

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DEVIDO A FALTA DE VAGAS PARA TRABALHO E ESTUDO DO RECLUSO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Camila Maria Rosa Casari¹

RESUMO

O indivíduo que comete uma infração penal em um Estado Democrático de Direito, após ser devidamente processado e condenado a cumprir pena privativa de liberdade, respeitando-se os princípios constitucionais, somente será destituído do bem jurídico liberdade. Não há qualquer legitimidade e fere a finalidade da aplicação da pena, qualquer espécie de desrespeito aos direitos fundamentais do preso. Contudo, de forma reiterada o sistema prisional brasileiro viola direitos fundamentais, muito além da privação da liberdade. Este trabalho propõe-se a analisar a responsabilidade do Estado devido à falta de vagas para trabalho e estudo do recluso no sistema penitenciário brasileiro, com evidente violação do acesso ao benefício da remição penal.

PALAVRAS-CHAVE

Violações aos direitos fundamentais do preso; remição penal; responsabilidade do Estado.

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal – UNIDERP, Professora na União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo Uniesp – Faculdade de Araraquara, Assessora Jurídica do Município de Boa Esperança do Sul – SP.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a responsabilidade do Estado em razão da ineficiência de políticas públicas criminais que garantam aos reclusos no sistema penitenciário brasileiro o acesso aos benefícios da execução penal, especialmente investigando-se a falta de vagas para o trabalho e estudo do preso, que o impedem de usufruir o benefício da remição penal.

Inicialmente, será abordada a forma do exercício do direito de punir, considerando que o *jus puniendi* é atribuído de forma exclusiva ao Estado, cuja pretensão punitiva nasce a partir do cometimento de um crime, há necessidade que o Estado atue com respeito aos direitos e garantias fundamentais ao aplicar a sanção penal, posto que a violação aos direitos fundamentais do recluso afronta os princípios constitucionais e o Estado Democrático de Direito, impedindo com que a finalidade da pena, consistente em reinserir aquele que cometeu um delito ao convívio social, seja efetivada.

Em seguida, o presente trabalho objetiva analisar os benefícios previstos na Lei de Execução Penal, especialmente no que tange à remição penal e o direito fundamental ao trabalho e ao estudo em uma perspectiva garantista destinada à reinserção do recluso ao convívio social.

Por fim, discutiremos a responsabilidade do Estado ante a ineficiência de políticas públicas criminais que efetivamente garantam os direitos fundamentais dos presos, sobre três vertentes: a) responsabilização internacional do Estado; b) aplicação do instituto da remição ficta; e c) condenação do Estado em indenizar individualmente o recluso devido à falta de vagas para o trabalho e estudo, e aplicação de multas pelos danos coletivos causados à sociedade, cujo valor seria revertido a melhorias no sistema penitenciário.

2. A RESPONSABILIDADE ESTATAL NO EXERCÍCIO DO JUS PUNIENDI EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O direito de punir, *jus puniendi*, é exercido de forma privativa pelo Estado, portanto, quando um indivíduo viola a lei penal, lesando ou expondo a perigo de lesão bens jurídicos relevantes tipificados como crimes nasce a pretensão punitiva estatal, sendo certo que a consequência jurídica do delito é a aplicação da sanção penal, após a demonstração da violação da lei penal, através do devido processo legal, com respeito a todos os princípios constitucionais pertinentes, tais como ampla defesa e contraditório.

Na lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características de sua soberania. [...] Quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, o dever de abster-se de realizar a conduta punível. [...] Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a inflicção da pena. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 27)

A sanção penal divide-se em pena, cujas espécies são privativa de liberdade, restritivas de direitos e multa (aplicada aos imputáveis, assim considerados os maiores de dezoito anos com plena capacidade mental, possibilitando-lhes entender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo esse entendimento) e medida de segurança, consistente em internação em hospital psiquiátrico ou tratamento ambulatorial (aplicada aos inimputáveis, que são aqueles portadores de doença mental que os tornam incapazes de entender o caráter criminoso e autodeterminarem-se no momento do crime).

Destacamos que a pena possui três finalidades, que são: a) punição, visando retribuir ao indivíduo com o mal da pena o mal do injusto penal praticado; b) prevenção, buscando inibir a ocorrência de novos delitos, seja pela prevenção especial, retirando o criminoso do meio social, seja pela prevenção geral, com a intimidação dos demais membros da sociedade, que não optaram pela delinquência sob ameaça de sofrerem o mal da pena; c) ressocialização, objetivando a recuperação do criminoso, para que após a punição sofrida não volte a cometer outros crimes.

Contudo, a execução da pena no Brasil, especialmente no que tange as penas privativas de liberdade, objeto do presente estudo, enfrenta grave problema, que culmina em inúmeras violações aos direitos fundamentais daqueles que estão encarcerados nos presídios brasileiros, caracterizando a ineficiência do Estado em garantir as condições mínimas de dignidade necessárias ao cumprimento da pena, fato que impossibilita a ressocialização dos criminosos, e contribui para a manutenção dos índices nefastos de aumento da criminalidade.

Em que pese o desejo punitivo da sociedade, bem como ser a punição e prevenção dos delitos finalidades da pena privativa de liberdade, jamais podemos nos esquecer que a ressocialização do preso, ou em uma visão humanística reeducando, igualmente é uma das finalidades da aplicação da pena privativa de liberdade, aliás

cumprido este objetivo e com a eficaz recuperação daquele que outrora dedicou-se a cometer infrações penais, a sociedade concretamente estará protegida, alcançando-se a diminuição dos índices da criminalidade.

Segundo Júlia Alves Camargo e Edinilson Donisete Machado:

Se o Estado retirou da sociedade o “jus puniendi” e trouxe para ele a responsabilidade de punir, de recuperar e reeducar os presos, preparando-os para retornar à sociedade e se tornarem produtivos para que não reincidam em práticas delituosas, atuando de acordo com a estrita legalidade, como podemos ainda aceitar os milhares de presos que cumprem pena de forma subumana em celas superlotadas; o erro judiciário, no número intolerável de inocentes processados e até punidos. (CAMARGO, 2009, p. 80)

Em um Estado Democrático de Direito, tal como determina nossa Constituição Federal em seu artigo 1º, deve existir respeito aos direitos e garantias fundamentais. Não basta apenas haver previsão legal a respeito de direitos fundamentais, mas sim que o Estado efetive mecanismos de garantias aos direitos fundamentais reconhecidos, legitimando a execução do poder estatal em face ao cidadão.

[...] sendo a democracia modo de exercício do poder, é processo, o que significa que a técnica pela qual o poder, advindo da vontade popular, é exercido, deve coadunar-se aos procedimentos preestabelecidos mediante leis elaboradas por representantes eleitos, isto é, deve obedecer ao princípio da legalidade na execução do poder, pelo que o ato de autoridade tem validade segundo sua conformação legal, o que liga toda a execução da lei à origem, que é a vontade popular. (...) Enfim, é o Estado Democrático de Direito que se apresenta como organização político-estatal possibilitadora de uma legalidade legítima, que se funda nos direitos fundamentais criados soberanamente pelo próprio povo, destinatário e coautor da ordem jurídica, É nesse Estado que a autonomia política atua contra a arbitrariedade de um poder mediante sua domesticação pelo jurídico. (DIAZ, 1978, p. 120)

Na concepção de Estado de Direito, trazida por Luigi Ferrajoli como sinônimo de garantismo, resta claro a necessidade ao respeito das leis vigentes, bem como dos direitos fundamentais.

“Estado de direito” é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história

do pensamento político: a ideia, que remonta a Platão e Aristóteles, do “governo das leis” contraposto ao “governo dos homens”, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas.

[...]

O termo “estado de direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados [em sentido forte, estrito ou substancial]; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado : a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes [...]. b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. (FERRAJOLI, 2002, p. 687-688).

O exercício do direito de punir pelo Estado sem respeito aos direitos e garantias dos reclusos, tal como ocorre em nosso sistema prisional constitui uma arbitrariedade que não viola apenas os direitos daqueles que sofrem com as mazelas das prisões, mas igualmente, ofende a toda sociedade, na medida em que diminui de forma drástica a possibilidade de ressocialização do preso, não permitindo que o Estado aplique a pena aos delitos de forma responsável.

Sem dúvida a tarefa de ressocialização é de responsabilidade do Estado e da sociedade, reintegrando o apenado a esta, fazendo com que a coletividade fique mais protegida e menos exposta aos atos delitivos.

Contrariamente, o que acontece é que o sistema carcerário é tão precário (presos doentes, sem assistência médica, hospitalar, péssima alimentação, sem higiene alguma, em locais insalubres, dormindo mal, sem assistência ou defesa judiciária, entre outros), que conduz a revolta dos apenados, bem como, a assimilação de novas “técnicas” de crimes, pelos presos primários e de menor periculosidade. (MARCON, 2009, p. 201)

O desrespeito aos direitos fundamentais é causa de insatisfações e dissenso, vez que, não recebendo qualquer vantagem por abrir mão de parte da sua liberdade em prol da coletividade, o indivíduo não enxerga razões para continuar obedecendo ao pacto social. (ARANÃO, 2008, p. 219)

Não restam dúvidas, portanto, que o Estado exerce o direito de punir, e para tanto, por meio do Poder Legislativo, em obediência ao princípio da legalidade, elabora as leis penais, processuais penais e de execução penal, e por meio do Poder Judiciário, através do devido processo legal, concretiza a aplicação da sanção penal, porém, durante a execução da pena, não poderá o Poder Execução agir com desprezo aos direitos e garantias fundamentais dos reclusos, sob pena de ofensa a Constituição Federal e responsabilização pelos danos que ocasionar aos reclusos.

3. A REMIÇÃO PENAL E A CONSEQUÊNCIA DA FALTA DE VAGAS PARA TRABALHO E ESTUDO

A Constituição Federal e a Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP) asseguram aos presos o exercício de todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, incluindo o respeito à integridade física e moral, visando garantir a dignidade do preso, bem como diversos direitos voltados à busca pela ressocialização.

A Lei de Execução Penal, em seus dispositivos legais, garante ao preso assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa, bem como assistência ao egresso. Prevê em seu artigo 28 que o trabalho do condenado, é um dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva.

O capítulo IV do título II da Lei de Execução Penal trata de forma minuciosa dos deveres, dos direitos e da disciplina carcerária.

Por sua vez, o capítulo I do título IV dispõe a respeito das condições que estabelecimentos penais devem oferecer aos reclusos, prevendo as regras de funcionamento e acomodação nas penitenciárias, (destinadas àqueles que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado), nas colônias penais agrícolas, industriais ou similares (destinadas àqueles que cumprem pena privativa de

liberdade em regime semiaberto) e nas casas do albergado (destinadas àqueles que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto).

O título V da Lei de Execução Penal contém as regras legais pertinentes à forma de execução das penas, regulamentando-se os benefícios a serem concedidos durante a execução penal, especialmente visando à integração social do recluso e conseqüentemente sua ressocialização, tais como as autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária), remição penal, livramento condicional, além da existência da progressão de regime, prevista no Código Penal e na Lei dos Crimes Hediondos.

Como vimos, os benefícios da execução penal exigem dos reclusos o cumprimento de requisitos para sua aquisição, não obstante, estes requisitos específicos de cada benefício não são atingidos por ineficiência do Estado em fornecer as condições necessárias para o cumprimento das condições aquisitivas dos benefícios da execução penal, impedindo e excluindo a possibilidade de ressocialização dos criminosos, e contribuindo para a manutenção dos índices nefastos de aumento da criminalidade.

No que concerne à remição penal, esse instituto possibilita que o tempo de cumprimento da pena aplicada seja diminuído por meio do trabalho ou do estudo. Nos termos do artigo 126, §1º, I e II da Lei de Execução Penal, a remição de parte da pena pelo trabalho ou por estudo é contada na seguinte proporção: a) 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; b) 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

Ocorre que a população carcerária cresce em proporção maior que a capacidade do Estado em gerir o sistema carcerário, a necessidade de construção de novos presídios para atender a demanda de acomodação dos apenados não é suprida pelo Poder Público, gerando uma superpopulação carcerária entregue à própria sorte, sem acesso a condições dignas, afrontando sistematicamente as previsões constitucionais e legais contidas respectivamente no artigo 5º, XLIX e artigos 85 e 88 da Lei de Execução Penal.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional - Depen no ano de 2014 a população carcerária no Brasil era de 607.731, e quantidade de vagas nos presídios era de 376.669, portanto, o déficit de vagas atingiu o patamar de 231.062, sendo certo que a diretora do Depen Valdirene Daufemback afirmou em audiência na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado, que o "Brasil está numa marcha de encarceramento sem precedentes mundiais",

caminhando-se para nos próximos 50 anos tornarem-se a maior população carcerária do mundo.²

A falta de vagas disponibilizadas pelo Estado para o trabalho e estudo do preso, excluem o reeducando de um importante benefício para reinserção do apenado à sociedade, violando direitos fundamentais do recluso.

O trabalho, evita a ociosidade; evita o pensamento excessivo e nocivo; dá oportunidade para que o reeducando possa realizar alguma tarefa e, cria uma expectativa de ressocialização, de ter o apenado, uma vida normal, trabalhando e sustentando seus familiares. (MARCON, 2009, p. 207)

Nada pior para a sociedade que a manutenção de apenados ociosos, em unidades prisionais superlotadas, havendo a necessidade de mecanismos jurídicos que permitam ao reeducando o acesso aos benefícios da execução penal, especialmente a remição penal, cujo requisito para concessão é a garantia a um direito previsto na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal.

A experiência demonstra que nas penitenciárias onde os presos não exercem qualquer atividade laborativa o índice de tentativas de fuga é muito superior ao daquelas em que os detentos atuam de forma produtiva, aprendendo e trabalhando em determinado ofício. (GRECO, 2012, p. 504)

Destacamos que nossa Lei Maior, em seu artigo 1º, III traz como fundamento constitucional a dignidade da pessoa humana, sendo certo que o trabalho do reeducando é uma forma de resgate e efetivação desse princípio. Por sua vez, o trabalho é considerado um direito social, conforme prevê o artigo 6º da Constituição Federal.

De fato, a falta de vagas tanto para o trabalho quanto para o estudo é um gravíssimo problema de nosso sistema carcerário e esta realidade impede que muitos reeducandos tenham acesso ao benefício da remição penal, excluindo parcela dos apenados do direito constitucionalmente previsto do trabalho, violando, portanto, o princípio da dignidade, bem como afronta ao princípio da isonomia, pois enquanto

² Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/17/brasil-caminha-para-ser-pais-com-maior-numero-de-presos-alerta-diretora-do-depen>, acesso em 22 de setembro de 2015.

alguns reeducandos que postulam o direito ao trabalho e estudo e são atendidos, garantindo a possibilidade de acesso à remição, outros simplesmente são preteridos e ante a falta de vagas, mesmo estando em situação igual, não possuem acesso aos mesmos benefícios da execução penal.

A falta de efetividade em relação à aplicação da legislação em vigor sobre as regras da execução penal permite afirmarmos que nosso sistema prisional, possui um baixíssimo grau garantista, não “passando de um pedaço de papel”, como bem define Ferrajoli (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Infelizmente o nosso sistema de medida de segurança não passou ainda (...) de legislação de fachada. À parte dos superlotados manicômios judiciários, na sua maioria, instalados no tempo do código anterior, inexistem quaisquer dos estabelecimentos reclamados pela nova diretriz de prevenção contra a delinquência. (HUNGRIA, 1959, p. 117 e118).

A atuação do Estado no sistema prisional, ignorando a validade da própria legislação em vigor, originada de forma democrática pelo Poder Legislativo, não difere em nada dos cidadãos que agem em desacordo com a legislação e, portanto, cometem delitos. Na verdade, a conduta do Estado em negar efetividade às leis que garantem os direitos fundamentais dos reclusos, é infinitamente pior que a conduta delitiva que originou a aplicação da sanção penal, posto que é um celeiro da reincidência e aumento da criminalidade, desatendendo ao interesse da justiça e da proteção a sociedade.

O Estado de direito deve combater o delito seguindo regras morais escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinquentes e de perder toda a autoridade e credibilidade. E as garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias do justo processo, assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões. (GRINOVER, 1985, p. 48).

Desta forma, ao estabelecer um benefício na execução penal, tal como o é a remição da pena em razão do trabalho ou do estudo, o Estado deverá proporcionar os meios necessários para que o recluso possa efetivamente trabalhar e estudar, garantindo a todos os reeducandos o acesso ao benefício concedido legalmente, devendo o Estado ser responsabilizado pelos danos causados aos presos que,

postulando o trabalho e o estudo, estão excluídos do exercício desse direito constitucionalmente previsto, por ineficiência estatal e que, conseqüentemente, não poderão abater a pena privativa de liberdade.

4. FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO EM RAZÃO DA EXCLUSÃO DO RECLUSO AO TRABALHO E ESTUDO

Até este ponto, no desenvolvimento do presente trabalho, percebemos que o Estado deverá garantir que as leis vigentes no ordenamento jurídico tenham efetividade, o exercício do *jus puniendi* estatal não poderá ocorrer de forma arbitrária, posto que a consequência da violação aos direitos fundamentais dos reclusos é a impossibilidade lógica de ressocialização, haja vista que não há respeito por parte do Estado, das próprias leis em vigor destinada à proteção dos direitos individuais dos presos, que privados da dignidade, retornam ao convívio social após o cumprimento da pena com mais estigma e revolta, devolvendo à sociedade a violência sofrida durante o período vivenciado no cárcere.

Não basta a produção legislativa com a criação de leis penais formalmente garantistas, para resolver o problema da criminalidade é necessário que o Estado estabeleça políticas públicas penitenciárias, educativas e inclusivas, aptas a ressocializar aqueles que cometeram delitos, visando uma eficaz proteção da sociedade e é necessário que as leis que regulam a execução penal sejam substancialmente cumpridas pelo Poder Público.

Há desrespeito sistemático do Estado aos direitos fundamentais e as previsões legais contidas na Lei nº 7210/84, que regula a execução penal, especialmente, no que tange ao benefício da remição penal com a gritante falta de vagas para o trabalho e estudo do recluso.

Os objetivos do sistema penal não estão sendo alcançados em todo mundo, apesar dos avanços tecnológicos mais sofisticados. A administração do regime penitenciário, para a execução da pena privativa de liberdade (prisão), desviasse cada vez mais das metas idealizadas. Assim, apesar das legislações estabelecerem propostas de reabilitação do preso, não passam elas, geralmente, de mitos que compõem a enorme lista de declarações retóricas, sem muito sentido de eficácia. Pelo contrário, tais ficções acabam, devido a sua inaplicabilidade prática, por produzir os fenômenos da estigmatização carcerária e da reincidência que compõem o drama trágico e as conseqüências da vida na prisão. (GIACÓIA, 2011, p. 132)

Sobre o sistema penitenciário brasileiro, sustenta Rogério Greco (2012, p. 649) “os presos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como os da superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação etc”.

[...] os estabelecimentos carcerários do Brasil padecem de doenças que lembram os calabouços feudais. Seus prédios são tipicamente decrepitos e insalubres, com concreto desmoronando por toda parte, pintura descascando, encanamento deficiente e instalações elétricas defeituosas, com água de esgoto correndo pelo chão ou caindo pelas paredes – o fedor dos dejetos era tão forte na cadeia “modelo” de Lemos de Brito (Rio de Janeiro) na primavera de 2001 que um dos bens mais apreciados pelos presos era o desinfetante perfumado que borrifavam em suas celas na tentativa de combater a sufocante pestilência. A extrema ruína física e a grotesca superlotação criam condições de vida abomináveis e uma situação catastrófica em termos de higiene, diante da total falta de espaço, ar, luz, água e muitas vezes comida. (WACQUANT, 2001, p. 208)

De fato, como falar em respeito à integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes; onde o lixo e os dejetos humanos se acumulam a olhos vistos e as fossas abertas, nas ruas e galerias, exalam um odor insuportável; onde as celas individuais são desprovidas por vezes de instalações sanitárias, onde os alojamentos coletivos chegam a abrigar 30 ou 40 homens; onde permanecem sendo utilizadas, ao arrepio da proibição expressa da Lei nº 7.210/84, as celas escuras, as de segurança, em que os presos são recolhidos por longos períodos sem banho de sol, sem direito a visita; onde a alimentação e o tratamento médico e odontológico são precários e a violência sexual atinge níveis desassossegantes? Como falar, insistimos, em integridade física e moral em prisões onde a oferta de trabalho inexistente ou é absolutamente insuficiente; onde presos são obrigados a assumirem a paternidade de crimes que não cometeram, por imposição dos mais fortes. (LEAL, 2001, p. 89).

As condições dos presídios brasileiros são extremamente indignas e violadoras dos direitos fundamentais dos presos, verdadeira afronta aos tratados internacionais celebrados pelo Brasil, que ensejam sua responsabilização pelas cortes internacionais.

Segundo Tatiana de Almeida F. R. Cardoso:

Primeiramente, é importante perceber que os Direitos Humanos são obrigações que os Estados têm para com os seus

cidadãos, isto é, a proteção destes direitos é uma de suas finalidades mais básicas. A própria Corte Internacional de Justiça já afirmou que todos os Estados tem que respeitar esses direitos mínimos, fundamentando tal necessidade de proteção por se tratarem de obrigações vinculantes, às quais os Estados se submetem voluntariamente por meio de tratados, devendo, por força disso, impedir que violações de tais direitos ocorram nos seus territórios.

A comunidade internacional, nesse contexto, tem apenas a responsabilidade de assistir os Estados no cumprimento destas obrigações, estipulando regras não suscetíveis à interpretação pelos Estados (como, por exemplo, os parâmetros de *jus cogens*), de modo a assegurar um mínimo de segurança aos indivíduos, para que estes não se encontrem a mercê dos seus países. A administração do Sistema Carcerário, por outra banda, é de responsabilidade do Estado, sendo regulada por leis domésticas específicas. (CARDOSO, 2015, p. 14)

No âmbito internacional, o Brasil em 1998 ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, reconhecendo como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, obrigando-se ao cumprimento de suas sentenças em casos de violações aos direitos humanos.

Portanto, em caso de violação aos direitos fundamentais dos reclusos, o Brasil submete-se ao julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo ser responsabilizado internacionalmente pelos atos de seus agentes.

De acordo com a prática internacional, são três os elementos da responsabilidade internacional do Estado. O primeiro deles é a existência de um fato internacionalmente ilícito. O segundo elemento é o resultado lesivo. O terceiro é o nexo causal entre o fato e o resultado lesivo. No caso da proteção internacional dos direitos humanos, o fato internacionalmente ilícito consiste no descumprimento dos deveres básicos de garantia e respeito aos direitos fundamentais inseridos nas dezenas de convenções internacionais ratificadas pelos Estados. Já o resultado lesivo é toda a gama de prejuízos materiais e morais causados à vítima e familiares e, quanto ao terceiro elemento, observamos que a imputabilidade consiste no vínculo entre a conduta do agente e o Estado responsável. (RAMOS, 2005, p. 3)

Percebemos, na lição de André de Carvalho Ramos que os três elementos que caracterizam a responsabilidade internacional do Estado estão presentes em

caso de exclusão do recluso ao benefício da remição penal em razão da ineficiência do Estado em fornecer vagas para o trabalho e estudo: a) há existência de um fato internacional ilícito, consistente na violação ao direito fundamental do recluso ao trabalho e ao estudo; b) o resultado lesivo caracteriza-se pela exclusão do recluso ao abatimento da pena privativa de liberdade em decorrência do trabalho ou estudo; c) o nexó causal entre o fato e o resultado lesivo está presente, haja vista que o recluso que não trabalha e/ou não estuda não poderá postular o abatimento de sua pena através do instituto da remição penal.

Segundo Celso Melo de Albuquerque:

A responsabilidade internacional apresenta características próprias em relação à responsabilidade no direito interno: a) ela é sempre uma responsabilidade com a finalidade de reparar o prejuízo; o DI praticamente não conhece a responsabilidade penal (castigo etc.); b) a responsabilidade é de Estado a Estado, mesmo quando é um simples particular a vítima ou o autor do ilícito; é necessário, no plano internacional que haja o endosso da reclamação do Estado nacional da vítima, ou ainda, o Estado cujo particular cometeu o ilícito é que virá a ser responsabilizado. (MELLO, 2004, p. 138)

Em relação à legislação interna, a responsabilização do Estado pela violação aos direitos fundamentais do recluso, especialmente, em relação à falta de vagas para o trabalho e para o estudo será abordada analisando-se a possibilidade e consequências da adoção do instituto da remição ficta e da condenação do Estado em indenizar o recluso devido à falta de vagas para o trabalho e estudo.

O instituto da remição ficta é caracterizado pelo deferimento do abatimento da pena nas situações em que o apenado não trabalhe e nem estude em razão da ineficiência do Estado em fornecer vagas.

É certo que já houve um Projeto de Lei nº 4.704/2001, proposto pelo deputado Federal Marcos Flávio Rolim, que visava o reconhecimento legal da remição ficta, alterando-se a Lei de Execução Penal, para que houvesse expressa previsão legal para concessão do abatimento da pena daqueles que postulassem o direito ao trabalho mas não conseguissem por falta de vagas.

O Deputado Federal Marcos Flávio Rolim argumentou na justificativa do projeto que o seu objetivo seria estimular os Estados a corrigirem a injustiça e propiciar vagas para trabalho para todos os apenados, posto que o Estado teria responsabilidade objetiva de ofertar oportunidade de trabalho (e atualmente estudo)

a todos os reeducandos. Contudo, o Projeto de Lei nº 4.704/2001 foi arquivado no ano de 2004, sendo rejeitado em seu mérito.

Igualmente a maioria dos pedidos judiciais para reconhecimento da remição ficta foram rejeitados, sob fundamento de que conceder a remição àqueles que não trabalhem ou estudem de forma real fere o princípio da isonomia em relação aos reeducandos que efetivamente trabalham e estudam, além de não respeitar a previsão legal contida na Lei de Execução Penal a respeito do instituto. Nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo em Execução nº 1.111.442-3/4,:

(...) Mas o que se pretende é a concessão da vantagem, remição de dias de pena, sem o exercício do trabalho ou a frequência à sala de aulas, o que parece atentar contra o espírito da lei, ofendendo, ainda, regra de isonomia em face do preso que trabalha e ou estuda. E isonomia, recorde-se, implica no tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. É verdade que constitui direito do preso a atribuição de trabalho. O art. 41, inciso II, da Lei de Execução Penal assim prevê. E é verdade que o Estado tem o dever de viabilizar materialmente o exercício desse direito. Mas o que pode cogitar é o exercício do direito de ação, na via mandamental, voltado a compelir o Estado a disponibilizar trabalho para todos. O que não se pode, pena de juiz legislar, 'data vênia', é atribuir efeito decorrente do trabalho na execução da pena, sem o desempenho de qualquer atividade. Nem se invoque, para tanto, analogia em face do que dispõe o art. 126, § 2º, da Lei de Execução Penal. Ali está estipulado que o preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se da remição. A previsão legal exige uma conduta anterior: trabalham. E somente é admissível na hipótese do preso ter se acidentado e estar impossibilitado de prosseguir no trabalho. No caso, a condição antecedente não foi satisfeita. O acolhimento da tese, tal como está, implicaria, inclusive, na revisão forçada, em execução, de toda e qualquer sanção privativa de liberdade imposta na fase de conhecimento, porque todo sentenciado, trabalhando ou não, faria jus ao desconto de um dia de pena a cada três cumpridos, o que repugna o senso comum. (TJSP, Agravo em Execução nº 1.111.442-3/4. Rel. Des. Pinheiro Franco, j. 27 set. 2007)

Não obstante, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252, cujo pedido refere-se à condenação do Estado ao pagamento de danos morais ao preso por superpopulação e condições degradantes de encarceramento, o Ministro Roberto Barroso reconheceu que o Estado é civilmente responsável pelos danos causados aos

reclusos, por violações a seus direitos, contudo, afirmou a necessidade de adoção de mecanismos de reparação alternativos, devendo a indenização em pecúnia ostentar caráter subsidiário, preferindo-se que a reparação dos danos morais causados pela superlotação carcerária e condições degradantes de encarceramento ocorra com a aplicação do instituto da remição ficta de 1 (um) dia de pena por cada 3 (três) a 7 (sete) dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana.

Em que pese à posição do Ministro Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252 não se referir especificamente a aplicação da remição ficta em casos de falta de vagas para o trabalho e para o estudo, há o reconhecimento da necessidade de adoção de mecanismos de reparação aos danos que a ineficiência das políticas públicas criminais causam aos reclusos, não se podendo simplesmente negar efetividade aos direitos fundamentais dos presos.

Atualmente, não há qualquer previsão de alteração legal da Lei de Execução Penal para regulamentar a situação dos reeducandos que não conseguem acesso à remição por falta de vagas para o trabalho e estudo.

Para aqueles que defendem a possibilidade de aplicação da remição ficta, este instituto seria uma forma de obrigar o Estado a assumir sua responsabilidade em fornecer vagas de trabalho e estudo suficiente aos reeducandos, garantindo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e isonomia entre os apenados.

Na lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

Constitui a execução do trabalho um dever do condenado, mas como deve ser ele valorizado como 'direito social' (art. 6º da CF), dispõe a Lei de Execução Penal que constitui direito do preso a 'atribuição de trabalho e sua remuneração' (art. 41, II, da LEP). Há, assim, uma relação de direitos e deveres entre o Estado e o condenado em virtude da qual a Administração está obrigada a possibilitar o trabalho ao preso e a este compete desempenhar a atividade laborativa. Afirma-se, por isso, que, não se desincumbindo o Estado de seu dever de atribuir trabalho ao condenado, poderá este beneficiar-se com a remição mesmo sem o desempenho da atividade [...] Comprovando o preso em regime fechado ou semi-aberto que estava disposto ao trabalho, mas que não foi atendido pela Administração, por falta de condições materiais ou por desídia do responsável pela omissão, não há como negar o direito à remição pelos dias em que o condenado deveria ter desempenhado seu labor. (MIRABETE, 2004, p. p. 528-529)

Shecaira e Correa Júnior na obra “Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução” posicionam-se favoravelmente a aplicação do instituto da remição ficta:

E não se argumente que permitir ao preso usufruir da remição sem a efetiva prestação do trabalho é igualar aquele que trabalha ao que não trabalha, como evidente violação legal. Não. Um dos direitos do condenado, elencado no já mencionado art. 41 da Lei de Execução Penal, é o de ter igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena (inc. XII). Ora, não dar ao preso, privado de trabalho por desídia da administração, o direito de alcançar a remição é tratar desigualmente os iguais, em clara violação a este dispositivo. Tratamento equânime e igualitário é permitir a todos os direito efetivo do trabalho. Isso não ocorrendo, deve ser concedida a remição de pena ao condenado. (SHECAIRA, 1995, p. 145-146)

Segundo João Vicente Silva:

A remição ficta é o reconhecimento do benefício da remição penal, diante da falha Estatal em proporcionar ao apenado, atividade laboral, para que este possa cumprir o requisito objetivo expresso na Lei de Execução Penal, para alcançar o referido benefício. Entretanto, a obrigação legal do apenado é tolhida pela ausência de institutos prisionais, não adaptados a cumprir a imposição legal, fazendo com que os apenados permaneçam ociosos. (SILVA, 2002, p. 22).

Laís Helena Domingues de Castro Pachi igualmente manifesta posição favorável à aplicação da remissão ficta:

Se o Estado não propicia meios laborterápicos ao condenado, não pode retirar dele o direito à remição da pena, o qual foi outorgado pelo próprio Estado. Caso contrário, o Estado, além de descumprir os fins propostos na LEP, ao não dotar os estabelecimentos penais de condições dignas e aptas ao trabalho, impõe ao condenado sanção para o qual este não colaborou. É o próprio Estado negando a vigência da lei que sancionou. (PACHI, 1993, p. 22)

Negando a possibilidade de aplicação da remição ficta Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 2004) afirmam “entendemos não haver possibilidade de o condenado exigir a remição, com a alegação de que, mesmo em regime fechado ou semiaberto, estaria à disposição para o trabalho exposto pela administração.”

É absolutamente condenável a prática de se conceder remição ao preso que não trabalhou, sob a justificativa de ausência de condições para o trabalho no estabelecimento prisional, debitando-se tal situação ao Estado, diga-se, à sociedade. Com efeito, ao contrário do que se tem decidido amiúde, o trabalho não está catalogado na lei como direito do preso e obrigação do Estado. (MARCÃO, 206, p. 171)

De fato, considerando que a finalidade da pena, além de punir e prevenir a prática de crimes busca ressocializar, reinserindo àquele que cometeu atividades criminosas ao convívio social, e conforme sustentamos o trabalho e o estudo, além de serem direitos fundamentais do recluso, são meios eficazes para ressocialização, não seria razoável e proporcional, simplesmente responsabilizarmos o Estado com a aplicação do instituto da remição ficta, posto que a sociedade seria punida, haja vista que a execução penal estaria sendo vilipendiada, desrespeitando-se a própria finalidade do instituto da remição penal, que é prestigiar o preso que trabalha e estuda abatendo-se parcela de sua pena, com o escopo de que o trabalho e o estudo são meios eficazes para reinserção social do recluso.

Contudo, o Estado deverá ser responsabilizado ao desrespeitar os direitos fundamentais do preso e obrigado a proporcionar condições adequadas para que os reeducandos possam efetivamente trabalhar e estudar, garantindo a fruição dos benefícios previstos legalmente e protegendo a sociedade, através da perspectiva concreta de reinserção social do reeducando, diminuindo os índices de violência e reincidência criminosa.

Não podemos aceitar que a inércia do Estado deixe o recluso a sua própria sorte, excluindo-o da aquisição de benefícios legitimamente previstos, afrontando sua dignidade e dificultando a reinserção social.

Concluimos que mecanismos de indenização individuais aos reclusos e condenação do Estado em multas pelos danos que causa a toda coletividade ao não proporcionar condições para a reinserção do preso ao convívio social, cujo valor deverá ser revertido a melhorias ao sistema penitenciário, alcançarão maior eficácia que a pura e simples concessão da remição ficta, obrigando-se o Estado a respeitar os direitos fundamentais dos reclusos e ao mesmo tempo efetivar o direito da sociedade à segurança pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme podemos analisar, é extremamente necessário que o modelo do sistema carcerário brasileiro seja repensado, visando o cumprimento da lei,

garantindo-se o respeito à dignidade do apenado e buscando condições isonômica entre eles, posto que não existe nada mais nefasto em um Estado Democrático de Direito que o deferimento a alguns do direito de alcançarem um benefício e excluir a aquisição do mesmo direito a outros, ainda mais considerando que o trabalho e o estudo são meios que de forma eficaz podem contribuir para a ressocialização do recluso, contribuindo de forma decisiva para a segurança pública de nossa nação.

Enquanto o Estado não cumprir sua obrigação em garantir aos reeducandos as condições necessárias para acesso ao direito constitucionalmente assegurado do trabalho e ao estudo, o ideal da reinserção social do apenado não será alcançado e a prisão jamais passará de uma falsa sensação de segurança, posto que os apenados, sem acesso a atividades laborais ou educativas, dispendo de horas ociosas, cada vez estarão envolvidos nas artimanhas da criminalidade, transformando-se as unidades prisionais em verdadeiras “escolas do crime”.

Não podemos desviar o olhar da situação precária em que se encontram as unidades prisionais, bem como a exclusão de diversos reeducandos de direitos sociais, especialmente o trabalho e o estudo, impedindo-se de cumprirem um dever legalmente imposto, além de sonegar a aquisição do benefício da remição penal, não havendo dúvidas a respeito da necessidade de responsabilizar o Estado pelos danos individuais e coletivos que está causando.

A responsabilidade internacional do Estado ante a violação dos direitos fundamentais dos reclusos é assegurada especialmente no âmbito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por meio da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela qual o Brasil obrigou-se ao cumprimento de suas sentenças em casos de violações aos direitos humanos.

Contudo, não basta apenas a responsabilização internacional do Estado, ante a gravidade e a nefasta consequência que a violação dos direitos fundamentais dos reclusos ocasiona, com a diminuição da possibilidade de reinserção social e aumento da criminalidade, não se podendo aceitar passivamente que o Estado não desenvolva políticas criminais que assegurem o trabalho e o estudo do preso.

O Estado não pode negar efetividade às próprias leis que criou, mas ao contrário, em um ordenamento jurídico garantista, deverão existir mecanismos que garantam o cumprimento das leis, inclusive responsabilizando-se o próprio Estado quando não haja garantia aos direitos fundamentais dos reclusos e por ineficiência do próprio Estado não sejam oferecidas as vagas necessárias ao trabalho e ao estudo do reeducando para que ele possa usufruir do benefício da remição penal.

Partimos da premissa que de um lado está em discussão o direito subjetivo do preso ao trabalho e estudo como expressão do princípio da dignidade da pessoa

humana e do outro o direito e dever do Estado de punir e zelar pela recuperação do condenado a sua adequada reinserção social, garantindo a segurança da sociedade, portanto, um confronto de primados constitucionais. Neste contexto, visando à harmonização do texto constitucional devemos perseguir medidas que preservem ambos os Princípios Constitucionais, concluímos que mecanismos indenizatórios e aplicação de multas, cujo valor deverá ser destinado a melhorias do sistema penitenciário é uma medida que se reveste de caráter garantista e poderá ser efetivo no combate da inércia estatal, mostrando-se uma alternativa jurídica razoável e proporcional.

REFERÊNCIAS

- ARANÃO, Adriano. **Estado Democrático de Direito, Criminalidade e Violência: O Desrespeito aos Direitos Fundamentais e o Papel da Educação.** Revista Argumenta. Jacarezinho, n. 08, p. 215-231, 2008. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/105/105>. Acesso em 17 de setembro de 2015.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 11. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: Martin Claret, 2000.
- CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R.; SCHROEDER, Betina Barbacovi; BLANCO, Vinícius Just. **Sistema prisional e direitos humanos: a (in)suficiente responsabilização internacional do Estado Brasileiro.** Revista Eletrônica de Direito Internacional, 2015, V15. Disponível em: www.cedin.com.br/revistaeletronica. Acesso em 23 de outubro de 2015.
- CAMARGO, Júlia Alves Camargo; MACHADO, Edinilson Donisete. **A Dignidade da Pessoa Humana e o Garantismo Penal.** Revista Eletrônica de Graduação da UNIVEM. Marília, v. 2. , n. 2, p. 66-82, 2009. Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/index.php/REGRAD/article/view/230/235>. Acesso em 08 de novembro de 2015.
- DIAZ, Elias. **Legalidad - legitimidade en el Socialismo Democrático.** Espanha: Editorial Civitas S.A., 1978.
- DOTTI, René Ariel. **A crise do sistema penitenciário.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 768, ago., 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Tradução de Ana Paula

Somer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. **A Prisão e a Condição Humana do Recluso**. Revista Argumenta. Jacarezinho, n. 15, p. 131-161, 2011. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/202/201>. Acesso em 18 de setembro de 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia Plabos de. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo Constitucional em Marcha**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Vol. 1 Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus. 2012.

_____. **Principiologia Penal e Garantia Constitucional à Intimidade**. In: FARIAS, Cristiano Chaves. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. ROSENVALD, Nelson. **Temas Atuais do Ministério Público**. 3ª Edição, rev. Ampl. Atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma Era**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARCON, Danieli Cristina. **A democracia e a Realidade da Execução Penal Brasileira**. Revista Argumenta. Jacarezinho, n. 10, p. 199-214, 2009. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/134/134>. Acesso em 17 de setembro de 2015.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210 de 1.07.1984**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MELLO, Celso Albuquerque de. **Direito Internacional Público**. Vol. I Rio de Janeiro. Renovar. 2004.

MORAES, Alexandre; SNANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. **A remição da pena é direito do condenado e obrigação do Estado**. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v.1, n.9, p. 22, out. 1993. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/27-9-Outubro-1993. Acesso em 25 de outubro de 2015.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos** - 6ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2013

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Fundamentais**. Revista CEJ, V. 9 n. 29 abr./jun. 2005. Disponível em <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/663>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e Política Criminal: A Experiência Brasileira**. In SHECAIRA, Sérgio Salomão; SÁ, Alvinho Augusto de (Orgs.). **Criminologia e os Problemas da Atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, João Vicente. **Execução penal - prática, processo e jurisprudência criminal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: SAFE, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WACQUANT, Löic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.