



ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO TRABALHO DO ENCARCERADO: REFELXOS ECONÔMICOS NA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Marcelo de Souza Sampaio¹
Francisco Cardozo Oliveira²

Resumo

O objetivo deste artigo é apresentar por intermédio da análise econômica do direito o trabalho do encarcerado, a promoção e inserção nesse mercado, sobretudo no formal e os reflexos econômicos positivos, bem como reconhecer na prática a dignidade da pessoa humana. A pesquisa utiliza o método quantitativo no que se refere à superpopulação carcerária. No primeiro momento, a competência sobre o limite e alcance do Poder Judiciário ao se deparar com atos administrativos e posteriormente fazer referência sobre número de encarcerados na atualidade. Para tanto, o artigo se debruça à análise do Recurso Administrativo no Procedimento de Controle Administrativo nº 200810000008454, de relatoria do Conselheiro Jorge Antônio Maurique, do Conselho Nacional de Justiça. Definida a primeira situação e constatada a segunda, o estudo apresenta algumas indagações para tratar do problema de maneira mais efetiva. A problemática da pesquisa é: Em que medida a análise econômica do direito pode auxiliar o sistema prisional brasileiro a resolver e/ou mitigar o problema da superpopulação prisional? Os pontos que serão objeto deste trabalho perpassam por vários segmentos, sendo eles de cunho sociológico, jurídico e sua aplicação na contemporaneidade que representa o eixo estrutural do trabalho, em quatro etapas: A Primeira trata da fixação de competência; Segunda, a apreciação quantitativa da superpopulação prisional; Terceira: Análise econômica do direito da Lei de Execução Penal (LEP); e na Quarta: Considerações sobre opções para o sistema prisional reduzir/mitigar o problema da quantidade de pessoas encarceradas.

Palavras chaves: Competência. Pesquisa quantitativa. Superpopulação carcerária. Análise econômica do direito.

Recebido: 18/07/2020
Aprovado: 20/09/2020
Double Blind Review Process
DOI: <https://doi.org/10.21902/rctjsc.v8i1.353>

¹ Doutorando e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Paraná, (Brasil). Atualmente é Coordenador e Professor do curso de BACHARELADO em Direito e da Área de Humanas e Sociais Aplicadas do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR. – Campus Curitiba. E-mail: marcelo@sampaioadv.com.br

² Estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina. Professor titular no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Paraná (Brasil). E-mail: marcelo@sampaioadv.com.br

ECONOMIC ANALYSIS OF THE RIGHT TO WORK IN CHARGE: ECONOMIC REFLEXES IN PROMOTING THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Abstract

The objective of this article is to present, through the economic analysis of the law, the work of the prisoner, the promotion and insertion in that market, especially in the formal and the positive economic reflexes, as well as to recognize in practice the dignity of the human person. The research uses the quantitative method regarding prison overpopulation. At first, the competence over the limit and scope of the Judiciary when faced with administrative acts and later refer to the number of prisoners today. To this end, the article focuses on the analysis of the Administrative Appeal in Administrative Control Procedure No. 200810000008454, reported by Counselor Jorge Antônio Maurique, of the National Council of Justice. Having defined the first situation and found the second, the study presents some questions to deal with the problem more effectively. The research problem is: To what extent can the economic analysis of law help the Brazilian prison system to solve and / or mitigate the problem of prison overpopulation? The points that will be the object of this work span over several segments, as sociological, legal and its application in contemporary times, which represents the structural axis of the work, in four stages: The first deals with the establishment of competence; The second, the quantitative appreciation of prison overpopulation; The third: Economic analysis of the law of the Penal Execution Law (LEP); and the fourth: Considerations about options for the prison system to reduce / mitigate the problem of the number of people incarcerated.

Keywords: Competence; Quantitative research; Prison overpopulation. Economic analysis of law.

INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo é instigante, pois trata de análise econômica do direito direcionada a realidade da população carcerária brasileira. Cada pessoa humana encarcerada, tem-se mais um gasto, ou seja, menos receita, mais déficit. A frase inicial parece economicista, mas para a efetivação de direitos sociais, é necessário dinheiro, arrecadação fiscal, e eficiência na alocação dos recursos que são escassos. Assim, é equivocado partir do pressuposto que de Direito e Economia, embora autônomos, sejam estranhos ao ponto de não poderem dialogar entre si a respeito da efetivação de medidas que intensifique o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, bem como o insira no mercado de trabalho, de modo a se tornar contribuinte (fiscal), e social, numa perspectiva de empregado com a Carteira de Trabalho assinada, contribuirá para a previdência social, em caso de autônomo, também poderá realizar tal recolhimento fiscal que não só beneficia o INSS, mas lhe serve de garantia em caso de acidente de trabalho e demais hipóteses previstas em lei.

Dois marcos temporais são importantes para o presente artigo, em 12 de agosto de 2008, o CNJ, representado pelo Conselheiro Rel. Jorge Antônio Maurique, abordou o tema sobre a competência a respeito da análise quanto ao procedimento de controle administrativo de interdição de estabelecimentos prisionais, sendo, portanto, definida que se trata de ato administrativo. O segundo marco refere-se ao ano de 2017, ano em que o Superior Tribunal de Justiça e Tribunais³ de Justiça Estaduais avaliaram propostas de combate à crise penitenciária, ocasião em que ficou acordado em formularem “uma agenda de propostas legislativas e medidas jurisdicionais com vistas à diminuição da superlotação carcerária e do número de processos no país.”.

As duas datas são importantes na medida em que se verifica que a ideia fracionada de separação de poderes de combater o problema da superpopulação carcerária, não resolve a questão, a mera fixação de competência apenas organiza/fixa quem adotará as medidas necessárias, porém, tais meios não se definem isoladamente e unilateralmente, ou seja, a união de esforços dos entes da federação, bem como dos três Poderes é imprescindível para a efetiva tratativa da matéria.

Outro fator legal a ser considerado, é a previsão dos artigos 20 e 21 da LINDB, que em última análise, trata do fenômeno do consequencialismo dos atos decisórios. Em outras

³ https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-03-07_19-42_STJ-e-tribunais-estaduais-avaliam-propostas-de-combate-a-crise-penitenciaria.aspx

palavras, aqueles que têm competência para decidir, devem levar em consideração as suas consequências.

Os resultados são de natureza econômica e jurídica. A primeira no que diz respeito a melhor alocação de recursos financeiros de maneira eficaz. A segunda, se refere à tutela dos direitos humanos e fundamentais garantidos constitucionalmente aos encarcerados. Por isso, Direito e Economia devem conviver e lidar com o problema do presente artigo.

1 AFINAL, A FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA IMPORTA A QUE?

Do acórdão paradigma, depreende-se:

RECURSO ADMINISTRATIVO NO PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO – INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS – NATUREZA JURÍDICA – COMPETÊNCIA – ENFOQUE MACRO DO PROBLEMA PRISIONAL – IMPROVIMENTO I. A decisão que decreta a interdição de estabelecimentos prisionais é de natureza administrativa e não jurisdicional, não sendo desafiável por meio do recurso de agravo em execução (art. 197 da LEP), consoante entendimento do STJ (MC n° 5220/MG e RMS n° 4059/RS). Analogia com a natureza jurídica da decisão que transfere presos, igualmente consubstanciadora de ato administrativo (STF: HC n° 64347/SP e HC n° 67221/PR; STJ: CC n° 40326/RJ). II. **Sendo administrativo, submete-se ao controle hierárquico da Administração e compete ao juízo da execução criminal**, desde que **observadas as formalidades** e procedimentos, caso regulamentados, do Tribunal de origem. Exegese conjugada dos arts. 65 e 66, VIII, da LEP. III. O enfoque a ser dado ao problema da superpopulação prisional transcende os limites pontuais em cada caso, porquanto é macro, sistêmico, mundial e complexo. **Não pode ser abordado isoladamente, mas sim receber tratamento conjunto de todos os órgãos setoriais envolvidos dos Poderes Judiciário e Executivo**, por meio dos canais competentes, sob pena de usurpação da competência originária para formulação das políticas públicas de Administração Penitenciária, ocasionando violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2° da CF/88) e à **cláusula da reserva do possível** (APDF n° 45). IV. A situação em tela trata à toda evidência de hipótese de interdição, independentemente do nomen juris que seja conferido pela requerente (“regularização do funcionamento da unidade prisional”), porquanto o resultado prático é rigorosamente o mesmo que o resultado objurgado no julgamento citado 2 Recurso Administrativo no Procedimento de Controle Administrativo n° 200810000008454 V. Recurso administrativo a que se conhece, por tempestivo, mas se nega provimento. (g.n.)

Essa decisão fixa alguns pontos que corroboram com a pesquisa;

- a. Enfoque macro do problema prisional
- b. A decisão que decreta a interdição de estabelecimentos prisionais é de natureza administrativa e não jurisdicional;

- c. Sendo administrativo, submete-se ao controle hierárquico da Administração e compete ao juízo da execução criminal, desde que observadas as formalidades e procedimentos;
- d. Não pode ser abordado isoladamente, mas sim receber tratamento conjunto de todos os órgãos setoriais envolvidos dos Poderes Judiciário e Executivo;
- e. Cláusula da reserva do possível

Cada item revela-se com potencial para analisar o problema da superpopulação carcerária, a qual pode ser considerada pela perspectiva da cláusula da reserva do possível, assim como qualquer outro dos itens acima, sem prejuízo da análise da efetividade das medidas prisionais, e, sobretudo, direitos humanos e fundamentais.

2 ANÁLISE QUANTITATIVA DA SUPERPOPULAÇÃO PRISIONAL E O PAPEL RESSOCIALIZADOR DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Nesse particular, a pesquisa foca-se em apresentar dados extraídos de sítios eletrônicos oficiais e matéria realizada pela CNN-Brasil, a fim de trazer informações quantitativas quanto ao número de presos, portanto, reforça-se que a análise é quantitativa, de modo que as razões das prisões não fazem parte da análise.

A primeira informação é do sítio eletrônico do Governo Federal.

Considerando presos em estabelecimentos penais e presos detidos em outras carceragens, o Infopen 2019 aponta que o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Caso sejam analisados presos custodiados apenas em unidades prisionais, sem contar delegacias, o país detém 758.676 presos⁴.

Do mesmo meio de informação, se extrai a seguinte informação:

O percentual de presos provisórios (sem uma condenação) manteve-se estável em aproximadamente 33%. O crescimento da população carcerária que, de acordo com projeção feita em dezembro de 2018, seria de 8,3% por ano, não se confirmou. De 2017 para 2018, o crescimento chegou a 2,97%. E do último semestre de 2018 para o primeiro de 2019 foi de 3,89%.

⁴ <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>

Já o sítio eletrônico – CNN Brasil – apresenta dados atualizados, ano de 2020:

O novo mapa do sistema carcerário no Brasil mostra que aumentou de 755 mil para 759 mil o número de presos no Brasil, em diferentes regimes prisionais. Os dados são de janeiro a junho deste ano, foram obtidos pela CNN e vão ser divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão do Ministério da Justiça, por meio do Sisdepen, ferramenta de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro⁵.

Dados interessantes, também da CNN-Brasil, diz respeito à:

O número total também inclui 51,8 mil presos que estão sob **monitoramento de tornozeleira eletrônica**, no Brasil. A partir de agora, o painel de dados traz informações mais detalhadas sobre o uso desse equipamento, como o recorte por estado, quantos usam e qual a disponibilidade.

Quando levada em consideração a taxa de aprisionamento, que mede a quantidade de presos a cada 100 mil habitantes, a situação melhorou. De acordo com o governo, a taxa caiu de 359,40% para 323,04%, no primeiro semestre deste ano, em comparação com o semestre anterior.

O déficit de vagas no sistema carcerário também diminuiu de 312 mil para 231 mil. Este é o número de vagas que estão em falta no sistema atualmente.

Agora, o que chama atenção, além do elevado número de presos, é o critério etário, a idade média dos encarcerados. “A maior parte dos presos tem entre 18 e 24 anos, o que corresponde a quase 160 mil presos. No segundo maior grupo, aparecem presos de 25 a 29 anos. No total, a população carcerária é predominantemente masculina. Apenas 5% são mulheres.”

Em síntese, são 160 mil presos, mais os presos entre 25 e 29 anos, com potencial de trabalho, auferir renda, contribuição previdenciária, fiscal, numa perspectiva econômica-fiscal. Por outro, no viés de direitos, excesso de presos jovens que devem cumprir as penas impostas aos delitos cometidos, porém, não devem ser esquecidos pelo Estado, afinal de contas, há responsabilidade civil do Estado, p.ex. quando houver inobservância do seu dever específico de proteção. Posição já decidida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), RE 841526⁶.

⁵ <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/10/15/brasil-alcanca-a-marca-de-759-mil-presos>

⁶ Relator

Para o relator do recurso, ministro Luiz Fux, até mesmo em casos de suicídio de presos ocorre a responsabilidade civil do Estado. O ministro apontou a existência de diversos precedentes neste sentido no STF e explicou que, mesmo que o fato tenha ocorrido por omissão, não é possível exonerar a responsabilidade estatal, pois há casos em que a omissão é núcleo de delitos. O ministro destacou que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIX, é claríssima em assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral.

No caso dos autos, o ministro salientou que a sentença assenta não haver prova de suicídio e que este ponto foi confirmado pelo acórdão do TJ-RS. Segundo ele, em nenhum momento o estado foi capaz de comprovar a tese de

Os dados por si só chamam atenção, assim, indaga-se: em que medida a Lei de Execução Penal (nº. 7.210/1984, com as devidas alterações), é eficaz com o seu objetivo em “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”?

O presente artigo não visa esgotar o assunto, tão pouco apresentar resposta imediata, apenas ponderar a respeito da busca pela maior efetividade da norma, não só da LEP, mas também da própria Constituição, de modo a aproveitar a massa carcerária para fins – também – produtivos, de arrecadação fiscal-previdenciário.

2.1 A RESSOCIALIZAÇÃO SOCIAL DO ENCARCERADO: DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO VIÉS ECONOMICISTA

A Lei de Execução Penal rege o desenvolvimento da pena imposta ao condenado ou internado, de modo que ela parametriza a forma pela qual serão os procedimentos a serem adotados pela unidade prisional, assim como pelo juízo responsável pela fiscalização do cumprimento da pena.

A pena – no caso brasileiro – pode ser em privativa de liberdade (que é o caso analisado nesse trabalho), mas também, pena restritiva ou pena de multa. O presente trabalho visa somente o caso das penas privativas de liberdade, vez que ela gera o encarceramento.

Como o artigo não visa estudar a LEP e suas particularidades, ficar-se-á apenas com o aspecto de seus objetivos, se estão sendo alcançados e em que medida ela se mostra efetiva. Portanto, o ponto inicial é o art. 1º, LEP: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Os meios disponíveis para tanto, estão previstos nos artigos 10 e 11 da LEP:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.
Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

que teria ocorrido suicídio ou qualquer outra causa que excluísse o nexo de causalidade entre a morte e a sua responsabilidade de custódia.

“Se o Estado tem o dever de custódia, tem também o dever de zelar pela integridade física do preso. Tanto no homicídio quanto no suicídio há responsabilidade civil do Estado”, concluiu o relator.

Tese

Ao final do julgamento, foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: “Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”.

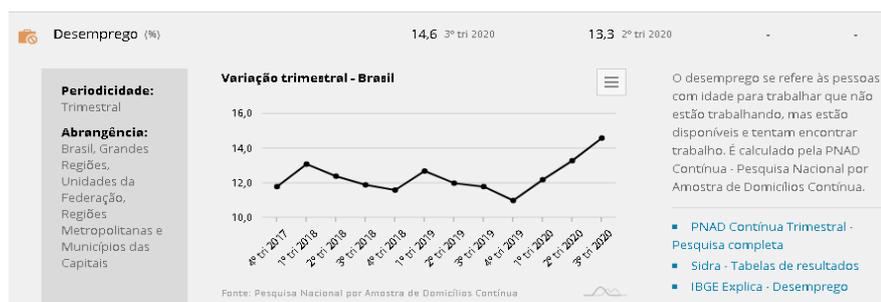
Art. 11. A assistência será:

I - material; II - à saúde; III -jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

A pesquisa ao avaliar o – Trabalho – vez que há previsão constitucional (art. 1º, IV, e art. 170, CF/88), far-se-á uma análise quanto a falta de assistência por parte do Estado em relação a auxiliar o preso ao ingresso no mercado de trabalho, portanto, a primeira proposta deste artigo seria verificar a possibilidade de acréscimo ao artigo 11 da LEP (A assistência será:) acrescentar um inciso: “VII – capacitação e reinserção no mercado de trabalho”.

A LEP ao tratar “do Trabalho”, aborda em seus artigos 28 ao 37, do aspecto procedimental de como e onde será realizado, se internamente e/ou externamente, bem como, faz prévia distribuição daquela remuneração, caso assim fixado em sentença, (art. 29, LEP). Mas curiosamente, o art. 34, §2º, LEP, fixa apenas que “os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios.”.

Ora, é pouco! O art. 11, LEP, pode ser acrescido com inciso VII, ao ponto de ser letra de lei a participação do setor privado na efetiva reintegração do encarcerado ao mercado de trabalho formal, e, por mais que se questione: Ora, e como ficam as pessoas não encarceradas desempregadas, que representam hoje (3º tri. 2020) 14,6% de uma estimativa da população de 211.755.692?⁷



(Tabela extraída do sítio eletrônico do IBGE)

Deve o Estado privilegiar os encarcerados à reinserção ao mercado de trabalho em detrimento das pessoas em liberdade que também estão desempregadas? Ou, pelo menos, não estão com trabalho formal?

Não é uma pergunta fácil, e tampouco presume ser fácil resolver a situação do desemprego, contudo, dessa pergunta acima, extrai-se que o (des)emprego é um ponto de contato, tanto para aqueles que estão encarcerados, assim como em liberdade, de modo que o

⁷ <https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>

desemprego os vinculam por aspecto: estão privados de condições mais básicas e essenciais, que indicam o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, de modo que a falta de concessão de empregos, a falta de gerar empregos, além de retrocesso social, é atentar contra a dignidade da pessoa humana, vez que, se alguns têm e outros não, há um problema sério de distribuição de trabalho, conseqüentemente, renda.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Dentro desse cenário – Direito e Economia – a busca pela superação da crise de superlotação carcerária, já evidenciada acima, vale-se das palavras de Bruno M. Salama:

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. As dificuldades na formação de linhas complementares de análise e pesquisa surgem porque as duas metodologias diferem de modo bastante agudo: enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica.

As premissas metodológicas das quais parte o Direito e a Economia, embora diversas, quando reunidas para solucionar questões jurídicas, sociais e econômicas, tornam-se ferramentas importantes na efetividade de direitos, sobretudo, do que tange direitos fundamentais.

Dessa perspectiva econômica, bem como da análise quantitativa acima, no viés economicista, chega-se a uma comparação para fins trabalhistas e conseqüentemente, arrecadação previdenciária.

Na análise quantitativa da população carcerária, se constata que 160 mil presos são jovens entre 18 e 24 anos. Ou seja, 160 mil pessoas com potencial para o trabalho. E se for trabalho formal, com arrecadação previdenciária/fiscal etc. Então uma análise econômica do direito, é possível fazer a seguinte analogia.

No cenário mais otimista conjecturar que os 160 mil presos consiga emprego formal. Se o empregador for optante do Simples Nacional⁸, e, ainda, se o empregado recebe salário-base de R\$ 1.045,00. (Salário vigente em 2020). Deve-se somar a ele:

⁸ <https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/quanto-custa-um-funcionario-para-empresa/>
Rev. do Cejur: Prestação Jurisdicional, Florianópolis | v.8 n.1 | e353 | 1-16 | jan./dez. 2020.

Salário bruto: R\$ 1.045,00 (nacional)
Fração de férias – R\$ 348,33
Fração de 13º salário – R\$ 87,05
FGTS – R\$ 83,60
FGTS/Provisão de multa para rescisão – R\$ 41,80
Previdenciário (férias, FGTS e Descanso Semanal Remunerado – DSR) – R\$ 82,87
Vale-transporte – R\$ 135,30.

Para fins de cálculo do Vale transporte, considere que a passagem tem o valor de R\$ 4,50 e que o funcionário precise de duas passagens por dia. Somando os 22 dias do mês, tem-se um total de R\$ 198,00. Com o salário bruto a R\$1.045,00 e descontando os 6% (R\$ 62,70) que devem ser pagos pelo funcionário, a empresa deve arcar com R\$ 135,30.

Para esse exemplo, a empresa deve desembolsar, além do salário bruto, o valor de R\$ 778,95, a mais que o salário bruto. Assim, o valor total de gasto com esse funcionário é de R\$ 1.823,95.

O total de R\$ 1.823,95, subtrai-se 8% de INSS que ele deve pagar, totalizar-se-á em R\$ 1.678,03.

R\$ 1.823,95 - R\$ 1.678,03 – R\$ 145,92

Assim, nesse cenário - utópico - de que os 160 mil presos, entre 18 e 24 anos estariam empregados formalmente, podemos somar:

R\$ 145,92 x 160mil presos:

Total: R\$ 23.347,200,00 (vinte e três milhões, trezentos e quarenta e sete mil e duzentos reais) por mês.

Agora, multiplique esse valor por 12 (meses):

R\$ 23.347,200,00 x 12 = R\$ 280.166,400,00.

Total: R\$ R\$ 280.166,400,00 (duzentos e oitenta milhões, cento e sessenta e seis mil e quatrocentos reais). Ou seja, o seu trabalho pode revelar que a empregabilidade dessa massa carcerária, tem potencial para impactar positivamente na previdência e outras frentes sociais que a política social assim entenda por prioritária.

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado caso o empregador seja tributado pelo lucro presumido, que haverá um acréscimo ao empregador, e conseqüentemente aos cofres públicos quanto arrecadação previdenciária.

Assim, se depreende que há um desperdício de mão-de-obra das pessoas encarceradas, e, ainda, calculou-se somente os 160 mil presos que estão na faixa de 18 a 24 anos, fora aqueles de 25 a 29 anos, e o excedente. Isso sim é um retrocesso social, o não aproveitamento dessa

mão de obra, pela não oportunidade de trabalho. Oportunidade, entenda-se por políticas públicas para contratação em empresas públicas e fomento para que as empresas privadas contratem egressos do sistema prisional e/ou ainda aqueles que cumprem pena.

3.1 Princípio da Vedação do Retrocesso

Ao se falar em Princípio da Vedação do Retrocesso Social, remete a ideia de que há um estágio social do qual não se pode retroagir. Assim, é conhecido como regra do não retorno da concretização ou simplesmente como proibição do retrocesso (CANOTILHO, 2003, p. 338). Teve origem na jurisprudência europeia, principalmente na Alemanha e em Portugal (GARCIA, 2015).

Para o direito português, Canotilho (2003, p. 260) foi pioneiro na defesa de tal princípio. Em linhas gerais, entendia possível o ajuizamento de uma ação judicial para evitar o retrocesso social nas ocasiões em que um direito econômico, social ou cultural, garantido pela constituição já estivesse inserido como valor social, de modo que aquele estágio alcançado, seria impensável a sua regressão ao ponto de suprimir direitos adquiridos.

Nesse sentido, nas palavras de Gunther, Villatore e Martins (2018, p. 123):

Sendo o direito do trabalho um valor social constitucionalmente garantido, torna-se aplicável o princípio da vedação do retrocesso na medida em que se presenciar potencial aplicação diminutiva de direitos trabalhistas, sobretudo aqueles condizentes com direitos fundamentais do trabalho.

Importa esclarecer não ser tal princípio algo vitalício, contudo, deve haver medida compensatória em caso de supressão de um direito por outro, como salienta Gunther, Villatore e Martins (2018, p. 123). Assim, enquanto os direitos sociais exigem uma prestação e intervenção positiva do Estado, o princípio da vedação do retrocesso exige uma obrigação de não fazer, uma abstenção, uma ação negativa.

Logo, este princípio busca direcionar as ações do Estado ao legislar num sentido prestacional e/ou garantidor de condições cada vez melhores, tanto quanto possíveis. Por outro, se tal princípio inibe que o Estado mitigue direitos sociais outrora outorgados, isso não significa que não possa ampliá-los.

Para que não se pense em aparente conflito entre o princípio da vedação do retrocesso e o Estado Democrático de Direito, Barroso (2001, p.158) esclarece que tal princípio decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, do princípio da dignidade
Rev. do Cejur: Prestação Jurisdicional, Florianópolis | v.8 n.1 | e353 | 1-16 | jan./dez. 2020.

da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo existencial.

3.1.2 Os Princípios da Justiça Social e da Valorização do Trabalho

O ordenamento jurídico é permeado por normas e princípios, a diferença entre os dois consiste no fato destes serem mandatos de otimização, sem que possuam um sentido pré-determinado, são carregados de carga valorativa. As normas, ou regras, por outro lado, expressam padrões de condutas que podem ou não estarem positivadas.

No Brasil, sabe-se que se adota há muito tempo o positivismo, porém, nos chamados *hard cases*, ou casos difíceis, verifica-se que os princípios possuem grande relevância para a solução da controvérsia.

Nas palavras de Sundfeld (1992, p. 137):

Os princípios são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar, composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobrimos a ideia geral que explica seu funcionamento: os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores. Sem captar essa ideia, é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição, a maneira como funciona (...) A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajuda no ato do conhecimento.

Nesse sentido, os princípios são, no ordenamento jurídico, os norteadores para que as normas sejam editadas. Deste modo, merecem ser analisados, três princípios relevantes no âmbito das relações de trabalho: princípio da justiça social, da valorização do trabalho humano e da vedação ao retrocesso social para descobrir em que medida a reforma na legislação do trabalho os observou ou não.

Essa organização codificada e/ou de interpretação das normas jurídicas, faz-se necessário na medida em que refletem diretamente na sociedade. Noutras palavras, Grau (2008, p. 23) esclarece que “podemos dizer que o direito é um instrumento de organização social: sistema de normas (princípios) que ordena – para o fim de assegurá-la – a preservação das condições de existência do homem em sociedade”.

Percebe-se, conforme pondera Gunther, Villatore e Martins (2018, p. 127) que o princípio da justiça social enquadra-se em uma ideia de equilíbrio de interesses individuais e/ou

coletivos, onde a ponderação e razoabilidade ganham espaço e protagonismo, essa afirmação é cabal vez que, segundo Grau (2008, p. 23) o “direito pretende proteger e assegurar a liberdade de agir do indivíduo, subordinando-a ao interesse coletivo, tendendo à determinação de um ponto de equilíbrio ente esses dois valores”.

Importa destacar que ambos sendo previstos na Constituição de 1988, esta é o fundamento de validade das demais normas, regras e princípios hierarquicamente inferiores a ela, de modo que a inserção somente será válida se respeitadas as diretrizes constitucionais. Nas palavras de Streck (p. 37, 2013):

Isso significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.

A característica de um Estado Democrático de Direito é justamente a constitucionalidade das ações submetidas a ela, na medida em que todas devam ser direcionadas às finalidades constitucionais previstas. As demais normas que a complementam são para dar efetividade e concretude às suas previsões. Porém, como explicita Streck (p. 39, 2013), “parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes”. E o acesso à justiça é um bom exemplo para o livro, vez que com a inserção do princípio da intervenção mínima, a tendência é de mitigar aquele princípio constitucional.

Nesse sentido, Streck (p. 39, 2013), faz a seguinte indagação: “Qual é o papel (e a responsabilidade) do jurista nesse complexo jogo de força? Quais as condições de acesso à justiça do cidadão? Visando ao cumprimento (judicial) dos direitos previstos na Constituição?”.

Nessa mesma perspectiva, em se ver esforços em atingir os objetivos constitucionais, Gunther, Villatore e Martins (2018, p. 157) destacam que a “chamada a assumir responsabilidades feita acima é coerente com compromisso assumido no pacto social, o que por sua vez possui parametrização e direção na Constituição de 1988”. Ora, se um dos objetivos do art. 3º, da Constituição de 1988, é a construir uma sociedade livre, justa e solidária, por sua vez, é papel do jurista e operadores do Direito, aplicarem o Direito direcionado a este objetivo. Assim, isso implica em ações positivas do Estado e da iniciativa privada a fim de que as pessoas encarceradas, sobretudo aquelas em condições de trabalho, possam ser encaminhadas ao labor, preferencialmente, ao trabalho formal, de modo que isso gerará arrecadação fiscal/previdenciária.

A justiça social está inserida na Constituição de 1988 no *caput* do art. 170 (BRASIL, 1988) sua localização topológica está inserida na chamada Constituição Econômica, que compreende o art. 170 ao 193, todos tratando de disposições afetas a esta matéria.

O artigo constitucional inaugural prevê que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o escopo de assegurar a todos uma existência digna.

Porém, cabe verificar outro princípio constante no *caput* do art. 170: O Princípio da Justiça Social (BRASIL, 1988). Expressão que conduz a um conceito contingencialmente indeterminado, que não tem o vocábulo “social” funcionando como adjetivo de justiça, mas sim como outro substantivo, e o seu significado deve ser compreendido como a junção de ambos, é nessa perspectiva que se manifesta Grau (2006, p. 223/224):

Justiça social é conceito cujo termo é indeterminado (...) contingencial. Do que seja justiça social temos a ideia, que fatalmente, no entanto, sofreria reduções – e ampliações – nesta e naquela consciência, quando enunciada em qualificações verbais. É que justiça social é expressão que, no contexto constitucional, não designa meramente uma espécie de justiça, porém um seu dado ideológico. O termo “social”, na expressão, como averbei em outra oportunidade, não é adjetivo que qualifique uma forma ou modalidade de justiça, mas que nela compõe como substantivo que a integra. Não há como fugir, assim, à necessidade de discernirmos sentido próprio na expressão, naturalmente distinto daquele que alcançamos mediante a adição dos sentidos, isolados, dos vocábulos que a compõem.

Após esta lição, Grau (2006, p. 224) prossegue e expõe o que deve ser considerado o conceito de justiça social:

Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.

Observa-se que o princípio em comento tem como objetivo a repartição dos proveitos gerados pela sociedade capitalista, de modo que todos possam ser beneficiados. A Constituição brasileira, ao prever a justiça social logo no título da ordem econômica almejou que com o crescimento econômico do país, todos os seus cidadãos pudessem ser contemplados com no mínimo, uma vida digna.

A característica da Constituição de 1988 é de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual, há supremacia da Constituição que além de parametrizar normas inconstitucionais, assume papel preponderante na direção do Estado. Assim, as palavras de Streck (2013, p. 113-114) corroboram:

Com as constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja o da Constituição como norma diretiva fundamental, que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos direitos fundamentais-sociais (direitos sociais *lato sensu*, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho).

Gunther, Villatore e Martins (2018, p. 145), esclarecem que é “certo de que a Constituição de 1988, possui essa característica de norma fundamental e diretiva, por conseguinte, condiciona e impõe a todos o seu comando, objetivos e fundamentos”. Dito de outro modo, a Constituição parametriza aos seus, o dever de perquirir os objetivos nela contido, respeitando seus fundamentos, diretrizes e princípios.

Por fim, ao que parece, com base nessa premissa principiologica, vedação do retrocesso e valorização do trabalho humano, tais valores constitucionais aplicam-se na análise do artigo em tela, na medida em que oportunizar ao encarcerado o trabalho, além de dignificá-lo, isso também, em aspecto numérico, representa receita previdenciária.

4 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DE OPÇÕES PARA O SISTEMA PRISIONAL PARA REDUZIR/MITIGAR O PROBLEMA DA QUANTIDADE DE PESSOAS ENCARCERADAS

Como dar efetividade aos meios alternativos à prisão?

Quais políticas públicas podem ser desenvolvidas em conjunto com a iniciativa privada a fim de aproveitar a massa carcerária entre 18 e 29 anos?

O modelo prisional público é efetivo?

A parceria público privada para o setor prisional é uma opção a se considerar?

A privatização dos presídios deve ser considerada?

Se a competência é de natureza administrativa, isso se aplica ao fato de quem detém a competência para, privatizar os presídios?

São perguntas a fim de refletir a respeito do tema: superpopulação carcerária e meios de dar efetividade à dignidade da pessoa humana (preso), pela via do trabalho – formal – vez que essa formalidade (CTPS assinada), gera arrecadação fiscal/previdenciária, o que

corresponde aos princípios do direito previdenciário, art. 194, CF/88, bem como direitos trabalhistas, e constitucionais.

Nesse sentido, está-se diante do direito fundamental da dignidade da pessoa humana (encarcerados), direito do trabalho, direito previdenciário, tais ramos apreciados à luz da análise econômica do direito, a fim de prever maior efetividade à comunhão das três áreas afetadas no caso em tela.

REFERÊNCIA

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-03-07_19-42_STJ-e-tribunais-estaduais-avaliam-propostas-de-combate-a-crise-penitenciaria.aspx

<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>

<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/10/15/brasil-alcanca-a-marca-de-759-mil-presos>

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). RECURSO Administrativo no Procedimento de Controle Administrativo nº 200810000008454, de relatoria do Conselheiro Jorge Antonio Maurique.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7.ed. Almedina, 2003

GUNTHER, Luiz Eduardo. VILLATORE, Marco Antônio César. MARTINS, Gustavo Afonso. **Acesso à Justiça do Trabalho e o acesso à justiça**. Instituto Memória. Curitiba-PR, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 11.ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

SALAMA, Bruno M., O que é Pesquisa em Direito e Economia? ARTIGO DIREITO GV (Working Paper) 3. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.