

EXECUÇÃO PENAL 02 – JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA

TRABALHO EXTERNO – Agravo Regimental

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Trata-se de agravo regimental interposto por José Dirceu de Oliveira e Silva contra a decisão do relator da Execução Penal 02 que indeferiu o pedido de trabalho externo formulado em dezembro de 2013.

RELATÓRIO

I. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA

A decisão agravada, de 8 de maio de 2014, está baseada em três distintos fundamentos, que podem ser assim sintetizados:

a) a realização de trabalho externo por condenado que cumpre pena em regime semiaberto depende do requisito temporal definido no art. 37 da Lei de Execuções Penais – cumprimento mínimo de 1/6 da pena –, conforme já observado em dois precedentes do Supremo Tribunal Federal, datados de 1995 e 2006;

b) a proposta de trabalho externo oferecida por empregador privado é inidônea e inviabiliza a fiscalização do cumprimento da pena, notadamente no caso de proposta “arranjada” entre amigos;

c) a realização de trabalho interno pelo condenado já preenche a finalidade educativa da pena, sendo desnecessária a realização de serviços da mesma natureza fora da unidade prisional.

II. FUNDAMENTOS DO AGRAVO REGIMENTAL

Ao impugnar a decisão, o agravante sustenta de forma específica que:

a) o requisito temporal referido na decisão agravada (1/6 da pena) aplica-se apenas aos condenados em regime fechado, dada a própria literalidade do art. 36 da Lei de Execução Penal;

b) o Superior Tribunal de Justiça, desde o final da década de 1990, tem entendido reiteradamente que o deferimento de trabalho externo ao condenado em regime semiaberto prescinde do requisito temporal;

c) o cumprimento de 1/6 da pena coincide com o requisito objetivo da progressão para o regime aberto, de modo que a manutenção da decisão agravada implicaria na impossibilidade de o condenado exercer o direito assegurado pelo art. 35, § 2º, do Código Penal;

d) a idoneidade da proposta de trabalho externo foi confirmada pelo setor competente da Vara de Execução Penal do Distrito Federal, que entrevistou o empregador, analisou a documentação apresentada e visitou o local do trabalho;

e) ao contrário do afirmado na decisão agravada, são plenas as possibilidades de fiscalização do trabalho pelo próprio empregador e pelos órgãos oficiais de controle.

III. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Encaminhado o agravo regimental ao Procurador-Geral da República, opinou ele pelo provimento do recurso. Em sua manifestação, entendeu ser acertada a orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de não ser exigível o cumprimento de 1/6 da pena para a concessão do trabalho externo ao condenado em regime inicial semiaberto. Além disso, ressaltou que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também afasta a exigência do cumprimento de 1/6 da pena, de modo que a decisão agravada criaria uma situação de desigualdade em relação aos demais apenados que cumprem pena nesse ente federativo.

Relativamente ao trabalho em escritório de advocacia, o Procurador-Geral da República considerou ausentes indicativos concretos de inviabilidade de fiscalização pelo Poder Público, notadamente diante do termo de compromisso assinado pelo candidato a empregador.

É o relatório.

VOTO

I. INTRODUÇÃO

1. Duas preocupações me movem na elaboração desta decisão. A primeira delas me acompanha desde o início da minha atuação neste processo: a de aplicar as regras do jogo, as normas vigentes, tal como eu as entendo, sem dar à presente ação qualquer tratamento excepcional. Seja a favor, seja em desfavor dos réus. As pessoas, ricas ou pobres, podem não ter igualdade perante a vida, mas devem tê-la perante a lei, ao menos na maior extensão possível. Um caso emblemático como este não é o ambiente adequado para inovações ou exceções.

2. Sem demérito aos eminentes colegas que entenderam diferentemente, foi essa a linha que adotei (i) ao considerar cabíveis os embargos infringentes, que se encontravam previstos no RISTF de longa data, sem nunca ter ocorrido a revogação; (ii) ao considerar imprópria a majoração desproporcional da pena para contornar a prescrição, posição que não encontrava amparo na jurisprudência da Corte; e (iii) ao admitir a imediata execução das penas que já haviam se tornado definitivas. Também aqui o cuidado em não criar exceções marcará a minha linha de raciocínio.

3. Em segundo lugar, tenho em mente uma outra preocupação: a decisão que se produzir aqui irá repercutir sobre a execução penal em todo o país e, portanto, nos seus fundamentos e nas suas consequências, ela deverá ser universalizável. Significa dizer: ela deverá valer para todas as pessoas que se encontrarem em igual situação em qualquer parte do território nacional. A universalização é uma regra ética e igualitária que se extrai do princípio maior da filosofia de Kant – o imperativo categórico – cuja dicção é a seguinte: *“Age de tal modo que a máxima da tua vontade (i.e., o princípio que a inspira e move) possa se transformar em uma lei universal”*. Sem prejuízo da prioridade legítima requerida pelos ora agravantes, o que confere maior urgência ao processo em exame é justamente a sua repercussão sobre as execuções penais em geral, notadamente pelo fato de a decisão agravada estar em desacordo com a jurisprudência que vem sendo aplicada, com absoluta predominância e há muitos anos, nas instancias ordinárias.

4. Fundado nessas duas premissas – não criar exceções e levar em conta a necessidade de universalização da tese jurídica firmada – passo a decidir a questão relativa ao

trabalho externo por apenados que se encontrem em regime penal semiaberto. O presente voto está dividido em duas partes. Na Parte I, discuto se o requisito *objetivo* de cumprimento de um sexto da pena, para fins de obter autorização de trabalho externo, aplica-se aos apenados que iniciam a execução penal em regime semiaberto. Na segunda parte, analiso se, no caso concreto do agravante, estão presentes os requisitos subjetivos para admissão de trabalho externo.

Parte I

EXIGIBILIDADE OU NÃO DO CUMPRIMENTO DE UM SEXTO DA PENA PARA CONDENADOS EM REGIME INICIAL SEMIABERTO PRESTAREM TRABALHO EXTERNO

II. OS REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA NO DIREITO BRASILEIRO

5. O Código Penal (art. 33) e a Lei de Execução Penal (LEP – art. 110 e segs.) preveem e disciplinam três regimes diversos de cumprimento das penas privativas de liberdade: o fechado, o semiaberto e o aberto. Para cada uma dessas fases, o legislador definiu estabelecimentos penais próprios e um maior ou menor contato do preso com a sociedade extramuros. A legislação dispõe, ainda, acerca da possibilidade de progressão de regime, que é a transferência do condenado para regime prisional menos rigoroso, após cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior.

6. O regime *fechado*, caracterizado pelo trabalho interno diurno e pelo isolamento celular noturno, é cumprido em penitenciária (art. 34 do Código Penal¹ c/c o art. 87 e seguintes da LEP²). As hipóteses de saída do condenado da unidade prisional são

¹ “Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.”

² “Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

restritas àquelas definidas nos 36 e 120 da LEP, a saber: a) trabalho externo, mediante vigilância direta, em obra ou serviço público; b) falecimento ou doença grave de ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; e c) necessidade de tratamento médico que não possa ser realizado no sistema prisional. O regime *semiaberto*, a ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, caracteriza-se pelo trabalho interno diurno e pelo recolhimento coletivo noturno, **sendo admissíveis**, sem vigilância direta, o trabalho externo e as saídas temporárias para visita à família, frequência a curso profissionalizante ou de instrução de 2º grau ou superior e participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social (art. 35 do Código Penal c/c os arts. 37 e 122 da LEP).

7. O regime *aberto* deve ser cumprido em casa de albergado ou em outro estabelecimento que reúna as características definidas no art. 94 da LEP³. Nesse regime, o condenado que exerça atividade lícita externa permanecerá recolhido tão somente durante o repouso noturno e nos dias de folga, observadas ainda condições definidas em lei (art. 115 da LEP⁴) e aquelas eventualmente estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal. Atualmente, tendo em vista a inexistência de casas de albergado na maior parte dos Estados brasileiros e

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.”

³ “Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.”

⁴ “Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;

IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.”

no Distrito Federal, o regime aberto tem sido ordinariamente convertido em prisão domiciliar, mediante o cumprimento de condições determinadas pelos Juízes de Execução Penal⁵.

III. A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

1. O Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil

8. Estudo do Conselho Nacional de Justiça, coordenado pelo Conselheiro Guilherme Calmon, divulgado no início do mês de junho deste ano, atualizou os números da dura realidade do sistema carcerário. Existem no Brasil 567.655 presos, em um sistema que só tem capacidade para 357.219. O déficit, portanto, chega a 210.436 vagas. O número se torna ainda mais impressionante se complementados com duas outras estatísticas: (i) existem 147.937 pessoas em prisão domiciliar, por falta de vagas no sistema aberto; e (ii) há 373.991 mandados de prisão aguardando cumprimento. Mesmo com todas essas pessoas fora do sistema, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Se forem computados os presos domiciliares, subimos para a terceira posição. Existe um certo paradoxo nesse cenário. A população tem uma sensação difusa de impunidade. Ainda assim, o país pune muito, com estatísticas de encarceramento crescentes. Prende muito e prende mal, segundo consenso de todos os especialistas.

⁵ No caso do Distrito Federal, A informação está disponível na página eletrônica da Vara de Execuções Penais (<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/execucoes-penais/vep/informacoes/prisao-domiciliar>), nos seguintes termos: “*Em face da inexistência da Casa de Albergado no Distrito Federal, os sentenciados progredidos para o regime aberto são requisitados para audiência admonitória, a ser realizada pelo Juízo da Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas - VEPEMA, a fim de que seja apreciada a possibilidade de concessão de prisão domiciliar e, se concedida, colhido o termo de compromisso*”. Esse dado é confirmado por diversos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. A título de exemplo, v. RAG 2014 00 2 002839-2, Rel. Des. José Guilheme, julgado em março de 2014: “RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA EXPEDIDO EM OUTRA AÇÃO PENAL. INCOMPATIBILIDADE DOS INSTITUTOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. **No Distrito Federal, o regime aberto é cumprido na modalidade de prisão domiciliar, de modo que o agravante é retirado do sistema prisional, permanecendo em sua residência, mediante determinadas condições estipuladas pelo Juízo das Execuções.** II. A existência de decreto de prisão preventiva em outra ação penal exige a constrição do réu, de modo que, enquanto perdurar a ordem preventiva, a progressão ao regime aberto resta impossibilitada. III. Recurso conhecido e não provido.” (RAG 2014 00 2 002839-2, Rel. Des. José Guilheme, julgado em março de 2014).” Nesse mesmo sentido, v. RAG 20140020010788RAG, Rel. Des. Jesuíno Rissato, julgado em março de 2014.

2. Os Mutirões Carcerários

9. Desde agosto de 2008, o Conselho Nacional de Justiça realiza o denominado *Mutirão Carcerário*, tendo como um de seus propósitos inspecionar os estabelecimentos prisionais. Uma das primeiras constatações dos juízes que atuam no projeto, corroborada por dados do Departamento Penitenciário Nacional, é a de que diversos Estados sequer têm em funcionamento colônias agrícolas, industriais ou mesmo estabelecimentos similares. Além disso, não é incomum a alteração da destinação de unidades já existentes, como ocorreu com o Centro de Internamento e Reabilitação (CIR), no Distrito Federal: inicialmente destinado a condenados em regime fechado, hoje é o local de acolhimento de parte dos condenados em regime semiaberto. De norte a sul, os *Mutirões* verificaram a falta de vagas, bem como a ausência de oportunidades de trabalho interno e externo. Na audiência pública convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do RE 641.320, evidenciou-se a prevalência de dois extremos, ambos caracterizados por ilegalidades ou desconroles: ou se mantém o condenado a regime semiaberto em regime fechado, geralmente sem acesso a trabalho interno, ou se lhe concede prisão domiciliar fora das hipóteses em que seria teoricamente cabível. De um jeito ou de outro, o que se tem é uma realidade que vem derrotando o direito vigente.

3. A realidade como vetor interpretativo

10. É fora de dúvida que o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente qualquer das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa, nem prevê retribuição na medida certa. Apesar disso, toda sociedade democrática precisa de uma dose inevitável e proporcional de repressão penal e punição, como pressuposto da vida civilizada e da proteção dos direitos humanos de todos. É imperativo, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio. Neste cenário, a Jurisprudência não pode ignorar a realidade, como se estivéssemos na Suécia, onde alguns presídios estão sendo fechados por falta de população carcerária. De fato, sem descurar dos deveres de proteção que o Estado tem para com a sociedade, as instituições e as pessoas, juízes e tribunais devem prestigiar os entendimentos razoáveis que não sobrecarreguem ainda mais o sistema, nem tampouco imponha aos apenados situações mais gravosas do que as que decorrem da lei e das condenações que sofreram. A justiça, aqui, envolve a ponderação entre os deveres de proteção da sociedade e o

respeito aos direitos fundamentais dos condenados, temperada com uma dose de pragmatismo e de senso de realidade.

IV. A POSIÇÃO DO RELATOR ANTERIOR, MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, EM RELAÇÃO AO TRABALHO EXTERNO DOS APENADOS EM REGIME SEMIABERTO

11. A posição do relator anterior, Min. Joaquim Barbosa, já foi consignada no Relatório que precedeu o presente voto. A tese central da decisão de S. Exa. é a de que somente é possível o trabalho externo de presos em regime semiaberto após o cumprimento de um sexto da pena, uma vez que entende aplicável à hipótese o art. 37 da LEP⁶. Em favor desse argumento, invoca dois precedentes do Supremo Tribunal Federal: o HC 72.565, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e o HC 86.199, Rel. Min. Eros Grau. Além desta tese jurídica geral, a decisão entendeu, também, que, no caso específico: (i) a proposta seria inidônea, uma “ação entre amigos”, além de impossibilitar a fiscalização adequada, por se tratar de trabalho externo em escritório de advocacia, que desfruta de inviolabilidade; e (ii) a realização de trabalho interno pelo condenado já preencheria a finalidade educativa da pena. Textualmente, assim assentou a decisão aqui questionada:

“Em conclusão, ausente o pressuposto objetivo para a concessão do benefício (não cumprimento de 1/6 da pena, nos termos do art. 37 da LEP), e por ser absolutamente contrário aos fins da pena aplicada e às regras que disciplinam a execução penal em nosso ordenamento jurídico, indefiro o pedido”.

V. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO AO TRABALHO EXTERNO DOS APENADOS EM REGIME SEMIABERTO

12. O Superior Tribunal de Justiça tem posição firme e antiga no sentido da possibilidade de trabalho externo de condenados em regime semiaberto, independentemente

⁶ Lei nº 7.210, de 11.07.84 (LEP): “Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena”.

do cumprimento de um sexto da pena. Esta orientação foi firmada em acórdão unânime da Quinta Turma, com parecer favorável da Subprocuradoria-Geral da República, no Habeas Corpus nº 8.725-RS, da relatoria do eminente Ministro Gilson Dipp, julgado em 1º de junho de 1999. Na ementa do referido acórdão ficou expresso, sem margem a dúvida:

“III. É admissível o trabalho externo aos condenados ao regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, pelas próprias condições favoráveis dos pacientes (primários, bons antecedentes e que sempre residiram e trabalharam na localidade) e ante o critério de razoabilidade que sempre se faz necessário na adaptação das normas de execução à realidade social e à sua própria finalidade, ajustando-as ao fato concreto. Precedentes.

IV. Parecer da Subprocuradoria-Geral da República preconizando a concessão da ordem.

V. Ordem concedida para permitir que os pacientes saiam durante o dia para trabalhar, recolhendo-se à noite à Cadeia onde se encontram, sujeitando-se, por óbvio, às devidas cautelas legais – que ficarão a cargo do Juízo de execuções”.

13. A partir dessa decisão, sedimentou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado em dezenas de julgados, no sentido de que o art. 37 da LEP – que exige o cumprimento mínimo de um sexto da pena – somente se aplica aos condenados que se encontrem em regime inicial fechado.

VI. A POSIÇÃO DESTE RELATOR A PROPÓSITO DO TRABALHO EXTERNO DOS APENADOS EM REGIME SEMIABERTO

1. Um único e antigo precedente adota a tese da decisão recorrida

14. A decisão impugnada negou ao recorrente o direito ao trabalho externo com base no que dispõe o art. 37 da Lei de Execução Penal, que aqui se reproduz uma vez mais, por facilidade:

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

15. Não é implausível a tese esposada pela decisão impugnada, à vista da textualidade da norma. Em seu suporte, invoca o seu prolator quatro precedentes, dois do STJ e dois do STF, a saber:

- a) REsp 117.176, Rel. Min. Anselmo Santiago, julgado em 30.03.1998;
- b) RHC 1586-RJ, Rel. Min. Cid Scartezini, julgado em 16.12.1991;
- c) HC 72.565-AL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 10.05.1995;
- d) HC 86.199-SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 18.04.2006.

16. Embora, como dito, a tese seja plausível, apenas um dos quatro precedentes invocados chancela, efetivamente, o ponto de vista do antigo relator. De fato, no REsp 117.176, a Quinta Turma do STJ *negou provimento* ao Recurso Especial do Ministério Público contra decisão do TJDFR que dera autorização para trabalho externo, sem exigir o requisito do cumprimento de um sexto da pena. A Turma entendeu que, no caso concreto, o sentenciado já cumprira quase metade da pena e fazia jus ao benefício. A referência à exigência de um sexto foi mero *obiter dictum* feito pelo relator. Por igual, no RHC 1586, a tese afirmada foi outra: a de que o cumprimento de um sexto da pena em regime fechado dispensa a exigência de novo prazo quando em regime semiaberto. Vale dizer: nenhum dos dois acórdãos do STJ tem como *holding* a tese jurídica pretendida pela decisão: a de que é vedado o trabalho externo a quem se encontre em regime inicial semiaberto, antes do cumprimento de um sexto da pena.

17. Essa tese tampouco foi assentada pelo acórdão proferido no HC 86.199, julgado pelo Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Eros Grau. Ali, a matéria decidida foi outra, tendo a ordem sido concedida de ofício para que o paciente tivesse assegurado o direito de cumprir sua pena em regime inicial aberto, caso não houvesse vaga para cumprimento em estabelecimento adequado ao regime semiaberto. É verdade que o Min. Eros Grau emitiu sua opinião no sentido de que a exigência de um sexto da pena para fins de

trabalho externo deveria se aplicar. Mas o tema não foi objeto de deliberação. A esse propósito, o esclarecimento constante do voto sempre lúcido do Min. Carlos Ayres Britto:

“12. De outro lado, deixo de deliberar sobre a necessidade, ou não, do cumprimento de 1/6 da pena, para fins de obtenção de trabalho externo. É que a matéria, bem ou mal, já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto da ilustrada Relatora (voto acompanhado à unanimidade), *verbis* (fls. 58):

‘Acertada, pois, a decisão do Tribunal de origem, uma vez que esta Corte, em diversos julgados, embora admita a concessão do trabalho externo a condenado ao regime semiaberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, entende que os requisitos objetivos e subjetivos para tal concessão devem ser analisados pelo juízo da execução...’.

13. Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão que favorece o paciente, assentou a prescindibilidade do cumprimento de 1/6 da reprimenda para obtenção do trabalho externo. De modo que desfazer tal premissa, em sede de *habeas corpus*, seria voltar esta ação constitucional contra seu próprio beneficiário. Transformando uma garantia fundamental do indivíduo em fator de agravamento da sua liberdade de locomoção (...).

14. Em grau de arremate, também acompanho o ilustrado Relator, no ponto em que concede parcialmente a ordem de *habeas corpus*, para evitar que o paciente, ante a eventual falta de vagas em estabelecimento prisional adequado, venha a cumprir sua reprimenda em regime mais gravoso que o fixado na sentença”.

18. O único precedente na matéria a esposar a tese da decisão recorrida foi o acórdão do STF no HC 72.565, em que era paciente Paulo César Cavalcante Farias. A impetração pedia progressão para o regime aberto e o direito ao trabalho externo. Por maioria, sendo relator o Min. Sepúlveda Pertence, entendeu-se que tanto para a progressão como para o trabalho externo se exigia o cumprimento mínimo de um sexto da pena. Algumas observações importantes. O paciente desse julgamento – P.C. Farias – fora protagonista do

então recente *impeachment* do Presidente da República, além de ter sido preso após momentosa fuga, quando se encontrava na Tailândia. *Hard cases make bad law*, relembram os anglo-saxões. Em bom português: casos difíceis não são os que produzem as melhores teses jurídicas. Há mais, porém: o julgamento se deu em maio de 1995. Ainda não havia ocorrido – ou, pelo menos, sido percebida – a explosão nas estatísticas de encarceramento, que passaram do patamar de cem mil para o de quinhentos mil (ou setecentos mil, se contarmos as prisões domiciliares)⁷⁷. Foi a realidade fática que impôs a virada jurisprudencial conduzida pelo STJ no final da década de 90.

19. Registro, por justiça, o voto divergente lançado à época pelo Min. Marco Aurélio, sustentando que o art. 37 da LEP somente se aplicava ao regime fechado e que “o trabalho externo é ínsito ao regime aberto”. Por fim, a decisão agravada não faz menção a um outro precedente do STF em sentido diverso, em decisão da relatoria do Min. Oscar Dias Corrêa. No HC 64.566, entendeu-se que a autorização de trabalho externo concedida pelo juiz não precisava observar o requisito temporal de seis meses. Tal limitação somente se aplicaria quando a autorização viesse a ser concedida pela direção do estabelecimento penal (com o tempo, passou-se a entender que a autorização dependeria sempre de procedimento judicial, nos termos do art. 194 da LEP). A conclusão a que se chega, nesse tópico, é que jamais foi consistente e volumosa a jurisprudência que entendia aplicar-se a exigência de cumprimento de um sexto da pena para autorizar-se o trabalho externo.

2. Há mais de 15 anos vigora o entendimento consolidado de que não é exigível o cumprimento de um sexto da pena para a autorização de trabalho externo do condenado em regime semiaberto

20. Como já assinalado, desde 1999, com a decisão no HC 8.725, Rel. Min. Gilson Dipp, a jurisprudência do STJ se consolidou nessa matéria, em linha diversa da decisão aqui impugnada. São muitas dezenas de decisões, com os mais diversos relatores, sem solução de continuidade. Transcrevem-se abaixo, ilustrativamente, algumas dessas decisões:

⁷⁷ A informação de serem 140 mil em meados da década de 90 encontra-se em Luiz Eduardo Soares, “Tranquila e infalível como Bruce Lee”, *Tendências/Debates, Folha de São Paulo*, 25 out. 2011.

“*HABEAS CORPUS*. TRABALHO EXTERNO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) DA REPRIMENDA. REQUISITO DESNECESSÁRIO. ASPECTO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO TRIBUNAL A *QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. **A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que independentemente do cumprimento do lapso de 1/6 (um sexto), presentes as condições pessoais favoráveis, deve ser concedido, ao condenado em regime semiaberto, a autorização para o trabalho externo.**

2. Não tendo as instâncias ordinárias se manifestado sobre o preenchimento do requisito subjetivo, não há como este Sodalício decidir sobre a concessão do benefício, sob pena de incorrer em supressão de instância.

3. Ordem concedida em parte tão-somente para afastar o óbice referente a exigência do cumprimento de 1/6 (um sexto) da reprimenda no modo semiaberto para a concessão do trabalho externo, devendo os demais requisitos serem analisados pelo Juízo das Execuções Criminais.” (HC 118.678, Rel. Min. Jorge Mussi).

“*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. BENEFÍCIO DO TRABALHO EXTERNO CONCEDIDO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES E CASSADO PELO TRIBUNAL A *QUO*. DIREITO DO CONDENADO INDEPENDENTEMENTE DE CUMPRIMENTO MÍNIMO DA PENA, DESDE QUE PRESENTES CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Admite-se a concessão do trabalho externo ao condenado em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de, no mínimo, 1/6 da pena, **desde que verificadas condições pessoais favoráveis pelo Juízo das Execuções Penais**. Precedentes.

2. Ordem concedida, para permitir o trabalho externo do Paciente, nos moldes determinados pelo Juiz de primeiro grau”. (HC 251.107, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz).

“EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) REGIME SEMIABERTO. TRABALHO EXTERNO. CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. PATENTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Este Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento de que não é necessário o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para se autorizar o condenado em regime inicial semiaberto a exercer trabalho externo. Ressalvado o ponto de vista desta Relatora.

3. Ordem não conhecida; concedido habeas corpus de ofício para restabelecer a decisão de primeiro grau, que assegurou ao paciente o benefício do trabalho externo, independentemente do cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.” (HC 255.781, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura).

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMI-ABERTO. TRABALHO EXTERNO. INDEPENDENTEMENTE DO CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Admite-se a concessão do trabalho externo a condenado ao regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, **em função das condições pessoais favoráveis verificadas, no caso concreto**, pelo Juízo das Execuções Penais. Precedentes do STJ.

2. Ordem concedida”. (HC 59.011, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz)

“EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. PENA A SER CUMPRIDA EM REGIME SEMI-ABERTO. TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. TRABALHO EXTERNO. CUMPRIMENTO DE UM SEXTO DA PENA. DESNECESSIDADE. EXAME DOS REQUISITOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. Estando o recorrente cumprindo a pena em regime semi-aberto, imposto na sentença, conforme informação da Comarca de origem, está prejudicado o pedido de transferência de estabelecimento prisional.

2. Com relação ao trabalho externo, esta Corte o tem admitido, independentemente do cumprimento de um sexto da pena, se presentes os requisitos próprios desse benefício, cuja aferição deve ser operada pelo Juízo da Execução.

3. Recurso parcialmente prejudicado e provido”. (RHC 17.693, Rel. Min. Paulo Gallotti).

“EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REGIME SEMI-ABERTO. TRABALHO EXTERNO. CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. CONDIÇÕES PESSOAIS.

I - Tem prevalecido nesta Corte o entendimento no sentido de que, **uma vez demonstradas nos autos as condições pessoais favoráveis ao paciente, deve ser permitido, ao condenado ao regime semi-aberto, o trabalho externo, independentemente do cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena** (Precedentes).

II - Inviável nesta estreita via a análise dos requisitos de natureza subjetiva necessários para a concessão do benefício do trabalho externo, por demandar inevitável dilação probatória.

Recurso parcialmente provido, a fim de que o Juízo de Execuções verifique se presentes os demais requisitos (subjetivos) para a concessão da benesse do trabalho externo.” (RHC 15345, Rel. Min. Felix Fischer).

“EXECUÇÃO PENAL - HABEAS CORPUS - RÉU CONDENADO AO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMI-ABERTO - INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO - REGIME ABERTO - TRABALHO EXTERNO - CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA - DESNECESSIDADE.

- Consubstancia-se constrangimento ilegal a manutenção do paciente em regime fechado, quando este foi condenado ao cumprimento de pena em regime semi-aberto. Ante a inexistência de vaga no estabelecimento adequado, impõe-se a transferência do paciente, até que surja vaga, para estabelecimento de regime aberto e na sua ausência, para prisão domiciliar.

- Precedentes.

- **Possuindo o paciente condições pessoais favoráveis, admite-se a concessão do trabalho externo independentemente do cumprimento de 1/6 da pena imposta.**

- Ordem concedida, para que o paciente seja transferido para um estabelecimento prisional próprio ao regime semi-aberto e, no caso de este não possuir vaga, que possa o paciente cumprir pena em casa de albergado e na sua ausência, em prisão domiciliar; e, ainda, para que, uma vez verificadas as condições pessoais favoráveis, seja permitido ao mesmo o trabalho externo independentemente do cumprimento de 1/6 da pena”. (HC 31.446, Rel. Min. Jorge Scartezini).

21. Como previsível e desejável, os Tribunais de Justiça dos Estados passaram a adotar a mesma linha de entendimento. É o que se verifica das decisões cujas ementas vão transcritas abaixo, proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, unidades da Federação nas quais cumprem pena os agravantes. Confira-se:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ROUBO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INDEFERIMENTO DE TRABALHO EXTERNO EM EMPRESA DA FAMÍLIA DO SENTENCIADO. INVIABILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO

CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Conforme entendimento jurisprudencial, o requisito do cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena não é aplicável ao preso em regime semiaberto, que tem proposta de emprego particular.

2. A execução criminal visa o retorno do condenado ao convívio social, com o escopo de reeducá-lo e ressocializá-lo, sendo o trabalho essencial para esse processo. Se o sentenciado atende aos requisitos subjetivos, o fato de a empresa pertencer ao seu filho não constitui óbice à concessão do trabalho externo, sob o argumento de fragilidade na fiscalização, até porque inexistente vedação na Lei de Execução Penal.

3. Recurso conhecido e não provido para manter a autorização do benefício do trabalho externo ao sentenciado. (RAG 2012 00 2 002906-9, Rel. Des., Roberval Belinati).

HABEAS CORPUS - REGIME SEMIABERTO - APRECIÇÃO DE PEDIDO DE TRABALHO EXTERNO - PRÉVIO RECOLHIMENTO À PRISÃO - PROPOSTA PARTICULAR DE EMPREGO - DESNECESSIDADE.

1. Fere o princípio da razoabilidade a exigência de que o condenado no regime semiaberto, que permaneceu solto durante toda a instrução, que exerce atividade laboral lícita remunerada há muitos anos, que tem residência fixa e que tem proposta particular de emprego seja recolhido ao presídio antes de ter apreciado o pedido de concessão de trabalho externo.

2. Para a concessão do trabalho externo ao réu condenado no regime semiaberto, que tem proposta de emprego particular, é desnecessário o cumprimento de (um sexto) da pena.

3. Se o paciente já convive satisfatoriamente no meio social, sem novas ingerências na senda do crime e trabalhando honestamente, não é razoável o entendimento de que deve ser preso e ter analisado o seu comportamento carcerário, para fins de concessão de trabalho externo.

4. Ordem concedida para que seja apreciado o pedido de trabalho externo independentemente do prévio recolhimento do paciente ao cárcere. (HC 2009 00 2 012534-9, Rel. Des., Sérgio Rocha).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVO EM EXECUÇÃO - TRABALHO EXTERNO - REGIME INICIAL SEMIABERTO - DESNECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) DA PENA.

Quando o regime prisional imposto é o inicial semiaberto, não se faz necessário o cumprimento de um sexto (1/6) da pena para fins de concessão do trabalho externo. Precedentes desta Câmara e do Superior Tribunal de Justiça. (Agravo em execução n. 1035113001725-1/001, Rel. Des., Eduardo Brum).

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMIABERTO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. TRABALHO EXTERNO. CUMPRIMENTO DE UM SEXTO DA PENA. DESNECESSIDADE.

1. É possível a concessão do trabalho externo desde o início ao condenado em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, quando possuir condições pessoais de natureza objetiva e subjetiva favoráveis, até porque, é através do trabalho que o condenado se afasta da inércia, dos pensamentos negativos e da depreciação da sua autoestima, sendo considerado um dos meios mais eficientes à sua recuperação e ressocialização, objetivo maior da pena.

2. Agravo não provido. (Agravo em execução n. 10223113026017-8/001, Rel. Des., Antônio Armando dos Anjos).

22. A conclusão a que se chega, neste item, é que a negação do direito ao trabalho externo, para reintroduzir a exigência de prévio cumprimento de um sexto da pena, significaria drástica alteração da jurisprudência em vigor há mais de quinze anos.

3. A posição da doutrina

23. Inúmeros autores que escrevem sobre o direito penal brasileiro sustentam, igualmente, posição diversa da que foi adotada na decisão recorrida, defendendo o direito ao trabalho externo, no regime semiaberto, desde o início do cumprimento da pena. Confirmam-se, ilustrativamente, alguns penalistas e processualistas penais referidos abaixo:

- Cesar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral I, p. 615:

“É bom esclarecer que o *juiz da condenação*, na própria sentença, já deverá conceder o serviço externo, sendo desnecessário o cumprimento de qualquer parcela da pena. Ou então, posteriormente, o juiz da execução poderá concedê-lo *desde o início do cumprimento da pena*. A exigência de cumprimento de um sexto da pena verifica-se apenas quando tal benefício for concedido pela Direção do Estabelecimento Penitenciário, que dependerá também da aptidão, disciplina e responsabilidade do apenado (art. 37 da LEP)”.

- João José Leal. Obrigatoriedade do trabalho prisional, regime semi-aberto e trabalho externo em face da inexistência de colônia penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 46:121, 2004:

“ Por sua vez, como o requisito contido no art. 37, da LEP (LGL\1984\14) só se refere ao trabalho externo no regime fechado, acreditamos que a exigência desse lapso temporal é inaplicável ao regime semi-aberto. Não nos parece admissível que a norma de conteúdo material, asseguradora de um direito que trata da liberdade, seja inútil, vazia de conteúdo e despida de qualquer aplicabilidade”.

- José Paganella Boschi e Odir Odilon Pinto da Silva, *Comentários à Lei de Execução Penal.*, Aide Editora, [s.d], p. 104:

“Frise-se, aliás, que a seção III, do Capítulo III, da LEP, dispendo sobre ‘trabalho externo’, diz respeito só ao trabalho externo em serviço ou obras públicas. Em nenhuma outra parte da Lei de Execução o legislador estatuiu normas acerca do trabalho externo para o presos que cumprem pena no regime semi-aberto ou aberto pela simples razão de que, nesses regimes, o trabalho externo é naturalmente admissível ou é condição para ensejar o ingresso (arts. 35, § 2º, 36, §1º e 114, I, da LEP). O legislador, em nosso entender, omitiu-se deliberadamente sobre a questão. Basta ver que os demais benefícios desses regimes estão claramente arrolados, incisos I a III do art. 122, da Lei de Execução.”

- Cleni Rocha de Lima In: **Ajuris**, n. 49, ano XVII, jul. 1990, p. 188-193, p. 189:

“Assim, o cumprimento de um mínimo de pena para poder trabalhar externamente só é exigido ao preso em regime fechado, ficando livre para os outros regimes, ou seja, o preso que cumpre a pena em regime semi-aberto poderá vir a trabalhar assim que recolhido ao presídio, se já possuir trabalho e se este é o seu regime inicial, não lhe sendo exigido nenhum período de carência. Se assim não for entendido se estará igualando os dois regimes no que se refere ao benefício do serviço externo

24. Mesmo autores que tinham uma posição originalmente contrária ao trabalho externo, terminaram por se curvar à realidade do sistema penitenciário. Tal é o caso de Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, 2012, p. 368:

“(…) Temos acompanhado, no entanto, o aumento considerável de casos de autorizações de saída para trabalho externo, sem qualquer vigilância, que vêm sendo concedidas por inúmeros magistrados de São Paulo. Apesar de medida contrária ao texto da Lei de execução penal, torna-se, em determinadas situações, a única saída que o Juiz encontra para controlar rebeliões, fugas e revoltas. Tendo em vista que o regime aberto está falido, pois não existem casas de albergado, bem como o semiaberto encontra-se com nítida deficiência de vagas, o trabalho externo termina sendo a forma encontrada pelo magistrado para reintegrar o preso à vida em comunidade, para, depois, conceder-lhe o regime de prisão albergue domiciliar (PAD), retornando-o, de vez, à liberdade”.

4. A melhor interpretação dos dispositivos legais pertinentes

25. Existem dois dispositivos legais que são decisivos para o deslinde da presente controvérsia. O primeiro deles é o art. 35, § 2º do Código Penal, que cuida das regras do regime semiaberto. Como se constata da transcrição a seguir, a norma contempla a possibilidade de trabalho externo, sem qualquer menção a requisito temporal:

“Regras do regime semiaberto

Art. 35.

§ 2º. O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior”.

26. O segundo dispositivo pertinente é o art. 37 da Lei nº 7.210/84 (Lei da Execução Penal), que tem a seguinte redação:

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

27. Há três interpretações possíveis de tal norma. A primeira é a que foi feita pela decisão recorrida, no sentido de ser exigível do preso em regime semiaberto o cumprimento do mínimo de um sexto da pena para que possa prestar trabalho externo. A segunda é a de que a previsão somente se aplicaria quando se tratasse de autorização “pela direção do estabelecimento”, e não pelo juiz sentenciante ou da execução. Esta é a posição que foi seguida no acórdão no HC 64.566, Rel. Min. Oscar Dias Corrêa, deste STF, e que é defendida na doutrina por Cezar Bitencourt, como visto na transcrição já feita. A terceira leitura – à qual se adere na presente decisão – é a de que o art. 37, a exemplo do art. 36 que o antecede, aplica-se tão somente aos presos em regime fechado. É que, se não fosse assim, a previsão de trabalho externo ficaria esvaziada para os condenados em regime inicial semiaberto. Não é difícil demonstrar o ponto.

28. O art. 112 da Lei de Execução Penal⁸ prevê a possibilidade de progressão de regime, com a transferência a regime menos rigoroso, por decisão do juiz, após o cumprimento de um sexto da pena. Assim, o preso em regime fechado progride para o semiaberto. E o preso em regime semiaberto progride para o aberto. Veja-se, então: após cumprir um sexto da pena, o apenado em regime semiaberto passa para o regime aberto. Nesse momento, ele passa a ter automaticamente direito ao trabalho externo, por ser da essência do regime aberto (art. 36, § 1º). Isso significaria, então, que no regime semiaberto não haveria direito ao trabalho externo, porque se fosse exigível aguardar o cumprimento de um sexto da pena, o condenado já estaria no regime aberto. Nenhuma norma deve ser interpretada de modo a não fazer sentido.

29. Por fim, de parte ser essa a melhor interpretação do ponto de vista da lógica jurídica, ela também o é do ponto de vista pragmático. Se todos reconhecem que o

⁸ Lei nº 7.210/84: “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

sistema está abarrotado e que não há oferta suficiente de trabalho interno mesmo nos poucos estabelecimentos que têm o perfil adequado para o regime semiaberto, por qual razão se haveria de negar o trabalho externo aos presos que preencham os requisitos subjetivos e tenham uma oferta real e adequada de uma instituição pública ou privada?

30. Nada justificaria a interpretação restritiva: nem a melhor técnica jurídica nem a realidade fática. Esta solução não só é universalizável como, na prática, já é amplamente praticada.

VII. CONCLUSÃO DA PARTE I

31. Por todas essas razões, concluo que a exigência objetiva de prévio cumprimento do mínimo de um sexto da pena não se aplica aos presos que se encontrem em regime inicial semiaberto. Considero que impor tal exigência aos condenados no presente processo implicaria em alterar a jurisprudência vigente, estabelecendo um regime diferenciado e excepcional. Isso porque, como se procurou demonstrar até aqui:

- a) há mais de 15 anos, o Superior Tribunal de Justiça, órgão encarregado de uniformizar a interpretação do direito federal, já sedimentou o entendimento de que o prévio cumprimento de um sexto da pena, para fins de trabalho externo, não se aplica aos que se encontrem em regime semiaberto;
- b) seguindo essa orientação, os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e do Estado de Minas Gerais, responsáveis pela execução direta das penas aplicadas aos agravantes, tampouco impõem essa exigência;
- c) Boa parte da doutrina especializada defende o ponto de vista contrário ao da decisão aqui recorrida, sustentando a possibilidade de trabalho externo independentemente do cumprimento de um sexto da pena;
- d) tanto do ponto de vista da lógica jurídica quanto da interpretação pragmática, essa solução é a que atende, de maneira mais adequada, às circunstâncias do sistema prisional brasileiro.

Parte II

PREENCHIMENTO OU NÃO PELO AGRAVANTE DOS REQUISITOS SUBJETIVOS PARA A PRESTAÇÃO DE TRABALHO EXTERNO

32. A inaplicabilidade do requisito temporal para o deferimento de trabalho externo não significa, naturalmente, que a sua concessão deva ser automática. Embora a Lei de Execução Penal seja lacônica quanto aos requisitos pertinentes, é intuitivo que a medida é condicionada: (i) pela condição pessoal do apenado, que deve ser compatível com as exigências de responsabilidade inerentes à autorização para saída do estabelecimento prisional; e (ii) pela adequação do candidato a empregador. A decisão agravada analisou esse segundo aspecto, concluindo que o trabalho na biblioteca de escritório de advocacia seria inadequado e desnecessário, uma vez que o agravante já desenvolveria atividades similares no interior do sistema prisional. Passa-se ao exame de cada um desses pontos.

VIII. A condição pessoal do agravante

33. Embora a decisão agravada não aponte circunstâncias pessoais do apenado como causa de rejeição do trabalho externo, o ponto deve ser examinado para que se possa cogitar da medida. Nesse particular, inexistem razões objetivas que desabonem a conduta carcerária do agravante. Os autos atestam que ele vem desenvolvendo atividades laborativas, tanto na biblioteca interna quanto na limpeza e manutenção do estabelecimento prisional, sem anotação de indisciplina. Quanto a essa última questão, registro que houve processo de apuração por possível falta grave, consistente na suposta utilização de telefone celular (LEP, art. 50, VII). O procedimento foi arquivado por decisão do Diretor da unidade prisional, por mim homologada. Com efeito, tal como registrou a autoridade administrativa, não há quaisquer elementos comprobatórios da alegada conduta ilícita.

34. Também não há razões objetivas que indiquem falta de responsabilidade para o trabalho externo. O agravante entregou-se voluntariamente para o cumprimento da condenação e não há qualquer elemento que sugira o risco de que venha a se

evadir. Constata-se, igualmente, a aptidão para o trabalho pretendido, na linha do que exige o art. 37, da Lei de Execução Penal. Sob o ponto de vista pessoal, portanto, não verifico impedimentos à adoção da medida.

IX. Exame da adequação do candidato à empregador

35. Por fim, a decisão agravada fundamenta-se no entendimento de que o trabalho externo, tal como requerido, seria *inadequado e desnecessário*. Veja-se cada um desses aspectos.

36. No tocante à inadequação, afirma-se que o trabalho oferecido seria inaceitável por duas razões: (i) inadmissibilidade de que empresas privadas recebam apenados, dadas as dificuldades na fiscalização. Em se tratando de escritório de advocacia, esse fator seria agravado por sua inviolabilidade e pelo fato de o proprietário não estar presente em tempo integral; e (ii) caráter impróprio da relação empregatícia oferecida, que constituiria uma espécie de *ação entre amigos*, incompatível com a execução penal.

37. Apenas o primeiro fundamento apontado – inidoneidade da proposta de trabalho externo oferecida por empregador privado – é de perfil objetivo. Segundo a decisão agravada, “*se mesmo o trabalho interno, realizado dentro do estabelecimento prisional, somente pode ser gerenciado por empresa privada se houver convênio com o Estado (art. 34, § 2º, da LEP), no caso do trabalho externo este cuidado é ainda mais importante, para garantir que o benefício efetivamente atinja os fins da execução penal*”. Com a devida vênia, não compartilho desse ponto de vista e observo que ele tampouco é predominante na dinâmica das execuções penais.

38. Começo pela observação de que inexistente vedação legal ao trabalho externo em empresa privada. Ao contrário, o art. 36 da Lei de Execução Penal fala expressamente em “*entidades privadas*”⁹. Embora esse dispositivo cuide especificamente do

⁹ “Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. § 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso”.

trabalho externo para os condenados em regime fechado – que deve ser realizado em obras públicas – não seria coerente imaginar que o regime semiaberto, menos restritivo, estaria sujeito a vedações adicionais e implícitas. Ademais, a ressalva contida no art. 34, § 2º, da Lei de Execução Penal, citada na decisão impugnada, refere-se expressamente ao trabalho interno, destinando-se inequivocamente a impedir a exploração econômica do trabalho daquele que, com sua liberdade integralmente cerceada, está obrigado a cumprir as determinações da autoridade penitenciária, sob pena de incidir na falta grave prevista no art. 50, VI, c/c o art. 39 da Lei nº 7.210/84¹⁰.

39. Assim, o trabalho externo em entidade privada é não apenas possível, mas efetivamente praticado na realidade do sistema, beneficiando numerosos condenados que se valem de oportunidades como essa para encaminhar a sua reinserção social. Também aqui, não vejo qualquer fundamento constitucionalmente legítimo que justifique dar tratamento desigual aos condenados na AP 470 ou, o que seria muito pior, promover um retrocesso geral no sistema e restringir as perspectivas já limitadas dos presos no Brasil.

40. Assentada a possibilidade, em tese, de trabalho em entidades privadas, resta analisar os critérios para a aferição de sua adequação *in concreto*. Também aqui, a legislação não fornece parâmetros objetivos que sirvam de auxílio, o que gera variações nos diferentes Estados, com a adoção de controles simbólicos ou inexistentes em alguns deles. Esse é, sem dúvida, um tema que se beneficiaria amplamente da atuação normativa do Conselho Nacional de Justiça, que já iniciou esforços para a criação de um cadastro nacional para esse fim. Sem prejuízo dessa consideração lateral, verifico que o Distrito Federal instituiu um procedimento uniforme na matéria, que inclui entrevistas e treinamentos com os candidatos a empregador e inspeções no local de trabalho. Exige-se, igualmente, compromisso formal no sentido de não se criarem embaraços a atividade fiscalizatória do Poder Público. No caso do agravante, esse procedimento levou cerca de dois meses e foi concluído com manifestação favorável das autoridades do sistema penitenciário. Em momento algum foi suscitado óbice por se tratar de escritório de advocacia.

¹⁰ “Art. 39. Constituem deveres do condenado: (...) V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; (...) Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei”.

41. Diante desses elementos, não considero adequado desqualificar a proposta de trabalho aprovada segundo o procedimento geral. No caso específico, não verifico dados objetivos que sugiram a existência de obstáculo à fiscalização do trabalho externo: o advogado responsável pela oferta de emprego, que firmou compromisso escrito, é profissional experiente e respeitado na cidade, já tendo sido ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Ademais, eventual dificuldade fiscalizatória justificaria a revogação imediata do benefício.

42. A matéria, no entanto, nunca foi objeto de reflexão prévia por este Supremo Tribunal Federal. E como o que vier a ser decidido neste processo repercutirá sobre as execuções penais em todo o país, o tema merece considerações. Como regra geral para o futuro, vejo inconveniências no trabalho externo junto a escritório de advocacia. É que, nos termos da lei, o advogado é indispensável à administração da Justiça, desfrutando de inviolabilidade, inclusive e sobretudo em seu escritório. O fato de o advogado abrir mão de tais imunidades para sujeitar-se a uma fiscalização interna sugere a ideia de que tais prerrogativas sejam pessoais e renunciáveis. E, como é de entendimento dominante, prerrogativas não são instituídas no interesse particular do seu titular, mas para proteger uma atividade de interesse público. A presença rotineira de um agente da vara de Execuções Penais dentro de um escritório de advocacia não parece um bom precedente. Esta, porém, é uma discussão de caráter institucional, a ser eventualmente conduzida pela própria OAB, e que, no caso concreto, não deve interferir com a situação do agravante.

43. Ainda no que concerne à adequação do candidato a empregador, não compartilho, igualmente, da compreensão de que a oferta de emprego seria uma indevida ação entre amigos – uma *action de complaisance entre copains*, nas palavras do antigo relator. Não há elementos para afirmar se existe relação pessoal entre o titular do escritório e o agravante. Mas o fato é que não é incomum que condenados em regime semiaberto pleiteiem trabalho externo junto a pessoas conhecidas. Sem isso, aliás, o trabalho externo seria impossível para quase todos os seus atuais beneficiários, incluindo a imensa maioria de apenados humildes que obtêm emprego junto a um pequeno comerciante do bairro onde moravam ou por intermédio da intervenção de parentes. Não há qualquer razão universalizável que proíba o agravante de fazer o mesmo e tampouco parece adequado fazer conjecturas sobre a falta de seriedade do emprego proposto ou das pessoas que o propuseram. O deferimento do trabalho externo é condicionado à fiscalização do Poder Público, que deve ser efetuada em relação a

todos os condenados. Eventual impropriedade, uma vez constatada, conduz à revogação do benefício.

44. Por fim, examino o argumento de que o trabalho externo seria desnecessário. A decisão agravada cuidou do tema nos seguintes termos: “O requerente afirmou que ‘tem feito os cursos a que tem direito dentro do sistema; [...] que trabalha internamente dentro do sistema, seja na biblioteca, seja na limpeza do presídio como da própria biblioteca; que trabalha juntamente com mais cinco internos dentro da biblioteca do CIR; que não têm contato com os alunos, trabalhando apenas dentro da biblioteca’. Não há, assim, motivo para autorizar a saída do preso para executar serviços da mesma natureza do que já vem executando atualmente, considerada a finalidade do trabalho do condenado, conforme estipula o art. 28 da LEP”.

45. Com a devida vênia, discordo desse entendimento por duas razões cumulativas. Em primeiro lugar, não há notícias nos autos de que o trabalho interno desempenhado pelo condenado se amolde às características legais, tais como: jornada de trabalho de 6 a 8 horas diárias, remuneração etc. A própria decisão agravada menciona que o ora agravante estaria realizando tarefas na biblioteca do CIR, além da “limpeza do pátio”. É verdade que o art. 33, parágrafo único, da Lei de Execução Penal autoriza, em caráter excepcional, a atribuição “*de horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal*”. Tal possibilidade, contudo, não permite a conclusão de que o trabalho interno “informal” alcance as finalidades do art. 28 do mesmo Diploma¹¹, conforme presume a decisão agravada. Nesse cenário, a proposta de trabalho externo mostra-se mais condizente com as finalidades educativas e produtivas do trabalho prisional, além de reduzir os impactos negativos da falta de oportunidades laborativas no âmbito interno do sistema¹².

46. Em segundo lugar, e com maior importância, é fora de dúvida que o trabalho externo tem uma finalidade relevante de reinserção social, permitindo ao apenado exercitar— e, sobretudo demonstrar à sociedade — o seu senso de responsabilidade e

¹¹ “Art 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

¹² Segundo dados do InfoPen (MJ/2010), menos de 10% da população carcerária brasileira tem acesso ao trabalho prisional interno.

readequação. Também aqui, é preciso ter em conta que a decisão tomada neste processo servirá de baliza para o regime de execução penal em todo o país. Daí a importância de não se transmitir a ideia de que o trabalho externo seria uma frivolidade, passível de indeferimento pela visão pessoal de que seria suficiente o desenvolvimento de atividades internas. É a legislação que cria essa possibilidade a fim de promover a reintegração supervisionada dos condenados, em benefício deles mesmos e da sociedade que, mais cedo ou mais tarde, terá de recebê-los de volta em definitivo.

47. Ainda que parte dessa mesma sociedade possa alimentar o desejo de que os condenados da AP 470 sejam tratados com mais rigor do que o sistema atualmente comporta, o que o STF está decidindo é a interpretação das regras de execução penal. Elas devem valer para o ora agravante e para as tantas pessoas de origem humilde que formam a maioria da população carcerária. O maior legado da AP 470 será a percepção de que a lei deve valer indistintamente para todos, poderosos e despossuídos. Criar exceções no cumprimento das penas, para mais ou para menos, representaria um passo atrás no avanço que esse processo representa. Pior do que isso seria o efeito sistêmico, criando adversidades adicionais para a multidão de egressos do sistema carcerário que já enfrenta todo tipo de dificuldade e resistência para se reinserir socialmente.

48. Com esses fundamentos, dou provimento ao agravo regimental e voto, acolhendo as manifestações do setor psicossocial da Vara de Execuções Penais do DF, do Ministério Público do Distrito Federal e do Procurador-Geral da República, pelo deferimento do trabalho externo ao recorrente.