

O SISTEMA PROGRESSIVO BRASILEIRO E SUAS CONTRADIÇÕES: PARA UMA LEITURA CRÍTICA DO DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL

*THE BRAZILIAN PROGRESSIVE SYSTEM AND ITS CONTRADICTIONS:
TOWARDS A CRITICAL READING OF THE PRISON LAW*

Patrick Lemos Cacicado

Doutor com Estágio Pós-Doutoral em Direito Penal e Mestre pela USP.
Professor de Direito Penal da PUC-SP. Visiting Scholar na Universidade
de Edimburgo. Defensor Público do Estado de São Paulo.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6868425451997606>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5623-8224>
patrickcacicado@gmail.com

Resumo: O artigo tem por objeto a análise do sistema progressivo de execução penal no Brasil e sua crítica a partir do confronto normativo com a realidade concreta. O trabalho aborda três aspectos centrais do sistema progressivo nos quais identifica contradições entre o declarado e o real, para propor uma leitura crítica do sistema progressivo de execução penal. A ordem disciplinar como face oculta do discurso hegemônico sobre a execução penal, a questão dos “benefícios” do sistema progressivo e seu endêmico atraso são os pontos que nos permitem construir uma leitura crítica do Direito de Execução Penal.

Palavras-chave: Sistema progressivo; Execução penal; Controle disciplinar; Prisão ilegal.

Abstract: The object of this article is the progressive system of penal execution in Brazil and its criticism from the normative confrontation with the concrete reality. The work addresses three central aspects of the progressive system in which it identifies contradictions between the declared and the real, to propose a critical reading of the progressive system of criminal enforcement. The disciplinary order as a hidden face of the hegemonic discourse on penal execution, the question of the “benefits” of the progressive system and its endemic delay are the points that allow us to build a critical reading of the law of criminal execution.

Keywords: Progressive system; Prison law; Disciplinary control; Illegal imprisonment.

1. Introdução

O Direito de Execução Penal muitas vezes é confundido com o próprio sistema progressivo que o caracteriza no Brasil. Com efeito, o coração do Direito de Execução Penal, especialmente nas varas competentes, reside na análise dos direitos do sistema progressivo, como a progressão de regime, livramento condicional, remição, saída temporária, indulto e comutação. Embora Direito de Execução Penal e sistema progressivo não se confundam, já que há muitos institutos que formam o conjunto dessa disciplina, é inegável o destaque da progressividade no cotidiano da fase de execução da pena.

Seja pela falta de um estudo mais consistente da disciplina nas faculdades de direito, que raramente oferecem a disciplina em seus programas, salvo como um apêndice do Direito Penal ou Processual Penal (ALMEIDA *et al.*, 2018, p. 167), seja pelo cotidiano quase automatizado do ambiente forense, o sistema progressivo brasileiro carece de maiores reflexões críticas, especialmente quando se confronta o plano normativo com a realidade concreta.

Por meio desse confronto entre o declarado e o real, entre o que se afirma e o que se oculta (CACICEDO, 2018, p. 181), pretende-se abordar os principais aspectos do sistema progressivo brasileiro

em uma perspectiva crítica, de modo a ensinar a construção de propostas concretas para as contradições encontradas. A ordem disciplinar como questão central de um sistema tradicionalmente representado pela ideologia ressocializadora e a construção jurídica de direitos como "benefícios" do sistema progressivo permitem uma abordagem crítica que culmina nas consequências jurídicas do atraso na concessão dos direitos do sistema progressivo.

2. O sistema progressivo de execução penal e a sua face oculta

Assim como uma série de outros países, o Brasil adota um sistema de execução penal progressivo, no qual a pena privativa de liberdade é flexibilizada ao permitir gradações da restrição da liberdade, bem como antecipações no seu cumprimento ou determinadas saídas da prisão (BOAVIDA, 2018, p. 14). Os formatos de flexibilização da pena de prisão variam muito pelo mundo, desde sistemas com menor complexidade, que garantem apenas a liberação condicional próxima ao fim da pena, até aqueles de configuração mais engenhosa, com inúmeros dispositivos de progressão, saídas e antecipações da pena.

O sistema progressivo é uma construção político-criminal de gestão da execução penal. Se por um lado responde ao princípio da individualização da pena na fase executiva (BARROS, 2001) e confere possibilidade de redução das dores do ambiente carcerário, por outro desempenha o papel de manutenção da ordem e disciplina nas prisões. É, pois, por meio de institutos que atenuam a rigidez da prisão que se leva a cabo um mecanismo de controle de sua própria ordem. Esta segunda face da moeda em geral resta ocultada nas elaborações teóricas sobre a execução penal, ainda vinculadas ao ideário correccionalista e que veem nos dispositivos do sistema progressivo verdadeiros benefícios do Estado para o preso que cumpre os papéis esperados pelos gestores prisionais.

Desde sua concepção com os reformadores do segundo terço do século XIX (*mark system*) (ROIG, 2018, p. 166), o sistema progressivo se apresenta como um mecanismo de gestão premial da população prisional (PAVARINI; GUAZZALOCA, 2004, p. 121). Assim, o comportamento da pessoa presa de acordo com as expectativas da administração prisional pode lhe conferir direitos que minimizem os efeitos da prisão. A obediência e colaboração com a ordem prisional conferem um prêmio para a pessoa presa, que passa a usufruir de uma restrição menor em sua esfera de liberdade. Em regra, o exercício desses direitos se concretiza com o transcurso do tempo combinado com o comportamento adequado.

A disciplina se apresenta, portanto, como o elemento central do sistema progressivo, já que a dinâmica que o cumprimento de pena assume com o passar do tempo na prisão depende do comportamento do sentenciado. Se a conduta da pessoa presa se adequa ao que é esperado pela administração prisional, com o transcurso do tempo

ela passa a adquirir direitos que amenizam a restrição de sua liberdade e, por conseguinte, seu sofrimento; se, por outro lado, age de forma contrária às expectativas do controle disciplinar carcerário, o cerceamento da liberdade igualmente se intensifica com maior rigor aplicado ao cumprimento da pena.

Sob a função declarada de incentivar o ideal ressocializador durante a execução da pena, o sistema premial de flexibilização da prisão é, em verdade, uma construção historicamente forjada para o controle da população prisional, especialmente pela constante situação indigna do aprisionamento pelo mundo. Manter o controle de massas populacionais atrás das grades sob condições degradantes não é tarefa simples, de maneira que essa gestão da ordem prisional demanda uma verdadeira política disciplinar, sendo o sistema progressivo uma de suas principais manifestações.

Tal tarefa, contudo, não se esgota na formalidade do sistema progressivo. Com efeito, há dinâmicas mais complexas de manutenção da ordem que passa por arranjos e formas de convivência na maioria das vezes determinada pela própria população prisional ou em simbiose com o Estado (DIAS; SALLA, 2019; FELTRAN, 2018). Mas um dos elementos de gestão dessa ordem é, certamente, o aparelho disciplinar, verdadeiro coração do sistema progressivo.

O prejuízo à liberdade do sujeito que tem contra si reconhecida a prática de uma falta disciplinar de natureza grave pode ser de grandes dimensões. Além da permissão de desconto de parte dos dias remidos pelo trabalho ou estudo (art. 127, LEP) e da sanção de isolamento na unidade prisional (art. 53, IV, LEP), a regressão de regime de cumprimento de pena e o consequente rebaixamento do

comportamento prisional podem resultar na prática em anos a mais de cumprimento de pena dentro de estabelecimento prisional (CACICEDO, 2018, p. 424).

É, pois, central a questão disciplinar no sistema progressivo brasileiro, embora se costume vinculá-lo apenas à ideologia ressocializadora ou correccionalista, na qual os direitos são concedidos em razão de demonstrações de reeducação da pessoa presa, a despeito das inúmeras críticas que tal concepção sobre a pena revela.

3. Benefícios prisionais ou direitos subjetivos do sistema progressivo?

O sistema progressivo brasileiro é permeado de institutos que proporcionam a flexibilização da pena de prisão, como a progressão de regime, livramento condicional, remição, saída temporária, indulto e comutação. Tanto no ambiente prisional quanto forense, notadamente em doutrina e jurisprudência, costumam ser chamados de benefícios prisionais. O termo benefício remete à ideia de uma benesse, vantagem ou privilégio que se concede a alguém por um ato de bondade ou clemência.

"O SISTEMA PROGRESSIVO É UMA CONSTRUÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DE GESTÃO DA EXECUÇÃO PENAL."

Tal concepção é fruto de uma visão autoritária que ignora a natureza penal das normas que regem a fase executória e seu consequente papel de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder punitivo estatal. Desta forma, os requisitos legais para a conquista de cada um dos institutos acima referidos, especialmente os lapsos temporais previstos em lei, devem ser interpretados como limites impostos à execução da pena, verdadeiros direitos da pessoa em face do Estado. Não se trata de discussão meramente terminológica, senão de formulações concretas sobre o conteúdo da execução penal com consequências importantes na esfera de liberdade das pessoas que cumprem pena.

O poder punitivo do Estado não se exerce livre de regulações no Estado de Direito. É por meio da lei que se leva a efeito um movimento contraditório que autoriza o exercício do poder punitivo e ao mesmo tempo estabelece seus próprios limites (CACICEDO, 2022, p. 236). Nas dinâmicas da ordem instituída, as garantias penais têm importância fundamental e devem ser defendidas e ampliadas sem que com isso se confira um caráter de justiça ao violento e seletivo controle social punitivo. No Brasil, a execução penal é um ambiente cujas arbitrariedades estatais permeiam quase a totalidade de suas relações, em verdadeiro regime de exceção. Reconhecer sua regulação jurídica como normas de natureza penal é, portanto, uma medida humanitária para imposição de limites ao exercício do poder punitivo do Estado na fase de sua execução concreta, no fazer cumprir a pena imposta.

O Direito de Execução Penal nada mais é do que a regulamentação jurídica que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites ao Estado na tarefa de fazer cumprir concretamente a pena. Assim, não faz sentido pensar os institutos do sistema progressivo como benefícios estatais, mas como efetivas garantias do indivíduo em face do exercício do poder de punir do Estado, devendo incidir sobre sua análise todo o conjunto de direitos, princípios e garantias previstos na ordem constitucional e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, a análise dos requisitos legais para os direitos do sistema progressivo deve ser permeada pelo princípio da legalidade penal e seus consectários: a) proibição de retroatividade da lei penal, como no caso de lei nova que agrave os requisitos de um direito (ex. aumento de lapso temporal); b) proibição de criar requisitos pelo costume, devendo ser observados estritamente aqueles previstos em lei (ex. exigência de exame criminológico para progressão de regime); c) proibição do emprego de analogia para criar requisitos ou fundamentar a negativa dos direitos (ex. interrupção do lapso temporal para livramento condicional pela prática de falta grave); d) proibição de requisitos vagos e indeterminados (ex. "fundados indícios de que irá ajustar-se" ao regime aberto). Da mesma forma, a interpretação dos referidos requisitos deve se dar sempre em prol da liberdade do sujeito que cumpre pena.

Assim, quando preenchidos os requisitos legais, cria-se um direito subjetivo em face do Estado que o vincula e se torna cogente, e não um benefício ou ato de clemência que pode ou não ser atendido pelo ente estatal. A ideia de um benefício é incompatível com a garantia do indivíduo em face do poder punitivo estatal, pois fundada na ideia de sua sujeição integral, de mera expectativa de recebimento de uma benesse que toma a lei como simples indicativo daquilo que pode ou não ser concedido conforme o arbítrio dos agentes de Estado.

Uma apreciação crítica do sistema progressivo de execução penal deve considerar seus institutos de flexibilização como direitos subjetivos em face do Estado, verdadeiros limites à intervenção punitiva durante o cumprimento da pena. A natureza das normas que estabelecem o sistema progressivo são, portanto, de natureza penal e sobre elas devem incidir todas as garantias em face do poder punitivo do Estado que tradicionalmente acompanham a interpretação das leis penais e a consequente formulação de seu conjunto teórico.

4. A questão dos atrasos na concessão de direitos do sistema progressivo

A materialidade da execução penal apresenta dois fatores característicos de sua miséria: por um lado, as prisões em condições degra-

dantes para o cumprimento de pena, por outro lado, o lento e burocrático funcionamento das varas de execução penal. O moroso e inoperante cotidiano do juízo da execução penal no Brasil produz efeitos concretos no direito de liberdade das pessoas sob sua jurisdição, uma vez que os pedidos de efetivação de direitos do sistema progressivo demoram meses ou anos para serem analisados, em frontal violação aos prazos legais e à determinação constitucional de duração razoável do processo (BRASIL, 2012).

Um olhar crítico ao Direito de Execução Penal não pode encarar um problema de tal magnitude como mero atraso, sem consequências jurídicas concretas, pois a liberdade de uma massa de pessoas presas sofre consequências reais que demandam por enfrentamentos na dimensão de sua gravidade. No plano material, o atraso na análise e concessão dos direitos faz com que as pessoas cumpram a

pena de maneira notadamente mais gravosa do que o previamente determinado no plano normativo. Para além de contribuir de maneira significativa para a superlotação das prisões, ao impedir a efetivação dos direitos no tempo e na forma determinados legalmente, violam-se garantias individuais diante do poder punitivo do Estado.

O reflexo da morosidade nos pleitos judiciais que determinam o destino das pessoas presas é sentido dentro do ambiente prisional com grande aflição, conforme apontam estudos penológicos empíricos mundo afora. No Brasil, **Rafael Godoi** aponta que a relação do preso com a indefinição do processo de execução engendra uma dimensão estruturante da experiência da punição e confere à demora na concessão dos direitos na execução penal um papel prático real de imperativo securitário da contenção incapacitante da população

"NAS DINÂMICAS DA
ORDEM INSTITUÍDA,
AS GARANTIAS PENAIS
TÊM IMPORTÂNCIA
FUNDAMENTAL
E DEVEM SER
DEFENDIDAS
E AMPLIADAS
SEM QUE COM ISSO SE
CONFIRA UM CARÁTER
DE JUSTIÇA AO
VIOLENTO E SELETIVO
CONTROLE SOCIAL
PUNITIVO."

prisonal no contexto de abandono dos ideais ressocializadores da prisão contemporânea (2015, p. 92).

As normas do Direito de Execução Penal devem ser reconhecidas como proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder punitivo estatal. Nesse sentido, os requisitos legais para a conquista de cada um dos direitos acima referidos, especialmente os lapsos temporais previstos em lei, devem ser interpretados como limites impostos à execução da pena, verdadeiros direitos da pessoa em face do Estado. O atraso, portanto, se revela como verdadeiro arbítrio e encerra uma situação de ilegalidade a ser reconhecida e sanada.

Para além dos mecanismos existentes na legislação processual brasileira, o reconhecimento dos direitos no sistema progressivo deveria ser objeto de reforma para garantir o reconhecimento automático quando preenchidos os requisitos legais, restando a atividade judicial necessária apenas nos casos em que o órgão do Ministério Público demonstre por iniciativa própria que determinado direito não se encontra presente concretamente. Propõe-se, aqui, uma mudança de paradigma, com radical inversão na forma de concessão dos direitos do sistema progressivo da execução penal, no qual cumpriria à acusação a comprovação da ausência dos requisitos legais de cada direito, sendo devida a intervenção judicial somente nesses casos. Desta forma, enquanto não houver manifestação judicial negando o referido direito, tem-se como automática sua efetivação assim que cumpridos os lapsos temporais previstos em lei, sem necessidade de intervenção judicial (CACICEDO, 2018, p. 422).

No sistema vigente, no entanto, o atraso deve ser reconhecido como ilegalidade por violação da norma de natureza penal de garantia em face do poder punitivo do Estado. O atraso se materializa, portanto, em prisão ilegal e como tal deve ter consequências concretas que cessem o constrangimento ilegal. Em caso de progressão de regime, por exemplo, a ultrapassagem do lapso temporal sem notícia nos autos de falta disciplinar deve ensejar a imediata transferência ao regime menos gravoso, ainda que cautelarmente até que análise judicial do pedido seja realizada. A mesma solução pode ser aplicada ao livramento condicional, com liberação cautelar até que o pedido seja avaliado. No caso do indulto a questão se afigura ainda mais grave, pois a decisão judicial – tal qual a dos demais direitos do sistema progressivo – tem natureza declaratória, ou seja, apenas reconhece a existência dos requisitos legais e declara a extinção da pena que se deu na data da edição do decreto. Isso quer dizer que cada dia de atraso na apreciação judicial equivale ao cumprimento de uma pena extinta. Nesse, como nos demais casos, além dos meios

jurídicos necessários para cessar a ilegalidade, cumpre reconhecer a responsabilidade do Estado e o consequente direito à indenização pelos danos sofridos por cumprimento de pena ilegal.

Assim, o atraso deve ser interpretado como verdadeira ilegalidade da prisão concretamente considerada, de modo a ensejar consequências jurídicas em prol da liberdade do sujeito submetido ao exercício do poder punitivo do Estado. Uma concepção crítica do Direito de Execução Penal, portanto, não pode conviver com violações drásticas de direitos das pessoas presas e interpretá-las como meras irregularidades dentro da lógica de “benefícios”. Como direitos subjetivos que são, devem ensejar consequências jurídicas concretas a serem observadas tanto na esfera legislativa quanto no exercício da jurisdição de cada caso concreto.

5. Considerações finais

Uma nova leitura do sistema progressivo de execução penal se faz necessária à luz da teoria crítica do direito. A busca da conformidade constitucional que tanto ocupa os caminhos do Direito Penal e Processual Penal também devem incidir no Direito de Execução Penal. Para tanto o confronto do discurso declarado e do plano normativo com a realidade se mostra fundamental na tarefa de se extrair consequências jurídicas próprias de um regime de promoção da liberdade.

O sistema progressivo que caracteriza o Direito de Execução Penal brasileiro não passou por referido confronto e ainda se reproduzem ideias como sua fundamentação no ideal ressocializador, na adequação normativa dos regimes de cumprimento de pena e de sua composição em “benefícios”.

O presente trabalho buscou demonstrar que o confronto do direito com a realidade no campo da execução penal revela uma série de contradições que clamam por propostas que contemplem a liberdade em um quadro de promoção de Direitos Humanos. Nesse sentido, revelar a face disciplinar do sistema progressivo, bem como as contradições entre o disposto normativamente e a realidade dos regimes de cumprimento de pena foi de fundamental importância para a leitura crítica empreendida e as propostas jurídicas indicadas.

Assim, pretende-se contribuir para uma concepção crítica do Direito de Execução Penal, com consequências concretas para as contradições e problemas encontrados em seu sistema progressivo, de modo a conformar sua incidência aos ditames constitucionais e humanitários.

Referências

ALMEIDA, Bruno Rotta et al. Pensando as sobrecargas prisionais desde o ensino do direito: resultados parciais do projeto de pesquisa “execução penal e educação jurídica no Brasil”. In: ALMEIDA, Bruno Rotta (org.). Sobrecargas e vulnerabilizações em âmbito penal e prisional. Pelotas: Santa Cruz, 2018.

BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. A individualização da pena na execução penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BOAVIDA, Joaquim. A flexibilidade da prisão: da reclusão à liberdade. Coimbra: Almedina, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Mutirão Carcerário: raio X do sistema penitenciário brasileiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 1, 2018.

CACICEDO, Patrick Lemos. Ideologia e Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

DIAS, Camila Nunes; SALLA, Fernando. Violência e negociação na construção da ordem nas prisões: a experiência paulista. Revista Sociedade e Estado, v. 34, n. 2, 2019.

FELTRAN, Gabriel. Irmãos: uma história do PCC. São Paulo: Saraiva, 2018.

GODOI, Rafael. Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. Tese de doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo, 2015.

PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. Corso di diritto penitenziario. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Autor convidado