

A DISCRIMINAÇÃO DO PRESO TRABALHADOR

EVANDRO URNAU*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O princípio da não-discriminação e sua aplicação ao preso; 3 A Lei de Execução Penal e a posição dos Tribunais; 4 A constitucionalização do Direito; 5 Conflito; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme se lê do artigo 1º, inciso IV, da Constituição (CF/88). A atividade laboral do preso, como não poderia deixar de ser, é uma das principais ferramentas para a recuperação e ressocialização do apenado.

As obras nos estádios para a copa do mundo de futebol de 2014 têm proporcionado várias oportunidades para o labor de presidiários, o que atraiu, inclusive, a atenção de redes de televisão, que divulgaram em rede nacional os benefícios do labor para a ressocialização.

O próprio Conselho Nacional de Justiça, na mesma direção, instituiu o programa “Começar de novo”, com o intuito de incentivar a integração social dos presos e egressos por meio do trabalho.

Não é fácil, no entanto, a inclusão do apenado no meio do trabalho, pois a pouca qualificação e o estigma de criminoso acaba por afastar as oportunidades.

Passa despercebida, ainda, a questão dos direitos do preso trabalhador, que é muitas vezes submetido a condições degradantes e desumanas de trabalho, aumentando ilicitamente a margem de lucro daqueles que tomam o seu serviço.

Neste trabalho, assim, pretender-se-á traçar linhas básicas acerca da dignidade do preso trabalhador e dos seus direitos trabalhistas.

2 O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO E SUA APLICAÇÃO AO PRESO

Conforme já mencionado alhures, o trabalho dignifica o homem. É pelo trabalho que o ser humano constrói a sua subsistência e obtém bens de consumo. Por estas razões, as relações de trabalho merecem uma atenção especial do Direito.

No âmbito internacional, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) traça linhas mestras no que toca à discriminação em matéria

* Juiz do Trabalho Substituto – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

de emprego e profissão. O artigo 1º, alínea 'b', conceitua discriminação como “toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

Entretanto, a subjetividade humana possui, pelo menos no atual estágio de desenvolvimento social, “pré-conceitos” impregnados no comportamento. Os preconceitos advêm de pouca informação sobre o assunto ou, então, de um mecanismo inconsciente de proteção.

O caso da baixa empregabilidade de presidiários provém justamente deste mecanismo de proteção que mantemos.

É um raciocínio fácil concluir que aquele que praticou um crime voltará a cometê-lo. E não queremos um criminoso perto de nós mesmos.

Entretanto, este tipo de raciocínio, embora para auto-defesa, acaba por tolher daquele que cometeu algum crime a possibilidade de inserção lícita na comunidade.

O crime, portanto, cria uma espécie de círculo vicioso. A pessoa não consegue emprego por ter cometido crime e comete crime por não conseguir emprego.

Não há negar, é claro, que o apenado está sujeito à uma restrição temporária de direitos. Não se despoja o preso, entretanto, da sua roupagem de pessoa humana.

A quebra do círculo vicioso do crime, que acaba afastando o apenado do trabalho, exige uma reeducação da sociedade, que deve passar a enxergar o preso como uma pessoa que merece oportunidades de emprego, de estudos e de progresso individual.

3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

A Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP) prevê, no artigo 28, que o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Sobre a obrigatoriedade do trabalho, MARCÃO (2012, p. 58) leciona que

Respeitadas as aptidões, a idade, a habilitação, a condição pessoal (doentes ou portadores de necessidades especiais), a capacidade e as necessidades futuras, todo condenado definitivo está obrigado ao trabalho, o que não se confunde com pena de trabalho forçado, e, de consequência, não contraria a norma constitucional estabelecida no art. 5º, XLVII, c. Para o preso provisório o trabalho é facultativo, e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Todos os presos, portanto, estão sujeitos ao trabalho, seja interno, seja externo. Apenas o preso temporário, cujo labor é facultativo (art. da LEP), e o preso político, cujo trabalho não é obrigatório (art. 200 da LEP), estão desobrigados a trabalhar.

Não obstante o § 1º do dispositivo conceder ao condenado as garantias das normas de segurança do trabalho, o § 2º do mesmo artigo exclui o preso dos direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Com base no citado § 2º do artigo 28 da LEP várias empresas, com a bandeira de exercício de função social, tomam os serviços dos presos sem anotar a carteira de trabalho (CTPS), sem recolher qualquer valor à Previdência Social (INSS), sem depositar o fundo de garantia (FGTS) e sem observar diversos outros direitos trabalhistas que seriam devidos a qualquer outro trabalhador.

O artigo 29 da LEP, por seu turno, cria uma exceção ao salário mínimo, pois estabelece que a remuneração do preso não será inferior a ¼ do salário mínimo.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o trabalho do presidiário, em decisão de 09.11.2010, decidiu que:

Definitiva a condenação e iniciado o cumprimento de pena, estabelece-se entre o apenado e o Estado-juiz uma nova relação jurídica, regulamentada pelas normas constantes da Lei de Execução Penal. O trabalho desempenhado pelo apenado não possui natureza de relação de trabalho a suscitar a competência da justiça trabalhista (art. 114 da CF), de forma que atenta a lei federal o aresto impugnado. O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, § 2º, da LEP)" (REsp 1124152 /DF. RECURSO ESPECIAL 2009/0029547-0 Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010).

De acordo com a posição do STJ, assim, ao preso não se aplicam quaisquer direitos trabalhistas, sendo da Justiça Comum Estadual apreciar as controvérsias envolvendo o trabalho do preso, a despeito da previsão do artigo 114 da CF/88 (com a redação da EC 45/2004) que entrega à Justiça do Trabalho a competência para qualquer lide decorrente de relações de trabalho.

O STJ, no entanto, está apenas parcialmente correto.

Com efeito, o condenado recolhido à prisão forma com o Estado, de fato, uma relação especial de sujeição. O preso está em uma situação de subtração de seu direito de liberdade em virtude da prática de ato delituoso, devendo se submeter às normas restritivas aplicáveis ao caso.

O preso, ao prestar serviços no interior do estabelecimento prisional, ou mesmo quando prestar serviços externos em prol de entidades públicas, mantém sua condição de sujeição especial, não se lhe aplicando, conforme posição do STJ, quaisquer direitos trabalhistas.

Outra é a situação, no entanto, do preso em regime semi-aberto ou aberto que obtém autorização para trabalho externo em prol de entidade particular.

Deveras, a sujeição especial do preso em relação ao Estado não vige na relação entre o apenado e a entidade privada que lhe toma o serviço, pois aí

se forma um vínculo diferente daquele mantido com o Estado: um vínculo entre trabalhador e tomador de serviços.

Ao preso enquanto trabalhador da iniciativa privada são aplicáveis todos os direitos trabalhistas como qualquer outro trabalhador. Pensar em sentido contrário implica em tolher do preso direitos que não possuem ligação com a privação de liberdade, como os mais básicos direitos sociais conquistados pela sociedade.

Ademais, ao se permitir que empresas privadas tomem o serviço de apenados sem o respeito aos direitos trabalhistas, oficializa-se o *dumping social*, pois é criada uma concorrência desleal entre as empresas. Uma empresa que respeita os direitos dos trabalhadores, deposita o FGTS, recolhe o INSS, paga horas extras e o repouso semanal remunerado, possui um custo maior de produção daquela que emprega presos.

Autorizando o trabalho precarizado dos presos estar-se-á incentivando a precarização dos direitos dos outros trabalhadores, pois para conseguir competir no mercado todas as empresas terão que reduzir direitos ou jogar para a informalidade seus empregados para se equiparar àquelas que tomam serviços de presos.

Assim, não há negar ao preso em trabalho externo para entidade privada os mesmos direitos de todos os trabalhadores, o que atrai, por corolário, a competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF/88).

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

As sucessivas Constituições do Estado Brasileiro, que foram ora democráticas e ora autoritárias, não permitiram o desenvolvimento no país de estudos a respeito da vontade de constituição.

Até 1988, assim, as Constituições Brasileiras eram, nas palavras de Ferdinand Lassale, meras folhas de papel, pois não possuíam força para vincular os demais ramos do Direito. No período pré 1988, a codificação da legislação permitiu à legislação ordinária o exercício de um poder superior à própria Constituição. O Código Civil, por exemplo, desde 1916 regulava as relações entre particulares de forma amplamente liberal.

Esta situação impediu o direito brasileiro de superar o positivismo jurídico, de simples subsunção da lei ao caso concreto.

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Uma constituição democrática depois de longos anos de ditadura militar e legitimada pelos representantes eleitos pelo povo.

A Constituição de 1988 nasceu com a pretensão de ser 'cidadã', pois elevou ao mais alto patamar da pirâmide normativa várias normas voltadas ao prestígio da pessoa humana.

A Constituição de 1988, em razão da vontade de constituição, possui força normativa e, conforme leciona Konrad Hesse, vincula todo o Direito do país.

Nesta senda, independentemente da importância que tinham legislações ordinárias anteriores, as leis de antes de 1988 incompatíveis com a Constituição da República são tidas como não-recepcionadas, sem eficácia ou aplicabilidade no mundo jurídico.

Os juristas brasileiros, famosos por seu conservadorismo, demoraram anos para reconhecer a força normativa da Constituição. O Poder Judiciário aplicou por muito tempo leis incompatíveis com a nova ordem jurídica sem sequer apreciar a conformidade com a Constituição.

Apenas a partir do final da década de 1990, com o movimento de constitucionalização do Direito, gradativamente foi se extirpando do ordenamento as leis incompatíveis com a Constituição. O Código Civil foi renovado em 2002 e vários ramos do Direito passaram a interpretar a legislação a partir da Constituição. As cadeiras de Direito Constitucional das faculdades perderam o papel de meros coadjuvantes, sem importância, para se elevarem ao status de base de todas as outras disciplinas.

Não há negar a força normativa que a Constituição de 1988 possui atualmente. É tida como Lei Maior e com o poder de revogar ou esterilizar qualquer norma que desrespeite os preceitos traçados pelo constituinte.

Neste contexto, a LEP, que data de 1984, deve ser interpretada em conformidade com a Constituição de 1988.

O artigo 1º, incisos III e IV, da CF/88 elevam a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República.

O artigo 7º da CF/88, por sua vez, fixa os direitos essenciais de todos os trabalhadores urbanos e rurais, como FGTS, previdência social, jornada semanal de no máximo 44 horas, férias, 13º salário etc.

A LEP, ao dispor que não se aplica a CLT ao preso, não diz (e nem poderia dizer) que não se aplicam as disposições constitucionais relativas ao trabalho.

O STJ, ao dizer que o trabalho do preso é um 'não-trabalho' e que a não aplicação da CLT implica em tolhimento de todos os direitos trabalhistas simplesmente ignora a existência de normas específicas na Constituição da República. O STJ se apega a um entendimento ultrapassado por mais de 20 anos de Constituição democrática e privilegia uma norma infraconstitucional em detrimento da própria Lei Maior.

O preso-trabalhador, empregado em entidade privada, não se diferencia de qualquer outro trabalhador, sendo que o falso pretexto de ressocialização e integração social acaba causando a precarização da condição de vida de um trabalhador e incentivando a prática de *dumping social*.

5 CONFLITO

Consoante já assentado nas linhas acima expendidas, o preso merece oportunidades de trabalho digno, pois não se despoja da sua condição de pessoa humana.

O trabalho do apenado é de interesse da sociedade, pois além de tornar produtivo um ser humano condenado, prepara-o para conduzir lícitamente sua vida após obter a liberdade.

O presidiário está em uma situação de vulnerabilidade, pois qualquer pessoa terá, naturalmente, resistência em contratá-lo. Como corolário do princípio da isonomia, esta situação diferenciada exige um tratamento diferente. É lícito e necessário, portanto, o incentivo à contratação de presos.

Contudo, no contra fluxo estão os demais trabalhadores, com direitos conquistados ao longo de uma história de lutas sociais. Trabalhadores que não cometeram crime algum e precisam do trabalho para sustentar suas famílias.

A medida diferenciada de incentivo à contratação de presos deve, assim, levar necessariamente em conta a empregabilidade dos demais trabalhadores.

Neste contexto, a medida de incentivo de contratação de presos não pode afetar o gozo de direitos trabalhistas. Não se pode permitir o empregador escolher entre trabalhadores com direitos sociais ou trabalhadores sem eles, pois estes terão obviamente preferência àqueles, pelo menor custo da mão de obra.

As medidas voltadas aos apenados devem envolver outras áreas. A educação é um dos pontos que devem ser explorados, pois empregadores com conhecimento cometem menos atos discriminatórios e preconceituosos. Outro ponto de ataque é o fiscal. Baratear a mão de obra do preso, como incentivo à reinserção laboral, com subsídios fiscais é salutar, mas depende de vontade política.

6 CONCLUSÃO

A despeito do entendimento genérico do STJ, o trabalho do preso deve ser dividido em duas situações. A primeira diz respeito ao preso em trabalho interno ou em prol de entidades públicas, em que a sujeição especial com o Estado se mantém. A segunda refere-se ao trabalho do preso em benefício de entidades privadas, quando se forma uma relação particular entre o preso-trabalhador e o seu tomador de serviços.

Na primeira situação, não há falar em aplicação de direitos trabalhistas, já que a prestação de serviços é meramente acessória à restrição de liberdade que o preso sofre. Esta relação é de natureza administrativa e compete à Justiça Comum resolver eventual litígio.

Na segunda situação, forma-se uma relação privada entre o preso e o tomador, que equipara o apenado a qualquer outro trabalhador. Esta relação é de trabalho, devendo ser alcançados ao preso todos os direitos trabalhistas. Nesta condição, o litígio deve ser solvido pela Justiça do Trabalho.

Não há sustentar a posição jurisprudencial de inaplicabilidade de direitos trabalhistas a qualquer trabalho de preso, sob pena de se negar máxima efetividade aos direitos fundamentais sociais e prestigiar norma infraconstitucional em detrimento da própria Constituição da República.

Não se pode oficializar o *dumping social*, tornando desleal a competição no mercado de trabalho entre empresas que respeitam os direitos sociais e empresas que não os observam, entre trabalhadores livres e trabalhadores presos.

A precarização de direitos trabalhistas do preso, notadamente por não ter vinculação à sua restrição de liberdade, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República do Brasil.

A plena eficácia da Constituição da República de 1988 passa obrigatoriamente pelo respeito aos direitos fundamentais ali previstos, não só os individuais do artigo 5º, mas também os sociais dos artigos 6º e 7º.

Se o trabalho do preso é condição de dignidade, a condição de apenado não pode ser utilizada para precarização de direitos sociais, legitimando o falso benefício social do trabalho em condições degradantes que visa, apenas, aumentar os lucros das empresas.

As ações afirmativas devem passar pela educação e por incentivos fiscais e, não, pela simples exclusão dos presos do seio dos direitos sociais constitucionais.

A jurisprudência não pode ficar inerte às normas constitucionais e aos fatos sociais e, em que pese a resistência do STJ em admitir a total aplicabilidade da Constituição, o vanguardismo dos juízes de primeira instância, tanto dos juízes criminais como os do trabalho, deve forçar uma mudança de paradigma jurisprudencial, forçar uma leitura constitucional da LEP no que diz respeito ao trabalho do preso, para permitir uma efetiva integração do apenado na sociedade, com direitos trabalhistas idênticos ao de qualquer outro trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1124152*, da 1ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 9 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1124152.

CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira. *Legislação de Direito Internacional do Trabalho e da Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2010.

CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho cinco anos depois*. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOCCHI, Andrea Saint Pastous (org.). *Trabalho Escravo Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2011.

PESSO, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2009.