

**FACULDADE DE DIREITO – UFPR
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLITICA CRIMINAL - ICPC**

**O ENGÔDO DA REMIÇÃO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL:
TEMPO TRABALHADO NO PRESENTE E TEMPO
PERDIDO NO FUTURO**

Curitiba, 2008

JEANE CARLA FURLAN

**O ENGÔDO DA REMIÇÃO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL:
TEMPO TRABALHADO NO PRESENTE E TEMPO
PERDIDO NO FUTURO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em
Direito Penal e Criminologia ministrado pelo Instituto de
Criminologia e Política Criminal – Faculdade de Direito -
UFPR, sob a orientação do Professor Doutor Juarez Cirino
do Santos.

BANCA

EXAMINADORA

CONCEITO FINAL

**Curitiba
2008**

INCONGRUÊNCIA

“Uma fantástica incongruência, o sistema prisional, a pena de prisão, suas justificativas, seu manejo, sua ideologia, sua prática, sua ausência de sentido. Porém, mais que incongruência, uma loucura meta-humana: sua proliferação, sua exasperação, seu endurecimento. Sua vulgarização, sobretudo.

Augusto Thompson

SUMÁRIO

RESUMO	V
RESUMEN	VI
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	3
REMIÇÃO DA PENA PELO TRABALHO DO CONDENADO: CONCEITO, FINALIDADE, HISTÓRICO	3
1.1 CONCEITO	3
1.2 SENTIDO SEMÂNTICO	4
1.3 SENTIDO JURÍDICO-LEGAL	7
1.4 FINALIDADE	10
1.5 HISTÓRICO	11
1.6 O SURGIMENTO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL	16
1.7 A LEP E O QUADRO PENITENCIÁRIO	18
1.8 NATUREZA JURÍDICA	23
1.9 CONCESSÃO DA REMIÇÃO	24
1.10 REMIÇÃO NOS REGIMES PRISIONAIS E NA MEDIDA DE SEGURANÇA	27
1.10.1 A PROVA DOS DIAS REMIDOS	27
CAPÍTULO 2	27
FALTA GRAVE E A PERDA DOS DIAS REMIDOS	29
2.1 CONCEITO	29
2.1.2. A GRADAÇÃO DAS FALTAS E A VIDA INTRAMUROS	30
2.1.3 PROCEDIMENTO PARA SUA APURAÇÃO	35
2.1.4 A DECLARAÇÃO DOS DIAS REMIDOS	36
2.1.5 RECURSO	41
2.2 DIREITO AO TRABALHO NA LEP	44
2.2.1 O TRABALHO COMO DIREITO SOCIAL	45
2.2.2 O TRABALHO, A EDUCAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	47
2.2.3 OBRIGATORIEDADE E FACULTATIVIDADE DO TRABALHO NA EXECUÇÃO DA PENA	53

2.2.4 DOCTRINA PREDOMINANTE.....	54
CAPÍTULO 3.....	57
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127 DA LEP QUE PREVÊ A PERDA DOS DIAS REMIDOS PELO COMETIMENTO DE FALTA GRAVE.....	57
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	57
3.2 CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127 DA LE.....	58
3.3 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127 DA LEP.....	61
3.4 NÃO RECEPTIVIDADE DO ART. 127 DA LEP PELA CF.....	68
3.5 POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA PELO APROVEITAMENTO DO ART. 127 DA LEP MEDIANTE TÉCNICA INTERPRETATIVA	69
3.6 INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA NOS CASOS EM QUE JÁ HOVE SENTENÇA DECLARANDO A REMIÇÃO.....	72
3.7 DA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS	73
3.8 PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS NA EXECUÇÃO.....	77
3.8.1 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA EXECUÇÃO PENAL.....	78
3.8.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	82
3.8.3 Princípio da Humanidade.....	83
3.9 DECRETAÇÃO DA PERDA DOS DIAS REMIDOS E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE	86
3.10 PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DO ART. 127 COMBINADO COM ART. 129 DA LEP FRENTE A CF.....	87
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 92
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	97
ANEXO	103

RESUMO

Relata a remição da pena dentro da execução penal, seu conceito, finalidade, natureza jurídica e histórico, prova e concessão. Em segundo lugar trata da falta grave e da perda dos dias remidos, sua apuração e a sentença que declara sua perda. Enfoca o direito ao trabalho e à educação na Constituição e na execução da pena. Por fim, analisa a (in)constitucionalidade do art. 127 da Lep, a posição dos tribunais e da doutrina a esse respeito. A cláusula *rebus sic stantibus*; os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena e sua violação quando da decretação da perda dos dias remidos face o cometimento de falta grave. Também uma posição alternativa de aproveitamento da norma mediante técnica interpretativa.

RESUMEN

Relata la redención de la pena dentro de la ejecución penal, su concepto, finalidad, naturaleza jurídica y histórica, prueba y concesión. En segundo lugar trata de la falta grave y de la pérdida de los días redimidos, su apuración y la sentencia que declara su pérdida. Enfoca el derecho al trabajo y a la educación en la Constitución y en la ejecución de la pena. Finalmente, analiza la (in)constitucionalidad del art. 127 de la Lei de Ejecución Penal, la posición de los tribunales y de la doctrina a ese respecto. La cláusula *rebus sic stantibus*, los principios constitucionales de la proporcionalidad y de la individualidad de la pena y su violación cuando decretada la pérdida de los días redimidos frente al cometimiento de falta grave. Así también una posición alternativa de aprovechamiento de la norma mediante técnica interpretativa.

INTRODUÇÃO

Este estudo nasceu com o intuito de questionar, levar a um outro raciocínio, repensar algumas decisões e posturas incessantemente repetidas na jurisprudência em matéria de execução penal e, mais especificamente, o instituto da remição que, sob o nosso ponto de vista, muito tem se distanciado do princípio da dignidade da pessoa humana, que, em regra, deveria ser o “astro rei” na execução da pena e não um simples satélite.

Nosso objetivo é levantar determinadas questões para que o operador do direito não seja ou continue sendo apenas um “manipulador do sistema positivo [...] “mas o conhecedor das relações humanas [...] sem esquecer nunca que a norma jurídica é, ou deveria ser, o resultado da realidade social”.¹ Que um Juiz ao decidir sobre a liberdade ou não de um homem, não leve em conta apenas o fato criminoso que ele cometeu, mas o seu futuro e como ele estará quando for colocado em liberdade.

No primeiro capítulo, além de conceituar o instituto e dar-lhe finalidade, faremos um retrospecto histórico desde seu nascimento, na Espanha (em 1937), até a consolidação da Lei de Execução Penal, mediante aprovação da lei em 1974. Também discorreremos a respeito da realidade prisional brasileira e apresentaremos alguns dados estatísticos da evolução do número de presos no Brasil nos últimos anos. Também vamos nos deter um pouco, no procedimento a ser observado para concessão da remição e sua prova.

Depois, mais adiante, no segundo capítulo, iremos abordar a falta grave propriamente dita, seu conceito e gradação, bem como a maneira como são declarados os dias remidos. O trabalho e a educação como direitos sociais e o exercício dos direitos fundamentais. Mais especificamente, a respeito da obrigação do Estado em ofertar ao preso o direito ao trabalho e a facultatividade deste face a liberdade de escolha. Acrescentamos, ainda, o posicionamento doutrinário dominante.

Por fim, no terceiro e último capítulo, discorreremos sobre a perda dos dias remidos face o cometimento de falta grave e a maneira como a doutrina e a jurisprudência vem enfrentando a dubiedade na redação do artigo 127 da Lei de Execuções Penais. Deter-nos-emos na

¹ MELO, Orlando Ferreira de. *Hermenêutica Jurídica: Uma reflexão sobre novos posicionamentos*. Itajaí: Editora da Univali. 2001.213p

corrente que defende a aplicação pura e simples do referido artigo, sem ver nele qualquer inconstitucionalidade, face a condicionariade da *cláusula rebus sic stantibus*. Depois, mais adiante, falaremos sobre a outra posição que abriga o entendimento à luz da inconstitucionalidade do artigo 127, face a violação dos princípios constitucionais do direito adquirido, coisa julgada e individualização da pena e, por último, abordaremos uma posição intermediária, que procura defender a aplicação do art. 127 da LEP, sob a ótica da hermenêutica, aproveitando a norma.

Ainda, discorreremos a respeito do princípio da individualização da pena na execução penal e a maneira como ele deve ser enfrentado pelo Juiz da Execução, realçando o verdadeiro *status* que possui na Constituição, como Princípio que é, no ponto mais alto do sistema jurídico.

Por fim, teceremos algumas considerações a respeito da utilização de uma interpretação sistemática do art. 127 da LEP, que inobstante a precariedade do seu enunciado, pode ser aproveitado, enquanto não ocorre alteração legislativa, usando-se o princípio da proporcionalidade e o princípio da individualização da pena numa integração com outros artigos da Lei de Execução Penal, para aplicar-se uma sanção mais adequada ao condenado quando ele tiver cometido falta grave, dosando-lhe a sanção eqüitativamente.

CAPÍTULO 1

REMIÇÃO DA PENA PELO TRABALHO DO INDIVÍDUO CONDENADO: CONCEITO, FINALIDADE, HISTÓRICO

1.1 CONCEITO

Na doutrina brasileira² existem diversas formas de conceituar o instituto da remição. A grande maioria entende que se trata de um *direito* do indivíduo condenado. Para alguns é prêmio, benefício. Por sua complexidade, verificada ao longo do estudo, tratamos de elaborar um conceito provisório de remição a partir da pesquisa doutrinária que poderá ser, ao final, modificado ou ratificado, conforme as conclusões forem sendo formadas. Neste raciocínio entendemos que, como está descrito na Lei de Execução Penal, o indivíduo condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena e a contagem será feita na razão de um dia de pena por três de trabalho³.

Haveremos de questionar se todo o indivíduo condenado tem direito à remição ou somente aqueles em regime fechado e semi-aberto. Indagar também se declarada judicialmente a remição poderá ser revogada por decisão do juiz da execução penal em face do cometimento de falta grave ou se a sentença que os declarou faz coisa julgada e seus efeitos não podem ser

² Da leitura de Julio Fabrini Mirabete, Haroldo Caetano da Silva, Rui Carlos Machado Alvim, Rodrigo de Abreu Fudoli.

³ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

§1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1(um) dia de pena por 3(três) de trabalho.

§2º O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição.

§3º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

cassados, por aplicação do art. 5.º inciso XXXVI da CF. Ainda, conforme a falta cometida, se os dias remidos podem ser cassados na proporção da gravidade da falta, agora com ênfase na violação dos princípios constitucionais que essa decisão evidencia.

1.2 SENTIDO SEMÂNTICO

Para Rodrigo de Abreu Fudoli⁴, a palavra *remir* vem do latim *redimere* que significa tirar do cativeiro, compensar, reparar, ressarcir, recuperar-se de uma falta, reabilitar-se.

Remissão ou remição (do latim *remissione*) significa compensação, paga, misericórdia, clemência, indulgência, perdão, lenitivo, alívio, consolo.⁵

Alguns autores usam a grafia *remissão* (com dois ss) e outros *remição* (com ç) ou usam as duas (ss e ç) para querer referir-se à mesma coisa. Entretanto, com a vênia dos demais, no caso em estudo, a grafia que adotaremos é *remição* (com ç). No direito não podemos usar expressões técnicas com sentidos diversos, sob pena de criarmos verdadeira confusão vocabular e de significados. Temos na riquíssima língua portuguesa palavras homófonas⁶ e homógrafas⁷. Este esclarecimento é necessário para não conduzir o intérprete a equívocos quando quiser referir-se a este ou àquele instituto.

⁴ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. 287p.

⁵ PADUANI, Célio César. *Da Remição na Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. 131p.

⁶ palavras que possuem a mesma pronúncia, grafia semelhante mas significados diversos

⁷ palavras grafados e pronunciados de forma idêntica porém com significados diversos

Remissão (com dois “ss”) aparece em diversas áreas do nosso direito. O verbo é remitar, derivado do latim *remittere*, que quer dizer perdoar, indultar, ceder, devolver, restituir, desistir, suspender, não exigir, renunciar. No direito civil significa perdão de dívida ou ônus. No Estatuto da Criança e do Adolescente significa exclusão do processo por ato do Ministério Público antes de iniciado processo judicial ou pelo juiz após seu início (art. 128). Já no Direito Penal a remissão tem dois sentidos: no primeiro significa perdão da pena (perdão judicial). No indulto pode ser parcial ou integral. Pode ainda representar o perdão judicial na falta de aplicação da pena em razão do agente e das consequências do delito.⁸

Remição com (com ç) significa liberação, resgate. Do verbo remir, do latim *redimere*, que significa resgatar, pagar, liberar, livrar. Já no Direito Civil é o direito de o devedor resgatar integralmente a coisa ou bem que lhe pertence, ou seja, não pode ser parcial, ao contrário da execução penal, em que o resgate pode ser de apenas uma parte da pena.

Rodrigo de Abreu Fudoli⁹, ao referir-se às várias espécies de remição, comenta:

No âmbito do Direito Civil, o vocábulo remição integra o Direito das Obrigações. É o direito do devedor de se desonerar ou de resgatar coisa ou bem, que lhe pertence, ou ainda a faculdade do proprietário antigo da coisa de readquiri-la ou de reavê-la. Note-se que a remição no Direito Civil, nunca será parcial, em razão da indivisibilidade da garantia real (penhor ou hipoteca): ou bem o devedor resgata, pelo pagamento, todo o débito, ou então nada resgata. No Direito de Execução Penal, ao reverso, a remição será sempre parcial.

⁸FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p.41

⁹FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p.43

A remição, na seara Processual Civil, encontra-se prevista em dois momentos, em cada qual com um significado diferente. Na primeira oportunidade em que o Código de Processo Civil emprega o termo (art. 651) denota o ato de resgatar, tempestivamente, coisa própria antes de arrematada ou adjudicada em hasta pública, mediante o pagamento correspondente à dívida, acrescido de juros, custas e honorários advocatícios. Já no segundo momento (art. 787-790), citado Código o faz designando a ordem judicial expedida em processo de execução contra devedor insolvente, em favor do cônjuge, descendente ou ascendente, determinando o resgate da coisa arrematada ou adjudicada na hasta pública. O objetivo é o de propiciar que o bem pertencente ao devedor permaneça no seio familiar.

Por fim existe a remição no âmbito do Direito de Execução Penal. Está prevista na Lei de Execução Penal (art. 126-130). (...) Trata-se da compensação da pena do condenado em regime fechado ou semi-aberto, à proporção de um dia de pena por três de trabalho, declarada pelo juízo da execução, ouvido sempre o 'órgão do Ministério Público. É um direito do condenado."

Em conclusão, se houvesse a Lei de Execução Penal empregado o termo remissão, estaria o operador jurídico diante de um instituto aplicado em benefício do condenado, por graça e benesse do Estado. No entanto, a grafia utilizada foi outra: falou-se em remição (art. 126 da Lei n.º 7.210/84), que em suas raízes etimológicas, traduz um direito. Ou seja, já não se trata de se deixar ao alvedrio estatal a concessão ou não da remição. Como direito subjetivo público que é a remição, uma vez prestado o trabalho pelo condenado, fará ele jus à diminuição da pena aplicada, não sendo legítimo ao Juiz perquirir de outros elementos como a adequação ou recomendabilidade social da medida, a gravidade do crime perpetrado, ou ainda a ressocialização do condenado, para o deferimento do pedido reconhecimento do tempo remido.

Para encerrar a distinção e análise etimológica da palavra devemos estar seguros de que remição não significa outra coisa para nós, senão o dever de o Estado de abater da pena os dias efetivamente trabalhados, na proporção de três por um, como determina a Lei de Execução Penal, sem que para isso seja perquirida qualquer outra condição ou atributo de ordem objetiva ou subjetiva. É dever do Estado e direito do indivíduo preso.

1.3 SENTIDO JURÍDICO-LEGAL

Embora saibamos que os direitos não atingidos pela sentença condenatória não deveriam ser violados, diariamente observamos que os próprios agentes do Estado, encarregados de acompanhar a execução da pena, reduzem o indivíduo condenado a uma subcategoria que ao entrar na prisão vai perdendo aos poucos o que ainda lhe restara, como dignidade, hombridade, valores, princípios morais e coragem. Está na prisão como se lá não tivesse direito a nada. Direitos fundamentais negados pelo próprio Estado que não lhe dá a mínima condição humanitária para cumprimento da condenação, a começar por ter, no mínimo, três refeições diárias, um lugar higienizado para dormir, um banheiro, trabalho e lazer. Tudo isso letra morta na Lei de Execução Penal, nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da Organização das Nações Unidas- ONU e em qualquer outra Resolução do Conselho Penitenciário Nacional. Utopia na lei. Realidade em nossas prisões.

Entretanto a prisão é um “mal necessário”, como anotou César Barros Leal¹⁰, e a remição da pena por qualquer tipo de trabalho é, na verdade, a última esperança do indivíduo condenado, é o que o anima no cárcere, é a razão de enfrentar o cativeiro com os olhos voltados para o dia em que será liberto. Poder trabalhar e diminuir sua pena significa reapropriar-se de sua

¹⁰ LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. Del Rey. Belo Horizonte: 1998.

liberdade, de seu corpo, de sua dignidade, do contato com sua mulher, filhos, parentes e amigos, quando ainda não os perdeu, enfim, é a (re)dignificação do ser humano.

Rui Carlos Machado Alvim¹¹, ao comentar sobre a polêmica que debate o instituto da remição, dando-lhe também como finalidade a reinserção social, pontua:

O objetivo da remição é exclusivamente aquele que se propõe na letra da lei, e em sua vontade, espelhada na Exposição de Motivos: reduzir, pelo trabalho, a pena privativa de liberdade. Posição, aliás, que se encontra a meio caminho de um sistema repressivo mais radical, já acenante pela Europa e pelos Estados Unidos: a substituição da pena pelo trabalho.

Enfatiza Alvim¹², no contexto da Lei de Execução Penal que: “O único requisito condicionador do direito à remição da pena privativa de liberdade é a efetiva prestação do trabalho.”

Na sua precisa conceituação ainda leciona:

Aliás, à luz de um perfeito rigor técnico, a efetiva prestação do trabalho não se põe como exigência condicionante do benefício da remição; será a própria contraprestação do direito à remição: será a obrigação que, uma vez satisfeita, dará nascimento àquele direito.

Mais adiante:

Se se compreende uma finalidade embutida, de caráter secundário, na aceitação pelo Direito brasileiro da remição, passa ela ao longe, muito longe, da reinsertão: é mais imediata, prática e realista, porquanto absorvida pelo próprio universo prisional. Busca findar o ócio (‘tempo morto’) reinante nas prisões, primordial motivo gerador de tensão e desesperança, incentivando o preso com a única causa ainda capaz de comovê-lo: o aceno mais rápido às ruas da liberdade.

¹¹ ALVIM, Rui Carlos Machado. *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*. Atlas, São Paulo: 1991.

¹² ALVIM, Rui Carlos Machado. *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*. Atlas, São Paulo: 1991. p. 80

Ainda:

Vincular(...) a remição – direito do condenado à reinserção social – interesse da sociedade – traduz a insinuação de que o direito à remição somente se concretizará desde que demonstrada, conjuntamente à prova dos dias trabalhados, a readaptação do interessado.¹³

Jaison Albergaria¹⁴, ao contrário de Alvim, entende que: “A remissão parcial da pena pelo trabalho é uma causa de exclusão da pena. Se o condenado está recuperado antes do fim da pena, a parte restante lhe seria inútil”.

Na concepção de Albergaria, a concessão da remissão (grafia do autor com ss) está condicionada a dois fatores: um de natureza objetiva (trabalho efetivo) e outro de natureza subjetiva (readaptação social do delinqüente). Acrescenta ainda que o trabalho não é requisito fundamental e exclusivo para remição, pois o requisito principal e fundamental é a readaptação social do condenado.

Essa posição de Albergaria amolda-se ao sistema condicionado de concessão da remição adotado no México e na Espanha. No Brasil adota-se o sistema automático (empírico). Neste o mecanismo é puramente matemático, bastando o efetivo trabalho e naquele exige-se, além do trabalho, a efetiva reinserção social por parte do indivíduo condenado.

Chies¹⁵ observa que ao Estado é vedado deixar de conceder a remição, tendo o detido trabalhado, considerando-se o fato de que trabalho efetivado corresponde a direito de obter do Estado a contraprestação legal, qual seja a quitação dos dias remidos. Nesse diapasão, salienta:

Uma vez realizado o trabalho pelo apenado vedado será ao Estado “inadimplir” com a contraprestação devida por força do instituto da remição. Trata-se, pois,

¹³ALVIM, Rui Carlos Machado. *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*. Atlas, São Paulo: 1991. p. 81

¹⁴ ALBERGARIA, Jason. *Manual de Direito Penitenciário*. Aide. Rio de Janeiro: 1993. 212p.

¹⁵ CHIES, Luiz Antonio Bogo. *Prisão: Tempo, Trabalho e Remição. Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do art. 127 da LEP, in Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. CARVALHO, Salo (Org). Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro: 2002. p.658.

como sua própria denominação indica, de um instituto, de um direito, de natureza objetiva que não admite condição subjetiva para sua perfectibilização.

Entretanto, a maioria dos doutrinadores nacionais que tratam dessa matéria entende que a remição atende ao pressuposto objetivo qual seja a efetiva prestação do trabalho e subjetivo, (não cometimento de falta grave), ambos atendendo ao caráter ressocializador dado ao trabalho pela Lei de Execução Penal, fato com o qual não podemos concordar.

Adicionar outro requisito para concessão da remição, como não cometimento de falta grave ou bom comportamento carcerário, nas míseras condições em que estão cumprindo pena os indivíduos condenados, é sujeitá-los a uma condição impossível de cumprimento. É justamente negar-lhes o direito à remição. É impedir o acesso ao direito de obter sua liberdade em menor espaço de tempo, diminuindo o período de reclusão.

1.4 FINALIDADE

Carmem Silvia de Moraes Barros¹⁶, ao escrever a respeito do caráter da remição, ensina-nos que:

A remição de penas tem a finalidade de flexibilizar a execução das penas privativas de liberdade, tem indubitável caráter individualizador, tendo-se a individualização como adaptação da pena abstrata – qualitativa e quantitativamente – ao delinqüente real. A remição é, pois, forma de individualização da pena que tende a diminuir a severidade da intervenção penal e reduzir os efeitos dessocializadores da pena privativa de liberdade, ao possibilitar a volta mais rápida do preso ao convívio social.

Discordamos da idéia de que a remição tenha por finalidade a reeducação, reinserção, ressocialização do condenado ou qualquer palavra que se queira vincular a ela neste matiz. Embora o instituto tenha sido concebido com esta finalidade, atualmente seu real objetivo tem sido apenas reduzir o montante da pena, mediante trabalho, como aliás está expresso no art. 126 da Lei de Execuções Penais.

¹⁶ BARROS, Carmem Silvia de Moraes. *A individualização da pena na LEP*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2001. 256p.

1.5 HISTÓRICO

A justificativa da pena não é uma questão religiosa nem filosófica, dizia Muñoz Conde, mas sim “uma amarga necessidade de seres imperfeitos, como são os homens.”¹⁷

A remição como forma de abreviação da pena pelo trabalho nasceu na Espanha, durante a guerra civil, por obra do General Franco, em 1937. Originalmente dizia-se *la redención de las penas por el trabajo*.

Durante a guerra o número espantoso de prisioneiros fez com que a Espanha nacionalista construísse um rosário de cárceres, prisões, prisões provisórias, “depósitos humanos” e campos de concentração.¹⁸

A vida dos prisioneiros nos campos de concentração e nos cárceres era fácil de se imaginar. Empilhamento de pessoas, fome, doenças, maus tratos, falta de higiene, arbitrariedades preenchiam o dia a dia dos infortunados. Aquele preso que não recebesse um pacote de comida de sua família ou dinheiro para comprar sortimentos na prisão, com certeza acabava morrendo. Muitos cárceres e campos de concentração ficaram famosos por terem estabelecido suas “comunidades”, uma forma de dividir entre todos os companheiros o que recebiam de suas famílias (gêneros alimentícios em especial).¹⁹

Tem-se notícia de que o “empilhamento” de seres humanos chegava ao ponto de corriqueiramente dizerem que estavam “como sardinhas em lata”. Em celas do cárcere de El Coto, por exemplo, que media dois por três (seis metros quadrados) havia quatorze presos²⁰.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.101-102

¹⁸ Revista Astúrias Republicana – Divulgación de la Historia del Movimiento Republicano y su Ideario. *La Libertad es un bien muy preciado. El destino de los prisioneros: Campos de concentración. Batallones de trabajadores cárceles.* In www.asturiasrepublicana.com/libertad7.html

¹⁹ *La Libertad es un bien muy preciado. El destino de los prisioneros: Campos de concentración. Batallones de trabajadores y cárceles.* In <www.asturiasrepublicana.com/libertad7.html>

²⁰ *La Libertad es un bien muy preciado. El destino de los prisioneros: Campos de concentración. Batallones de trabajadores e cárceles,* in <www.asturiasrepublicana.com.br>

A falta de higiene era total. Não havia chuveiros, somente algumas precárias latrinas, incapazes de sumir com os detritos produzidos por toda aquela massa humana. Às vezes retiravam-se os resíduos com baldes. Pragas de piolhos e percevejos infestavam toda a prisão. A água era escassa e chegava a faltar totalmente e sua potabilidade era sempre duvidosa. Para piorar essa situação, às vezes, chegava uma ordem para fechar as janelas e o ar se tornava irrespirável. A fome debilitava as defesas do organismo. A falta de higiene provocava epidemias e o aglomeramento e ausência de ventilação provocavam o contágio, então a mortandade era imensa.²¹

A semelhança do tratamento daqueles prisioneiros com os de hoje, com poucas diferenças, não nos impressiona.

Haviam cárceres e campos de concentração nos quais os presos morriam como mosca. Não sei se haviam planejado a eliminação de presos criando condições especiais para que adoecessem e morressem. O certo é que as condições de vida dos presos nos cárceres, nos campos de concentração e nos batalhões de trabalhadores dependiam, sobretudo, do diretor, a ordem superior dos mesmos, do capelão e, em menor grau dos chefes e guardiães.²²

As doenças foram para muitos presos outras condenações de morte, daquelas que como um cruel ataque, não puderam se livrar. A mortalidade nos cárceres foi sempre muito elevada, e no ano de 1941 e em algumas prisões, em particular, alcançou cotas de extermínio.²³

Em abril de 1937, as autoridades franquistas aprovaram uma lei que reconhecia o direito ao trabalho dos prisioneiros de guerra e presos políticos. Se lhes pagava duas pesetas diárias, das quais se retinha uma e meia; se o preso era casado legalmente e a família residia na zona

²¹ Revista Astúrias Republicana – Divulgación de la Historia del Movimiento Republicano y su Ideario. *La Libertad es um bien muy preciado. El destino de los prisioneros: Campos de concentración. Batallones de trabajadores cárceles.* In www.asturiasrepublicana.com/libertad7.html

²²Revista Astúrias Republicana – Divulgación de la Historia del Movimiento Republicano y su Ideario. *La Libertad es um bien muy preciado. El destino de los prisioneros: Campos de concentración. Batallones de trabajadores cárceles.* In www.asturiasrepublicana.com/libertad7.html

²³ Revista Astúrias Republicana – Divulgación de la Historia del Movimiento Republicano y su Ideario. *La Libertad es um bien muy preciado. El destino de los prisioneros: Campos de concentración. Batallones de trabajadores cárceles.* In www.asturiasrepublicana.com/libertad7.html

nacionalista, era entregue para sua mulher. A história da Inspeção dos Campos de Maio de 1938 diz que o número de prisioneiros passava de 160.000, é difícil saber se esta respeitável cifra era a quantidade total de presos na zona nacionalista ou, como eu me inclino a pensar, nela não estava incluído os condenados em conselho de guerra que cumpriam pena em Pamplona, Burgos e Porto de Santa Maria, nem os presos civis fechados em prisões dependentes de Instituições Penitenciárias, nas tropas e quartéis da polícia e guarda civil e nos calabouços dos municípios.²⁴

A lei que criou originariamente a remição (redención de la pena por el trabajo) não teve nenhum histórico social reparador para o preso, ao contrário, seu objetivo era fazer com que os presos (políticos e de guerra) construíssem ou (re)construíssem aquilo que haviam, com a rebelião, contribuído para destruir. Era uma reparação de danos pelo trabalho.²⁵

O padre jesuíta José A. Pérez Del Pulgar, que ostentava o cargo de “vocal Del Patronato Central para la Redención de Penas por el Trabajo,” é a quem alguns especialistas atribuem a implantação dessa modalidade de regime penitenciário na Espanha. Segundo ele era justo que o prisioneiro trabalhasse por si próprio

²⁴SUEIRO, Daniel. *La Verdadera Historia del Valle de los Caidos*. Madrid: Sedmay Ediciones. 1977. p.47, tradução livre da autora.

²⁵ (tradução livre da autora) Hubo cárceles y campos de concentración en los que los presos morían como mosca. No sé si habrían planificado la eliminación de presos creando las condiciones precisas para que enfermasen y se muriesen. Lo cierto es que las condiciones de vida de los presos en las cárceles, en los campos de concentración y en los batallones de trabajadores dependían, sobre todo, del director o mando superior de los mismos, también del capellán y, en menor medida, de jefes y guardianes.

Las enfermedades fueron para muchos presos otras condenas de muerte de las que como sí de una cruel repesca se tratase, no se pudieron librar. La mortalidad en las cárceles fue siempre muy elevada, en el año 1941 y en algunas prisiones en particular alcanzó cotas de exterminio.

En Abril de 1937, las autoridades franquistas aprobaron una ley que reconocía el derecho al trabajo de los prisioneros de guerra y presos políticos. Se les pagaba dos pesetas diarias, de las que se les retenía una con cincuenta céntimos; si estaba casado legalmente y a familia residía en la zona nacionalista, se le entregaba a la mujer dos pesetas diarias y otra peseta más por cada hijo menor de quince años.

Aunque en la memoria de la Inspección de Campos de Mayo de 1938 se dice que el número de prisioneros pasaba de 160.000, es difícil saber si esa respetable cifra era la cantidad total de presos en la zona nacionalista o, como yo me inclino a creer, no se incluía a los condenados en consejo de guerra que cumplían condena en Pamplona, Burgos y Puerto de Santa María, ni a los presos civiles encerrados en cárceles dependientes de Instituciones Penitenciarias, en las “chekas” de Falange, en comisarías y cuarteles de la policía y Guardia Civil y en los calabozos de los Ayuntamientos. Por esas mismas fechas, estuvo estudiándose un proyecto para trasladar a la isla de Annobón, isla de diecisiete kilómetros cuadrados situada en la Guinea Ecuatorial, a todos los presos condenados a entre veinte y treinta años de cárcel, y a los catalogados como inadaptables o peligrosos.

e por um trabalhador livre, para reparar os danos que a sua contribuição na revolução marxista tinha causado contra o Estado e contra a Sociedadade.²⁶

O Decreto 281, chamado de “Decreto de Burgos”²⁷, estabeleceu como e quais os prisioneiros que tinham direito de trabalhar, excetuando, obviamente, aqueles sobre quem pendiam acusações graves, diz textualmente que “não haverá de ser concedido pelo estado Novo aos prisioneiros revolucionários”²⁸

Salienta Sueiro que o direito ao trabalho para o apenado era autorizado ou não a juízo de determinada autoridade. Relata que esse direito ao trabalho poderia ser autorizado ou denegado por determinada autoridade, se anunciava de caráter nitidamente temporário e se fazia uma abstração em seu enunciado daqueles prisioneiros sobre os quais recaíam acusações graves. Os afortunados, que conseguissem enquadrar-se nos “requisitos”, receberiam uma certa quantidade de “pesetas” diárias, em geral, quatro. Este direito se atribuía unicamente, conforme mencionado no Decreto de Burgos, àqueles que parecessem “aptos” para serem “canalizados” para um sistema de trabalho que representasse uma vantagem positiva.²⁹

O próprio Perez Del Pulgar classificou a idéia de “nova e genial”, atribuída, naturalmente, ao Caudilho. O ministro da Justiça daquela época, don Esteban Bilbao, na cerimônia de abertura dos Tribunais, celebrada em setembro de 1940, teria dito: “Esta idéia saiu do Caudilho e está denominada a ter uma grande transcendência”³⁰

Um aparente alento para diminuir a superpopulação carcerária da época (trabalho prisional) escondia um forte cunho religioso e político-ideológico, como podemos observar de uma ordem ministerial de 7 de outubro de 1938: “o melhoramento espiritual e político das famílias dos presos e deles próprios”.³¹

O objetivo principal do Patronato Central para a Redenção das Penas pelo Trabalho consistia em “começar a executar um

²⁶ SUEIRO, Daniel. *La Verdadera Historia del Valle de los Caidos*. Madrid: Sedmay Ediciones. 1977. p.47, tradução livre da autora

²⁷ Anexo 1

²⁸ SUEIRO, Daniel. *La Verdadera Historia del Valle de los Caidos*. Madrid: Sedmay Ediciones. 1977. p. 47, tradução livre da autora.

²⁹ SUEIRO, Daniel. *La Verdadera Historia del Valle de los Caidos*. Madrid: Sedmay Ediciones. 1977. p.50, tradução livre da autora

³⁰ SUEIRO, Daniel. *La Verdadera Historia del Valle de los Caidos*. Madrid: Sedmay Ediciones. 1977. p.50, tradução livre da autora Idem. Ob.cit. p.48.

³¹ SUEIRO, Daniel. *La Verdadera Historia del Valle de los Caidos*. Madrid: Sedmay Ediciones. 1977. p.50, tradução livre da autora

enorme trabalho de arrancar dos presos e seus familiares o veneno das idéias de ódio e antipatriotismo – a educação dos filhos dos prisioneiros na educação dos reclusos inculcando-lhes respeito à Deus e amor à Pátria”.

Mais adiante Perez Del Pulgar³² comenta o benefício:

[..] não é possível, sem tomar as devidas precauções, devolver à sociedade, ao meio social, elementos condenados, pervertidos., envenenados política e moralmente, porque seu reingresso na comunidade livre e normal espanhola, sem mais nem menos, representaria um perigo de corrupção e de contaminação para todos, junto com o fracasso histórico da vitória alcançada a custa de tanto sacrifício.

Para levar a cabo a implantação desse “resgate” foram constituídas juntas locais nos vilarejos onde residiam as mulheres e filhos dos apenados trabalhadores, condenados em delitos “*no comunes*”. Nessa Junta tomava assento o prefeito do povoado, cargo que recaía num afiliado de duas Organizações locais, o padre e um vogal de livre nomeação. Não se pode esquecer que a esmagadora maioria dos condenados eram por crime político.³³

Nessa disposição se estabelecia, para “*remição*”, dois dias de pena para cada um de trabalho, que foi ampliado, em 1943, para seis dias de pena para cada um de trabalho, ficando finalmente estabelecida a regra contida no art. 100 do Código Penal Espanhol, pela qual dois dias de trabalho redimiriam três de condenação.³⁴

Convém ressaltar que no início dos anos 40 ainda se discutia o número de presos nos cárceres espanhóis. Alguns acreditam que existia uma população carcerária de aproximadamente meio milhão de pessoas e outros insistem que chegava a setecentos mil.

O Decreto 281 de 28 de maio de 1937, também chamado Decreto de Burgos, editado nos anos fermentantes da guerra nacionalista espanhola, tinha destino certo, para pessoas certas, com uma exclusão categórica dos “*prisioneiros revolucionários*” (leia-se presos políticos), como é possível observar.³⁵ A prisão e a condenação eram efetuados não por crimes de sangue ou de outra natureza, mas pelas idéias revolucionárias, manifestadas pelos “*criminosos*”. Não havia nada de

³²SUEIRO, Daniel. *La Verdadera Historia del Valle de los Caídos*. Madrid: Sedmay Ediciones. 1977. p.51, tradução livre da autora

³³SUEIRO, Daniel. Ob cit. p.52

³⁴SUEIRO, Daniel, Ob.cit. p.53

³⁵Anexo 1

humanizante ou ressocializador. A questão era puramente político-ideológica.

Naquela época também havia presos que poderiam prestar trabalho externo, primeiro em favor do Estado, em licitações municipais e também em obras privadas, desde que o Ministério da Justiça declarasse de utilidade pública o local. Neste último caso a empresa pagava à chefatura do Serviço das Prisões o salário do preso que deveria ser integral. Entretanto, ao repassá-lo ao prisioneiro, o Estado retirava o subsídio para aqueles que tinham direito e o remanescente era incorporado à Fazenda. No caso dos prisioneiros contratados por empresas particulares, tinham elas o poder de demiti-los, como se fossem trabalhadores livres e, caso isso ocorresse, o recluso despedido perderia o direito à remição da pena.³⁶

Enfim, da Espanha veio a idéia de compensar o indivíduo preso pelos dias trabalhados descontando-os de sua pena, o que exatamente acontece em nosso sistema atual, além do castigo.

1.6 O SURGIMENTO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

No Brasil nada existia especificamente a respeito de execução Penal até a promulgação da Lei de Execução Penal em 1974. Havia um “vazio legislativo” entre as etapas de aplicação e de execução das penas e medidas de segurança. A primeira tentativa de se ter uma lei para a execução ocorreu em 1933, quando surgiu o anteprojeto do Código Penitenciário da República. Foi encaminhado ao Congresso e “sepultado” devido ao golpe de 1937. Em 1957 a tentativa se repetiu, desta vez liderada por Oscar Stevenson, mas também malogrou. Em 1961, uma das metas do governo de Jânio Quadros consistiu na adequação dos diplomas fundamentais de direito positivo e, apesar de sua renúncia, os processualistas convidados a elaborar o anteprojeto do Código Penal, Processo Penal e Código de Execução Penal apresentaram o fruto de seu trabalho em 1963.³⁷

³⁶ SUEIRO, Daniel. Ob. cit. p.55

³⁷ DOTTI, René Ariel. Execução Penal no Brasil: Aspectos Constitucionais e Legais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: vol. 664, fev, p.239-249, 1991

O golpe militar de 31.03.1964, que manteve o país sob a limitação dos direitos e garantias individuais, cerceou os debates a respeito das propostas de reforma, restringindo-as ao âmbito Universitário, Ordem dos Advogados e outras instituições. O desligamento espontâneo de Roberto Lyra da Comissão de elaboração do Anteprojeto para o Código das Execuções sucumbir a tentativa de implantação de um sistema específico para regular a execução das penas e medidas de segurança. Em uma carta dirigida ao Ministro da Justiça, Milton Campos, Roberto Lyra viu aplacado seu desejo de instituir um sistema para regular a execução das penas. Àquela época, com a regra inserida na Constituição de 1946 (art. 5º, inciso XV, alínea “b”) havia uma “superstição” de que somente a União podia editar regras sobre regime penitenciário e esse dispositivo foi usado durante os anos 50 e 60 como obstáculo para que o país tivesse uma lei federal de execução.³⁸

Vigorava a Lei 3.274 de 02.10.57 que regulamentava a matéria e não era nada mais, nada menos do que uma transposição das regras mínimas da Organização das Nações Unidas – ONU de 1955, limitando-se à reedição de princípios e regra sobre a individualização da pena, garantias dos presos, livramento condicional, classificação de condenados, enfim, regras gerais.³⁹

Nos anos 70 e 80 diversas tentativas foram feitas com o objetivo de regulamentar os estabelecimentos penais. Uma Comissão Parlamentar de Inquérito (1975/1976) colheu relatos e radiografou os pontos crônicos de um sistema superlotado e caótico. O relatório da investigação realizado pela Câmara dos Deputados, constitui, segundo Ibrarim Abi-Akel,⁴⁰ “o maior libelo da história do penitenciarismo brasileiro.” Nessa conjuntura surgiu a lei 6.416 de 24. 05. 1977, que introduziu mudanças no Código Penal, Processo Penal e Lei das Contravenções Penais. Sua maior preocupação foi atacar o problema da superlotação carcerária. Por isso ampliou as hipóteses de sursis e livramento condicional, instituindo os regimes de execução de pena (aberto, semi-aberto, fechado) e implementou a possibilidade de prisão albergue, dentre outras.⁴¹

Entretanto, segundo Dotti⁴², “sua vigência abriu profundas contradições e gerou graves defeitos quando delegou às leis

³⁸ DOTTI, René Ariel. Execução Penal no Brasil: Aspectos Constitucionais e Legais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: vol. 664, fev, p.239

³⁹ DOTTI, René Ariel. Ob.cit. p.240

⁴⁰ Apud DOTTI, René Ariel. Ob.cit. p. 241

⁴¹ DOTTI, René Ariel. Ob.cit. P.241

⁴² DOTTI, René Ariel. Ob.cit. P.241

locais e aos provimentos do Conselho Superior da Magistratura (ou órgão equivalente) matérias de extrema importância no quadro da execução.”

Salienta o autor supra citado, referindo-se funcionamento do sistema sob a égide daquela legislação:

“As nefastas conseqüências resultantes daquele “direito doméstico” logo foram sentidas. O procedimento de execução das penas e medidas de segurança ingressou numa desesperada e caótica situação de desigualdades e injustiças, na medida em que algumas unidades da Federação estabeleciam, ao contrário de outras, a legislação local de natureza complementar aos princípios e regras constitucionais e legais.”⁴³

Em 1984 a Lei de Execução Penal, veio reagir contra a insegurança nas prisões, garantindo a judicialização para regular os conflitos existentes na seara da execução das penas e medidas de segurança, preenchendo o *hiato de legalidade* entre as jurisdições de julgamento e de execução.⁴⁴

1.7 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O QUADRO PENITENCIÁRIO PARANAENSE

A LEP procurou garantir os direitos dos presos não alcançados pela sentença, mas ainda não conseguiu ser aplicada por inteiro. Mesmo hoje, há mais de 20 anos de sua promulgação, nem todos seus artigos foram implementados, tome-se como exemplo o art. 203 e seus parágrafos.⁴⁵

No que diz respeito mais especificamente ao Estado do Paraná, a população carcerária “catalogada” gira em torno de 11.209 (onze mil, duzentos e nove) presos e presas, incluindo-se apenados da Justiça Comum, Militar e Justiça Federal. Destes consta como inseridos no sistema com condenação criminal transitada em julgado 8233 (oito mil duzentos e trinta e três), dos quais 5262 (cinco mil, duzentos e sessenta e dois) condenados são primários e 2971 (dois mil, novecentos e setenta e um) são reincidentes; 2666 (dois mil seiscentos e sessenta e seis) são provisórios,

⁴³ DOTTI, René Ariel. Ob.cit. P.241

⁴⁴ DOTTI, René Ariel. Ob.cit. P.241

⁴⁵ Idem. Ob. cit.p.248

310 (trezentos e dez) estão cumprindo medida de segurança. O número de presos em cadeias públicas é de aproximadamente 8135 (oito mil, cento e trinta e cinco). Assim, ao todo são 16.368 (dezesesseis mil, trezentos e sessenta e oito) presos e presas.

Desses todos, apenas 4.169 presos têm acesso ao trabalho para efeitos de remição.⁴⁶ Ou seja, se considerarmos um universo de 8233 condenados, (sem contarmos presos internados e provisórios), a pouco mais de 50% dos encarcerados é disponibilizado o direito de poder remir sua pena pelo trabalho⁴⁷.

No Brasil, em pesquisa publicada no Jornal Folha de São Paulo⁴⁸, um levantamento feito em dezembro de 2003, pelo Departamento Penitenciário Nacional – Depen, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, constatou que o déficit de vagas no Sistema Penitenciário cresceu 118% entre 2002 e 2003. Segundo esse estudo, em um ano (2002/2003), o número de presos aumentou 29% (de 186mil para 240mil), enquanto as vagas cresceram apenas 13%(158mil para 179 mil) no mesmo período. Nesses dados não estão computados os presos nas carceragens da polícia civil.

Entre 1995 e 2003 a população carcerária do país dobrou. Em meados da década de 90, segundo fonte do Governo Federal⁴⁹, a população carcerária era de 148.760 detentos; no ano de 2003 eles chegaram a 308.304. São 187,7 presos para cada 100 mil habitantes, relação suplantada no continente americano pelos EUA, com seus 740 mil detentos por 100 mil. A reportagem publicada revela que:

Os números são preocupantes, mas o cenário se torna ainda mais sombrio quando se verifica que o país apresenta um déficit de 122 mil vagas em estabelecimentos penitenciários, ou seja, essa quantidade de pessoas é mantida presa em locais inadequados para o cumprimento das penas, como as abarrotadas cadeias das delegacias de polícia.

⁴⁶ Dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário do Estado do Paraná, baseado em dados estatísticos de dezembro de 2007, disponível na página, <<http://www.pr.gov.br/depen/>>

⁴⁷ Observe-se que não se pode dar cientificidade a estes números porque a Secretaria de Segurança Pública do Paraná não informa com exatidão.

⁴⁸ Jornal Folha de São Paulo circulou em 14/02/2004 caderno Cotidiano, artigo de Mario Hugo Monken, disponível na página <<http://www.uol.com.br>>, cuja metodologia empregada não está disponibilizada no site.

⁴⁹ Jornal Folha de São Paulo, circulou 14/07/04, sessão editorial – opinião. p. A2.

Com suporte mais científico, temos a evolução do número de detentos no Brasil e no Paraná entre 1995/2003 (Abs. e por 100 mil) na recente publicação de Pedro Rodolfo Bodê de Moraes.⁵⁰

	Pop. Total Absoluto 1995	Pop. Total Absoluto 2000	6%	Presos absoluto 1995	Presos absoluto 2003	Presos por 100/hab. 1995	Presos por 100/hab. 2000	6%
Brasil	155.822.200	169.799.170	+9,0	148.760	284.989	95,5	168	+76,0
Paraná	8.712.800	9.563.458	+ 9,8	8.160	11.106	93,7	116	+23,9

Na obra do acima citado autor, também encontramos dados sobre o número de prisioneiros na América Latina, referentes à taxa de encarceramento por 100 mil/hab , relativos ao ano de 1997⁵¹.

Panamá	270
Honduras	170
Costa Rica	160
Salvador	160
Argentina	125
México	113
Equador	91
Nicarágua	84
Guatemala	59

O Brasil tem hoje, somando-se presos dos sistemas estaduais e federais o número assustador de 422.590 (quatrocentos e vinte e dois mil, quinhentos e noventa presos) inseridos no sistema penitenciário.⁵² A (in)evolução do número de presos pode ser vislumbrada no gráfico que ilustra a pesquisa feita pelo Ministério da Justiça, na qual temos em 2005 o número de 361.402 presos; em 2006 aumentou para 401.236 e encerrou 2007 com 422.590.

⁵⁰ BODÊ DE MORAES, Pedro Rodolfo. *Punição, Encarceramento e Construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*.IBCCrim.São Paulo: 2005.285p.

⁵¹ Idem. Ob.cit. p.283

⁵² Dados coletados do site do DEPEN catalogados em dezembro/2007

No Paraná essa (in)evolução pode ser comparada entre os anos de 2006 e 2007, dados mais recentes. Na pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça, no sistema nacional de informação penitenciária estão incluídos os presos de regime fechado, aberto e semi-aberto, provisório, medidas e segurança, de homens e mulheres.

DEZEMBRO 2006⁵³

Regime Fechado

Homens: 5.903

Mulheres: 185

Total: **6.088**

Regime Semi-Aberto

Homens: 1.478

Mulheres: 106

Total: **1.584**

Regime Aberto

Homens: 7.440

Mulheres: 1.286

Total: **8.726**

Provisório

Homens: 1.328

Mulheres: 132

Total: **1.460**

Medida de Segurança

Homens: 280

Mulheres: 19

Total: **299**

Total de Estabelecimentos: **20**

População do Sistema Penitenciário: **18.157**

Vagas do Sistema Penitenciário: **8.426**

Secretaria de Segurança Pública: **8.718**

População Prisional do Estado: 26.875

DEZEMBRO 2007

Regime Fechado

Homens: 6.175

Mulheres: 210

Total: **6.385**

Regime Semi-Aberto

Homens: 1.752

Mulheres: 96

Total: **1.848**

Regime Aberto

Homens: 8.413

Mulheres: 1.095

Total: **9.508**

Provisório

Homens: 2.523

Mulheres: 143

Total: **2.666**

Medida de Segurança

Homens: 291

Mulheres: 19

Total: **310**

Total Estabelecimentos: **23**

⁵³ Dados coletados no site do DEPEN www.depen.gov.br

População do Sistema Penitenciário: 20.717

Vagas do Sistema Penitenciário: 11.675

Secretaria de Segurança Pública: 8.135

População Prisional do Estado: 28.852

Ao comentar o aniversário de 20 anos da LEP, em artigo intitulado “Vinte anos de vã esperança”, Rogério Lauria Tucci⁵⁴ observa com muita propriedade a aplicação daquela lei, dizendo:

Decantada como uma das mais avançadas dos povos civilizados, na ocasião em que editada, impunha-se, a rigor, como modelo perfeito e acabado de instrumento delineador do procedimento penal executório. (...) E passando a vigor, foi recepcionada com a mais entusiástica esperança de seus fatores e da sociedade brasileira. Ledo engano, todavia.... Realmente, diversificados e importantes fatores, a partir da falta de vontade política para sua correlata e precisa implantação, contribuíram para que ela, efetivamente, não vingasse.

Além do que, a essa triste realidade, outras, de igual relevância, foram, cada vez mais intensamente, acrescidas, e das quais cumpre destacar: a) a grande e (até que ponto, não se sabe...)insuperável morosidade da Justiça Criminal; b) a falta de estabelecimentos prisionais, hospitalares e ambulatoriais adequados, em número suficiente ao recolhimento, à internação e ao tratamento dos condenados; c) as péssimas condições das instalações desses estabelecimentos, afrontosas, inclusive, da dignidade da pessoa humana; d) a desenfreada corrupção de administradores de estabelecimentos penais e de seus agentes penitenciários; e) a criminalidade violenta, crescente (inclusive no interior desses próprios estabelecimentos) diuturnamente; e, f) a falta de destinação de verbas orçamentárias específicas, pelo menos razoáveis, ao sistema penitenciário.

Somando-se a tudo isso a incapacidade de nossos governantes para solucionar os variegados (sic) problemas que se apresentam no tocante à segurança pública, à normalidade da vivência nos estabelecimentos penais, e à regularidade da execução, em seus mais diversos aspectos, não nos podemos furtar à constatação (triste e lamentável constatação!) de estarmos diante de um verdadeiro e insuportável caos!

Apesar da passagem do tempo, ainda hoje se vê, no dia a dia que os princípios constitucionais esculpidos no anteprojeto da LEP não foram efetivados. Não se pode dizer que inexista desvio ou excesso na execução e muito menos que dignidade e humanidade são premissas básicas do sistema penitenciário brasileiro.

⁵⁴TUCCI, Rogério Lauria. *Vinte Anos de Vã Esperança*. São Paulo: Boletim do IBCCRIM n.º140, 2004.

1.8 NATUREZA JURÍDICA

Quando se perquire a respeito da natureza jurídica de determinado instituto, pretende-se delimitar a sua pertinência no mundo jurídico.

Nesse sentido, podemos enquadrar a remição como direito subjetivo do condenado. É, portanto, dever da Administração (leia-se Estado) outorgar-lhe uma maneira de reduzir o tempo de encarceramento e individualizar ao máximo sua pena, com seu trabalho. Nas palavras de Rodrigo de Abreu Fudoli⁵⁵ “a remição é medida de descarcerização”. Apresenta-se positivada na Seção IV, art. 126 e seus parágrafos.

Discute-se muito ainda, mesmo após vinte anos de vigência, se sua finalidade é ressocializadora ou se tem caráter meramente redutor do cumprimento da pena.

Rui Carlos Machado Alvim⁵⁶, em artigo a respeito do tema, reitera incessantemente que “O objetivo da remição é exclusivamente aquele que se propõe na letra da lei, e em sua vontade, espelhada na Exposição de Motivos: reduzir, pelo trabalho, a pena privativa de liberdade”.

Diferentemente da maioria dos doutrinadores, ele afirma que a finalidade da remição não é ressocializadora nem promove a reinserção social, apenas contribui para “abreviação do regime prisional”.

A discussão a respeito desse aspecto da remição vem acompanhada de intenso fator ideológico, pelo que preferimos não nos alongar sobre ela neste estudo, bastando para nós o seu posicionamento no ordenamento jurídico, como direito subjetivo do apenado.

⁵⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Vinte Anos de Vã Esperança*. São Paulo: Boletim do IBCCRIM n.º140, 2004. p.2

⁵⁶ ALVIM, Rui Carlos Machado. *Execução Penal: O direito à remição da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, 287p.

1.9 CONCESSÃO DA REMIÇÃO

Está disposto no *caput* do art. 126 da lei de execução penal que “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo da execução da pena.” O trabalho, portanto, é um estímulo para correção, diminuindo-lhe o tempo de segregação, para que possa voltar à liberdade em menos tempo, além de colaborar, ainda, com a manutenção da disciplina intramuros.

Segundo Maria da Graça Moraes Dias⁵⁷, trata-se de um instituto completo, pois “reeduca o delinqüente, 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-a ao próprio esforço do apenado.”

Entretanto, nos dias de hoje, como acentua Carmem Silvia de Moraes Barros⁵⁸, citando acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, da lavra do Juiz Lagastra Neto, no agravo em execução 1.046.927/8, pouco se tem de ressocializante no cumprimento da pena.

O que ressalta no sistema penitenciário brasileiro – de forma indiscutível – é sua inépcia para se adequar a qualquer teoria que busque a humanização da reprimenda. Não há reeducação, condições dignas de sobrevivência, assistência física ou psicológica, envolvimento sério com laborterapia ou formação profissional. Em suma, com raras exceções, a prisão serve para conter as populações marginalizadas, econômica e moralmente. A desigualdade das ruas aplica-se ao sistema penitenciário: apenas os absolutamente desvalidos, também com raríssimas exceções – é que acabam encarcerados.[...] ⁵⁹

A remição, da maneira imposta pela Lei de Execução Penal, sugere a conclusão de que só pode ser concedida para trabalhos desenvolvidos no interior da unidade prisional, em estabelecimentos públicos, o que, na prática, não condiz com a nossa realidade. Ocorre que o Estado-administrador da execução não tem conseguido oferecer trabalho a todos os detentos insertos no sistema prisional, o que nos leva a reconhecer a possibilidade de remição na realização de trabalho externo,

⁵⁷ *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. Ob.cit. p.375

⁵⁸ BARROS, Carmem Silvia de Moraes. As modificações introduzidas nos arts. 6º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. n°48, p.179-193, 2004.

⁵⁹ BARROS, Carmem Silvia de Moraes. Ob. Cit. P. 184

oferecido por empresas privadas, desde que devidamente autorizado pelo Juiz e fiscalizado pelo agente ministerial (art. 68 da Lei de Execução Penal). O abatimento é feito na proporção de um dia de pena por três de trabalho (art. 126, parágrafo 1.º da Lei de Execução Penal).⁶⁰

Para efetuar-se a contagem do tempo remido existem duas interpretações paradoxais e não há pacificação no país sobre a matéria, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

A primeira delas, mais benéfica ao condenado, entende que o tempo de pena remida deverá ser somado à pena privativa de liberdade efetivamente cumprida, para fins de concessão de benefícios (progressões de regime, livramento condicional, indulto e comutação). Nesse sentido está indicando a alteração legislativa proposta do Anteprojeto de Lei apresentado ao Ministro da Justiça, convertido em Projeto de Lei n. 5075/2001, que tem a seguinte redação: “art. 128. O tempo remido será somado ao tempo de pena cumprida para a concessão de livramento condicional, progressão de regime e indulto.”

Entretanto, o Conselho Penitenciário Nacional posicionou-se acolhendo a segunda interpretação, menos benéfica ao condenado. Segundo ela o tempo de pena remido deverá ser abatido do total da condenação, e, a partir desse cálculo, seguirão as análises sobre concessão de benefícios aos condenados.

A divergência ocorre em função da dúbia interpretação dada à atual redação do art. 128 da Lei de Execução Penal, que diz: “O tempo remido será computado para a concessão de livramento condicional e indulto.”

Adotamos a primeira forma de contagem da remição, ou seja, somando-se os dias remidos ao tempo de pena cumprida, para todos os efeitos legais, usando-se a analogia *in bonam partem* com a detração penal, pois o indulto e o livramento condicional, ao serem estabelecidos, levam em conta o período de pena cumprida e não o de pena a cumprir, veja-se o art. 83 do CP em combinação com art. 111 da Lei de Execução Penal, também ajudada pela Exposição de Motivos da Lei de

⁶⁰ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º. A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.

§ 2º. O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 3º. A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

Execução Penal (item 132), que diz literalmente que a remição tem por intuito “*abreviar, pelo trabalho, parte do tempo de condenação*”.

Matematicamente pode-se fazer a prova da abreviação, conforme o exemplo abaixo:

Um indivíduo condenado à pena de 6 anos de reclusão em regime semi-aberto em crime comum, iniciou cumprimento da pena em 9 de junho de 2003. Trabalhou ininterruptamente durante 9 meses (até 9/3/2004). Para abreviar o tempo de cumprimento da pena a remição deveria ser somada ao tempo de pena efetivamente cumprida, então teríamos nove meses de pena e três meses de remição, perfazendo um ano de pena cumprida, com direito à progressão para regime menos rigoroso.

Por outro lado, se os dias remidos forem descontados da pena imposta, teríamos que descontar 3 meses dos 6 anos, que resultaria em 5 anos e nove meses. Para progressão, o condenado precisaria cumprir efetivamente 11 meses e cinco dias, mesmo tendo trabalhado regularmente durante todo o período. Logo a “abreviação” não se dá com o desconto dos dias remidos do total da pena imposta, ao contrário, alonga o período de encarceramento.

Essa conclusão só nos parece possível com a aplicação do princípio da legalidade na execução penal.

Portanto o único requisito para que o apenado tenha direito à remição é objetivo, ou seja, a prestação do trabalho, como também observa Alvim⁶¹.

Para Chies⁶²:

[...] a parcela da pena a ser abatida, o tempo de privação de liberdade a ser descontado via direito à remição, não se constitui num ato concessivo de perdão do Estado ao apenado (aquele quando do seu exercício do *jus puniendi*), mas sim na contraprestação legal previamente estipulada do Estado ao apenado originada pela demonstração de que este (inclusive realizando atos dependentes de sua vontade, e portanto ilegítimos de imposição Estatal) prestou objetivamente os requisitos da hipótese legal de previsão do instituto.

É imprescindível destacar que, nesse caso, a remição não é prêmio nem perdão, é direito, está ligada ao resgate da pena.

⁶¹ ALVIM, Rui Carlos Machado. *Execução Penal: O Direito à Remição da Pena*. RT. vol.606, abril. 1986. 287-294p.

⁶² CHIES, Luiz Antonio Bogo *Tempo, Trabalho e Remição. Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do art. 127 da LEP*. Ob.cit. p.658

1.10 REMIÇÃO NOS REGIMES PRISIONAIS E NA MEDIDA DE SEGURANÇA

De uma forma genérica, os indivíduos condenados a cumprir pena em regime semi-aberto ou fechado têm direito-dever ao trabalho.

Os indivíduos condenados, no regime aberto, devido à própria característica do regime, sem privação de liberdade, não podem remir a pena pelo trabalho, como prevê o art. 126 da Lei de Execução Penal.

Para o preso provisório (inclui-se com prisão em flagrante, preventiva ou pronúncia) o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento. Como a remição é instituto de execução, não é aplicável ao preso provisório.

Se porventura o preso vier a trabalhar, exercitando qualquer tipo de trabalho periódico, cremos que, da mesma forma que na detração, os dias trabalhados devem ser considerados como remidos, em caso de futura condenação.

Também a exclusão se dá aos presos que cumprem medida de segurança detentiva porque, quando internado para tratamento, o trabalho que realiza tem finalidade terapêutica.

1.10.1 A prova dos dias remidos

Para que o trabalho prisional possa ter efeito remicional, deve ser comprovado perante o juiz da execução penal.

A Lei de Execução Penal não determina nenhuma forma rígida de comprovação. Se o trabalho está sendo desenvolvido dentro do sistema prisional, a própria administração é competente para providenciar a forma de contagem, geralmente com portarias internas que disciplinam o preenchimento de formulários e o encaminhamento judicial para homologação.

Entretanto nada impede que a prova seja feita por declaração ou qualquer meio idôneo. Essa abertura dá-se pelo fato de que nem sempre o condenado cumpre pena dentro do sistema prisional,

estando obrigado a fazê-lo nas delegacias dos distritos policiais, por falta de vagas em presídio apropriado, e em regime diverso daquele ao qual fora condenado. Nesses casos, como não há portaria do diretor do estabelecimento penitenciário (porque cadeia não foi feita para cumprir pena), o delegado ou carcereiro têm emitido a declaração para efeito remicional. Também se admite que a declaração possa ser emitida por órgãos públicos ou empresas privadas, quando o preso trabalha fora da cadeia, normalmente em regime semi-aberto. Há necessidade, entretanto, de que ela seja pormenorizada com os dias efetivamente trabalhados e a carga horária diária.

A periodicidade do envio dos comprovantes dos dias remidos para efeito homologatório pelo juiz da execução deve ser mensal, na forma do disposto no art. 129, devendo ser entregue também mensalmente ao condenado a relação de seus dias remidos. E essa regra não é a toa, embora o inciso X do art. 66, tenha sido inserido pela Lei 10.713 de 14.08.2003. Justifica-se para que o condenado acompanhe a execução.

No próximo capítulo trataremos da questão referente ao cometimento de falta grave que implica na perda dos dias remidos. Trataremos de esclarecer a gradação das faltas, o procedimento para sua apuração, a sentença que os declara e o recurso cabível, bem como o direito ao trabalho na legislação executiva.

CAPÍTULO 2

FALTA GRAVE E A PERDA DOS DIAS REMIDOS

2.1 CONCEITO

Não há na doutrina um conceito específico para designar o que seja falta grave. Podemos defini-la como um comportamento contrário à disciplina interna dos presídios. A Lei de Execução Penal somente enuncia os comportamentos considerados como falta grave, mas não define o que seja falta disciplinar, apenas as classifica em leves, médias e graves, na forma do art. 49, remetendo à legislação local à especificação de quais seriam as leves e médias.⁶³

Comete falta grave o condenado que praticar as condutas enunciadas nos arts. 50 a 52 da LEP⁶⁴. Para nosso estudo é

⁶³ Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.

⁶⁴ Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do artigo 39 desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;

II - retardar injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;

III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do artigo 39 desta Lei.

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:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

relevante apenas a falta grave cometida por condenado a pena privativa de liberdade cumprida em regime semi-aberto e fechado.

2.1.2. A gradação das faltas e a vida intramuros

Não existe possibilidade de tratarmos da vida intramuros, do cumprimento de pena privativa de liberdade sem tecermos comentários a respeito do Princípio da Humanidade. Na obra de LUIS LUISI⁶⁵, quando se reporta ao princípio da humanidade, retratamos:

O Princípio da humanidade é, segundo o magistério de Hans Heirich Jescheck o postulado “reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade e consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana, - conforme escreve Eugênio Raul Zaffaroni, - que repousa o princípio em causa.

E podemos considerar absolutamente inacreditável e até impossível o cumprimento de uma pena longa e segregatória, sem que seja cometida falta disciplinar de qualquer grau, partindo-se do raciocínio da condição exclusiva e inigualável de cada ser humano, seu ânimo e humor, condição social, enfim. Pessoas que na cadeia são obrigadas a conviver e dividir o mesmo minúsculo espaço, com diversas espécies de personalidades nem sempre conciliáveis harmoniosamente entre si.

Nesse diapasão já afirmou outrora Augusto Thompson⁶⁶: quando escreveu com profundidade a respeito do sistema penitenciário e suas peculiaridades

Homens que revelaram inaptidão para agir dentro das normas, no regime permissivo da comunidade extramuros, devem mostrar obediência rigorosa ao regime altamente proibitivo da cadeia, cujo quadro artificial e multifário de

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 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. (NR) (Redação dada ao artigo pela Lei nº 10.792, de 01.12.2003, DOU 02.12.2003).

⁶⁵ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. 327p.

⁶⁶ THOMPSON, Augusto. *A questão Penitenciária*. 3ª ed. Forense. Rio de Janeiro: 1991. 148p.

comandos seria difícil de respeitar-se à risca, ainda pelo mais disciplinado dos cidadãos de bem.

Se o preso demonstra um comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente merece ser considerado como readaptado à vida livre.

De acordo com Carmem Silvia de Moraes Barros⁶⁷, a realidade do sistema penitenciário brasileiro tem sido o grande fator de dessocialização dos condenados.

Segundo Armida Bergamini Miotto⁶⁸, citada pela autora, para retornar à sociedade, não basta ao condenado reconhecer seu erro nem dispor-se a não tornar a delinquir. Nas palavras dela:

[...]enquanto ele esteve na prisão, o mundo fora dela teve sua evolução da qual ele não participou, tendo tido a sua própria, conforme a vivência prisional, e o convívio com os outros presos e o pessoal do estabelecimento. Daí resulta que ao mesmo tempo que ele se desajustava de sua família, da sua comunidade, e se desintegrava do convívio social, se ajustava à vivência prisional e se integrava no convívio prisional. Esse fenômeno é conhecido como *prisonalização*. Para não ocorrer prisonalização, é preciso que o preso tenha contatos com a comunidade externa, não só recebendo, ele, manifestações dela, como correspondência, visitas, notícias (pelos meios de comunicação), mas indo ele à comunidade[...]

Augusto Thompson⁶⁹ contempla criticamente as metas informais de regeneração a partir do encarceramento, da seguinte maneira:

À convicção arraigada de que o criminoso é internado na penitenciária para ser punido, intimidado e recuperado, corresponde a certeza tranqüila e inconcussa de que a via para obter tais fins é: impedir que o preso fuja; e manter em rigorosa disciplina a comunidade carcerária. Tal é o grau de importância emprestado a esses meios, tido como os únicos congruos para atingir as metas propostas, que a sociedade os eleva a uma posição de prevalência, relativamente aos próprios fins – ou seja, os meios transformam-se em fins e, mais, em fins prioritários. Disso resulta que os controles informais do mundo livre dirigem-se, predominantemente, no sentido de fiscalizar a satisfação dos alvos (nominalmente meios) segurança e disciplina, ao mesmo passo que afrouxam no que tange aos objetivos oficialmente reconhecidos.

⁶⁷ BARROS, Carmem Silvia de Moraes, As modificações introduzidas nos arts. 6º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal..Ob.cit. p187.

⁶⁸ Apud BARROS, Carmem Silvia de Moraes. Ob.cit. p. 185

⁶⁹ THOMPSON, Augusto. *A questão Penitenciária*. p.07

Fizemos esta breve introdução para ressaltar o quanto é difícil a vida carcerária, principalmente no que tange a cumprir uma pena longa, sem cometer faltas graves (no momento objeto de estudo).

A Lei de Execução Penal não gradua as faltas leves e médias, somente as graves. Remeteu ao legislador estadual sua positivação⁷⁰.

⁷⁰ No Estado do Paraná tem-se o Decreto nº 1276 de 31 de outubro de 1995, enumera as faltas leves, médias e graves como observamos abaixo:

Art. 60 As faltas classificam-se em leves, médias e graves.

Parágrafo Único - Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.

Art. 61 São consideradas faltas leves:

- I - atitude de acinte ou desconsideração perante funcionário ou visitas;
- II - emprego de linguagem desrespeitosa;
- III - apresentar-se de forma irreverente diante do Diretor, funcionários, visitantes ou outras pessoas;
- IV - desatenção em sala de aula ou de trabalho;
- V - permutar, penhorar ou dar em garantia, objetos de sua propriedade a outros presos, internado ou funcionário;
- VI - executar, sem autorização, o trabalho de outrem;
- VII - descuidar da higiene pessoal;
- VIII - descuidar da higiene e conservação do patrimônio do estabelecimento;
- IX - dissimular ou alegar doença ou estado de precariedade física para eximir-se de obrigações;
- X - comprar ou vender, sem autorização, a outros presos, internados ou funcionário;
- XI - portar ou manter na cela ou alojamento, material de jogos não permitidos;
- XII - produzir ruídos que perturbem o descanso e as atividades no estabelecimento;
- XIII - procrastinar, discutir cumprimento de ordem, ou recusar o dever de trabalho;
- XIV - responder por outrem a chamada ou revista, ou deixar de responder às chamadas regulamentares;
- XV - transitar pelo estabelecimento, manter-se em locais não permitidos ou ausentar-se, sem permissão, dos locais de presença obrigatória;
- XVI - proceder de forma grosseira ou discutir com outro preso;
- XVII - sujar pisos, paredes ou danificar objetos que devam ser conservados;
- XVIII - desobedecer aos horários regulamentares;
- XIX - descumprir às prescrições médicas;
- XX - abordar autoridade ou pessoa estranha ao estabelecimento, sem autorização;
- XXI - lavar ou secar roupas em local não permitido;
- XXII - fazer refeições em local e horário não permitidos;
- XXIII - utilizar-se de local impróprio para satisfação das necessidades fisiológicas;
- XXIV - conversar através de janela, guichê da cela, setor de trabalho ou local não apropriado;
- XXV - descumprir às normas para visita social ou íntima.

Art. 62 São consideradas faltas médias:

- I - deixar de acatar as determinações superiores;
- II - imputar falsamente fato ofensivo à administração, funcionário, preso ou internado;
- III - dificultar averiguação, ocultando fato ou coisa relacionada com a falta de outrem;
- IV - manter, na cela, objeto não permitido;
- V - abandonar, sem permissão, o trabalho;
- VI - praticar ato libidinoso, obsceno ou gesto indecoroso;
- VII - causar dano material ao estabelecimento ou coisa alheia;
- VIII - praticar jogo previamente não permitido;
- IX - abster-se de alimentação como protesto ou rebeldia;

Ocorre que são consideradas graves as seguintes condutas, de acordo com o art. 50 da Lei de Execução Penal, às quais nos restringimos por tratar de pena restritiva de liberdade, pois o art. 51 trata de falta grave ao condenado a pena restritiva de direitos. Dispõe a Lei de Execução Penal:

Art. 50 Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II- fugir;

III- possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV – provocar acidente de trabalho;

V – descumprir, no regime aberto, as restrições impostas;

VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta lei.

X - utilizar-se de outrem para transportar correspondência ou objeto, sem o conhecimento da administração;

XI - provocar, mediante intriga, discórdia entre funcionários, presos ou internados, para satisfazer interesse pessoal ou causar tumulto;

XII - colocar outro preso ou internado à sua submissão ou à de grupo, em proveito próprio ou alheio;

XIII - confeccionar, portar ou utilizar chave ou instrumento de segurança do estabelecimento, salvo quando autorizado;

XIV - utilizar material, ferramenta ou utensílio do estabelecimento em proveito próprio ou alheio, sem autorização;

XV - veicular, por meio escrito ou oral, acusação infundada à administração ou ao pessoal penitenciário;

XVI - desviar material de trabalho, de estudo, de recreação e outros, para local indevido;

XVII - recusar-se a deixar a cela quando determinado, mantendo-se em atitude de rebeldia;

XVIII - deixar de freqüentar, sem justificativa, às aulas no grau em que esteja matriculado;

XIX - maltratar animais;

XX - alterar ou fazer uso indevido de documentos ou cartões de identificação fornecidos pela administração, para transitar no interior do estabelecimento;

XXI - praticar ato definido como crime culposos;

XXII - portar, ter em sua guarda, ou fazer uso de bebida com teor alcoólico, ou apresentar-se embriagado.

Art. 63 São consideradas faltas graves:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir/ evadir-se;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - praticar fato definido como crime doloso;

VII - inobservar os deveres previstos nos incisos I e IV do Art. 39 da Lei de Execução Penal.

Narra o art. 39 , referido no item VI:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I – [...]

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

III – [...]

IV – [...]

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

VI a X – [...]

Uma política criminal de garantias recomenda que o legislador se valha apenas de dispositivos legais taxativos, claros e delimitados, para que se afastem ao máximo as possibilidades legais de um juiz estabelecer o verdadeiro alcance da norma. Por outro lado, esse desdobramento do princípio da legalidade serve para dar ao Poder Judiciário o recurso do controle do processo de produção de leis no Estado de Direito.⁷¹

Segundo Andrei Z. Schmidt,⁷² “toda polissemia legislativa acaba referendando o abuso hermenêutico, e isso tem ocorrido com frequência na execução penal brasileira”. Aponta o autor o caso mais grave na Lei de Execução Penal encontra-se na imensa abrangência da expressão contida no art. 50 da referida Lei.

O caso mais grave onde se verifica tal vício, sem dúvida, apresenta-se no art. 50, onde constam as faltas consideradas graves pela Lei 7.210/84. No inciso I(...), note-se que a amplitude da expressão subverter a ordem ou a disciplina”é tamanha que, no fundo, qualquer fato contraditório poderia, pela via da argumentação, ser considerado falta grave.?????

Chies nos relata fatos de aplicação de falta grave a prisioneiros que fizeram greve de fome, em protesto contra indeferimento de pedidos de remoção ou contra a morosidade da Justiça; ou porque recusaram-se a cortar os cabelos; outros foram enquadrados em falta grave

⁷¹ SCHMIDT, Andrei Zenker. *Hermenêutica na Execução Penal*. Ob. cit.p.115

⁷² Ibi. Idem. Ob cit.p.115.

e postos em isolamento celular e, por doze meses, não puderam receber “benefícios” como comutação, indulto, livramento condicional; outro foi punido por ter-se apresentado no presídio com sinais de embriaguez.⁷³

Essa enxurrada de punições têm entre si um único denominador comum: a elasticidade, a indeterminação das faltas e sua graduação, destacando-se, neste particular, o caráter regionalista e difuso dos costumes num país gigantesco como o nosso.

A vida na cadeia foi fartamente descrita por Drauzio Varela.⁷⁴

Recusar-se a comer ou a cortar os cabelos pode ser uma conduta facilmente enquadrada como “subversão da ordem”, e irá depender do “humor” do Diretor, mesmo que a comida seja de péssima qualidade ou se tenha direitos a ter cabelos longos. Se assim não fosse, nos presídios femininos deveriam também raspar os cabelos das mulheres; apresentar-se ao presídio no horário correto, mas embriagado, não pode ser fato punido com falta grave pois sequer o Estado proíbe a venda ou consumo de bebidas a maiores de 18 anos. E se o preso for reconhecidamente alcoolista, não seria inimputável (art. 26CP)? Poderia ser condenado administrativamente?⁷⁵ São os riscos de uma norma indeterminada.

2.1.3 Procedimento para sua apuração

A declaração dos dias remidos provoca alteração do título executivo judicial (sentença condenatória) e sua concessão ou revogação tem cunho eminentemente jurisdicional. Implica, ainda, em qualquer caso, a intervenção obrigatória do órgão ministerial e do defensor, sob pena de nulidade.

Inegavelmente na execução penal tem-se uma pretensão resistida. De um lado o Estado pretendendo o cumprimento da sanção judicial e de outro o condenado resistindo a esse cumprimento. Dito

⁷³ Ibi. Idem. Ob. cit. pág. 116

⁷⁴ VARELA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras. 1999. 297p

⁷⁵ SCHMIDT, Andrei Zenker. *Hermenêutica na Execução Penal*. Ob. cit.p.

conflito somente pode ser solucionado pela atividade jurisdicional, por meio de um processo.⁷⁶

Embora a execução penal tenha por finalidade o cumprimento do título executivo, seu desenvolvimento não é linear, caracterizando-se pela formação de diversos incidentes (progressão, indulto, livramento condicional, remição, enfim...). Cada um desses incidentes (pedidos) poderá ser iniciado, pelo juiz (de ofício), pelo condenado ou quem o represente, seu cônjuge, parente ou descendente, pelo seu defensor, pelo Ministério Público (seja na qualidade de parte ou não, pois sempre intervirá, mesmo que como *custus legis*), pelo Conselho Penitenciário ou autoridade administrativa(art. 195 da LEP) e possuem uma pretensão que na maioria das vezes sofre resistência por parte do outro sujeito (Estado).⁷⁷

Após o ajuizamento do pedido, serão ouvidos, em três dias, o condenado e o agente ministerial, quando não forem requerentes. Se necessário, será deferida produção de prova oral (com a oitiva do interessado) ou pericial, sempre figurando como imprescindível a intervenção do defensor, seja público ou constituído.

Quando um incidente é resolvido, o ato jurisdicional é uma sentença que põe fim ao conflito, revestida de todas as suas características no processo de conhecimento, decidindo o mérito.⁷⁸

2.1.4 A declaração dos dias remidos

Necessário sublinhar a importância da jurisdicionalização e agilidade na execução penal. Sabemos que a natureza jurídica da execução penal é um misto de direito administrativo, direito penal e processo penal, enfim, pode-se chamar “direito penitenciário”, uma atividade sempre complexa. Nela o papel do Juiz da Execução como propulsor do ajuste e adequação da pena ao condenado (personalizando-a) é fundamental. É imperativo que se tenha consciência de que o apenado não pode ficar à mercê dos “favores” do diretor penitenciário para dar-lhe sol, trabalho ou visitas íntimas, como se esses direitos pudessem ser

⁷⁶ FONSECA, André Gustavo Isola *et alli*. Considerações acerca da perda da remição prevista no art. 127 da Lei de Execuções Penais, in Revista Brasileira de Ciências Criminas IBCCrim. n.º24, 1998.

⁷⁷ Ibi Idem. Ob. cit. p. 93

⁷⁸ Ibi Idem. Ob. cit. p. 94

concedidos ou não ao seu livre arbítrio e como se já não estivessem todos previstos em lei.

Na fase executiva ocorrem modificações contínuas no título executivo (sentença), provocadas pela própria dinâmica do processo, por vezes no sentido progressivo, outras em sentido regressivo. Os pedidos de saída especial ou temporária, remição, enfim, as pretensões dos condenados corporificam-se processualmente por meio dos incidentes. Temos, então, a noção perfeita da mobilidade do título executivo, enquanto a pena não se dá inteiramente por cumprida, extinguindo-se a relação Estado-condenado, suportando ele, após o cumprimento de sua reprimenda, todos os efeitos sociais e jurídicos negativos da condenação.

Salientamos nossa discordância sobre a maneira como o sistema penitenciário está “implantado” em nosso País, muitas vezes com a blindagem da desinformação e da indiferença a cobrir os olhos, tanto do Poder Executivo quanto do Judiciário. O Legislativo também contribui para a polissemia, editando leis casuístas e com destinatários certos, para completar a confusão. Entretanto o caminho da indignação é longo e os cidadãos atingidos pela “malemolência” estatal não falam, apenas se rebelam e não votam, pois se votassem fariam grande diferença aos olhos do Poder.

Nessa linha de exclusão de direitos não poderia ser mais pertinente a colocação de Salo de Carvalho:⁷⁹

A ação política através da participação nas decisões da vida pública é um dos fatores que caracterizam a cidadania formal. Dado o fato de impossibilidade de reunião na ‘Ágora’, o instrumento de exercício da cidadania nas democracias representativas é o voto popular. No entanto, o art. 15, inc III da CR determina a suspensão dos direitos políticos decorrentes de condenação criminal transitada em julgado. Salutar indagação é qual a relação possível entre a condenação criminal e a perda, ainda que temporária, dos direitos políticos, senão excluir o condenado da vida pública, destituindo-lhe formalmente a cidadania e consolidando aquele estigma de apátrida.

E continua....

[...]Se a própria Constituição, norma fundante da ordem jurídica, do regime democrático e do modelo republicano, retira o *status civitatis* do condenado no plano das relações e decisões políticas, inevitável que o Estado-administração e o

⁷⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Porto Alegre: Lúmen Júris. 2002. 163p

Estado-juridição pulverizem esta máxima, legitimando o desrespeito cotidiano aos direitos fundamentais nas relações intra-muros.⁸⁰

Essencial, portanto, na seara da execução penal, que os direitos do preso sejam valorizados. Direitos que a Sociedade teima em negar ou mascarar.

O que temos hoje no sistema jurídico penal é uma política imobilizante, excludente, segregacionista e uma execução lenta, que não está interessada em enxergar direitos em pessoas de “desprezível caráter”, nem em libertá-las do cárcere.

Para que isso não se acentue e se torne “normal”, é necessário que se priorize, que se especialize, que se ampare com subsídios jurídicos, psicológicos, sociológicos e antropológicos o Juiz Criminal ou de Execução Penal, pois somente bem preparado poderá distribuir a justiça no aspecto mais humanitário que possa haver encerrado nessa palavra. Não podemos esquecer do agente penitenciário, figura pouco conhecida na vida extramuros, mas de fundamental importância no dia a dia da prisão, que não tem recebido, por parte da Administração Penitenciária, a preocupação com a capacitação e respaldo psicológico que merece, no difícil cumprimento de seu mister.

Cada ser humano é um poço de incertezas, de amor, paixão e ódio, de resignação ou insurreição, guerra ou paz, vida ou morte. O equilíbrio e a força do magistrado, como membro de Poder, deve ser inabalável, pois tem o poder de modificar para melhor ou para pior, para sempre, a vida de um ser humano.

Como bem afirmou José Carlos G. Xavier Aquino⁸¹, ao tecer considerações a respeito do talento do juiz da execução penal:

O Juiz da execução penal deverá refletir constantemente sobre alguns dos incisos do art. 5º da Constituição da República e de sua responsabilidade em não permitir sejam declarações retóricas e destituídas de consequência prática. Embora transitoriamente encarregado de fazer cumprir a condenação criminal, o juiz brasileiro nunca perde sua condição de juiz da liberdade. E a liberdade é o *status* natural do homem, seu apanágio e exteriorização de sua dignidade. Sacrificá-la reclama estrita observância dos preceitos da lei.

⁸⁰ Idem. Ob cit. p. 164

⁸¹ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *O cárcere e o Juiz Criminal*. In *Execução Penal: Visão do TACRIM de São Paulo*. LAGASTRA NETO, Caetano; NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques. (org). São Paulo: Editora Oliveira Mendes. 1998. 226p

Esse juiz das Varas de Execuções Penais ou da Vara Criminal é quem vai analisar o processo e concluir por declarar ou não perdidos os dias remidos do preso, em caso de cometimento de falta grave. E o Poder Judiciário tem feito isso sucessiva e diariamente, aplicando a Lei de Execução Penal em seu artigo 127, sem muito questionar-se, com raríssimas exceções, se é, no mínimo intelectualmente razoável, cassar todos ou apenas uma parte dos dias remidos, desrespeitando um dos mais valiosos princípios do direito penal, leia-se da individualização da pena.

Dezenas de decisões e acórdãos⁸² consultados são inexpressivos em conteúdo e limitam-se a aplicar o mesmo enunciado, as mesmas palavras e vírgulas na monótona repetição computadorizada do século XXI, dizendo que em face do cometimento de falta grave pelo preso cabe ao juiz da execução decretar a perda dos dias remidos e que tal medida não ofende direito adquirido ou coisa julgada, tratando-a como prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gerando, portanto, somente expectativa de direito. Afirmam, ainda, que a sentença que declarou os dias remidos não produz coisa julgada.

Questiona-se, então: Que efeitos possui a sentença que declara os dias remidos, quando muitos a condicionam à subordinação à cláusula *rebus sic stantibus*?

⁸² Processo Penal – Execução da pena – Remição pelo trabalho do preso – falta grave – Perda dos dias remidos – Art. 127 da LEP – 1. Pacífico é o entendimento neste Tribunal e no Supremo Tribunal Federal no sentido de que, reconhecido o cometimento de falta grave pelo preso, cabe ao juiz da execução decretar a perda dos dias remidos. 2. Tal medida não ofende direito adquirido ou coisa julgada, pois o instituto da remição, sendo prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gera, tão-somente, expectativa de direito, mesmo porque seu reconhecimento não produz coisa julgada material. A própria Lei de Execução Penal estabelece nos arts. 50 e 127 as faltas disciplinares de natureza grave que impõem a perda dos dias remidos. 3. Recurso conhecido e provido. (STJ – RESP 506834 – RS – Rel.^a Min. Laurita Vaz – DJU 04.08.2003 – p. 00412) JLEP.127

RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO PELO TRABALHO DO PRESO – PRÁTICA DE FALTA GRAVE NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA – PERDA DOS DIAS REMIDOS – LEGALIDADE – ART. 127 DA LEP – O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena impõe, por força do art. 127 da Lei nº 7.210/84, a revogação integral dos dias remidos pelo trabalho, não havendo que se cogitar em ofensa a direito adquirido ou a coisa julgada, mesmo porque a decisão que concede a remição não faz coisa julgada material. Precedentes da Corte e do STF. Recurso conhecido e provido. (STJ – RESP 259282 – SP – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 20.11.2000 – p. 309) JLEP.127

CRIMINAL – RESP – EXECUÇÃO – FALTA GRAVE – NEGATIVA DE REMIÇÃO DA PENA – ART. 127 DA LEP – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – RECURSO PROVIDO – Não se vislumbra ilegalidade na decisão que deixa de conceder a remição da pena, quando demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, ex VI do art. 127 da Lei nº 7.210/84 Não se cogita de eventual direito adquirido ao tempo remido. Precedentes. Recurso conhecido e provido para cassar a decisão recorrida e restabelecer a decisão de primeiro grau de jurisdição. (STJ – RESP 558617 – RS – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 25.02.2004 – p. 00218) JLEP.127

Nesse particular, reportamo-nos à posição de um grupo de Procuradores do Estado de São Paulo,⁸³ que, ao analisarem a perda dos dias remidos, face cometimento de falta grave e seus efeitos, asseveram:

A sentença penal possui uma conceituação diversa da sentença no processo civil. Aqui, por influência do art. 162 do CPC, a maior parte dos doutrinadores tende a considerar sentença apenas o ato que põe fim ao processo, embora muitos deles reconheçam que haja a possibilidade de uma sentença também decidir sobre uma ação incidental.

No processo penal, a sentença caracteriza-se como a decisão proferida pelo juiz que soluciona a causa, subdividindo-se em condenatória, absolutória ou definitiva em sentido estrito. Nos incidentes do processo de execução, a decisão é claramente definitiva em sentido estrito, pois decide o mérito da questão sem condenar ou absolver o réu. Não pode ser admitida como simples decisão interlocutória, pois não se restringe aos aspectos processuais, mas abrange o mérito, a razão do conflito, dando-lhe uma solução definitiva para conceder ou denegar ao requerente o direito material que ele alega possuir [...]

Como sentença, a decisão nos incidentes transita em julgado formal e materialmente, impedindo que a mesma questão apresentada no petítório inicial seja rediscutida no processo ou em outro incidente. O que foi decidido quanto a unificação de penas ou à comutação, por exemplo, depois de esgotados os recursos, somente pode ser modificado por meio de revisão criminal ou *habeas corpus*.

A sentença que concede a remição, na esteira deste entendimento, também transita em julgado formal e materialmente, não podendo ser objeto de modificação por um fato futuro qualquer, pois não tem sua eficácia submetida a qualquer condição.⁸⁴

E concluem:

[...]a execução penal é formada por diversas ações, cada uma delas incidentais ao processo de execução propriamente dito. Todas se desenvolvem através do contraditório, com a participação dos sujeitos processuais atuando dialeticamente a fim de influenciar o julgador. Quando um desses incidentes é resolvido, o ato jurisdicional é uma sentença, com todas as suas características dentro do processo de conhecimento, pois ela põe fim ao conflito, ainda que seja uma questão incidental, decidindo sobre o mérito.

⁸³83 FONSECA, André Gustavo Isola *et alli*. Ob.cit..p.94

⁸⁴84 FONSECA, André Gustavo Isola *et alli*. Ob.cit.pág. 95.

A sentença, portanto, não pode simplesmente ser revogada face o cometimento de falta grave porque já transitou em julgado e incide o instituto da preclusão, caso não haja recurso. A rediscussão da matéria só poderá ser realizada em segundo grau de jurisdição. Se fosse diferente, estaríamos dando um caráter excepcional à decisão administrativa, fato que conflita com a jurisdicionalização da execução proposta na Lei de Execução Penal, afrontando ainda o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

2.1.5 Recurso

Embora a Lei de Execuções Penais já tenha completado vinte anos, ainda persistem temas sobre os quais existe grande controvérsia, como já salientamos anteriormente. Na questão recursal não é diferente.

A Lei de Execução Penal instituiu, no art. 197⁸⁵, o recurso de agravo em execução, sem efeito suspensivo, mas não o regulamentou. Talvez porque naquela época estava tramitando no Congresso o Projeto de reforma do Código de Processo Penal, ainda em estudo, que prevê o recurso de agravo para desafiar decisões proferidas no curso do processo, semelhante ao agravo de instrumento previsto no Código de Processo Civil. Essa modalidade de recurso tem estreita semelhança com recurso em sentido estrito (art. 581 e segs. do CPP.)⁸⁶

O Supremo Tribunal Federal, enfrentando a questão da falta de regulamentação do agravo em execução, cimentou na Súmula 700⁸⁷ que o prazo para sua interposição é de 5 (cinco) dias.

Algumas vozes bradam em defesa do agravo em execução como o único recurso cabível em decisões proferidas pelo juízo da execução, mas o STJ já decidiu pela legitimidade do *habeas corpus*, embora não seja recurso, para proteger a liberdade do cidadão e seu direito de locomoção contra decisões arbitrárias.

⁸⁵ Art. 197 - Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

⁸⁶ MORAES, Silvio Roberto Mello. *Breves anotações sobre o recurso de agravo da lei de execução penal*. Revista dos Tribunais. São Paulo.vol.657.pág.381-385.julho.1990.

⁸⁷ Súmula 700 do STF: É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal.

Não se descarta também que seja aplicado o princípio da fungibilidade recursal e recebida apelação como agravo, desde que ao ser interposto esteja o arrazoadado no quinquídio legal. A apelação interposta tempestivamente pode ser arrazoadada em oito dias, o agravo não. Deve vir arrazoadado no prazo de cinco dias. Se oferecida sem arrazoadado, subirá ao juízo *ad quem* sem oferecimento das razões⁸⁸.

Predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o trâmite do agravo em execução deva obedecer às regras do *recurso em sentido estrito*, aplicável o procedimento, por analogia, ao Código de Processo Penal.

No caso específico de decisões que envolvam a remição, Julio Fabbrini Mirabete⁸⁹ não admite a impetração de *habeas corpus* para seu reconhecimento, entendendo que dito remédio não se presta à análise de matéria de fato.

Já para Sidnei Agostinho Benetti⁹⁰ toda matéria atinente aos incidentes da execução da pena é sustentável mediante *habeas corpus*; entretanto deve-se ter o cuidado de “exigir a instrução documental inquestionável e apta a abranger todos os requisitos do direito alegado, bem como a preservação do duplo grau de jurisdição.”

É bem verdade que o *Habeas Corpus* não se coaduna com a dilação probatória, mas apresenta-se como remédio constitucional⁹¹ (art. 5º, LXVIII da CF) para “combater ilegalidade ou abuso de poder que ameace coarctar ou que efetivamente cerceie o direito de ir e vir (liberdade física) de alguém”.⁹²

Os Tribunais não têm, contudo, aceitado a impetração de *Habeas Corpus* com a finalidade de alcançar a remição da pena, por considerar que o remédio constitucional implica supressão de instância e também por não haver possibilidade de expansão do campo probatório. Também há acórdãos no sentido de negar-se o *Habeas Corpus*⁹³,

⁸⁸ MELO, Darci Nasser de. *O Procedimento do recurso de agravo da Lei de Execução Penal*. Paraná Judiciário. Curitiba. vol.n.30. pag.201-202.

⁸⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Ob. cit. p.437

⁹⁰ BENETTI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo. Saraiva. 1996.

⁹¹ Ibi Idem. Ob. Cit. p. 133

⁹² PROCESSUAL PENAL – FUGA – PERDA DOS DIAS REMIDOS PELO APENADO – ALEGAÇÃO DE COISA JULGADA – LEP, ART. 127 – 1. A teor da LEP, art. 127, a remição dos dias trabalhados não é absoluta, ficando condicionada ao não cometimento de falta grave por parte do apenado. 2. Pedido de Habeas Corpus conhecido, mas indeferido. (STJ – HC – 16138 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 24.09.2001 – p. 00325) JLEP.127

⁹³ PROCESSUAL PENAL – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO – FALTA GRAVE – REGRESSÃO – PRETENSÃO DE RETORNO AO REGIME ANTERIOR – HABEAS-CORPUS – REMÉDIO IMPRÓPRIO – REMIÇÃO – PUNIÇÃO POR

fundamentados no fato de que a Lei de Execução Penal faz previsão somente do agravo em execução para discussão da matéria remicional não havendo outro recurso a ser interposto.

Portanto a regra é a aplicação do art. 197 da Lei de Execução Penal a todas as decisões proferidas pelo juiz da execução.

Como observa Antonio Scarance Fernandes⁹⁴:

Houve grande discussão sobre o rito desse recurso. Entendemos, como Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho, na obra *Recursos no Processo Penal*, que seria o rito do agravo do processo civil, com adaptações em face da natureza especial do recurso no processo penal. Prevaleceu, contudo, na doutrina, e agora, no Supremo Tribunal Federal, a de que deve ser seguido o rito do recurso em sentido estrito. Na realidade, com a mudança no agravo na reforma recente do Código de Processo Civil, tornou-se difícil seguir o novo rito, influenciando essa mudança para que se firmasse a adoção do procedimento do recurso em sentido estrito.

A questão que resta solucionar passa pelos efeitos da sentença que declara os dias remidos: Se faz ou não coisa julgada e se o tempo de pena remido pelo trabalho ou pelo estudo está acobertado pelo direito adquirido. Isso ocorre porque o cometimento de falta grave e a cassação subsequente de todos os dias remidos produzem efeitos prejudiciais ao indivíduo condenado se não forem individualizados os momentos em que poderá efetivamente perder os dias que remiu. Da maneira como os tribunais vêm decidindo, qualquer falta considerada grave é suficiente para eliminar todos os dias remidos pelo condenado, independentemente do tempo transcorrido, *ad perpetuam*, porque entendem que a decisão que declara os dias remidos não faz coisa julgada em virtude da cláusula *rebus sic stantibus*. O enfrentamento da questão é tormentoso, porque há fundamentados posicionamentos em ambos os sentidos, sobre os quais iremos adiante discorrer.

FALTA DISCIPLINAR GRAVE – PERDA DO DIREITO – LEP, ART. 127 – Não constitui constrangimento ilegal a transferência de condenado para regime mais rigoroso em razão da prática de fato definido como falta grave, como previsto no art. 118, I, da Lei nº 7.210/84. – A progressão na execução da pena, com transferência para regime menos rigoroso, é efetuada pelo Juízo das Execuções Penais, por meio de decisão motivada, esta precedida de exame criminológico e de parecer da Comissão Técnica de Classificação (LEP, art. 112), não podendo ser ordenada em sede de habeas-corpus, que não é instrumento próprio para tal providência. – Nos termos do cânon inscrito no art. 127, da Lei de Execuções Penais, "o condenado que for punido por falta grave perderá o tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar". – Habeas-corpus denegado. (STJ – HC – 13875 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 24.09.2001 – p. 00347) JLEP.127 JLEP.118 JLEP.112

⁹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Execução Penal: Aspectos Jurídicos*. Revista Síntese. Porto Alegre: 2002.77 p.

2.2 DIREITO AO TRABALHO NA LEP

A Lei de Execução Penal determina a remição apenas pelo trabalho, não fazendo qualquer alusão a que tipo de trabalho se reporta, nem mesmo se há possibilidade de remir a pena pelo estudo.

A expressão “trabalho” envolveria atividades laborais de qualquer espécie, caso o detendo demonstre periodicidade e submeta-se à disciplina de carga horária, não podendo a jornada de trabalho ser inferior a seis horas nem superior a oito, nem realizada aos sábados e domingos.

Alguns membros da comunidade jurídica entendem que o trabalho do preso, que for inferior a seis horas ou superior a oito, ou realizado aos sábados, domingos e feriados não deve ser computado nem para remição nem para compensação. Também restringem o tipo de trabalho, excluindo da remição o trabalho artesanal, exceto naqueles realizados em regiões turísticas (art. 32, § 1º da LEP).

Não compreendemos esta determinação colocada com imposição de jornada mínima nem com desperdício do tempo trabalhado além da oitava hora ou mesmo nos sábados, domingos e feriados simplesmente porque, se a finalidade do trabalho é educativa, não se pode dispensar as horas que o condenado trabalhou além ou aquém do período estipulado. Cremos que o correto seria montar-se um banco de horas que admitisse a compensação e a soma de todo o tempo trabalhado, pois a disciplina carcerária não está ao arbítrio do preso e, sim, da administração pública.

Rui Carlos Machado Alvim⁹⁵, ao referir-se à obrigatoriedade da jornada mínima imposta ao preso trabalhador, pontua com propriedade:

Realmente a jornada diária de trabalho, quer para o almejo da remição, quer para a articulação do trabalho como um dos sustentáculos da reinserção social, deve operar-se num espaço diário suficientemente abrangente, integrando-se organicamente no cotidiano do presidiário, de modo a identificá-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

⁹⁵ ALVIM, Rui Carlos Machado. *O trabalho penitenciário e os direitos sociais*. São Paulo: Editora Atlas. 1991.99p.

o de um legalismo vingativo, não poderia, aproveitando-se de uma carga horária elástica, repor a hora faltante em outro dia, trabalhando sete horas?

E continua:

A norma determinante de um horário mínimo diário, longe de buscar impedir que períodos diários menores gerem efeitos positivos para o preso trabalhador, destina-se unicamente a orientar a administração prisional para que adeque o labor diário dos seus presos às circunstâncias reinantes na relação trabalhista social. Ademais e principalmente, se o preso – sujeito a uma subordinação absoluta perante a administração do presídio que o contém – não participa da programação da jornada de trabalho, afigura-se antijurídico e injusto desprezar-lhe a realização dos dias trabalhados com horário inferior ao mínimo legal. Será lesar-lhe o direito à remição por um evento a que não deu causa e do qual não participou: uma divisão diária do trabalho que, independentemente de sua vontade, deve-se exclusivamente à administração de cada presídio.

No que tange à restrição ao trabalho artesanal, a insurreição não poderia ser menor. Se o trabalho artesanal já foi institucionalizado no Brasil e reconhecido conforme o programa Nacional de Desenvolvimento do Artesanato – PNDA, criado pelo Decreto Federal n.º 80.098, de 08 de agosto de 1977, que prevê, entre outras medidas, o cadastramento e identificação do artesão, classificando-o como trabalhador autônomo, para fins previdenciários, por que o trabalho artesanal do preso não pode ser reconhecido para fins de remição?

2.2.1 O trabalho como direito social

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XIII, item 1, a respeito do trabalho, determina que “Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.”

Sobre a igualdade e a proteção legal, reza em seu artigo VII:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Os direitos amparados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e nela proclamados correspondem ao ideal comum a ser atingido por todos os povos, o dever ser.

Também, na esfera Constitucional Pátria, o direito ao trabalho está inserido entre os direitos sociais no art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁶, ao discorrer a respeito da dignidade da pessoa humana, leciona:

Também o direito geral de igualdade (princípio isonômico) encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.

Daí concluir-se que independentemente do delito praticado, a execução da pena privativa de liberdade, em respeito ao princípio da igualdade, da dignidade humana e do valor social do trabalho, deve dispensar o mesmo tratamento a todos os detentos.

O trabalho desenvolvido na unidade prisional poderá ser realizado de diversas formas, não se podendo distinguir o que a lei não distingue.

A busca pela utilidade social da norma jurídica em questão, a LEP, está exatamente em ampliar o conteúdo do trabalho, não só para atividade física como intelectual⁹⁷ de modo amplo.⁹⁸ Nesse sentido já se tem manifestado o Superior Tribunal de Justiça.⁹⁹

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. 91p.

⁹⁷ RECURSO ESPECIAL – DIREITO PROCESSUAL PENAL – EXECUÇÃO – ART. 126 DA LEP – REMIÇÃO – TEMPO – EFETIVO CUMPRIMENTO DA PENA – O art. 126 da Lei de execuções penais, que dispõe sobre a remição, pelo trabalho, de parte do tempo de execução da pena, deve

Para isso é preciso adequar a norma jurídica aos princípios, pois deles não podem estar desvinculadas. Na lição de Rizzato Nunes¹⁰⁰ os princípios :

[...] situam-se no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, mas essa abstração não significa in incidência no plano da realidade. É que, como as normas jurídicas incidem no real e como devem respeitar os princípios, acabam por levá-los à concretude.

Por isso, como toda e qualquer norma jurídica, deve a eles respeitar, sua eficácia é plena.

2.2.2 O trabalho, a educação e os direitos fundamentais

O direito social ao trabalho e à educação encontram-se no catálogo dos direitos fundamentais, e ambos estão abrigados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Ingo Sarlet:

ser interpretado em consonância com a concepção teleológica do instituto, que visa à recuperação da dignidade, à reeducação e à reintegração do condenado. Sendo assim, a remição pelos dias trabalhados deve ser considerada como efetiva execução da pena restritiva de liberdade. Recurso Especial conhecido e improvido. (STJ – RESP 445460 – RS – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 25.08.2003 – p. 00378) JLEP.126

⁹⁸ Osvaldo Ferreira de Melo em sua obra *Temas Atuais de Política do Direito*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.1998. p.87, sustenta que: A experiência jurídico-política nos ensina que justiça e utilidade social não são conceitos antitéticos. Se é verdade que, dependendo da natureza do assunto em estudo, se tenha, em certos casos, que optar por um ou outro critério (do justo ou do útil) a verdade é que geralmente justiça e utilidade social são qualidades da norma perfeita, que apresenta validade material e eficácia jamais comprometidas pelo dissenso ou pela desobediência reiterada.

⁹⁹ CRIMINAL – RESP – REMIÇÃO – FREQUÊNCIA EM AULAS DE ALFABETIZAÇÃO – POSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DESPROVIDO – 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. Recurso desprovido. (STJ – RESP 445942 – RS – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 25.08.2003 – p. 00352) JLEP.126

¹⁰⁰ NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva. 2002. 127p.

Os direitos sociais de cunho prestacional (direitos a prestações fáticas e jurídicas) encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade. Neste contexto, vale lembrar, ainda, que o ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana, já que – de acordo com Rosenfeld – “onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão sendo violados.” Assim sendo e apesar da possibilidade de se questionar a vinculação direta de todos os direitos sociais (e fundamentais em geral) consagrados na Constituição de 1988 com o princípio da dignidade da pessoa humana, não há como desconsiderar ou mesmo negar tal conexão, tanto mais intensa, quanto maior a importância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época.¹⁰¹

Nessa linha de raciocínio, não se pode deixar de enfatizar a importância da interpretação da norma jurídica e para isso não se despreza nunca um princípio.

Como bem pondera o Professor Rizzatto Nunes¹⁰²:

Os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do Direito mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Assim, estudantes, professores, cientistas, operadores do direito-advogados, juizes, promotores públicos etc., todos têm de, em primeiro lugar, levar em consideração os princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes.

E conclui:

Vale dizer: o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang Ob.cit. pag. 95

¹⁰² Ob.cit. pag 7.

A Lei de Execução Penal filia-se à corrente denominada Escola do Neodefensismo Social ou à “Nova Defesa Social”, com que se buscou instituir um movimento de política criminal humanista, fundado na idéia de que a sociedade é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora). Seu discurso é eminentemente ressocializador.

Em que pese não ser essa a nossa realidade prisional, na qual o indivíduo encarcerado está privado de seus direitos fundamentais, acredita-se que de uma penitenciária na qual estão misturados criminosos de altíssima periculosidade com réus primários possa se retirar indivíduos descontaminados. Imagina-se que desse amontoado de gente em péssimas condições de higiene, sem direito a ver a luz do sol todos os dias, dormindo uns por sobre os outros (quando dormem), alimentando-se mal, na maioria das vezes, sem nenhuma ocupação (jogando baralho o dia todo), sem direito (dignidade da pessoa humana, direito à vida, à educação, à saúde, ao trabalho, à intimidade, sem visita familiar, sem direito a saídas temporárias) sem identidade, enfim, dessa densa massa humana é desejada tão sonhada reabilitação e ressocialização.

Nestas condições, o indivíduo que cumpriu pena só poderá sair da penitenciária pior do que entrou, nunca melhor.

Nesse particular entendemos oportuna a referência feita por Astor Guimarães Dias¹⁰³:

E quando os gonzos do portão penitenciário giram, para restituir à vida social aquele que é tido como regenerado, o que em verdade sucede, é que sai da prisão o rebotalho de um homem, o fantasma de uma existência, que vai arrastar, para o resto de seus dias, as cadeias pesadas das enfermidades que adquiriu na enxovia, nessa enxovia para onde foi mandado para se corrigir e onde, ao invés disso, adestrou-se na delinquência, encheu a alma de ódio e perverteu-se sexualmente.

Salientamos, nesse sentido, o rigorismo desmesurado imposto pela lei dos crimes hediondos, que só permite a concessão de livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena, impedindo qualquer forma de progressão de regime prisional. Por extensão, o regime fechado só permite ao recluso trabalho externo em condições especiais (

¹⁰³ DIAS, Astor Guimarães. *A questão sexual das prisões*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15-16.

meritórias) e impede saídas temporárias, concedendo apenas permissão de saída em duas hipóteses: por motivo de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão ou para tratamento médico, ambos mediante escolta. Ora, se é a família e seus laços afetivos que criam a base para a recuperação do apenado, impedir-lhe o contato familiar, sob o pretexto da hediondez do delito, é voltar à aplicação da Lei Medieval, em pleno séc. XXI e, pior, olvidar que a execução da pena está na esfera do direito adjetivo, não se vinculando à gravidade do fato cometido. Entendemos que o legislador, nesse particular, criou uma norma casuística, que fere o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, além do princípio da proporcionalidade¹⁰⁴ e da humanidade. A clientela das penitenciárias que antes da Lei dos Crimes Hediondos progredia de regime prisional com um sexto da pena cumprida, agora precisa cumprir dois terços, para, então, ter direito ao livramento. Com isso, o cárcere está cada vez mais cheio e desesperançoso, pois aumentou a ambição pela liberdade e diminuíram as maneiras de alcançá-la, resultando em muitas rebeliões e motins.

A respeito das violações que ocorrem intramuros, problemas não somente do Brasil mas do mundo, vemos, com muita propriedade, algumas palavras de Javier Marías, publicadas na Folha de São Paulo de 26/05/96, Caderno Mais, p.14:

Quando um indivíduo hoje ingressa em uma prisão, não está sendo mandado para passar um tempo afastado da convivência e para sofrer o único castigo do seu encerramento, mas antes ele está sendo condenado a quase certas violações e violências várias, talvez à utilização de drogas, muito possivelmente a contrair enfermidades, sobretudo uma mortal, a AIDs.

Estas condenações implícitas, mas efetivas, reais, com as quais ninguém parece se escandalizar ainda que sejam manifestas, são padecidas da mesma forma por qualquer preso, independentemente da gravidade de seu crime. Desta forma, a lei não distingue de fato, mas somente em teoria... A situação das prisões – e parece ser um problema mundial – está tornando ilegítima a Justiça, e, conseqüentemente, sua aplicação. Se o Estado me condena a uma pena e não outra maior. Se não pode garanti-lo e se por sua decisão me são acrescentados castigos não previstos nem estipulados ou a própria morte, então é o Estado que

¹⁰⁴ O princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*) tem por escopo - como sua designação deixa antever - a vontade de evitar resultados desproporcionais e injustos, baseado em valores fundamentais conflitantes, ou seja, o reconhecimento e a aplicação do princípio permite vislumbrar a circunstância de que o propósito constitucional de proteger determinados valores fundamentais deve ceder quando a observância intransigente de tal orientação importar na violação de outro direito fundamental ainda mais valorado. Na palavra de CANOTILHO, o princípio da proporcionalidade encerra a idéia da proibição de excesso, vez que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível, ou seja, meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. (prisão e liberdade provisória Damásio de Jesus).

por sua vez está delinquindo - fica incapacitado para administrar a Justiça e perde toda a legitimidade.

Se a sua Justiça não é justa, se não respeita os próprios preceitos nem os aplica estritamente – nem menos nem tampouco mais – então não tem direito de condenar a ninguém. A coisa é tão grave que não entendo como pode estar acontecendo sem que se lhe dê um fim imediato.

Entre os poucos dados estatísticos que podemos usar com credibilidade está o Censo Penitenciário, promovido pelo Ministério da Justiça, usado na Campanha da Fraternidade intitulada A Fraternidade e os Encarcerados¹⁰⁵. Nele encontramos uma pesquisa realizada em 1985, no Carandiru, que demonstrou que 99% dos presos já havia trabalhado no campo, em indústrias ou na economia informal e somente 1% nunca havia exercido nenhuma atividade. Portanto o trabalho prisional não se presta a mudar de identidade os indivíduos, é antes uma atividade que deveria ter como foco principal a garantia da dignidade da pessoa humana como um todo, um ser humano titular de direitos (humanos) e deveres e não gerar um *apartheid* social, como temos presenciado.¹⁰⁶

Ao inserir a remição na Lei de Execução Penal, a tentativa do legislador foi diminuir o período de encarceramento, gerando, pelo trabalho, um sentimento de maior responsabilidade, estimulando e premiando sua dedicação com resultado positivo em sua auto-estima.

Partindo-se da premissa que aos órgãos da administração pública está entregue a execução da pena e que cabe ao Estado executá-la, respeitando os limites da sentença condenatória, submeter o apenado a regime de cumprimento desumano e cruel, e impedir-lhe de remir a pena, além de violar seu direito ao trabalho, viola também o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁵ *A Fraternidade e os encarcerados: Cristo liberta de todas as prisões: texto-base/Conferência Nacional dos Bispos do Brasil: São Paulo. Editora Salesiana Dom Bosco. 1997. 128p.*

¹⁰⁶ Enquanto em 1992, percentualmente 0,07% da população brasileira se encontrava privada de liberdade, em 1995 esse número salta para 0,09%, em 1999 para 0,11% e em 2004 para 0,18%. Em termos absolutos, isso significa dizer que a população prisional passou de 114.337 para 328.776 presos no mesmo período. Tanto num caso, quanto no outro, verifica-se que o país passou a prender – ou a manter em privação de liberdade, quase o triplo de presos e internados em pouco mais de uma década. Em 1992, a população habitacional do país indicava 153.824.424 habitantes e em 2004 passou para 181.986.030 habitantes, o que significa um crescimento não superior à 20%. No mesmo período, a proporção presos e internados por 100.000 habitantes oscilou de 74 para aproximadamente 180. (Ministério da Justiça – Sistema Penitenciário no Brasil: Diagnóstico e propostas- [www. mj.gov.br](http://www.mj.gov.br))

Na lição de Ingo W. Sarlet¹⁰⁷:

No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. A não-observância destes postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais, problema que diz com o controle jurisdicional dos atos administrativos, que não temos condições de desenvolver nesta oportunidade (...). O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária. Desde logo impende considerar que a fiscalização judicial, no caso da administração, é mais ampla que em relação ao legislador, já que este dispõe de liberdade de ação e, portanto, de margem de arbítrio bem maior.

A análise dessa observação permite concluir que as faltas disciplinares (falta grave) cometidas pelo indivíduo apenado inserido no sistema penitenciário, se advindas de mau comportamento, em virtude de ter havido, por exemplo, violação de direitos humanos (leia-se superlotação carcerária, falta de higiene, alimentação, assistência médica, visitas íntimas etc.), ensejariam a anulação da aplicação de sanção disciplinar, mediante atividade jurisdicional, fundamentada na violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, violação das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros¹⁰⁸, objeto da Resolução 01, de 20 de março de 1995, baixada pelo Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, recomendando a adequação dos estabelecimentos penitenciários à Resolução n.º 14 do CNPCP, de 11 de novembro de 1994, publicada no Diário Oficial da União, de 2 de

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado. 3.ed. Porto Alegre: 2003. p.416.

¹⁰⁸ Adotadas pelo 1.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizada em Genebra em 1955 e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através de sua resolução 663CI (XXIV), de 31 de julho de 1957, adotada pela resolução 2076(LXII) de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984 através da Resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas.

dezembro de 1994, em que estão estabelecidas as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, violação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁰⁹, ratificada pelo Brasil em 24.01.1992 e Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificada pelo Brasil em 28.09.1989,¹¹⁰ permitida esta assertiva da interpretação do art. 1º, inciso I do CPP¹¹¹.

2.2.3 Obrigatoriedade e facultatividade do trabalho na execução da pena

A remição se concretiza com o cômputo dos dias efetivamente trabalhados, na proporção de três dias de trabalho por um dia remido, na forma do § 1º do art. 126, uma vez homologada pela autoridade judiciária responsável pela execução da pena. O direito ao trabalho está positivado na Seção II, art. 41, II, além de ser também um de seus deveres (art.39, V).

O Estado tem como dever colocar à disposição do apenado uma maneira de poder exercitar seu direito e com isso poder ser beneficiado com os institutos despenalizadores, como a remição, progressão de regime prisional, livramento condicional e indulto, reduzindo, com isso, seu tempo de encarceramento.

¹⁰⁹ Para Flávia Piovesan, desde o processo de democratização do país e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados a proteção dos direitos humanos. O marco inicial do processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1.º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. A partir desta ratificação, inúmeros outros relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988 que, como já visto, situa-se como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país.

¹¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p 484

¹¹¹ Art. 1º. O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

II - as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, artigos 86, 89, § 2º, e 100);

III - os processos da competência da Justiça Militar;

IV - os processos da competência do tribunal especial (Constituição, artigo 122, nº 17);

V - os processos por crimes de imprensa.

Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos nºs. IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.

2.2.4 Doutrina predominante

A obrigatoriedade do trabalho prisional está contida no art. 31 da LEP, art. 34, § 1º, 35, § 1º e 36, § 1º do CP. Por outro lado, o art. 28 da LEP registra que “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”

Num enfoque mais garantista, Luiz Antonio Bogo Chies¹¹² escreve com percuciência que:

A regulamentação do ordenamento jurídico brasileiro acerca do trabalho do preso se compatibiliza com as disposições presentes nas Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas. Em nossa realidade, pois, conforme destaca RODRIGO SÁNCHEZ RIOS (1994), o trabalho do preso registra, ao menos no plano formal-legal, as três principais características da concepção moderna do trabalho penitenciário: ausência de afluência, remuneração e obrigatoriedade.

A maioria da doutrina já assentou a legalidade das normas que tratam do trabalho do preso, observadas as peculiaridades de estabelecê-lo mediante as aptidões e capacidades do apenado.

Discutia-se se a norma infraconstitucional poderia obrigar o preso ao trabalho em face dos dispositivos constitucionais que garantem a liberdade de escolha do trabalho, ofício ou profissão e condena as penas de trabalhos forçados (art. 5º XIII, XLVII), afirmando que o trabalho do preso só poderia ter caráter facultativo, pois qualquer outra imposição nesse sentido seria equivalente a atribuição de trabalho forçado.

Para Anabela Miranda Rodrigues¹¹³, com os olhos no direito Português, [...] o direito ao trabalho constitucionalmente consagrado como direito positivo à obtenção de trabalho não sofre restrição em virtude da reclusão. Em contrapartida o Estado tem o dever de providenciar trabalho aos reclusos.”

Chies¹¹⁴ assevera que:

A questão da obrigatoriedade do trabalho do preso, mesmo enquanto elemento inserido na execução da pena privativa de liberdade, é problemática já em sua relação com os limites da intervenção legal do Estado na liberdade individual,

¹¹² CHIES, Luiz Antonio Bogo. *Remição pelo Trabalho Externo: A Questão da prova num Sistema de Garantias e a Resistência no Mundo do Trabalho Precário*. Porto Alegre: Revista de Estudos Criminais. 2002. 69p.

¹¹³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2000. 97p.

¹¹⁴ Idem. Ob. cit. p. 654.

bem como diante da garantia constitucional que veda penas de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII, c, da Constituição Federal de 1988), mas aparentemente (e no plano formal da lei) encontra-se “apaziguada” – mesmo que não isenta de pertinentes críticas- pelos dispositivos da Lei de Execução Penal, que apresentam o trabalho não só como um dever do preso (artigo 28), exaltando suas finalidades educativas e produtivas, mas também como um direito do condenado (art. 41, II).

João José Leal¹¹⁵ destaca que há uma dificuldade aparente para se harmonizar a regra da obrigatoriedade do trabalho prisional com as normas constitucionais que asseguram a liberdade de escolha da atividade laboral e a que proíbe o trabalho forçado. Teria o preso, numa Sociedade democrática, direito de escolher entre trabalhar ou não, porque o preço ético-jurídico que paga é a perda de sua liberdade de locomoção.

Há que se ter em mente que o art. 1º da Lei de Execução Penal e o art. 38 do Código Penal garantem ao condenado e ao internado a execução das disposições da sentença ou decisão, que, na maioria dos casos, afeta simplesmente o direito à liberdade, conservando intactos os demais direitos não atingidos pelo comando judicial, dentre eles o direito ao trabalho (obrigação do Estado).

Sobre o direito ao trabalho já nos ferimos anteriormente quando nos reportamos à remição ficta ou presumida, que nada mais é do que a aplicação da Lei de Execução Penal, uma vez que ela determina que o trabalho é direito do indivíduo preso e dever do Estado. Ocorre, entretanto, que o discurso da jurisprudência, em sua esmagadora maioria, deixa de conceder remição ficta sob o argumento de que “o condenado é que está em débito com a sociedade e por isso dever arcar com as consequências de sua conduta delinqüencial,”¹¹⁶ com o que não podemos concordar.

Como pondera João José Leal¹¹⁷ discorrendo a respeito do trabalho prisional:

¹¹⁵ LEAL, João José. O Princípio Constitucional do Valor Social do trabalho e a Obrigatoriedade do trabalho Prisional. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Editora Síntese, n.26, 2004.

¹¹⁶ PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. Boletim IBCCRIM n.09, outubro .1993, disponível em < www.ibccrim.org.br>

¹¹⁷ LEAL, João José. O Princípio Constitucional do Valor Social do trabalho e a Obrigatoriedade do Trabalho Prisional. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. n.26, jun-jul. 2004.

Cabe ressaltar que, além de estar positivada na maioria das legislações penais e penitenciárias das nações contemporâneas, a obrigatoriedade do trabalho prisional é prevista como uma das Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário da ONU (71.2).

Se o Estado retira o indivíduo para sociedade para puni-lo e não lhe oferece os mecanismos propostos pela lei (criada pelo próprio Estado) não pode retirar dele prerrogativas que lhe foram outorgadas com a justificativa de que não está aparelhado, pois com isso acaba prejudicando o réu ao invés de beneficiá-lo. Acaba penalizando-o duas vezes. O Estado não pode negar vigência à legislação que ele próprio sancionou, pois o trabalho é dever social e condição de dignidade humana.

CAPÍTULO 3

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127 DA LEP QUE PREVÊ A PERDA DOS DIAS REMIDOS PELO COMETIMENTO DE FALTA GRAVE

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ante a imprecisão e dubiedade¹¹⁸ terminológica do art. 127 da LEP instalou-se, ao seu redor, várias opiniões diferentes. Podemos dizer que se criaram duas posições antagônicas entre si, e uma delas subdividiu-se internamente.

A corrente majoritária não vislumbra qualquer inconstitucionalidade na aplicação do art. 127 da Lei de Execução Penal, quando se refere aos princípios constitucionais da coisa julgada, direito adquirido, individualização da pena e proporcionalidade, para citar os principais.

A segunda posição, minoritária, entende que a cassação dos dias remidos face o cometimento de falta grave é inconstitucional porque, uma vez realizado o trabalho, a remição incorpora-se ao seu patrimônio jurídico definitivamente; entende que a aplicação do art. 127 da LEP é inconstitucional quando ataca o direito já reconhecido por decisão judicial, enfrentando a coisa julgada material. Caso os dias não tenham sido declarados remidos por sentença, a perda poderá ser decretada sem ofensa aos princípios constitucionais.

Há aqueles que entendem não haver nenhuma inconstitucionalidade no dispositivo legal, mas recomendam sua alteração, com o intuito de evitar o desestímulo ao trabalho prisional.¹¹⁹

E, por fim, a voz solitária de Lênio Streck, dizendo que não se trata de constitucionalidade ou

¹¹⁸ LEAL, João José. O Princípio Constitucional do Valor Social do trabalho e a Obrigatoriedade do Trabalho Prisional. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. n.26, jun-jul. 2004.

¹¹⁹ FUDOLLI, Rodrigo de Abreu. A Remição da Pena Privativa de Liberdade. Ob. cit. pág. 139

inconstitucionalidade, mas de não recepção da norma pela Constituição, uma vez que nosso sistema não admite inconstitucionalidade superveniente.

3.2 CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127 DA LEP

A primeira corrente, formada pela grande maioria dos Tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, e as câmaras criminais do Superior Tribunal de Justiça, entendem que o direito à remição está condicionado à ausência de punição por falta grave. Essa condição de não fazer (resolutiva) está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus* e o cometimento de falta grave faz com que o apenado perca todos os dias remidos. Fundam-se na negação de haver direito adquirido sobre o tempo já remido, remetendo-o, unicamente, à expectativa de direito, cuja aquisição dependeria de ausência de punição por falta grave.¹²⁰

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de decretar a perda dos dias remidos face o cometimento de falta grave. É da lavra da Ministra Laurita Vaz a seguinte ementa¹²¹:

Recurso Especial. Execução Penal. Remição. Fuga. Falta Grave. Perda dos dias remidos. Aplicação do art. 127 da LEP. 1. Pacífico é o entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, reconhecido o cometimento de falta grave pelo sentenciado, cabe ao juízo da execução decretar a perda dos dias remidos. 2. Tal medida não ofende direito adquirido ou coisa julgada, pois o instituto da remição, sendo prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gera, tão-somente, expectativa de direito, mesmo porque seu reconhecimento não produz coisa julgada material. A própria Lei de Execução Penal estabelece nos arts. 50 e 127 as faltas disciplinares de natureza grave que impõem a perda dos dias remidos. 3. Recurso conhecido parcialmente e, nessa parte, provido.

Para entender melhor.

O art. 127 da LEP dispõe que: “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da infração disciplinar.”

¹²⁰ Ibi Idem ob. cit. pág. 140

¹²¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.631876-RS (2004/0022528-1), 18 de agosto de 2004, disponível in < <http://www.stj.gov.br> >

Ao cometer falta disciplinar¹²² de natureza grave, ou seja, aquelas constantes do rol do art. 50 da LEP, para condenados à pena privativa de liberdade, o preso perderá todos os dias remidos, independentemente do tempo transcorrido.

Após o cometimento de quaisquer daquelas condutas, será instaurado procedimento disciplinar e, ao final, aplicar-se-ão as sanções previstas. Essa sanção processa-se no âmbito administrativo e está sujeita, sempre, à homologação ou não do Juízo da Execução, que deverá verificar se todas as garantias constitucionais foram respeitadas no processo administrativo que culminou com a decisão de ter ou não o apenado cometido falta grave, entre elas, o contraditório, a ampla defesa, o direito de ter um defensor e não fazer prova contra si mesmo.

Para os defensores dessa corrente, os dias remidos não geram direito adquirido, nem a sentença que os declara faz coisa julgada. Para eles, devido à cláusula *rebus sic stantibus*, a remição é encarada como prêmio mediante condição, ou seja, serão remidos os dias trabalhados, desde que o apenado não cometa falta grave. Dita condição suspende o direito para o futuro, indefinidamente.

Entendem eles que os dias remidos não geram direito adquirido porque, sendo “benefício”, estão condicionados ao comportamento carcerário¹²³. Afirmam que além do requisito objetivo (trabalho periódico) deve estar presente o bom comportamento carcerário (requisito subjetivo) para, juntos, darem condições ao preso de remir o tempo trabalhado.

A explicação dada pela doutrina para justificar a reversão da decisão que reconheceu os dias remidos é a de que a cláusula *rebus sic stantibus* foi importada do direito civil para o processo de execução penal e determina que, em caso de alteração futura das condições que determinaram a concretização de um contrato, de modo a tornar sua execução inviável, o pacto pode ser revisto, para melhor se adequar à nova situação.

O fundamento para sua transposição para a Execução Penal está fincado no mérito do condenado, que segundo eles, deverá ser avaliado constantemente, durante toda a execução da pena. Para que o condenado possa ter acesso ao direito remicional, ser-lhe-á exigido, não só

¹²² Trabalhamos com a hipótese de cometimento de falta disciplinar grave sancionada após regular tramitação de procedimento administrativo para apurá-la, com direito a contraditório e ampla defesa, e, afinal, decisão administrativa com homologação judicial, pois se assim não for será nulo o procedimento.

¹²³ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. . 2ª ed. Rio de Janeiro. Lumem Júris. 2003. 288p.

a realização de trabalho como também a manutenção de boa conduta. Por isso, ao cometer falta grave, o condenado rompe a condição a que estava subordinada a remição, perdendo todos os dias remidos.¹²⁴

Para eles a sentença penal condenatória tem o caráter da mobilidade, da dinâmica, “cambiante”, para adequar-se à exigência da individualização da pena.¹²⁵

Ada Pellegrini Grinover¹²⁶, ao comentar a respeito do conteúdo da sentença condenatória e da cláusula *rebus sic stantibus*, leciona:

[...] a sentença condenatória penal contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença ‘sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas’. Cumpre lembrar que a sentença determinativa transita em julgado sendo, porém, passível de um processo de integração em obediência à cláusula que contém; é, pois, suscetível de revisão, no processo de execução, nos casos ‘expressamente autorizados por lei.

Para firmar ainda mais os elementos em que repousa a postura que defendem, afirmam que a decisão declaratória dos dias remidos não faz coisa julgada material, podendo ser rescindida a qualquer tempo.

José Frederico Marques faz a distinção entre a coisa julgada formal e material, dizendo:

A coisa julgada formal que indica a imutabilidade da sentença como ato processual, consiste, assim, na inalterabilidade e irrecorribilidade que, em determinado momento, adquire a decisão judicial. A coisa julgada material significa a imutabilidade do comando emergente da sentença, para impedir, no futuro, nova decisão sobre a mesma lide, e dar à res judicata o caráter de manifestação última e definitiva sobre a pretensão decidida. A coisa julgada formal impede o reexame da sentença dentro do processo, enquanto que a coisa julgada material torna imutável a decisão fora do processo.

Para Chies¹²⁷, a cláusula *rebus sic stantibus*, quando transportada para a execução penal, permitirá alterações na forma de

¹²⁴ Ibi Idem. Ob.Cit. pág. 140

¹²⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. . 2ª ed. Rio de Janeiro. Lumem Jurídica. 2003. pág. 141

¹²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Org). *Sumulas das mesas de processo penal*. In *Execução Penal*: São Paulo. Max Limonad, 1987, p.97-120.

execução do título punitivo, viabilizando a adequação dos meios executórios ofertados pela Lei e impostos ao caso concreto, buscando o atingimento das finalidades objetivadas pela punição.

Aqueles que defendem a perda de todos os dias remidos, face o cometimento de falta grave, apegam-se, basicamente, no fato de a remição trazer embutida em si o caráter meritório, que seria o bom comportamento e, o cometimento de falta disciplinar, em qualquer momento da execução penal, romperia o dever de bom comportamento do encarcerado para fazer jus ao benefício.

Nesse particular, gostaríamos de fazer uma crítica a essa postura tão perversa, senão rigorosamente impraticável, quer no gozo da liberdade quer no cárcere.

Diante desse histórico, uma afirmação exsurge: O preso que trabalha tem dias remidos a perder. E aquele que não trabalha? Aquele que tenta impor-se uma rotina de ocupação ou faz uma tentativa de resgatar mais cedo sua liberdade perde com o cometimento da falta grave tudo o que alcançou em anos e anos de trabalho e aquele preso que sequer tenta qualquer forma de ocupação ao cometer falta grave tem a perder o quê? E mais... Cassar todos os dias remidos, sem exceção, é aplicar o instituto da Lei de Execução Penal e interpretá-lo de acordo com sua filosofia ressocializadora, recuperadora e resgatadora de sua dignidade, aplicando os princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade?

Para responder a esses e outros questionamentos é necessário analisar a sentença que declara os dias remidos, sua força e eficácia e o conteúdo da cláusula *rebus sic stantibus*, o que será feito mais adiante.

3.3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127 DA LEP

A outra corrente, encabeçada por alguns Desembargadores da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, adota posicionamento no sentido de repelir o artigo 127 da Lei de Execução Penal porque ele não recepciona o direito adquirido, resguardado na CF, declarando-o inconstitucional.

¹²⁷CHIES, Luiz Antonio Bogo. Ob cit. pag. 659

Necessário ressaltar que, para os que defendem essa posição, a remição possui um único requisito de natureza objetiva, qual seja a realização do trabalho pelo apenado. Partem do princípio de que a inexistência de punição por falta grave não é requisito para sua concessão.¹²⁸

Nessa corrente existem autores que respeitam, para efeitos de declaração de perda dos dias remidos, apenas aqueles dias que já foram objeto de decisão judicial. Nessa linha, salienta Chies¹²⁹ essa conclusão resolve o problema daqueles dias já declarados por sentença judicial, restando ainda questionar-se a respeito daqueles dias que foram remidos, mas ainda não foram objeto de apreciação judicial.

Do acórdão da lavra do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho¹³⁰, ao relatar recurso de Agravo interposto contra decisão judicial que decretou a perda de todos os dias remidos do condenado face cometimento de falta grave, extrai-se uma crítica veemente contra a cassação indistinta dos dias remidos sem que seja considerada a natureza ou gravidade da falta e a proporcionalidade entre esta e os dias remidos perdidos. Salienta ele que sempre o condenado mais punido é o que mais dias remiu. Discorre com propriedade¹³¹:

[...] A sanção prevista no art. 127, da Lei de Execuções Penais – perda dos dias remidos pelo cometimento de falta grave – do meu ponto de vista – se traduz em mais uma irracionalidade e perversão do ordenamento jurídico.

[...]

A iniquidade do presente dispositivo salta aos olhos: sua total incompatibilidade com preceitos racionais e humanizantes orientadores da pena privativa de liberdade e do Direito Penal de cunho garantista grita, e, em face da incorporação destes à Carta de 1988, se traduz em inconstitucionalidades.

[...]

¹²⁸CHIES, Luiz Antonio Bogo. *Prisão: Tempo, Trabalho e Remição. Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do art. 127 da LEP*, in *Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2002. 754p.

¹²⁹CHIES, Luiz Antonio Bogo. *Prisão: Tempo, Trabalho e Remição. Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do art. 127 da LEP*, in *Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2002.p.660

¹³⁰ Agravo Regimental n.º 70001880079, Santo Ângelo, 5ª Câmara Criminal, TJRS, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 07/02/2001.

¹³¹ Ibi Idem.

Os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena - limites materiais orientadores da aplicação e execução da sanção penal - chocam-se com o comando específico da Lei de Execuções Penais.

[...]

Nem mesmo o princípio básico de matriz constitucional (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal) garantidor do direito adquirido resta preservado frente o referido preceito legal.

Ocorre que a sanção do artigo posterior abate-se sobre o direito de remir obtido anteriormente ao advento da falta grave e, ao meu ver, já incorporado ao patrimônio jurídico do condenado.

[...] Neste sentido, a lição do ilustre colega, Des. José Antônio Paganella Boschi é definitiva: 'Esse dispositivo, ao nosso ver, é inconstitucional, uma vez que atinge o direito adquirido. O direito de remir, com efeito, foi obtido antes da falta, pouco importando que ainda não tenha sido objeto de declaração pelo juiz da execução.' (BOSCHI, José Antonio Paganella, "Execução Penal: questões controvertidas", Estudos da ESMP, vol. 3, p. 87)

E encerra afirmando:

[...] Em face disto, pode-se afirmar, na esteira do que nos ensina Ferrajoli, que o presente dispositivo é vigente, porém inválido, estando marcado pela incompatibilidade da norma emanada, com os princípios e valores éticos orientadores do ordenamento infraconstitucional." [...]

Para Paganella Boschi¹³², a questão também envolve inconstitucionalidade:

[...] esse dispositivo, a nosso ver, é inconstitucional, uma vez que atinge o direito adquirido. O direito de remir, com efeito, foi obtido antes da falta, pouco importando que ainda não tenha sido objeto de declaração pelo juiz da execução..

Andrei Zenkner Schmidt¹³³, por sua vez, admite a inconstitucionalidade do art. 127 da LEP, destacando que ele ofende as garantias do direito adquirido e da coisa julgada, e que a decisão judicial

¹³² BOSCHI, José Antonio Paganella. Execução Penal: questões controvertidas. Estudos da ESMP, vol.3, p.87

¹³³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Hermenêutica na Execução Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Editora Revista dos Tribunais. 2002. n° 38, p.85-121.

apenas declara uma relação jurídica constituída, assegurando seus efeitos. Nas suas palavras:

[...] Se a própria lei assegura ao preso a remição de um dia da pena para cada três dias laborados, deve-se concluir que o direito à remição é adquirido de três em três dias, situação essa que será , apenas, reconhecida (declarada e não constituída) em decisão judicial. Assim, revela-se

inconstitucional não só a revogação da remição já deferida (até mesmo porque, aqui teríamos também uma ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição), como, ademais, o reconhecimento da perda dos dias remidos e ainda não declarados em juízo. Idiossincrasia adversa resultará na própria negação do princípio constitucional do direito adquirido.¹³⁴

Para ele a atividade hermenêutica da execução penal está viciada metodologicamente pela confusão entre *direito e moral*, pela submissão do *ser pelo dever ser*, decorrente da influência da criminologia da defesa social que prescreve a defesa da sociedade, mesmo em detrimento de garantias individuais fundamentais. Para o autor um direito individual concreto não pode sucumbir perante um direito social (segurança pública) provável.¹³⁵

Irresignado com o descaso na aplicação dos princípios constitucionais na execução penal, uma vez que tantos outros ramos do direito já os reafirmam, e no direito penal são simplesmente ignorados, diz o autor:

É lamentável que, ainda hoje, tenhamos tantas ilegitimidades praticadas: ampla defesa, contraditório, culpabilidade, lesividade, humanidade e tantos outros princípios, que são fruto de séculos de sofrimento do homem perante opressões estatais absolutistas, ainda hoje são ignorados durante a execução da pena. Nesse contexto, é tarefa da doutrina, das universidades e de todas as instituições que com o direito penal convivem perceberem que, num Estado Democrático de Direito, toda lei penal encontra-se vinculada formal e substancialmente, assim como todos os Poderes também estão com as mãos atadas aos direitos fundamentais.

[...]

Estamos vivendo, a bem da verdade, uma dicotomia hermenêutico-jurídica, em que princípios – cuja constitucionalidade já vem sendo, há muito, reconhecida

¹³⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Hermenêutica na Execução Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Editora Revista dos Tribunais. 2002. n° 38, p.85-121.

¹³⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Hermenêutica na Execução Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Editora Revista dos Tribunais. 2002. n° 38, p.119

para alguns ramos do ordenamento jurídico – são simplesmente ignorados em sede penal. Tal situação agrava-se ainda mais em processos de execução penal, principalmente porque neles a atrocidade e o arbítrio estatal são corroborados por um sentimento social de vingança de sangue. Se afirmarmos que um tributo é inconstitucional, a sociedade, em regra, irá aquiescer com a decisão; agora, quando afirmamos que a vedação do indulto para o delito de roubo é inconstitucional essa mesma sociedade passa a sentir-se injustiçada, principalmente porque não entende e não quer entender as garantias constitucionais arroladas nos arts 5.º, 6.º e 7º da CF de 1988.¹³⁶

Finaliza seu raciocínio asseverando:

Num regime democrático de direito, nem mesmo a vontade de toda sociedade – e nem de juízes, promotores e advogados – pode sobrepujar os direitos fundamentais (individuais e sociais) do cidadão, seja ele desviado ou não.¹³⁷

No mesmo sentido, valorizando o princípio da individualização da pena, já afirma Carmem Silvia de Moraes Barros¹³⁸:

Por oportuno, saliente-se que é incompatível falar em individualização da pena na execução penal e ao mesmo tempo afirmar que na execução penal vige o *in dubio pro societate*, eis que esta afirmação é exatamente a negação daquela. Só a falta de prática com o trato do princípio constitucional da individualização da pena permitiria a um operador do direito fazer tal afirmativa. Quando se passa a assumir a individualização da pena como garantia constitucional é preciso fazer uma revisão geral de discurso para que não se torne escandalosamente contraditório.

Dar por prevalentes os interesses sociais na execução penal é negar vigência ao princípio da individualização da pena e às garantias constitucionais e usar o preso para dar satisfação à sociedade, ignorando sua individualidade e dignidade. Dessa forma, falar que na execução penal vige o *in dubio pro societate* é ignorar por completo que os princípios consagrados na Constituição se estendem à execução penal.

¹³⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Hermenêutica na Execução Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Editora Revista dos Tribunais. 2002. n° 38, p. 119

¹³⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Hermenêutica na Execução Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Editora Revista dos Tribunais. 2002. n° 38, p.119

¹³⁸ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicinalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. IBCCrim. n°. 48. 2004. 179-193p

Ressaltando os efeitos da declaração judicial dos dias remidos, e também na esteira da inconstitucionalidade do art. 127 da LEP, escreve:¹³⁹

Ademais, os efeitos da declaração da remição se incorporam ao título em execução. “Assim, declarada a remição por sentença irrecorrível, passa a existir um novo título executório penal, com redefinição certa da duração do tempo de execução da pena, imutável, que não pode ser mais alterado em razão do cometimento de infração administrativa subsequente.” Acrescente-se que a decisão que declara a remição representa alteração e redução da pena e, portanto, tem força de coisa julgada material. Há, ainda, que salientar-se que, se com a atividade e provimento jurisdicional busca-se estabilidade das relações e a certeza da aplicação do direito, não há razão que justifique que, para aqueles que estão presos, tais garantias não sejam aplicadas e o processo deixe de ser instrumento indispensável à realização do direito e à segurança individual, para ser instrumento de incerteza e de instabilidade.¹⁴⁰

E continua questionando os efeitos futuros da falta grave sobre fatos do passado.

[...]não há o menor sentido que uma infração disciplinar futura possa ter efeitos sobre o pagamento – remição – pelo trabalho havido no passado. Retirar do preso a remição é sanção sem equivalente em qualquer ramo do direito. Seria o mesmo que fazer o empregado despedido por justa causa restituir todos os salários já recebidos. De anotar-se, por fim, que a determinação contida no art.127 da LEP não é incentivo ao bom comportamento carcerário; ao contrário, é incentivo ao ócio, já que aqueles que não trabalham não têm nada a perder, enquanto os que trabalham sempre terão, mesmo porque é praticamente impossível cumprir integralmente uma pena privativa de liberdade sem praticar nenhuma falta.¹⁴¹

Além da questão constitucional, aborda o problema da segurança jurídica das decisões e ressalva:

¹³⁹ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCrim.* n.º. 48. 2004. p. 187

¹⁴⁰ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCrim.* n.º. 48. 2004. p.187

¹⁴¹ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCrim.* n.º. 48. 2004. p.189

Em um sistema de execução judicializado, a única via de modificação, em princípio, das decisões dos juízes são os recursos legalmente estabelecidos. Em decorrência das disposições da LEP e por exigência do princípio da segurança jurídica, se da decisão judicial não há recurso, ela adquire firmeza e intangibilidade. No que se refere às decisões do juiz da execução, estabelece o art. 197 da LEP que contra elas caberá recurso de agravo. Assim, nenhuma decisão judicial pode ser “desconstituída” a não ser por via de recurso (anotando-se que, tratando-se o recurso de agravo, pode o juiz fazer juízo de retratação, contra o qual caberá agravo). Portanto, se declarada a remição, não houver recurso das partes, posteriormente não é mais possível declarar sua perda.¹⁴²

Conclui também pela inconstitucionalidade do art. 127 da Lei de Execução Penal.

Também Alvim¹⁴³ insurge-se contra a perda de todos os dias remidos face o cometimento de falta grave, dizendo:

Tanta devastação não atinge o conteúdo da norma. Nem poderia, por absorver verdadeira anomalia jurídica, à medida que, desprezando o fator tempo como apaniguador de todas as vicissitudes, reproduz permanente incerteza e insegurança, valores incompatíveis com os postulados predominantes da política jurídica nacional.

Inexiste, na orbe do direito, ato ou fato ou negócio que não sofra a influência do transcurso do tempo: as ações judiciais prescrevem, os direitos decaem, os atos processuais precluem, as coisas se usucapem; até a pretensão punitiva do estado sucumbe ante o correr do tempo, dando ao criminoso a convicção da impunidade...

A falta de um parâmetro legal delimitativo do período de ascendência da falta grave sobre o tempo remido não é justificativa bastante para se abater à enganosa evidência do texto e, por conseguinte, aceita-lo sem gradação nenhuma, como se a prática de uma falta grave tivesse o vício de estimular uma sanção cujo efeito recuasse indefinidamente.¹⁴⁴

A perda da remição, por fim, implica em “desindividualização” da pena em prejuízo do sentenciado, obsta o direito

¹⁴² BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCrim.* n.º. 48. 2004. p.186

¹⁴³ ALVIM, Rui Carlos Machado. O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais. São Paulo: Atlas. 1991. 99p

¹⁴⁴ ALVIM, Rui Carlos Machado. Ob.cit.p.84

que ele tem ao trabalho e configura-se como forma desumana de tratamento no decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade. Com todo o exposto, pode afirmar-se, em última instância, que não há um direito à individualização da pena em prejuízo do sentenciado, mas apenas em seu benefício.

3.4 NÃO RECEPTIVIDADE DO ART. 127 DA LEP PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para Lênio Streck¹⁴⁵ a questão da aplicação do art. 127 da LEP não envolve inconstitucionalidade, mas assevera, lei anterior ao texto constitucional vigente, que, por terem comandos confrontantes, deixam de ser recepcionados pelo ordenamento constitucional. Segundo ele:

[...] qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional. O juiz sempre faz jurisdição constitucional. É dever do magistrado examinar, antes de qualquer coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição.

Segundo o citado autor, a partir da ADIn n.º 2 e da questão de ordem da ADIn n.º 438, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que o nosso sistema jurídico não admite inconstitucionalidade superveniente. Diante disso, leis anteriores à Constituição e que com ela conflitam não são recepcionadas. Desnecessário, por isso, suscitar qualquer incidente para declaração de inconstitucionalidade.

Extrai-se do voto do relator Ministro Paulo Brossard, ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2, ao discorrer sobre o fenômeno da receptividade e das antinomias referentes a vigência de norma sob o advento de novo mandamento Constitucional, que:

[...] a sucessão de uma ordem constitucional por outra provoca, necessariamente, a análise entre o direito constitucional novo e o direito ordinário anterior, cujas relações normativas são presididas pelo princípio da recepção que reconhece como unicamente subsistentes as normas infraconstitucionais que se revelem compatíveis, no plano material, com a nova Constituição, tendo por revogadas aquelas que não ostentem esse perfil.

¹⁴⁵ Parecer ministerial citado no Agravo em Execução n. 70.009.422.833, TJRS.

Essa é a razão fundamental pela qual se torna incogitável, em nosso sistema jurídico, o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, pois, ou a lei anterior é compatível com o novo ordenamento constitucional – e por este será recebida –, ou manifesta-se entre ambos insuperável conflito de ordem material, a determinar a revogação do ato inferior o que traduz situação insuscetível de apreciação, em abstrato, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade.

O fenômeno da recepção assegura a preservação do ordenamento jurídico infraconstitucional existente anteriormente à vigência do novo texto fundamental, desde que com este não mantenha conflito antinômico e com ele guarde relação de estrita fidelidade no plano jurídico material.

Deste raciocínio podemos concluir que no sistema jurídico brasileiro que admite o controle difuso de constitucionalidade, não haveria necessidade de se aguardar o posicionamento do STF para declarar a não receptividade do art. 127 da LEP pela Constituição, porque fere princípio constitucional do direito adquirido. Direito este que se adquire a cada três dias trabalhados, como prevê a LEP. Direito esse que, sob o nosso ponto de vista, não necessita de declaração judicial para ser reconhecido, pois a sua aquisição dar-se-á com o simples “trabalho”. Portanto, o conflito existente entre a legislação infraconstitucional (art. 127 da LEP) com o art. 5º, inciso inciso XXXVI da (direito adquirido) da Constituição Federal, resolve-se pela revogação da norma que não atende aos princípios constitucionais e não se ajusta fielmente a ela.

3.5 POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA PELO APROVEITAMENTO DO ART. 127 DA LEP MEDIANTE TÉCNICA INTERPRETATIVA

Entre aqueles que defendem a inconstitucionalidade do art. 127 da Lei de Execução Penal, há uma subcorrente, que apela para o aproveitamento do art. 127 da Lei de Execução Penal, valorizando o instituto para que não feneça, aplicando-o, compatibilizando o preceito legal com os princípios constitucionais, entre eles o da proporcionalidade.

Destacamos, aqui, a posição de Janora Rocha Rosseti¹⁴⁶. Diz a referida autora que, da maneira como se está aplicando o referido artigo (aniquilando o período já remido e o que ainda está pendente

¹⁴⁶ ROSSETI, Janora Rocha. *Remição de Pena: Adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao Texto Constitucional*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1993. 697v. 264-8p.

de remição, face cometimento de falta grave) é visível a violação das normas constitucionais. A elasticidade na aplicação do dispositivo reflete a nocividade da interpretação. Nas suas palavras:

Várias e claras são as razões que evidenciam a ilegitimidade desse dispositivo de lei, erigido no instituto da remição como verdadeira anomalia da Legislação executiva Pátria, na forma como vem sendo aplicado.

A punição do sentenciado que incide em falta grave no estabelecimento custódio em que se encontra recolhido não deve consistir no aumento do tempo de seu cárcere – nem que decorra esse acréscimo do restabelecimento de quantia de pena anteriormente desconsiderada pela remição –, porquanto a privação da liberdade de qualquer indivíduo só pode sobrevir como consequência lógica de prática criminosa e do respectivo processo legal. No caso de cometimento de falta grave, sem dúvida, não há sequer crime, e muito menos o processo judicial, tornando-se patente a contradição com o art. 5º, LIV da CF: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Poder-se-ia cogitar que a perda dos dias redimidos, embora traduzindo-se em privação de liberdade do presidiário trabalhador, não pressupõe o acatamento da supracitada injunção constitucional, porquanto a remição – estabelecida com a cláusula *rebus sic stantibus*, “ou com condição resolutiva ou de aquisição complexa”, não podendo, em qualquer caso, pautar-se pela perenidade, conforme ensina Rui Carlos Machado Alvim, em sua obra *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*, Ed. Atlas, S. Paulo, 1991, p.85 - não se constitui em direito adquirido, sendo, portanto, a subsequente provação, apenas a reconsideração de pena anteriormente aplicada em devido processo legal.

Todavia a decisão concedente da remição não assenta direito adquirido tão somente porque o art. 127 da Lei de Execução Penal estabelece absurda condição para a sua consolidação, engendrando dessa maneira constante insegurança no meio em que incide, em injustificável negação do princípio da certeza do direito, posto que direitos condicionados só podem ser aceitos na medida de sua indispensabilidade e razoabilidade, e, mesmo assim, apenas quando não envolvem direitos fundamentais do indivíduo, como a liberdade.¹⁴⁷

Sustentando-se no art. 5º da Constituição Federal, especificamente no inciso XXXVI, que trata do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, que têm alcance máximo e em contrapartida que o texto da Lei de Execução Penal (art. 127) obstrui a aquisição de alguns desses direitos, entende que é necessário, para manutenção do instituto da remição, que a interpretação do art. 127 seja

¹⁴⁷ ROSSETI, Janora Rocha. Remição de Pena: Adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao Texto Constitucional: São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 1993. v697. p. 265.

expressa de acordo com o princípio da proporcionalidade entre o ilícito praticado e os reflexos no número de dias remidos. Para isso, também se faz necessária uma interpretação sistemática com o princípio da individualização da pena e com o princípio humanitário¹⁴⁸. Diante desse quadro conclui:

Ora, um mero deslize disciplinar não pode ter o condão de abalar um longo período de trabalho, face a desproporção – categoricamente vedada – existente entre o fato gerador da falta grave e as conseqüências dele advindas: A perda do direito à remição ou a perda dos dias remidos.

Em conseqüência, atendendo à proporcionalidade que, sem sombra de dúvida, corresponde à garantia vital da realização da justiça, considere-se na aplicação do art. 127 da LEP:

A falta grave deve incidir sobre o período trabalhado, já remido ou não, atendendo à proporcionalidade entre ela e a quantidade de dias trabalhados, e

A falta grave não deve incidir sobre o período trabalhado, já remido ou não, se entre eles já se passou razoável período temporal.¹⁴⁹

Encerra com a reflexão de Rui Carlos Machado Alvim¹⁵⁰:

Embora o propósito do art. 127 seja a instauração da disciplina penitenciária, não pode ir à culminância de, por tal meio, suprimir o direito à remição. Já intuía o sábio direito romano: “Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade.

Desta forma, não podemos comungar com a decisão que liquida de uma só vez, com todos os dias remidos, face o cometimento de uma falta. Se analisarmos friamente, e observarmos pela ótica do direito adquirido, o cometimento da falta implica em revogação de apenas um dia de trabalho, exatamente aquele no qual o indivíduo cometeu a falta, pois os outros dias trabalhados já estão incorporados ao patrimônio (material e moral) do indivíduo condenado.

¹⁴⁸ ROSSETI, Janora Rocha. *Remição de Pena: Adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao Texto Constitucional*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 1993.v 697. p. 265.

¹⁴⁹ ROSSETI, Janora Rocha. *Remição de Pena: Adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao Texto Constitucional*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 1993. 697v. p.267

¹⁵⁰ ALVIM, Rui Carlos Machado. *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*. São Paulo: Atlas.1991. 99p Idem. Ob. cit. p. 85

3.6 INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA NOS CASOS EM QUE JÁ HOUVE SENTENÇA DECLARANDO A REMIÇÃO

Notadamente, o enfrentamento da questão relativa à cláusula *rebus sic stantibus* passa pelo direito adquirido e pela coisa julgada, terreno esse, em sede de remição, muito tormentoso.

A maioria dos Tribunais, como já referido anteriormente, têm decidido no sentido de que a sentença que declara os dias remidos é, como seu nome já diz, declaratória. Chamam-na *decisão* e sequer o *status* de sentença lhe outorgam. Não dão-lhe efeito de coisa julgada nem, tampouco, consideram os dias remidos como direito adquirido.

Para identificarmos os pontos abertos para o debate, optamos por transcrever julgado do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo¹⁵¹, que faz o enfrentamento de diversas questões, em que se sustentam a maioria, para suporte inicial:

O direito adquirido não é de fácil conceituação: Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem. (art. 6º § 2º da lei de Introdução ao Código Civil). Ora, pela primeira parte do dispositivo, tem-se que o direito adquirido se constitui na oportunidade em que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercê-lo. Convenha-se que o preso, enquanto tal ou enquanto durar seu apenamento, só tem a expectativa de exercer o direito oriundo da remição, pois logicamente o exercício efetivo desse benefício legal pressupõe o cumprimento do restante final da pena a ele imposta. Por outra colocação, a remição pelos dias trabalhados somente se incorpora ao patrimônio jurídico-pessoal do condenado ao final do cumprimento da pena, em cujo período se sujeita sua perda, na forma e disposições da Lei. É o que ocorre, aliás, com outros benefícios a tanto equivalentes, como o sursis e o livramento condicional, cuja concessão também não gera direito adquirido, senão expectativa de direito, já que insita a condição resolutiva, vale dizer, da perda e cassação do benefício respectivo, em caso de infringência ou descumprimento das imposições legais. Na segunda parte do dispositivo, que diz respeito ao começo do seu exercício, também não é aplicável..., posto haver a condicionante do termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável. Nenhum preso...poderá dizer que começou a exercer o direito correspondente à remição da pena relativa aos dias trabalhados, pois tal somente ocorrerá, como referido, ao final de seu cumprimento. Além disso, desde que é a própria ordem legal, através da Lei de Execução Penal, que impõe como condição para subsistência da remição, o não cometimento de falta disciplinar grave pelo condenado, segue-se que a mesma condição resolutiva (bom

¹⁵¹ ANTUNES, Luiz Antonio. Coisa Julgada na Execução Penal – Remição. Universitária: *Revista do Curso de Mestrado em Direito*. São Paulo: vol.03, n.1, jul. p 343-372.

comportamento) também nesta parte subsiste, cujo termo prefixo é, justamente, o final do cumprimento da pena. De tal sorte que, igualmente no que diz respeito ao começo de exercício, descabe sua invocação para caracterizar o direito adquirido à remição, tendo em conta a condição para o seu exercício imposta na própria Lei de execução Penal (art. 127), como aliás ocorre com outros institutos penais, como referido. De coisa julgada, por igual não há falar. Bem ao contrário, pela própria condição resolutiva expressa, constante do art. 127 da LEP, segue-se que aquela decisão tem efeito de mera coisa julgada formal, passível assim, de cassação ou declaração de ineficácia ou insubsistência, ante a ocorrência, posteriormente, de falta disciplinar de natureza grave, pelo beneficiário. Tem-se aqui a mesma hipótese de decisões que deferem *verbie gratia*, tanto o livramento condicional como o susis e, mesmo, a progressão de regime. Vale dizer, mesmo em se entendendo literalmente que se cuida, nesses casos, de decisão jurisdicional, seu efeito previsto é o da *coisa julgada formal*, podendo ser revista ou tornada insubsistente no caso do cometimento de novo crime ou falta disciplinar de natureza grave.

Elucidativa é a posição de um grupo de Procuradores a respeito da sentença proferida no incidente executacional. Consideram-na declaratória, pois resolve o mérito da questão, sendo reversível apenas mediante recurso. Entendem que aplicam-se à ela todos os prazos preclusivos, inclusive. Por sepultar o conflito (Estado X indivíduo condenado) encerra a questão, que só poderá ser revista mediante recurso. Entretanto, essa não é a posição hegemônica. Ao contrário, a imensa jurisprudência a respeito do assunto nos revela que os Tribunais têm preferido emprestar às sentenças que decidem a respeito da remição os efeitos da cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, permitindo que ela possa ser modificada por fato novo, posterior à sua prolação, inclusive repercutindo seus efeitos para o passado.

3.7 DA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

Como já salientamos, a cláusula *rebus sic stantibus* foi importada do direito civil e trazida para o processo penal, condicionando a manutenção dos dias considerados remidos ao não cometimento de falta grave. Dita cláusula, para alguns, tem caráter de condição suspensiva, impede que o condenado adquira direitos sobre o tempo remido e não preclui, ou seja, cometida a falta grave, os dias remidos são perdidos indefinidamente, sem data limite de retroação.

Em vista desse efeito, estaria o preso trabalhador indefinidamente à espera dos efeitos da cláusula em questão ou poderia, desde logo, exercer os direitos advindos da remição? Haveria para ele somente expectativa de direito?

Limongi França¹⁵², tecendo comentários sobre direito adquirido e expectativa de direito, e sobre alguns conceitos de autores diversos colaciona:

De início, é de se assinalar que muitos autores apenas se referem ao Direito Adquirido, sem qualquer menção à Expectativa, além de outros que, referindo-a, não apresentam sequer um esboço de conceito.

Quanto aos que se referem e conceituam, por exemplo, para Carlos Maximiliano, “esta se verifica toda vez que um direito desponta, porém lhe falta algum requisito para se completar.” Já segundo Bento Faria, simples aspirações não traduzem Direito algum definitivo.

Bem menos superficial é a lição de Reynaldo Porchat. Para este autor, Expectativa é a ... esperança de um direito que, pela ordem natural das coisas, e de acordo com uma legislação existente, entrará, provavelmente para o patrimônio de um indivíduo, quando se realize um acontecimento previsto. [...]

Ora, como foi visto, Direito Adquirido é a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de um fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.

Assim sendo, é preciso considerar de início que a Expectativa supõe a existência de uma lei em que se funde. Sem isto, pode haver, é claro, uma aspiração, um desejo, enfim, um fato psicológico, mas não expectativa de direito.

Por outro lado, a Expectativa pode considerar-se um direito em vias de ser adquirido, pois já existe uma lei que a estriba, e o Direito Adquirido é a consequência de uma lei.

Assim, parece que a diferença entre Expectativa de Direito e Direito Adquirido está na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo.

É preciso esclarecer que o fato aquisitivo específico não é só o fato particular, exterior à lei; diversamente, ele também se pode encontrar na própria lei, se se trata de Direito Adquirido por virtude direta da própria norma legal.

¹⁵² FRANÇA, Limongi R. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. Saraiva. São Paulo: 1998. 360p.

Outra elucidação deve ainda ser feita. Há casos em que, embora na lei se contenha o fato aquisitivo específico principal, o Direito Adquirido fica na dependência do preenchimento de um requisito exterior, de caráter accidental. [grifos do original]

Transpondo os conceitos acima descritos para a remição, temos que o fato aquisitivo específico, no caso do trabalho do indivíduo preso, por força de dispositivo legal (art. 126, §1º da LEP) está na realização deste na proporção de três dias trabalhados para um dia de pena remido. Uma vez realizado, opera-se de pleno direito, não estando presentes os requisitos da expectativa de direito, pois não existe fato a ser configurado no futuro.

Isso somente poderia ser admitido, se o raciocínio fosse invertido, ou seja, se a remição estivesse condicionada ao mérito subjetivo do apenado e pudesse somente produzir efeitos se aliada à inexistência de cometimento de falta grave. O que não ocorre na Lei de Execução Penal.

A remição é um direito de aquisição sucessivo, ou melhor, a cada três dias trabalhados, o condenado efetua a remição de um dia de pena, extingue um dia, “puxa um dia”, na linguagem da cadeia.

Como então retirar do preso o direito que não adquiriu? Como negar tenham-se os dias remidos incorporado ao patrimônio moral e jurídico do apenado, se cumpriu com a única condição que a lei lhe impôs?

Como sustentar então a afirmação de que “a remição pelos dias trabalhados somente se incorpora ao patrimônio jurídico-pessoal do condenado ao final do cumprimento da pena”, se não se descontam desta os dias remidos para efeito de concessão dos benefícios legais?

Fonseca e outros¹⁵³, ao escreverem a respeito dos limites que se deve dar à referida cláusula, salienta:

Efetivamente, dentro da execução penal existem decisões sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus*, mas há outras, às quais ela não se aplica. É preciso distinguir as decisões relativas à forma de cumprimento de pena – qualidade do título executivo – das referentes à quantidade da pena.

As primeiras podem sujeitar-se à cláusula mencionada, pois se fundam em uma relação continuativa e projetam seus efeitos sobre o cumprimento futuro da pena.

¹⁵³ FONSECA, André Gustavo Isola *et alli*. *Considerações Acerca da Perda da Remição Prevista no art. 127 da Lei de Execuções Penais*. Ob.cit.p. 96.

Assim são as decisões que concedem progressão de regime, livramento condicional, sursis e conversões de pena em geral...

Isto significa dizer que o seu direito, ao que foi estabelecido na decisão concessiva, só se mantém enquanto continuarem existindo as condições que autorizaram a concessão. Tais decisões são tomadas para o futuro. Não é o que se verifica com a remição e nem com as demais decisões que afetam a quantidade da pena, como é de primeira intuição. Em relação a essas, a cláusula é inaplicável simplesmente porque elas não se baseiam em uma relação continuativa. São exemplos a concessão de indulto e comutação de penas.

João José Leal¹⁵⁴, ao referir-se à forma como vêm sendo contados os dias remidos para o efeito de alcançar-se a remição, distingue:

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, de forma hoje predominante, entendem que o tempo de remição deve ser considerado como de efetivo tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semi-aberto. Isso significa que, se o condenado cumpre um ano de reclusão e obtém mais três meses de remição, passa a contar com um ano e três meses de pena efetivamente cumprida. E esse tempo deve ser computado para todos os efeitos legais.

Arrematamos com a conclusão dos autores¹⁵⁵, cuja interpretação do art. 127 da LEP, caminha para um tratamento mais focado na principiologia constitucional e na garantia da segurança jurídica:

Não há, pois, como decretar a perda dos dias remidos sem violar a garantia da coisa julgada e provocar a insegurança jurídica. Acrescente-se, ainda, que, se nem mesmo uma eventual (e hipotética) lei, que venha a abolir o instituto da remição, pode retroagir para atingir a coisa julgada, seria paradoxal admitir que uma falta disciplinar, apurada exclusivamente no âmbito administrativo, tivesse o condão de tornar ineficaz uma sentença judicial contra a qual não cabe mais recurso.

¹⁵⁴ LEAL, João José. Três Questões Ainda Polêmicas a Respeito do Instituto da Remição Penal. *in Revista Jurídica*. n.315, jan. p.107-113. 2004.

¹⁵⁵ FONSECA, André Gustavo Isola *et alli*. *Considerações Acerca da Perda da Remição Prevista no art. 127 da Lei de Execuções Penais*. Ob.cit.p. 97

3.8 PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS NA EXECUÇÃO

Na exposição de motivos da Lei de Execução Penal vê-se o reconhecimento dos princípios que devem reger a execução penal, quando o legislador assevera expressamente:

O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal [...]

O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.¹⁵⁶

Apesar de toda ênfase dada ao projeto que resultou na atual Lei de Execução Penal, a prática nos mostra outra realidade. Facilmente temos a sensação de que após o processamento de um crime e a condenação de seu autor, o Poder Judiciário “terminou sua função” e a partir daí o “problema” é do Estado. Tanto isso é verdade que nas centenas de vezes que vemos pela televisão notícias de rebeliões e motins em presídios, casas de detenção ou até mesmo em educandários como a Febem (São Paulo), raramente temos presente a figura de um Juiz. O que vemos sempre, repetidas vezes, são sempre as mesmas queixas e reivindicações, vindo dos presos: superlotação carcerária e falta de concessão de benefícios (leia-se progressões, livramento condicional, saídas temporárias, etc.).

A sensação que se sente é que a jurisdicionalização da execução da pena, imposta com o nascimento da Lei de Execuções Penais, e que norteia todo o procedimento executacional, não passou do papel até hoje, com raríssimas exceções.

Ao sentenciar o réu o Juiz aplica-lhe a sanção penal de acordo com os requisitos do art. 59 do Código Penal, individualizando-lhe a pena. Esta individualização, insculpida no art. 5º, inciso XLVI da Carta da República deve respeitar o princípio da personalidade (Constituição Federal art. XLV), norteando os limites da pena (não passando da pessoa do

¹⁵⁶ Exposição de Motivos da LEP, item 12.

condenado), regrando o comportamento do magistrado na prolação não só na prolação da sentença condenatória como também de sua execução.

Temos então, a conjugação do princípio do “devido processo legal” que não se dissocia em nenhum momento do processo desde a propositura da ação penal até o cumprimento integral da pena; implícito está o princípio da proporcionalidade que como seu próprio nome encerra, norteia a proporcionalidade da sanção de acordo com o ato; o princípio da individualização da pena, assegurando ao condenado uma pena baseada em seus critérios objetivos e subjetivos. Unem-se a estes o princípio da humanidade (CF art. 5º, incisos XLIX, L, XLVII) de mãos dadas com o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, reitores da execução da pena. Todos aplicados em sua integralidade, mas não necessariamente nessa ordem, revelam a garantia aos direitos fundamentais do preso e a aplicação da Lei tendo como referência a Constituição da República.

Em rápido raciocínio desde o processamento da ação penal até a condenação, sem nos estendermos pelos princípios inerentes ao processo penal (ex. legalidade, contraditório e ampla defesa) passamos a vista por seis princípios basilares regentes da pena e sua execução. Nos deteremos neste estudo apenas na individualização e proporcionalidade.

3.8.10 Princípio da individualização da pena na Execução Penal

Na execução penal impera o princípio da individualização da pena que, como garantia constitucional, como observa Carmem Silvia de Moraes Barros.¹⁵⁷ Ele está positivado no art. 5º da referida Lei e estabelece que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.” A Comissão Técnica de Classificação (CTC) elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade, levando em conta a condição do condenado ou preso provisório, como dispõe o art. 6º da LEP. Além disso, temos ainda o art. 8º da LEP que determina a realização de exame criminológico ao apenado que iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado.¹⁵⁸ Esse é o exame criminológico inicial que sempre foi

¹⁵⁷ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCrim.* n. 48, p.179-193.2004

¹⁵⁸ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCrim.* n. 48, p.190

diferente do parecer da CTC referido no art. 112 da LEP, que deveria servir para instrução do pedido de progressão de regime e era relativo ao mérito objetivo do sentenciado, tendo em mira o acompanhamento individualizado (nunca existente) do cumprimento da pena, para, finalmente, ser realizado o exame de personalidade.

E, nas suas palavras, comenta, detalhadamente todo o procedimento individualizatório¹⁵⁹.

Desta forma, podemos afirmar que, conforme o estabelecido na LEP, a análise do preso, visando à individualização da pena, será realizada em momentos distintos: no exame de classificação, no exame criminológico e no exame de personalidade. Diferente também será o conteúdo destes exames.

O exame de classificação visa obter dados do agente além do crime cometido, pela análise de sua personalidade. Já o exame criminológico refere-se ao diagnóstico e prognóstico criminológicos. Visa, partindo-se do binômio delito-delinquente, ao entendimento das causas do delito e da motivação do agente.

Esses exames têm a finalidade de individualizar a pena a ser executada (ou em execução) de acordo com as características de cada condenado e a eles não pode ser atribuído qualquer caráter de tratamento, ou de diferenciação que implique desrespeito à individualidade do preso ou ao princípio da igualdade. Inadmissíveis, portanto, programas que digam respeito às características psicofísicas ou às demais causas de inadaptação social. Tampouco podem ser admitidas decisões fundadas na “observação científica da personalidade”. A individualização da pena em execução não tem o fim de transformar ou readaptar o preso ao modelo de “normalidade social”, mas, apenas, o fim de não torna-lo pior, de não dessocializá-lo.

Desta maneira, a individualização executória deve promover a adequação da pena às características pessoais de cada preso. Para tanto, utiliza o sistema de classificação que servirá para agrupar pessoas com características semelhantes e oferecer-lhes o que houver de mais adequado ao seu perfil. Pelo exame de classificação promove-se a necessária adaptação da pena à pessoa individualmente considerada e efetiva-se a garantia de proporcionar ao preso, durante o cumprimento da pena, o livre desenvolvimento de sua personalidade.

O exame de classificação atende ao princípio da personalidade da pena (art. 5º, XLVI da CF). Refere-se, portanto, ao direito que tem o condenado de cumpri-la de acordo com as suas possibilidades e características pessoais, respeitando-se a sua personalidade e o seu desenvolvimento. Individualizar, na via executória, “é especializar a execução tendo em vista a personalidade do sentenciado.

¹⁵⁹ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCrim.* n. 48, p.191.

Sobre a finalidade do exame de classificação a autora aponta sua indispensabilidade no sentido de submeter todo preso que iniciar o cumprimento de sua pena, pois a classificação tem por objetivo “nortear o cumprimento da pena, bem como servir de parâmetro para a observação do desenvolvimento do preso durante a execução.”¹⁶⁰

Face a cientificidade do tratamento que a autora realiza a respeito da execução da pena, podemos concluir, sem medo de engano, que em muitos poucos casos o princípio tem sido aplicado. O que faz parte de nossa realidade são traduzíveis em um amontoamento de preso, que não passaram, via de regra, por exame qualquer, seja classificatório, de personalidade ou criminológico, muito menos de saúde, e foram colocados todos juntos, em celas apertadas nas penitenciárias ou cadeias públicas, para aguardarem, presos, a remoção para “local adequado”.

Neste sentido, afirma a autora supra citada:

Portanto, é possível afirmar que sem exame classificatório inicial e sem acompanhamento do preso durante o cumprimento da pena não se pode falar em pena individualizada na execução penal. A falta de exame de classificação afronta as garantias individuais dos condenados à pena privativa de liberdade.¹⁶¹

Com a sabedoria e indignação perante as injustiças, o inesquecível Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo¹⁶², que foi um dos autores do anteprojeto da Lei de Execuções Penais. Logo que ela entrou em vigor, já afirmou:

O exame criminológico deverá ser orientado no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios do preso, para determinar sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da pena. O exame de personalidade visa conhecer-lhe a estrutura, enquanto conformação física (tipo morfológico), disposição emocional básica (tipo temperamental) e o conjunto das experiências vividas (caráter). Diversificam-se pela diversidade e extensão. O exame criminológico investiga o delito e o delinqüente, o exame de personalidade busca

¹⁶⁰ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. IBCrim. n. 48, p.192

¹⁶¹ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. IBCrim. n. 48, p.193

¹⁶² PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Execução Penal*. RT. São Paulo: vol. 623, 257-263p. set. 1987.

perquirir, mediante metodologia específica, sobre o comportamento do agente, mas para além do crime cometido.

A individualização da pena além de técnica precisa ser científica, pois implica em dar a cada preso um tratamento individual, respeitando-se seu desenvolvimento para que lhe seja assegurado que tenha acesso aos meios que possibilitem sua integração social e não sua dessocialização¹⁶³.

...individualizar a pena na execução penal é ter em vista o sentenciado e seu necessário retorno ao convívio social e ao mesmo tempo impedir que sua individualidade sirva de exemplo para alcançar fins que não lhe dizem respeito (por exemplo, interesses sociais em determinado momento). Assim não fosse e tampouco se poderia falar em respeito à dignidade do preso.

Para encerrar este trecho, nos valem da conclusão de Carmem Barros¹⁶⁴ quando reafirma a individualização da pena como princípio constitucional que deve ser assegurado ao preso com o intuito de analisar seu comportamento e evolução durante o cumprimento da pena.

A referência feita no art.5º , inciso XLVI, da Constituição Federal à individualização da pena a torna princípio constitucionalmente assegurado e irrenunciável e que, portanto, não pode ser obstado. Ainda que regulada a individualização pela lei, a pena há de sempre ser passível de individualização, é o que determina a Constituição. Como é sabido, o princípio da individualização da pena importa a análise de cada caso individual. Tem por escopo a análise do homem e sua evolução no decorrer do cumprimento da pena imposta. Não permite, portanto, generalização e tampouco vedação de progressão em função do delito cometido ou dos anseios sociais de punição.

Enfim, estaremos negando vigência ao princípio da individualização da pena e às garantias constitucionais se usarmos o indivíduo condenado para dar satisfação à sociedade, ignorando sua individualidade, ao mesmo tempo em que o tomarmos como exemplo para alcançar fins que não lhe dizem respeito¹⁶⁵.

¹⁶³ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. A Individualização da Pena na Lei de Execução Penal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2001.p.136

¹⁶⁴ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. A Individualização da Pena na Lei de Execução Penal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2001.p.150

¹⁶⁵ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. A Individualização da Pena na Lei de Execução Penal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2001.p.151

3.8.2 Princípio da Proporcionalidade

Para Paulo Bonavides¹⁶⁶ o princípio da proporcionalidade “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de revelação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.”

Fonseca, Castanheira e outros¹⁶⁷ o definem como:

O princípio da proporcionalidade assegura que a sanção a ser aplicada diante da violação de uma norma será proporcional ao prejuízo por ela causado à sociedade. Por considerar que nenhum crime é tão grave que mereça penas como trabalho forçado e morte, exceto em caso de guerra, é que a Constituição Federal veda essas sanções.

Luis Luisi¹⁶⁸ conceitua-o dizendo que:

Também decorre da “inviolabilidade” prevista no caput do art. 5º da Constituição (...). A privação e a restrição dos direitos mencionados na norma constitucional acima referida, além de só poder ser legítima quando constitui o meio necessário para efetiva proteção de um determinado bem jurídico, há de ser também proporcional a importância do bem, a gravidade da ofensa e a intensidade de culpabilidade do agente. O princípio em causa está presente na norma penal incriminadora ao fixar *in abstracto*, a medida da pena. E depois se faz presente no momento da aplicação. Em que é fundamental, ao lado da intensidade objetiva da ofensa, a maior ou menor culpabilidade com que se houve o agente.

Suzane de Toledo Barros¹⁶⁹, esmiuçando o princípio em tela, diz:

A expressão *proporcionalidade* tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: Há, nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a

¹⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004. 806p.

¹⁶⁷ FONSECA, André Gustavo Isola *et alli*. *Considerações Acerca da Perda da Remição Prevista no art. 127 da Lei de Execuções Penais*. Ob.cit.p. 98

¹⁶⁸ LUISI, LUIZ. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2003. 327p.

¹⁶⁹ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica Editora. 2000. 223p

proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito.

Para Canotilho¹⁷⁰, “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição do excesso.” Para ele, “proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem.”

3.8.3 Princípio da Humanidade

O Princípio da humanidade é, na visão de Hans Heinrich Jescheck o postulado ‘reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade’ e consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana, como escreve Zaffaroni.¹⁷¹

Juarez Cirino¹⁷² ao discorrer sobre tal princípio anota:

“O *princípio da humanidade*, deduzido da *dignidade da pessoa humana* como fundamento do Estado Democrático de Direito (art.1º III, CR), exclui a cominação, aplicação e execução de penas (a) de morte, (b) perpétuas, (c) de trabalhos forçados, (e) de banimento, (c) cruéis, como castrações, mutilações, esterilizações, ou qualquer outra pena infamante ou degradante do ser humano (art.5º, XLVII, CR).

(....)

Entretanto, o *princípio da humanidade* não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação de *penas cruéis* ao cidadão livre, mas proíbe também a concreta *execução cruel* de penas legais ao cidadão condenado, por exemplo: a) as condições *desumanas e indignas*, em geral, de execução das penas na maioria absoluta das penitenciárias e cadeias públicas brasileiras; b) as condições desumanas e indignas, em especial, do execrável Regime Disciplinar Diferenciado – cuja inconstitucionalidade deve ser declarada por arguição de inconstitucionalidade da

¹⁷⁰ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina. 1992. 214p.

¹⁷¹ LUISI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre. 2003. p. 46

¹⁷² SANTOS. Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro. 2007. 737p

norma legal no caso concreto (controle difuso, por Juízes e Tribunais), ou por ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal).

Outros autores ao tratarem deste princípio sempre enfatizam um conjunto de declarações e pactos internacionais que tendem a regular, no mundo civilizado, o tratamento das pessoas que tem sua liberdade restringida.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, assinala o princípio da humanidade e da dignidade já no seu preâmbulo, onde estão as consideranda que motivaram o ato internacional: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...) Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana (...)". Os arts. V e VI dessa Declaração afirmam o princípio da humanidade, estabelecendo que no plano internacional "Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante" e que "Todo homem tem o direito de ser em todos os lugares reconhecido como pessoa perante a lei".

Por sua vez, o Pacto de Nova Iorque, de 1966, declara que "Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana." A privação de liberdade implica, necessariamente, um processo. Resulta, portanto, clara a obrigação dos órgãos de persecução e julgamento de respeitar os direitos personalíssimos do acusado no processo e durante sua tramitação.

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, estabelece, em seu art. 11, §1º, que "Toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade" e no art. 32, §1º, que "Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade". Aquele direito e este dever são correlatos e inseparáveis, sendo endereçados também aos órgãos estatais de Justiça criminal.

Derivando de um dos fundamentos republicanos, constante do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que exalta a dignidade da pessoa humana, o princípio da humanidade extrai-se também do art. 5º, incisos III e XLIX, da mesma Carta.

Ao declarar, no terceiro inciso do art. 5º que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante", o constituinte especificou indiretamente duas garantias processuais, as de que:
a) o processo penal não pode servir como meio para a aplicação da pena de tortura ou da pena de morte ou para a sujeição de quem quer que seja a tratamento desumano ou degradante, como sanção final;

b) o processo penal não pode assumir ele mesmo forma desumana, com procedimentos que exponham o homem a posições ou situações degradantes, torturantes ou a vexames. Implica, portanto, o direito ao respeito, de que toda pessoa humana é titular, cabendo ao Estado providenciar:
a) processo acusatório de curta duração; b) limitação de causas de prisão anterior à sentença condenatória definitiva; c) separação dos presos provisórios dos presos condenados; d) tratamento distinto para as pessoas processadas (não-condenadas).

Ao seu turno, o art. 5º, inciso XLIX, da Carta Federal, garante aos "presos o respeito à integridade física e moral", significando que ao homem sujeito do processo penal só se lhe retira parte da liberdade (a de locomoção extra muros), não lhe sendo tolhida a dignidade. Vale dizer: mesmo preso ou condenado o homem preserva o direito personalíssimo à sua integridade física, moral e psíquica, com o que se vedam também formas de tortura mental e ameaças à sanidade e intelectual dos imputados.¹⁷³

¹⁷³ ARAS, Vladimir. *Princípios do Processo Penal*. www.jusnavidandi.com.br

Finalmente, com a criação efetiva do Estado, o elenco dos direitos humanos passou a integrar de modo definitivo as Constituições e nestas se insere como prerrogativa individual¹⁷⁴

3.9 DECRETAÇÃO DA PERDA DOS DIAS REMIDOS E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE

Da maneira como vem sendo aplicado o art. 127 da LEP, decretando-se a perda de todos os dias remidos do condenado face cometimento de falta grave, viola-se, flagrantemente, o princípio da proporcionalidade na medida em que se impõe uma sanção única a todos os condenados, olvidando, inclusive, o princípio da individualização.

Ao observarmos a Lei de Execução Penal vê-se que é muito ampla ao definir os comportamentos disciplinares passíveis de enquadramento como falta grave, (citamos *subverter a ordem*) e teremos como resultado que, numa situação idêntica duas pessoas acabariam sofrendo penalidades desproporcionais, com a agravante de que aquele detento que tivesse trabalhado mais e se comportado melhor teria mais a perder que seu companheiro, em condições meritórias inferiores. Reflita-se que o mérito aqui é tão somente a título ilustrativo.

A questão torna-se cada vez mais controversa quando os efeitos dessa falta passam para o passado, retrocedendo indefinidamente, como já ressaltado alhures.

Os mandamentos do nosso sistema constitucional, mais especificamente o princípio da individualização da pena determina que o intérprete aplique a sanção em determinada pessoa, individualizada, e esta sanção deve ser proporcional à lesão ocasionada ao bem jurídico tutelado, observando-se sempre as condições pessoais do agente. Neste diapasão, não há como, simplesmente, declarar a perda de todos os dias remidos sem parâmetro legal, indistintamente, incontroladamente, arbitrariamente, sem violar o regramento constitucional.

E já não importa mais se os dias cassados foram ou não declarados como remidos pelo Juiz da Execução, se a cada três dias

174

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p 47

trabalhados ocorre, como efeito automático, a extinção de um dia de pena. Não há possibilidade de se cumprir a mesma pena duas vezes!

Neste sentido alerta Carmem Barros:¹⁷⁵

[...] dos princípios constitucionais resulta de forma imediata que toda e qualquer forma de exercício do poder deverá estar voltada para sua gradual efetivação e que toda forma de arbitrariedade e violência do poder é ilegítima.

Daí que o princípio da individualização da pena na execução penal, sua extensão, não se reduz a uma mera declaração forma de boas intenções, senão que impõe exigências concretas. Os juízes estão vinculados ao princípio da individualização da pena e não podem contrariá-lo através de suas decisões, pois, para que as garantias constitucionais sejam efetivadas, é necessário que tenham real operatividade e que cumpram a função de tutela da dignidade da pessoa humana. Assim, não bastam bonitos discursos ou boas leis: é necessário que as decisões judiciais – quer de conhecimento, quer executórias – estendam esses princípios até as máximas possibilidades de realização.

3.10 PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL FRENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Sobre a questão, inicialmente tratada, da natureza jurídica da remição, cremos que da mesma maneira que o livramento condicional, trata-se de direito subjetivo do condenado e não benefício nem prêmio. Por ser *direito público subjetivo* se estabelece uma relação jurídico –processual entre condenado e Estado, cujo procedimento deverá estribar-se nos dispositivos constitucionais. Portanto, a nosso ver não se pode dizer que remição seja prêmio ou benefício, pois ao admitir-se essa natureza estaremos tratando o preso como objeto e de certa maneira admitindo que a execução penal não se presta a instrumentalizar¹⁷⁶ o regramento constitucional.

Jorge Miranda¹⁷⁷, conceitua direito público subjetivo dizendo que “Significam direitos subjetivos atribuídos por normas de Direito

¹⁷⁵ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. A Individualização da Pena na Lei de Execução Penal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2001.p.211

¹⁷⁶ LARRUSCAHIM, Paula Gil. *O Processo de Execução Penal e a Violência Estatal*. Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo. Salo de Carvalho organizador. Lúmen Júris. Rio de Janeiro.2004.386p.

¹⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Lisboa. Coimbra. 2ª Ed. 1998, Tomo IV.*

público, abrangendo situações jurídicas ativas das pessoas frente ao Estado.”

Tratando-se de direito, a concessão da remição será norteadada pelo cumprimento exclusivo do requisito objetivo, qual seja, a prestação efetiva de trabalho, na proporção de três dias de trabalho por um de pena, como estabelecido na legislação infraconstitucional art. 126 e parágrafos da LEP. Portanto, não está dentro do zona de arbítrio do Juiz concedê-la ou não; não é faculdade; é direito.

Quando nos reportamos à reprodução do significado da lei ou de sua interpretação, cabe lembrar a lição de Lênio Streck¹⁷⁸ ao discorrer a respeito da hermenêutica e do rompimento com os “conceitos-em-si-mesmos-das-normas”:

[...] É necessário chamar a atenção dos operadores/intérpretes para o fato de que, nesse processo de (inter)mediação, pelo qual a dogmática jurídica (re)produz os discursos de verdade, estes “nunca são o resultado de um emissor isolado, estando vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante. Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade “científica”, de um monastério dos sábios.(citando Luiz Alberto Warat, in Introdução geral ao direito II).

E é justamente desse monastério de sábios que emana a “fala autorizada” que (re)produz recebem o cetro (o skeptron da obra de Homero) de que fala Bourdieu. Estão, assim, (plenamente) autorizados a fazer, inclusive, “extorções de sentido” e “abusos significativos”. E quem se rebelar, quem tiver a ousadia de desafiar esse processo de confinamento discursivo, enfim, quem tentar entabular um contradiscurso, um discurso crítico, responde(rá) pelo (hediondo) crime de “porte ilegal da fala.

Cremos não estar dentro da discricionariedade judicial homologar ou não os dias remidos uma ou duas vezes por ano ou ficar aguardando que o departamento administrativo do órgão penitenciário lhe remeta a relação dos presos que estão trabalhando e quantos dias cada preso trabalhou para efeitos de concessão da remição.

Nem tampouco cassar irrestritamente todos os dias remidos pelo condenado sem sequer aplicar-se um critério de

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003.328p.

ponderabilidade, de proporcionalidade, de individualidade. Afinal, como afirmou Alvim¹⁷⁹:

Inexiste, na orbe do direito ou fato ou negócio que não sofra a influência do transcurso do tempo: as ações judiciais prescrevem, os direitos decaem, os atos processuais precluem, as coisas se usucapem; até a pretensão punitiva do Estado sucumbe ante o curtir do tempo, dando ao criminoso a convicção da impunidade.

Como aceitar, então, neste caso, a negatividade da influência do tempo?

Entendemos ser imperativo o cumprimento mensal por parte da administração no envio dos relatórios dos dias remidos, na forma estabelecida pelo art. 129 da LEP para efeito de contagem dos dias remidos e desconto em sua pena.

Entretanto, no que se refere a perda dos dias remidos não homologados cremos não fazer diferença, já a esta altura do raciocínio, sejam os dias declarados remidos ou não, face a presença do direito adquirido e da revogação do art. 127 da Lei de Execução Penal, que não foi recepcionado pela Constituição Federal por ferir direito previsto no art. 5º inciso XXXIV (direito adquirido) da Constituição Federal. Se a sentença é declaratória, não há como se negar direito pré-existente, conquistado através do trabalho prisional.

A prisão tem suas peculiaridades e a pena restritiva de liberdade suas contradições.

A execução da pena não deve exceder a sentença condenatória, entretanto a realidade que se nos apresenta diariamente é a violação das Regras Mínimas da ONU que prevê um preso a cada seis metros quadrados quando temos inúmeras rebeliões motivadas por superlotação. Uma escandalosa maioria de presos paupérrimos (95%) dos quais 85% não têm condições de contratar advogado. Nesta população, não há estatísticas ou qualquer número de pessoas presas por crime de corrupção; 1% estão presos por extorsão; 17% por homicídio; 10% tráfico de drogas e 43% por furto e assalto.¹⁸⁰

¹⁷⁹ ALVIM, Rui Carlos Machado. O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais. São Paulo: Atlas. 1991. 99p Idem. Ob. cit. p. 84

¹⁸⁰ Censo Penitenciário de 1994 realizado pelo Ministério da Justiça, disponível in, <http://www.mj.gov.br>

É o que Flávia Piovesan¹⁸¹ chama de “pobreza como violação dos direitos humanos”. É claro que não vemos nenhum pudor em afirmar (porque é intelectualmente verdadeiro), que os “delinquentes de luxo”, na linguagem usada pela Senadora da República Heloísa Helena (AI) não estão atrás das grades e sim “comendo caviar pago com dinheiro público” porque essa é a nossa realidade. Interessante observar como a Sociedade é parcimoniosa com os bandidos ricos que sonégam milhões em imposto (seja em qualquer das esferas de Poder), retirando com isso, da própria Sociedade, os benefícios sociais que este dinheiro poderia render quando reaplicado e ao mesmo tempo é tão rude com um ladrão de automóveis ou estelionatário.

Sem entrar novamente na constitucionalidade ou não do art. 127 da LEP, colocamos outra questão a título explicativo, buscando com ela um melhor equacionamento na penalidade originada pelo cometimento de falta grave ao condenado: se um preso trabalhar todos os dias de um mês normal, com trinta dias, sem feriados e sem ultrapassar a jornada de oito horas, irá remir aproximadamente 08 dias. Ao final do mês a administração do presídio encaminhará ao Juiz a relação dos presos que estão trabalhando e quantos dias e horas o fizeram. Submetida à intervenção ministerial e do defensor, o juiz declarará ou não os dias remidos. Desta decisão, caso haja insurgência de qualquer das partes caberá recurso de agravo. Não havendo recurso, a decisão transita em julgado e somente poderá ser atacada via revisão criminal. Os dias remidos são considerados como pena cumprida e não há nenhuma possibilidade de que sejam cassados, caso haja cometimento de falta grave *após a decisão judicial*. Se cometida a falta grave o condenado perderá apenas os dias daquele mês que ainda não foram submetidos ao crivo judicial. Se assim não for não tem sentido que a remessa dos registros relativos ao presos que estão trabalhando seja mensal. Seria letra morta, como aliás é; isso porque a autoridade administrativa não envia mensalmente esses registros. Envia quando quer ou quando o regulamento interno determina, mesmo *contra legem*.

Também nos lembra André Z. Schmidt¹⁸² ao relatar a tarefa de todo operador do direito.

todo ato administrativo, toda lei e toda decisão judicial devem ser adequados formal e substancialmente às normas constitucionais, e isso demanda do hermeneuta (lato sensu) uma espécie de estrabismo jurídico: o desenvolvimento

¹⁸¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad. 5ª ed. 2002. 481p

¹⁸² SCHIMDT, Andrei Zenker. *Hermenêutica na execução penal*. Ob cit. pág 99

de suas atividades opera-se com um olho (de soslaio) na lei e outro na Constituição.

Assim, como assevera Rosseti¹⁸³, citando Carlos Maximiliano, “cumpre ao legislador e ao juiz, ao invés da ânsia de revelar inconstitucionalidades, mostrar solicitude no sentido de enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno.”

Significa dizer que o Juiz é sempre guiado pelo comando da Lei Maior, da Constituição. Qualquer interpretação deve ser fulcrada irremediavelmente nos preceitos Constitucionais. Se assim não for teremos leis ordinárias que valerão mais do que a Carta Constitucional, e com isso nenhum jurista pode aquiescer. No caso em questão a Constituição de 1988 sucedeu a Lei 7.210/74 e há incompatibilidade entre a legislação preexistente e a Constituição Superveniente, o que é suficiente para revogar o que com ela colidir no todo ou parcialmente. Não há como sustentar a posição que a lei anterior à Constituição não pode ser revogada por seu advento posterior, porque estar-se-ia dando à lei ordinária maior força que à lei constitucional. Trata-se de direito intertemporal e o caso é de revogação tácita.

¹⁸³ ROSSETI, Janora Rocha. Remição de pena: Adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao texto Constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. vol.697, p.264-8, 1993.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final, acreditando que o direito à remição deve ser amplamente protegido, uma vez que privilegia o acesso ao direito fundamental – a liberdade. Não bastasse isso concluímos que da maneira como tem sido executada a pena privativa de liberdade hoje, não há outra finalidade para a remição que não seja a redução ou abrandamento da pena privativa de liberdade, pois a ressocialização por meio do trabalho é criação capitalista num sistema penal discriminante, desestruturado e de eficiência utópica.

O cometimento de falta grave durante a execução da pena não pode eliminar todo o período remido. Há que se buscar um modo de aproveitar os dias remidos e punir o prisioneiro faltoso de maneira justa e equitativa, para que não sejam violados os princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade, da individualização da pena e da humanidade.

Embora sabedores de que a disciplina prisional é de fundamental importância para a manutenção da ordem e do controle dos internos, não se pode retirar do preso um direito que já se expressou em seu benefício, seja em progressão de regime, indulto ou remição. Faltas todos cometemos, em liberdade, todos os dias. E esperar do apenado um comportamento celibatário e impoluto é exigir-lhe o impossível.

Na legislação atual existe possibilidade de aplicação do art. 127 da Lei de Execução Penal, na hipótese em que o preso tenha cometido falta grave, sem que isso resulte violação do direito adquirido. Basta encontrar o limite temporal de alcance da norma. Se forem cumpridas as determinações da Lei de Execuções Penais, como por exemplo, a expedição do atestado de pena a cumprir (expedido anualmente) poderá ser usado como parâmetro temporal para impedir a retroatividade da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, indefinidamente, para o passado.

Também, a impossibilidade ou dificuldade de gerenciamento da administração do sistema penitenciário não pode impedir a concretização do direito à remição. A aplicação do disposto no art. 129 da Lei de Execução Penal, determinando que os relatórios dos dias remidos sejam

remetidos, mensalmente, ao Juiz da Execução para homologação, é dever do Estado.

Se a remição da pena foi criada com o intuito de diminuir a pena ou abrandar o encarceramento, é imperativo que a ciência jurídica encontre mecanismos de aplicação de uma política criminal útil aos propósitos da pena e do apenado.

Creemos que o desrespeito ao direito à liberdade, de espeque constitucional, exige uma postura enérgica de todos os atores jurídicos, sejam eles, juízes, advogados ou Promotores de Justiça. A cassação de todos os dias remidos por cometimento de falta grave implica em obstrução ao direito de ir e vir, passível de remédio jurídico através de *habeas corpus*, a fim de resguardar a liberdade de locomoção do condenado, que, com direito a ter seus dias remidos, vê-se premido de ter de volta sua liberdade, pela cassação de todos os seus dias remidos pelo trabalho. No fundo, está se premiando o preso “domesticado” que, inadvertidamente teve uma má atitude.

Neste diapasão, vale relembrar a lição de Clemerson Mérlin Cléve, a respeito dos direitos fundamentais: “os direitos fundamentais não são concessão, não estão a disposição do Estado, não são aquilo que o Estado diz. Pelo contrário, este sim deve estar à disposição dos direitos fundamentais para buscar a sua plena concretização.”¹⁸⁴

Outra importante questão é concluir que não há qualquer possibilidade de interpretação da legislação infraconstitucional, sem que se tenha como premissa os princípios básicos constitucionais penais, quais sejam, no caso em comento, os princípios da individualização da pena, da humanidade, da proporcionalidade e, principalmente, do direito adquirido.

Entendemos que encontra-se parcialmente revogado o art. 127 da Lei de Execução Penal. Sua aplicação deverá ser ponderada e obedecer, irrestritamente, ao princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, pois a segurança jurídica não pode ser ameaçada pela perenidade na aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, respeitando-se, assim, o direito adquirido.

Ao final, não podemos esquecer, como ensinam George Rush e Otto Kirchheimer¹⁸⁵ que “a futilidade da punição severa e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será bem aceita.”

¹⁸⁴ CLÉVE. Clémerson Merlin. *O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. In SAMPAIO. José A. Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey: 2003. p. 392.

¹⁸⁵ RUSCHE & KIRCHHEIMER, *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro. Revan. 2004. 2ª ed. 282p

Não há cura para o crime nem para o criminoso. O efeito do isolamento social da pena apenas afasta, por um período de tempo, o problema dos olhos, mas ele fica latente. Desde a velha escola Reformista os criminólogos tentam manter a velha noção de que o nível de vida dentro da prisão deve ser o mais baixo do que o nível mínimo fora da prisão, e, mesmo assim, o crime avança. Quem sabe o problema da criminalidade esteja na educação, na melhora das condições de vida e nos livre acesso aos direitos sociais. Quem arriscaria apostar?¹⁸⁶

Quando Lauria Tucci escreveu sobre o vigésimo aniversário da Lei de Execução Penal já se queixava. Dizia ele que mesmo após tanto tempo já passado a Lei ainda não estava sendo aplicada, e o que mais lhe espantava era a rejeição, antipatia e resistência à aplicação dos Princípios Constitucionais na Execução Penal. Somente para lembrar alguns já exaustivamente lebrados mas que jamais podem ser esquecidos: o princípio do devido processo legal, da individualização da pena, da ampla defesa e contraditório, da proporcionalidade, da humanidade e da dignidade da pessoa humana. Este, da dignidade da “pessoa humana”, deixei por último, embora o rol não seja estanque, porque é o mais esquecido de todos, desde o carcereiro, passando pelo Ministério Público e chegando no Juiz da Execução. O carcereiro do dito princípio nem quer ouvir falar, sabe-se lá se desconfia de que se trate falar porque “não vai dar mole prá malandro”. O Ministério Público tem muitas outras coisas mais importantes para cuidar (crimes ambientais, violação de interesses difusos, improbidade administrativa) do que fiscalizar a execução penal, afinal, “quem tem que se preocupar com preso é o seu advogado!” As circunstâncias em que os condenados estão cumprindo a pena é “problema do Estado!” O Juiz da Execução, inerte, acha que tem que ser “provocado” !

A dignidade da pessoa humana, direito fundamental diga-se de passagem, está sendo violada dia após dia, e isso só vai ter fim quando a violação dos direitos humanos começar a ser levada à Corte Interamericana de Direitos Humanos e se transformar em desculpa para que os Estados Unidos da América articulem uma invasão ao Brasil, sustentado na possível (e no caso é real) suspeita de que a Nação Brasileira viola direitos humanos (veja-se recentemente a invasão ao Iraque, cujas armas químicas nunca foram encontradas e a inverdade sustentou o parecer que autorizou a invasão)! Será que daí o princípio da dignidade da pessoa humana vai passar a ser valorizado? Ante uma invasão iminente?

Agora então, depois que o Supremo Tribunal Federal, (antes tarde do que nunca), resolveu enfim, declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da LCH que proibia a progressão de regime para os criminosos condenados por crimes hediondos nos crimes, ninguém segura a imprensa e os comentaristas de plantão ou de ocasião, insuflando a população contra a distribuição da justiça operada pelo STF.

¹⁸⁶ MELOSSI, Dario & PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro. Revan. 2006. 266p

A população “foi educada para pensar que o preso precisa estar na cadeia, fechado” prá sempre, sem possibilidade de sair, para pagar pelo crime que cometeu, segundo Dr. Mariz de Oliveira em entrevista concedida em 06/03/06 a jornalista da RedeTV. Diria eu, uma espécie de garantia de que de lá não sairia jamais. Como a liberdade é direito fundamental e a pena de morte é proibida pela Constituição, graças a Deus os juízes não serão obrigados a mandar ninguém para cadeira elétrica, injeção letal, decapitação ou coisa que o valha.

Mas logo que escrevo estas palavras, delas não mais tenho certeza, pois na atual conjuntura penitenciária que estamos vivendo quando os cidadãos são condenados à pena privativa de liberdade é o mesmo que condená-los a morrer ou matar ou a serem violentados sexualmente, enfim... E não só os condenados definitivamente, mas também àqueles que respondem processo criminal e estão provisoriamente presos em cadeias públicas, dos pequenos municípios às grandes capitais deste país... estes também estão sendo dupla ou triplamente punidos!

Primeiro porque na grande maioria dos casos são pobres ou miseráveis e não têm dinheiro para contratar um advogado. A defensoria pública, não existe em centenas de Comarcas e isso não é novidade pra ninguém!

Segundo porque ninguém quer saber de preso, nem falar sobre eles, nem sobre os direitos deles! Como direitos de preso? Ouço a pergunta com indignação! Não me venha com essa que preso tem direito! Vem me falar de direito para quem roubou, matou, estuprou, falsificou, traficou, roubou a União, os Estados e os Municípios, lesou o fisco, violou segredo bancário, colocou escuta telefônica ilegal! Estes bandidos não tem direitos!!!! Ora, estou perplexa!

Terceiro porque uma vez preso o homem tem que “se virar” ! Se for muito macho morre, se for meio machobem, então a dignidade e a virilidade já foram pro brejo! A família só pode vê-los um vez por semana, algumas horas. Cartas, só se passar pelo Diretor! Assistência médica e odontológica nem vou falar porque a maioria da população livre do país não tem!... então os condenados, coitados, nem tem do que reclamar!!!!...O mesmo diz-se a respeito do trabalho e do estudo! Quanto vale um minuto na prisão sem ocupação alguma? Quantos dias, meses, anos trancado sem poder fazer nada, sem que ninguém lhe dê nenhuma tarefa, sem distração para os braços e pernas, para a cabeça? Sem nenhum tipo de trabalho, apenas olhando o tempo passar.Minutos que viram dias, horas que viram anos!

Estudo, leio, creio e penso numa maneira de como os Juízes podem contribuir para diminuir o abismo social entre as classes, como a Justiça pode ser mais acessível, como a prisão poderia melhorar de alguma forma o indivíduo e não consigo entender porque um assunto tão importante quanto “sistema penitenciário brasileiro” tem tão poucos interessados! Talvez como diria Dr. Mariz de Oliveira, devêssemos discutir esse assunto por absoluta questão egoística, já que o retorno social de uma pessoa que passa 20 anos na prisão é

tão maléfico quanto termos uma visão tão obtusa sobre o problema que não nos deixa enxergar claramente a solução, sequer parar e discutir o assunto.

Os presos serão um dia libertados! Isso é um fato! Se conseguirem ou não serem “domesticados” (expressão de Alvim) pelo sistema, como espera a sociedade, é outro assunto. Se conseguiram estudar ou aprender um ofício lá dentro ótimo, era o mínimo que poderíamos esperar que o Estado lhes ofertasse em troca de lhes ter tirado a liberdade! O fato é que quanto mais tempo os condenados ficarem enjaulados, dissociados, sem contato com suas famílias, sem trabalho, sem dignidade, piores sairão. Piores do que a sociedade já não mais os suporta. E uma vez soltos, voltarão ao crime novamente, porque carregarão para sempre o rótulo de ex-preso, o cheiro da cadeia, a marca da jaula pelo resto da vida. Então, novamente, excluídos do trabalho formal, (porque ninguém dá emprego para ex-preso), nem que o cidadão seja “bom à besa”, voltarão a cometer outros crimes, desta vez já endurecidos pelo sistema e “escolados” pela realidade onde quem não tem dinheiro não tem nada! E, como vivemos na sociedade do ter e não do ser, até a burguesia decadente já tem sido atingida pela LEI.

Cadeia para os crimes do colarinho branco, bradam os jornais!!! Contra o fisco ou contra a Previdência!!! Mas isso só quando a classe política se conscientizar que melhores do que lezinhas de ocasião, para decantar a sanguinolenta ansiedade da “sociedade civil” (se é que temos outro tipo de sociedade), precisamos de uma legislação que possa ser operacionalizada, leis inteligentes e atuais. Como a LEP, por exemplo, linda no papel e um fracasso na prática!

E enquanto isso não acontece, para os presos de colarinho não tão branco assim, nem tão engomadinho, um pouco de humanidade, um pouco de preocupação, um pouco de dignidade com aquele que está retribuindo, em forma de confinamento, o “mal” que fez à sociedade. Nada mais do que isso....

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALBERGARIA, Jason. *Manual de Direito Penitenciário*. Rio de Janeiro: Aide Ed.1993. 212p.

ALVIM, Rui Carlos Machado. *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*. São Paulo: Atlas. 1991.

_____. *Execução Penal: O Direito à Remição da Pena*. RT. vol.606, abril. 1986. 287-294p.

ANTUNES, Luiz Antonio. *Coisa Julgada na Execução Penal – Remição*. *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito*. São Paulo: vol.03,n.º1,jul.343-372p. 2002

ARAS, Vladimir. *Princípios do Processo Penal*. www.jusnavidandi.com.br

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. *A Individualização da Pena na Lei de Execução Penal*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2001.256p.

_____. *As Modificações Introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a Jurisdicionalização e a Individualização da Pena na Execução Penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n.º48, 179-193p, maio/jun. 2004

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília Jurídica. 2 Ed. 2000.223p

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2 Ed. São Paulo: 1999. 201p

BASTOS JUNIOR, Edmundo José de. *Sobre a Remição e Forma de seu Cômputo para os Benefícios Legais do Condenado*. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Curitiba: vol.1, n.º1, 172-185, ago. 1995

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.396p

BODÊ DE MORAES, Pedro Rodolfo. *Punição, Encarceramento e Construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. IBCCrim. São Paulo: 285p. 2005

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editora. 15 ed. São Paulo: 2004. 806p

BRASIL. Departamento Penitenciário do Estado do Paraná
<http://www.pr.gov.br/depen/>

BRASIL. Jornal A Folha de São Paulo. A cidade dos presos, *in*
<http://www.uol.com.br>

BRASIL. Ministério da Justiça. *In* <http://www.mj.gov.br>

BRASIL. *A Fraternidade e os encarcerados: Cristo liberta de todas as prisões: texto-base/Conferência Nacional dos Bispos do Brasil*: São Paulo. Editora Salesiana Dom Bosco.1997.128p.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina. 1992. 214p.

CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. Lúmen Júris. Rio de Janeiro: 2003. 288p

_____. *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. (org)
Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro: 2004. 386p

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da Legalidade na Execução Penal*. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1988.134p

CHIES, Luiz Antonio Bogo. *Prisão: Tempo, Trabalho e Remição. Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do art. 127 da LEP, in Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Lúmen Júris. Rio de Janeiro: 2002. 754p

_____. *Remição Pelo Trabalho Externo: A Questão Da Prova num Sistema de Garantias e a Resistência no Mundo do Trabalho Precário*. Revista de Estudos Criminais.Porto Alegre: n.º7.68-86p. 2002

CINTRA JUNIOR. Dyrceu Aguiar Dias. *Reflexões em Torno do Projeto de Política Criminal e Penitenciária da OAB/SP – Apreciação Crítica e Propostas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: vol 1, n.º3. 100-112p. jul/set . 1993.

CLÉVE. Clémerson Merlin. *O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. *In* SAMPAIO. José A. Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey: 2003. p. 392.

DOTTI, René Ariel. *Execução Penal no Brasil: Aspectos Constitucionais e Legais*. Revista dos Tribunais. vol. 664. 239-249p, fev. 1991.

_____. *A Crise da Execução Penal e o Papel do Ministério Público*.Justitia. São Paulo: vol 129. 34-54p, abr/jun. 1985.

ESPAÑA. *La Libertad es un bien muy preciado. El destino de los prisioneros: Campos de concentración. Batallones de trabajadores e cárceles*, in www.asturiasrepublicana.com

FELDENS, Luciano. Os Verdadeiros Limites da Coisa Julgada na Execução Penal. IBCCRIM. n.º139, junho, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Ed. São Paulo: 2002. 381p

FONSECA, André Gustavo Isola, et al. *Considerações Acerca da Perda da Remição Prevista no art. 127 da Lei de Execuções Penais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: vol 06, n.º24, 93-98p, out/dez. 1998.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Vozes. 7 Ed. Petrópolis: 1989. 277p

FRANÇA, R. Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. Saraiva. 5 ed. São Paulo: 1998. 360p

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Del Rey. Belo Horizonte:2004. 287p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. Forense Universitária. Rio de Janeiro: 1998. 276p

_____. *Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1978. 67p

KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal Anotada*. Juruá. Curitiba: 1999. 531p

LAGASTRA NETO, Caetano, et al. *Execução Penal: Visão do TACRIM de São Paulo*. Editora Oliveira Mendes. 1998. 226p

LARRUSCAHIM, Paula Gil. *O Processo de Execução Penal e a Violência Estatal*. in *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Salo de Carvalho organizador. Lúmen Júris. Rio de Janeiro:2004.485p.

LEAL, César Barros. *Prisão: Crepúsculo de Uma Era*. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.134p

LEAL, João José. Três Questões Ainda Polêmicas a Respeito do Instituto da Remição Penal. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: n. 315, p.107-113. jan. 2004.

_____. *O Princípio Constitucional do Valor Social do Trabalho e a Obrigatoriedade do Trabalho Prisional*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. n.26, jun-jul. 2004.

LEITE, George Lopes. *O Papel do Juiz na Execução Penal*. Revista do centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, n.1551-63p, set/dez.2001

LIMA, Roberto Gomes & PERALLES, Uiracyr. *Teoria e Prática da Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense.1995. 324p.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. 327p

MARTINS, Sérgio Mazina. *Execução Penal e Direitos Humanos*. Boletim IBCCRIM n.º56, julho Esp. 1997. Disponível em:<www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 20 jun. 2005.

MELO, Orlando Ferreira de. *Hermenêutica Jurídica: Uma reflexão sobre novos posicionamentos*. Itajaí: Editora da Univali. 2001.213p

MELO, Darci Nasser de. *O Procedimento do recurso de agravo da Lei de Execução Penal*. Paraná Judiciário. Curitiba: vol.n.30, p.201-202. 1998.

MELOSSI, Dario & PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*. As origens do sistema penitenciário (seculosXVI-XIX).Rio de Janeiro.Revan.2006.266p

MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas penitenciários*. São Paulo: Ed. RT. 1992.186p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2002. 815p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª E. Lisboa: Coimbra. 1998, Tomo IV.241p.

MORAES, Silvio Roberto Mello. *Breves Anotações Sobre o Recurso de Agravo da Lei de Execução Penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo: vol 657. 380-386p. julho. 1990.

MOURA, Evânio. *Remição da Pena pelo Estudo – Rápida Abordagem Crítica*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.Porto Alegre: n.º24. 20-26p fev/mar.2004

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva. 2002. 127p.

PADUANI, Célio César. *Da Remição na Lei de Execução Penal*. Del Rey. Belo Horizonte: 2002. 131p.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *Coisa Julgada e Execução Penal*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: vol. 667. 382-385p, maio.1991

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad. 5ª ed. 2002.481p

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Execução Penal*. RT. São Paulo: vol. 623, 257-263p. set. 1987.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Temas Fundamentais de Execução Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: vol 6, n.º24, 11-38p, out/dez. 1998.

_____. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2000.175p

_____. *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*. IBCCrim. São Paulo: 2000. 197p

ROSSETI, Janora. *As modificações introduzidas nos arts. 6º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ed. Revista dos Tribunais São Paulo: nº48. 179-193p. 2004.

_____. *Remição de pena: Adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao texto Constitucional*. RT. São Paulo: vol.697. 264-8p. 1993

RUSCHE, George & KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro. Revan.2004.2ª ed.282p

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado. 3ª Ed. Porto Alegre: 2003.416p

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Livraria do Advogado. 2ª Ed. Porto Alegre: 2002.157p

SANTOS. Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro. 2007.737p

SCHMIDT, Andrei Zenker. *Hermenêutica na Execução Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. n.º38, 84-121p, abr/jun. 2002.

SILVA, Haroldo Caetano da. *Manual da Execução Penal*. Campinas: Bookseller. 2001. 364p.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. *Aspectos Polêmicos no Direito de Execução Penal*. IBCCRIM n.º135, fev. 2004.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Libreria do Advogado. Porto Alegre: 4ª Ed. 2003.327p

SUEIRO, Daniel. *La Verdadera Historia del Valle de los Caidos*. Madrid: Sedmay Ediciones. 1977. 285p.

THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. Forense. 3 Ed. Rio de Janeiro: 1991.148p

TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. Landy Editora. São Paulo: 2003.277p

TREVISAN, Maurício. *Tratamento Penitenciário (Intervenção) na Execução da Pena de Prisão*. Revista do Ministério Público. Porto Alegre: n.º.50, 203-219.abr/jul. 2003

TUCCI, Rogério Lauria. *Vinte Anos de Vã Esperança*. São Paulo: Boletim do IBCCRIM n.º140, 2004. www.ibccrim.org.br, 20/06/2005

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. Companhia das Letras.1999.295p

YAROCHEWSKY, Leonardo. *Ressocialização, reintegração, reeducação ou recuperação do condenado: uma grande farsa*. www.ibccrim.org.br, 20/06/2005

ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. Editora Revista dos Tribunais. 5ª Ed. São Paulo: 2004. 847p

ANEXO

DECRETO N. 281 DE 28 DE MAIO DE 1937, CONHECIDO COMO DECRETO DE BURGOS

Decreto nº 281 que concede el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos no comunes. BOE 1-7-37.

El victorioso y continuo avance de las fuerzas nacionales en la reconquista del territorio patrio, ha producido un aumento en el número de prisioneros y condenados, que la regulación de su destino y tratamiento se constituye en apremiante conveniencia.

(...) Abstracción hecha de los prisioneros y presos sobre los que recaen acusaciones graves, cuyo régimen de custodia resulta incompatible con las concesiones que se proponen en el presente Decreto, existen otros, en número considerable, que sin una imputación específica capaz de modificar su situación de simples presos les hacen aptos para ser encauzados en un sistema de trabajos que representa una positiva ventaja.

El derecho al trabajo, que tienen todos los españoles, como principio básico declarado en el punto quince del programa de Falange Española Tradicionalista y de las JONS, no ha de ser regateado por el Nuevo Estado a los prisioneros y presos rojos. (...) La declaración del derecho al trabajo supone, o sea, que puedan sustentarse por su propio esfuerzo, que presten el auxilio debido a su familia y que no se constituyan en peso muerto sobre el erario público.

(...) Artículo primero.- **Se concede el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos por delitos no comunes en las circunstancias y bajo las condiciones que a continuación se establecen.**

Artículo segundo.- Aquellos prisioneros y presos podrán trabajar como peones, sin perjuicio de que por conveniencias del servicio puedan ser utilizados en otra clase de empleos o labores en atención a su edad, eficacia profesional o buen comportamiento, todo ello a juicio de sus respectivos jefes.

Artículo tercero.- **Cobrarán en concepto de jornales**, mientras trabajen como peones, la cantidad de dos pesetas al día, de las que se reservará una peseta con cincuenta céntimos para manutención del interesado, entregándosele los cincuenta céntimos restantes al terminar la semana. Este jornal será de cuatro pesetas diarias si el interesado tuviere mujer que viva en la zona nacional sin bienes propios o medios de vida y aumentado en una peseta más por cada hijo menor de quince años que viviere en la propia zona, sin que en

ningún caso pueda exceder dicho salario del jornal medio de un bracero en la localidad. El exceso sobre las dos pesetas diarias que se señala como retribución ordinaria será entregado directamente a la familia del interesado.

Cuando el prisionero preso trabaje en ocupación distinta de la de peón, será aumentado el jornal en la cantidad que se señale

Artículo cuarto.- Los presos y prisioneros de guerra tendrán la consideración de personal militarizado, debiendo vestir el uniforme que se designará y quedando sujetos, en su consecuencia, al Código de Justicia Militar y Convenio de Ginebra (...).

El uniforme aprobado por el mando nacionalista para los prisioneros de los batallones de Trabajadores consistía en un gorro cilíndrico blanco, camisa blanca de tela fuerte con la letra "P" y el número del prisionero grabados en el pecho en tinta indeleble, pantalón caqui, alpargatas y dos mudas de ropa interior.

Cuando el prisionero preso trabaje en ocupación distinta de la de peón, será aumentado el jornal en la cantidad que se señale

Artículo cuarto.- Los presos y prisioneros de guerra tendrán la consideración de personal militarizado, debiendo vestir el uniforme que se designará y quedando sujetos, en su consecuencia, al Código de Justicia Militar y Convenio de Ginebra (...).

El uniforme aprobado por el mando nacionalista para los prisioneros de los batallones de Trabajadores consistía en un gorro cilíndrico blanco, camisa blanca de tela fuerte con la letra "P" y el número del prisionero grabados en el pecho en tinta indeleble, pantalón caqui, alpargatas y dos mudas de ropa interior.

En 1938 se creó un patronato para la redención de penas por el trabajo. De este patronato dependía la coordinación de los trabajos a realizar por los prisioneros y la propuesta al gobierno de la condonación de días de cárcel en relación con los días trabajados. En todos los pueblos donde había familiares de presos se creaba una Junta local que integraban el alcalde, el párroco y un vocal designado por el Servicio de Prisiones

Este sistema de redención de penas por el trabajo no se puso en práctica hasta 1939 y alcanzó a una reducida minoría de presos por la incapacidad técnica, organizativa y logística del régimen para llevarla a cabo.

En 1943 funcionaban en Asturias los destacamentos penales de Ciaño, perteneciente a la empresa "Carbones Asturianos", con 180 presos; Pozo Fondón, en Sama de Langreo, de la Duro Felguera y con 215 presos; Pozo San Mamés, en Sotrondio, de la misma empresa y con 175 presos. En Oviedo,

trabajando para la Dirección General de Regiones Devastadas, había 800 presos.

Ordem do Ministro da Justiça franquista, Tomás Domínguez Arévalo,

al Jefe del Servicio Nacional de Prisiones dictando normas regulando la concesión del trabajo a los reclusos. BOE 1-1-39.

Ilmo. Sr.: El trabajo de los obreros reclusos ha de ajustarse estrictamente a lo dispuesto en la Orden Ministerial de 7 de octubre (...) este Ministerio, a propuesta del "Patronato Central para la redención de las penas por el trabajo", se ha servido disponer

Primero.- Cuando se reclame del "Patronato Central para la redención de penas por el trabajo" mano de obra de trabajadores reclusos para obras del Estado, de las Diputaciones, de los Ayuntamientos o de particulares, tendrán en todo caso preferencia absoluta para ser colocados en dichas obras los reclusos que se hallen condenados a penas más leves.

Segundo.- La regla que antecede sólo tendrá como excepción el caso en que en las obras se necesiten obreros especializados y se acredite de una manera fehaciente que en el Establecimiento no existen entre los condenados a penas inferiores obreros de la especialidad de que se trate.

Tercero.- Los reclusos procesados no podrán ser utilizados como trabajadores con sujeción a las normas anteriores hasta que conste documentalmente en la Prisión por la petición fiscal la clase de pena que para ellos se solicite, y los detenidos no procesados sólo podrán trabajar cuando la autoridad que haya ordenado su detención haga constar su autorización para el trabajo, expresamente también por escrito.

Cuarto.- Los llamados "destinos" en las Prisiones recaerán precisamente también en los reclusos condenados a penas más leves, quedando en todo caso prohibido, a partir de la publicación de esta orden, la utilización para el servicio interior de los Establecimientos de reclusos condenados a penas superiores a doce años y un día de reclusión temporal.

Cualquier excepción que por algún motivo justificadísimo pueda establecerse a lo preceptuado en este número, ha de disponerse por orden escrita de la Jefatura del Servicio Nacional de Prisiones.

Quinto.- Los directores de los Establecimientos Penales cuidarán, bajo su más estricta responsabilidad, del cumplimiento de esta disposición, bien entendido que cualquier denuncia que se produzca y compruebe de preferencias injustas y deliberadas en las colocaciones de obreros reclusos, o en el otorgamiento de destinos, será considerada como falta muy grave, con sujeción al vigente Reglamento de Prisiones de 14 de noviembre de 1930