendemos ser legítima sua recusa de adesão a atividades laborais quando aquele justificar não serem as mesmas compatíveis com suas “aptidões e capacidade” (artigo 31 da LEP), não havendo, nesse caso, infração a dever e disciplina, mas também, então, estando desautorizada a remição, uma vez que não há omissão do Estado no oferecimento da atividade.¹⁶⁵

Registre-se ainda que, no âmbito da remição penal, a retroatividade de normas já foi aplicada, anteriormente, na nova redação do artigo 127 da LEP, que previu a limitação da perda dos dias remidos em 1/3 (um terço) do total no caso de prática de fato grave¹⁶⁶.

Neste ponto, convém tratar a respeito da remição ficta de presos que supostamente são impossibilitados de laborar pela existência de condição subjetiva específica, notadamente, de cumprir pena sob o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, disciplinado no artigo 52 da LEP.

Em síntese, o RDD é uma forma especial de cumprimento de pena, imposta ao preso provisório ou condenado, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança da unidade prisional ou da sociedade, bem assim que pratique fato previsto como crime doloso, que repercuta subversivamente na ordem ou disciplina internas, bem assim “sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”¹⁶⁷.

No âmbito do julgamento do HC n.º 124.520/RO, além da inaplicação da remição ficta, fundada na imprescindibilidade do trabalho para o desenvolvimento do “processo ressocializador” do recluso e nos impactos desconhecidos que a decisão

¹⁶⁵ CHIES, Luiz Antônio Bogo. 2002. *Ibidem*, p. 554.

¹⁶⁶ Cf. STJ, HC 259263/SP, 5ª T., j. 18-12-2012; STJ, HC 209414/RS, 6ª T., j. 4-12-2012; STF, HC 110566/SP, 2ª T., j. 28-2-2012.

¹⁶⁷ Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: [...] § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. BRASIL, República Federativa do. **Lei Nº 10.792**. 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.

poderia causar no sistema prisional brasileiro, discutiu-se também que as características peculiares do RDD impossibilitariam o exercício de qualquer labor, uma vez que o paciente esteve sujeito ao Regime Disciplinar Diferenciado durante o período em que requereu a aplicação da remição ficta.

Entre tais singularidades, consoante os incisos do artigo 52 da LEP, estão o recolhimento em cela individual pela duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por outra prática de fato doloso que culmine em subversão da ordem ou disciplinas internas, bem assim visitas semanais de duas pessoas e saída diária da cela, para banho de sol, ambas por apenas duas horas.

Não parece haver, portanto, óbice ao desempenho de trabalho interno, nada obstante não seja possível afirmar o mesmo com relação ao trabalho externo, uma vez que sua prestação, a teor do *caput* do artigo 37 da LEP, está vinculada à aptidão, disciplina e responsabilidade do recluso, o que, em tese, se incompatibiliza com o encarcerado que pratica crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, além do cumprimento mínimo do quantum de 1/6 (um sexto) da pena.

Assim, inexistindo a exigência dos referidos requisitos para o labor intramuros, disciplinado no artigo 31 da LEP, a rigor, não há previsão legal que fundamente, a título exemplificativo, a afirmação realizada pelo Ministro Alexandre de Moraes, no âmbito do julgamento do HC n.º 124.520/RO, segundo o qual a transferência para um presídio federal de segurança máxima, notadamente, em RDD, não é permitido o trabalho¹⁶⁸, questionada pelo Relator, Ministro Marco Aurélio, que autorizou a remição também nesses casos, sob o fundamento de que o trabalho não tem que ser necessariamente externo¹⁶⁹.

Logo, constata-se que não se pode afastar a remição ficta sequer dos reclusos que se encontram ou já estiveram sujeitos ao RDD, pois permanecem no rol de titulares do direito ao trabalho, em virtude deste não lhe ser retirado pela sentença condenatória.

Por fim, a concessão de dias remidos pela ausência de trabalho deverá ser cessada a partir da disponibilização dos meios para o trabalho ou, quando, ainda

¹⁶⁸ Cf. STF. HC n.º 124.520/RO.

¹⁶⁹ Cf. STF. HC n.º 124.520/RO.

que não disponível, o preso retire a declaração de vontade de que pretende trabalhar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A categorização de autores das correntes doutrinárias favoráveis e contrárias à remição ficta da pena, cuja possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro constituiu a problemática do presente trabalho, permitiu a identificação de quatro principais argumentos que fundamentam a inaplicabilidade do referido instituto remicional.

Argumentou-se que a remição virtual da pena não apresenta expressa previsão legal e que sua aplicação violaria o princípio constitucional da isonomia. Aduziu-se ainda que, não sendo possível aos cidadãos desocupados pleitear judicialmente, do Estado, o direito fundamental ao trabalho, tampouco seria possível que os reclusos o fizessem. Ademais, a declaração falsa de labor configuraria o crime de falsidade ideológica.

Entretanto, após concretizada a análise dos argumentos acima, à luz das contribuições teóricas do ramo do saber criminológico crítico, as referidas razões obstativas apresentadas não merecem guarida.

A respeito da inexistência de expressa previsão legal, concluiu-se pela possibilidade de interpretar analogicamente, *in bonam partem*, o *caput* do artigo 126 da LEP, o que já foi feito anteriormente pela jurisprudência, na ocasião em que o vocábulo trabalho foi interpretado de modo a abranger também as atividades estudantis.

De outro vértice, constatou-se a ocorrência de uma violação ao princípio constitucional da isonomia, que não se deflagra com a concessão de remição pela atividade laboral e pelo seu não desenvolvimento a reclusos distintos, mas, ao revés, quando o Estado oportuniza a um a possibilidade de remir dias da pena pelo exercício do trabalho e não o faz a outro, tampouco compensando-o por sua omissão.

Desconstruiu-se também a noção de injusticiabilidade do direito ao trabalho prisional, uma vez que este deve ser tutelado de forma diferenciada pelo Estado, em razão da completa dependência do recluso de uma prestação positiva para concretizá-lo, o que não ocorre com os cidadãos livres e desocupados, que dispõem da liberdade necessária para ir à procura do empregador ou para atuar no mercado de trabalho autônomo.

O último argumento doutrinário suscitado diz respeito à configuração do crime de falsidade ideológica, que também não foi acolhido. Isso porque a caracterização do tipo penal insculpido no artigo 299 do CP exige a declaração falsa de labor, o que não ocorre no âmbito da remição ficta, cuja premissa básica para aplicação é o reconhecimento da inexistência de labor. Ademais, indicou-se que já há uma hipótese de remição ficta devidamente autorizada pela LEP que tampouco configura o delito de falsidade ideológica.

Por outro lado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a análise de três acórdãos possibilitou a identificação de dois principais fundamentos pela inaplicabilidade do instituto remicional, que dizem respeito à exigência de efetivo trabalho em razão do labor atuar como instrumento do “processo ressocializador” do recluso, bem assim de que a decisão pela aplicação poderia impactar significativamente no sistema prisional.

O primeiro deles, a respeito da necessidade do efetivo trabalho porque o labor atua como instrumento de “processo ressocializador”, foi rechaçado diante da constatação de que inexistente um “processo ressocializador” em curso durante a pena privativa de liberdade, cumprida em um ambiente aculturador e desculturador.

Além disso, concluiu-se que a produção de impactos significativos no sistema prisional não pode isentar o Pretório Excelso da responsabilidade de guarda da Constituição Federal, razão pela qual, diante da omissão do Estado em concretizar direitos fundamentais e políticas públicas já definidas pela Carta Magna, deve atuar para protegê-la, reconhecendo o direito à remição ficta, independentemente dos impactos que poderão vir a ser produzidos na sociedade e no sistema prisional.

Por fim, considerando-se que não subsistiram óbices à remição presumida da pena, foram tecidas breves considerações acerca da fixação de critérios a serem utilizados em seu eventual cabimento, determinando-se, notadamente, que o reconhecimento da remição ficta deve ocorrer nos mesmos trâmites processuais e termos da remição pelo trabalho efetivamente exercido. Além disso, tendo em vista que sua aplicação tratar-se-ia de norma penal mais benéfica ao réu, deverá ter efeitos retroativos, nada obstante seja necessário, por se conceber o trabalho somente enquanto direito, e não como dever, que o recluso tenha manifestado, contemporaneamente ao período em que pleiteia a remição, sua vontade de

trabalhar ou insatisfação com a ausência do labor, uma vez que se compreende que o encarcerado não pode ser penalizado pela recusa ao trabalho e tampouco penalizado com o reconhecimento de falta grave por isso.

6. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Rui Carlos Machado. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Atlas, 1991.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Seqüência, Florianópolis, v. 16, n. 30, 1995.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 out 2019.
- BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p.10227, 13 jul. 1984. Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 17 out 2019
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – junho 2017**. Brasília, 2019.
- BRASIL. Poder Executivo. **Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal**. Mensagem 248, de 1983, Brasília, DF.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 178.149/SP**, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 19 out. 2011

Direito; HC n.º 94.550/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC n.º 100.545/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **RHC 124775**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014

BUENO, Alessandra da Silva. **Trabalho Penitenciário: competência material justrabalhista – análise à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004**. p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 41-42.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Prisão: tempo, trabalho e remição. Reflexões motivadas pela inconstitucionalidade do artigo 127 da LEP e outros tópicos revisitados**. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2002.

COELHO, Sérgio Neves. SILVEIRA, Daniel Prado da. **Execução penal: breves considerações sobre a remição de pena**. São Paulo: Justitia. [s/d].

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador: JusPodivm, 2015.

Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 23911, 31 dez. 1940. Seção 1.

DELFIM, Marcio Rodrigo. **Breves considerações a respeito da remição da pena pelo trabalho, estudo e leitura**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 17-18.

DIAS FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: um direito fundamental**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006, p. 188.

Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7259/1/MariaHemiliaFonseca.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **Da remição da pena privativa de liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 623.

GUIMARÃES, Lélia. **O trabalho do penitenciário e seus efeitos jurídicos**. Revista LTr: São Paulo.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Banch Derecho, 1989, p. 148-149.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 94.

JARDIM, Lícia Bonesi. **O trabalho do recluso como fora de neo-escravidão: uma reflexão a partir da criminologia crítica**. Revista de Estudos Criminais – Ano XI – Nº 49. São Paulo: Síntese, p. 161.

JUNIOR CUNHA, Dirley. **Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais**. 2015. Disponível em: <<https://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior.>>

Acesso em: 28 nov. 2019.

LEAL, João José. **Algumas questões polêmicas acerca da remição penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Lei Estadual n.º 7.226, de 11 de maio de 1978. Dispõe sobre os regimes penitenciários do estado, na forma da Lei Federal n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, e dá outras providências. Diário Oficial [de] Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 12 Mai. 1978, p. 03. Disponível em: <<http://www.leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-7226-1978-minas-gerais-dispoe-sobre-os-regimes-penitenciarios-do-estado-na-forma-da-lei-federal-no-6-416-de-24-de-maio-de-1977-e-da-outras-providencias>>

Acesso em: 25 out. 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MATOS, Lucas Vianna. **Cárcere e Trabalho: um olhar crítico sobre o discurso jurídico tradicional**. 2014. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal da Bahia. 119p. Salvador, 2014.

MINAS GERAIS. **Lei Estadual n.º 7.226, de 11 de maio de 1978**. Dispõe sobre os regimes penitenciários do estado, na forma da Lei Federal n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, e dá outras providências. Diário Oficial [de] Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 12 Mai. 1978, p. 03. Disponível em: <<http://www.leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-7226-1978-minas-gerais-dispoe-sobre-os-regimes-penitenciaris-do-estado-na-forma-da-lei-federal-no-6-416-de-24-de-maio-de-1977-e-da-outras-providencias>> Acesso em: 25 out. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 12ª ed.** – revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 528-529.

MORAIS, Maria da Graça. **A Redenção das penas pelo trabalho: breve notícia de um sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

NOMIZO, Silvia Leiko. **Direito fundamental ao trabalho: o problema da efetivação e judicialização das políticas públicas**. Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017, p. 971. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1228>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

PENNA, Flávia Chaves Nascimento Brandão. **TRABALHO PRISIONAL E REMIÇÃO FICTA. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**. [S.l.], v. 4, n. 6, p. 179-231, jun. 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em: <<http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/95>> Acesso em: 19 out. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal: parte geral**. V.I. 2.ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

RIBEIRO, Celio dos Santos. **Do direito fundamental ao trabalho, da remição e da possibilidade de remissão em execução penal**. Revista Justiça do Direito, 2014.

RIBEIRO, Celio dos Santos. **Do direito fundamental ao trabalho, da remição e da possibilidade de remissão em execução penal**. Revista Justiça do Direito, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SAMPAIO, Felipe. **Juristas estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros**

Disponível em: <<https://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>> Acesso em: 28 nov. 2019.;

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil**. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. 160 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMIDT, Andrei Zankner; NETO, Tapir Rocha. **Não há remição da pena em hipótese em que o condenado deixa de trabalhar ou estudar em virtude da omissão do Estado em fornecer tais atividades**. Teses jurídicas dos Tribunais Superiores: direito penal, v. 9, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 43, n. 141, 2016.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Bookseller, 2001, p. 180.

SILVA, João Carlos Carvalho da. **Considerações acerca da função da pena a partir de uma abordagem criminológica**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 9, p. 103-119, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/113>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

Tema 477 da Repercussão Geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?i>

ncidente=5377135&numeroProcesso=1116485&classeProcesso=RE&numeroTema=477#> Acesso em: <10 nov. 2019>.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho: uma re-construção normativa do direito ao trabalho**. Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 1013-1036, set. /dez. 2016.

WANG, Marx William. **Remição ficta da pena pelo trabalho: uma discussão acerca da sua aplicabilidade aos detentos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas em São Luís – MA**. Trabalho de conclusão de curso. Maranhão: 2015, p. 15.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 60

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.