



Das ficções ao plano fático das medidas judiciais de exceção: a crise da segurança jurídica com os desvios na execução penal brasileira

From fictions to the factual level of exception judicial measures: the crisis of legal security whit deviations in the current brasilian criminal execution



Claudio José Langroiva Pereira

PUC/SP

Doutor em Direito das Relações Sociais

São Paulo, SP – Brasil

claudiopereira@pucsp.br



Bruno Girade Parise

PUC/SP

Doutorando e Mestre em Processo Penal

São Paulo, SP – Brasil

brunoparise@hotmail.com

Resumo: O artigo analisa, por meio de metodologia baseada em pesquisa exploratória fundada em literatura especializada e análise de dados empíricos, o cenário contemporâneo da execução penal brasileira, a partir de quatro institutos: a saída temporária, o auxílio reclusão, o excesso de execução e a regressão cautelar. O objetivo é demonstrar que, parte grande da população brasileira, assim como o debate legislativo, são estimulados por ficções, no sentido semântico dado por Jorge Luiz Esquirol, enquanto ignoram a inconstitucional realidade carcerária, permeada e sustentada por medidas judiciais de exceção, conceito trazido por Pedro Estevam Alves Pinto Serrano.

Palavras-chave: execução penal; ficção; medidas judiciais de exceção.

Abstract: This article analyzes, through a methodology based on exploratory research based on specialized literature and empirical data analysis, the current scenario of Brazilian Criminal Execution from four different institutes: temporary release, confinement assistance, excess execution and precautionary regression. Based on this analysis, the objective of the research is to demonstrate that a large part of the Brazilian population, as well as the legislative debate, are stimulated by fictions, in the semantic sense given by Jorge Luiz Esquirol, while ignoring the unconstitutional prison reality, permeated and sustained by measures judicial exceptions, a concept brought by Pedro Estevam Alves Pinto Serrano.

Keywords: penal execution; fiction; exception judicial measures.

Para citar este artigo

ABNT NBR 6023:2018

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. Das ficções ao plano fático das medidas judiciais de exceção: a crise da segurança jurídica com os desvios na execução penal brasileira. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 274-288, jul./dez. 2023. <http://doi.org/10.5585/2023.23535>

Introdução

A sociedade permanece em plena revolução. A “modernidade líquida”, conceito desenhado por Zygmunt Bauman (2001), é calcada em avanços tecnológicos fulminantes e, através deles, rompe barreiras antes intransponíveis, reduzindo a um apertar de teclas a distância entre os cidadãos ao redor do mundo.

Todavia, se a sociedade hoje cada vez mais global e tecnológica é capaz de concretizar inúmeros benefícios, aproximando culturas e pensamentos diversos, também traz o perigo baseado na intensidade de informações rápidas e superficiais; a denominada pós-verdade¹.

Nesse passo, o sistema penal, cuja relação com a mídia sempre foi um entrave para um desenvolvimento mais humanista, não passa ileso, e é na execução penal que reside a maior parte das chamadas “correntes digitais”, que invadem as redes sociais e os grupos do aplicativo whatsapp, estabelecendo como certo e verdadeiro algo pouco ou nada aprofundado ou conhecido, seja pela população em geral, seja pelos operadores e acadêmicos do direito, pouco afetos a essa aérea – sequer presente como regular na maioria dos cursos de graduação no país.

Por outro lado, violações inúmeras cometidas em desfavor das pessoas presas acabam negligenciadas pelo Poder Judiciário e não despertam interesse da massa social digital, pois amplamente ignoradas pelo “grande público”, igualmente, pelos operadores e acadêmicos do direito.

Diante disso, em consonância com os posicionamentos de Jorge Esquirol e Pedro Serrano, e, ainda, a partir da visão garantista desenhada por Luigi Ferrajoli para muito além do âmbito penal, este artigo, através de metodologia baseada em revisão bibliográfica e análise de dados empíricos, busca problematizar os aspectos da execução penal no plano fático,

¹ Usualmente citada como marco semântico da expressão e de perfeito encaixe ao aqui proposto é a definição dada pelo *Oxford Dictionary*, ao elegê-la como palavra do ano em 2016, definindo pós-verdade como “relativa a circunstâncias em que as pessoas respondem mais a sentimentos e crenças do que a fatos” (tradução nossa). (OXFORD LEARNER'S DICTIONARIES, s/d, *online*).

contrapondo o que se discute em redes sociais – auxílio reclusão e saídas temporárias – com o que é ignorado – regressão cautelar e demora a se concretizar direitos.

1 Definindo conceitos: a ficção para Jorge Luiz Esquirol e as medidas judiciais de exceção para Pedro Serrano

Para enfrentar os objetos de discussão, esclarece-se os conceitos de ficção e as medidas judiciais de exceção, vez que, não raramente, o conteúdo semântico (jurídico) dado a alguma palavra se entrelaça a outro, em palavra diversa. Assim, por exemplo, a noção de ideologia² em Marx e Engels, trazida por Cacicedo (2022, p. 263), e a ideia de mito³ trabalhada por Casara (2015, p. 87) se aproximam daquela de ficção a qual se pretende trabalhar, embora não se confundam.

Nesse sentido, se estabelece como referência o conceito de ficção, traçado por Jorge Luiz Esquirol na obra “Ficções do Direito Latino Americano”. Embora o cerne de sua obra não seja o direito penal em si, mas a crítica à visão estadunidense de um direito latino-americano fracassado, o autor não define ficção como uma falácia em si, mas como algo falado já imbuído – conscientemente ou não –, de ideais operacionais não declaradas, ou seja, “a caracterização serve a propósitos instrumentais, independentemente de sua correspondência perfeita com a realidade” (ESQUIROL, 2016, p. 30).

Nesse aspecto, é possível estabelecer que as inúmeras mensagens visualizadas em redes sociais sobre a execução penal, em especial sobre a saída temporária e o auxílio reclusão, são encaixes perfeitos no conceito de ficção pois, embora os dois institutos existam no ordenamento jurídico e sejam benéficos às pessoas presas, o modo alarmista como essas mensagens são transmitidas tem como função operacional manter a sociedade em um estado de medo constante (BATISTA, 2022, *online*), sustentando a figura do “inimigo” para manter um *status quo* que interessa defender. Trata-se, afinal, de uma evolução do papel midiático na conservação de um sistema penal autoritário, antes resumido em jornais impressos e televisivos, mas hoje, com a facilidade da telefonia celular e seus aplicativos, ampliada sem precedentes no estabelecimento da “pós-verdade”.

De outro lado, o conceito de medidas judiciais de exceção exige uma digressão maior. Pedro Serrano (2016, p. 169) a partir da visão de Giorgio Agamben – mesmo que em momento

² “No campo da filosofia o conceito de ideologia foi elaborado por Karl Marx e Friedrich Engels justamente para a crítica das ideias que desenvolvem no plano lógico abstrato e que não possuem correspondência com a realidade de modo a ocultá-la” (CACICEDO, 2022, p. 263).

³ “O mito representaria, portanto, a explicação para aquilo que não se consegue explicar, no plano do que se entende por ‘razão’” (CASARA, 2015, p. 87).

posterior dela se distancie –, constrói um arcabouço jurídico definindo o mundo de hoje como “um Estado democrático de direito, que se realiza formalmente na Constituição e está acessível apenas a uma parcela da sociedade – a economicamente incluída– e um Estado de exceção, que não assume juridicamente como tal, mas que é dotado de técnica de governo”, e com um mesmo discurso de justificação dirigido ao extermínio do inimigo que ameaça a paz social (SERRANO, 2020, p. 198).

Para adotar esta conclusão, Pedro Serrano primeiramente identifica raízes históricas do Estado Democrático de Direito e do Estado de exceção, para depois fazer a passagem dos “governos de exceção” do século XX para as “medidas judiciais de exceção” do século XXI. Assim, para Pedro Serrano, a modernidade, ainda que de maneira não desvinculada e estanque, apresenta dois “tipos de Estado”: o democrático de direito e o de exceção. Enquanto no Estado Democrático de Direito, alicerçado na ideia de irmandade vinda do Cristianismo, – todos somos “filhos do mesmo pai”, logo, iguais – tem enraizada a ideia de racionalidade das decisões políticas a partir, principalmente, da ideia de dignidade da pessoa humana, o segundo, o Estado de exceção – que pode ser identificado pela primeira vez no segundo estágio de sítio de Napoleão Bonaparte – caracteriza-se pela supressão de direitos (ou do próprio direito) pelo soberano em nome do combate ao inimigo (*homo sacer* para Agamben), considerado desprovido de qualquer humanidade.

É nesse cenário que o autor identifica “governos de exceção” no século XX, baseados exatamente na supressão de direitos e combate ao inimigo (sejam os judeus do regime nazista, sejam os comunistas das ditaduras latino-americanas). Todavia, com a redemocratização advinda no século XXI, o autor enxerga uma nova roupagem da exceção, agora com medidas tomadas durante um Estado Democrático de Direito formal, em um pleno funcionamento no plano teórico, dando como exemplo o *Patriot Act* nos EUA (o “inimigo” agora é o muçulmano) e as leis anti-imigração europeias (“inimigo” são os imigrantes).

No Brasil, esta mesma realidade se estabelece, como que em um museu de grandes novidades, no qual o “inimigo” eleito é o “bandido”, estereotipado em uma característica figura de jovem pobre e negro, ou ainda, naqueles representantes sociais que adotem a defesa de minorias.

Entretanto, enquanto em países mais desenvolvidos essas medidas de exceção encontram maior aderência nos Poderes Executivo e Legislativo, em países menos desenvolvidos – entre eles, o Brasil – é o Poder Judiciário que, por vezes, acaba por chancelar medidas autoritárias, através da desnaturalização das garantias constitucionais, naquilo que Luigi Ferrajoli (2011, p. 05) denomina de desconstitucionalização. Frise-se que, as garantias

não desaparecem ou são suspensas do ordenamento jurídico, mas, quando detectado o “inimigo” no polo passivo, acabam por ter a abrangência de seu conteúdo enfraquecida por decisões judiciais, em uma espécie de liquidez do autoritarismo.

Definidos os conceitos, importante, agora, explorá-los no âmbito da execução penal.

2 Saída temporária e auxílio reclusão: ficções e o estado garantista de Luigi Ferrajoli

A Constituição Federal de 1988 elenca, como meio para fazer cumprir o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988) e seu objetivo de erradicar a pobreza (art. 3º, III, da CF/1988), garantias individuais e sociais. Enquanto as individuais demandam um “não fazer” do Estado, ou seja, não intromissão indevida na liberdade do cidadão, as sociais, ao contrário, exigem um agir positivo, no intuito de diminuir as diferenças estruturais presentes no país.

Essa “dupla função” das garantias encontra guarida também em Luigi Ferrajoli ao expandir sua teoria garantista para o campo social, através de profundas análises sobre democracia, direito e poder. Luigi Ferrajoli jamais se descuida, porém, de sua premissa básica: a proteção dos mais vulneráveis:

As garantias não são outra coisa que técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, para tanto, possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional. Por isso, refletem a mesma estrutura diversa que os direitos fundamentais: as garantias liberais estão dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, e consistem essencialmente em técnica de invalidação ou de anulação dos atos proibidos que as violam; as garantias sociais asseguram a tutela dos direitos sociais, consistem em técnicas de correção/ou sanção contra a omissão das medidas obrigatórias que as satisfazem. Em todos os casos, o garantismo de um sistema jurídico é uma questão de grau, que depende da precisão dos vínculos positivos ou negativos impostos aos poderes públicos de normas constitucionais e pelo sistema de garantias que asseguram uma taxa mais ou menos elevadas de eficácia de tais vínculos (FERRAJOLI, 2010b, p. 2) (tradução nossa).

Assim, o garantismo conforme desenhado por Luigi Ferrajoli é teoria do direito voltada à proteção dos mais vulneráveis, efetivada por meio de princípios constitucionais, que consagram direitos e garantias. No campo social, os vulneráveis necessitam de uma prestação positiva do Estado (um fazer, por exemplo, garantir o direito à moradia), enquanto no campo individual a condição de vulnerável exige um não fazer (por exemplo, não violar a intimidade). Todavia, sempre há um vulnerável e, inexoravelmente, no processo penal, este será o acusado (FERRAJOLI, 2006).

O encaixe destas posições com as situações a seguir retratada é de silogismo básico. Se a liberdade é pressuposto de uma vida digna, conceber à pessoa presa momentos de proximidade familiar de tempos em tempos e longe das grades – a saída temporária –, equivale à uma maneira paulatina de cessar a interferência do Estado na liberdade da pessoa presa, é expressão do “não fazer” estatal. Por outro lado, conceber pequena prestação mensal aos familiares, dependentes da pessoa presa – auxílio reclusão –, e que, sem a renda desta não são capazes de obter um sustento mínimo é, sem dúvida, prestação positiva esperada de um Estado que se diz social.

Todavia, no âmbito da ficção criada, o discurso alarmista de pós-verdade em relação aos institutos da saída temporária e do auxílio reclusão toma conta do plano da vida cotidiana de forma recorrente. Como exemplo, indica-se aquele divulgado pelas redes sociais⁴ alertando obre a quantidade de presos perigosos que “deixarão as prisões”, beneficiados por “indultos, em especial o natalino”, que estariam ávidos para cometer crimes e não voltarem às prisões. De outro lado, surge o inconformismo com a quantidade de dinheiro dispendido pelo Estado para presos, com o auxílio reclusão, deixando de alocar esses recursos em educação e saúde, por exemplo, naquilo que seria uma suposta preferência do Estado por “bandidos” e não por estudantes e “cidadãos de bem”⁵.

Esta visão alarmista chega ao Congresso Nacional por meio de Parlamentares eleitos com base nestes discursos, em especial sustentados na “luta contra a criminalidade”, sempre associado à necessidade do aumento do número de prisões e na restrição de direitos e de garantias dos reclusos. A Câmara dos Deputados, por exemplo, aprovou Projeto de Lei n. 6.579/2013, buscando o fim da saída temporária, cujo Relatório é embasado em casos midiáticos, e não em dados fáticos. Embora esta espécie de discurso não guarde relação precisa com os fatos, tampouco, com a hermenêutica da execução penal, ressocializadora por natureza, permanece ativa e receptiva nas redes sociais.

Assim, para além da prestação negativa do Estado dita por Luigi Ferrajoli, o Brasil adotou o sistema progressivo de cumprimento de penas, visando a ressocialização baseada no cumprimento da pena em etapas sucessivas para que o preso alcance a liberdade plena, vinculada, na maioria das vezes, ao requisito temporal e comportamental do executado, ambos

⁴ “[...] amigos, lembrando que o indulto de natal inicia hoje, portanto, mais atenção nas ruas! Cuidado nos semáforos, ao entrar e sair de estacionamentos, ficar parado dentro do carro mexendo no celular ou conversando na rua. Milhares de presos saindo dos presídios cheios de amor no coração pela sociedade e seus pertences! Cautela!”. (JORNAL NH, 22 dez. 2017, online).

⁵ Reportagem exibe *print* de uma tela na qual se lê o seguinte texto: “resolveu virar bandido e ser preso? A partir de 01/01/2015, o governo dá o auxílio reclusão? Esse é o novo! Todo presidiário com filhos tem direito a uma bolsa que é de R\$ 915,05, Portaria n. 02, por filho para sustentar a família, já que o coitadinho não pode trabalhar para sustentar os filhos” (TORRINHA, 30 abr. 2018, *online*).

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. Das ficções ao plano fático das medidas judiciais de exceção: a crise da segurança jurídica com os desvios na execução penal brasileira

previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal. Sobre a importância do sistema progressivo, Osvaldo Henrique Duek Marques (1998, p. 125) afirma:

Além disso, não se pode conceber uma execução da pena privativa de liberdade sem a progressão de regimes. A consciência da necessidade dessa progressão, como fator de estímulo e de reintegração social do sentenciado, mesmo em se tratando de crimes hediondos ou a eles equiparados foi sentida no Projeto de Lei n. 10 de 1996 [...] ‘se retiramos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio mérito, pela conduta disciplinada, pelo trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe, como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção’.

Se parece salutar no plano teórico, ganha ainda mais importância ao se analisar o panorama do sistema penitenciário brasileiro⁶ que, segundo o Supremo Tribunal Federal estabeleceu-se como “um estado de coisas inconstitucional” (ADPF 347 MC/DF) e acabou por inviabilizar a realização de uma capacidade ressocializadora, tornando ainda mais vital que as etapas do sistema de cumprimento progressivo de penas sejam cumpridas de maneira mais rápida e sem óbices, além de fortalecer a necessidade de que, de tempos em tempos, a pessoa presa possa ficar próxima à família e aos amigos, retornando aos poucos ao esperado convívio social. Nesse cenário, fortalece-se a saída temporária, como instituto regulado pelos arts. 122 a 125 da Lei de Execução Penal.

Ademais, recorda-se que, apenas aquelas pessoas presas com bom comportamento e que já tenham cumprido determinado tempo no regime semiaberto, estarão aptas às saídas temporárias, por até 7 dias em 5 oportunidades anuais, nos termos dispostos. Ainda, enquanto o aumento da criminalidade durante a saída temporária não encontra base científica, a média histórica da volta de presos após a período permitido alcança patamares superiores a 96%⁷. Os dados empíricos reforçam a ideia de ficção, constatada no discurso alarmista, destinado a sustentar um “estado de medo”, um “estado de alerta” e, assim, em consonância com outro discurso, o político que sustenta algumas plataformas eleitorais, baseadas no modelo “lei e ordem” (ANITUA, 2008, p. 779).

No mesmo sentido do instituto da saída temporária, o auxílio reclusão, previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a Lei n. 3.807/1960, atualmente disposto na Lei n. 8.123/1991, e com assento constitucional no art. 201 da Carta, não raramente é associado como uma espécie de “fomentação ao crime”, cuja extinção é defendida, inclusive, por alguns doutrinadores (MARTINS, 1999, p. 285), e taxado de gasto a ser extinto pelo poder público.

⁶ Sobre as condições do cárcere, material detalhado foi produzido pelo Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo (LIMA; MORO; CURY, abr. 2022, *online*).

⁷ Dados obtidos junto ao Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública e Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo dão conta de que apenas 3,5% das pessoas que tiveram a saída permitida em setembro não retornaram. Trata-se de média histórica (GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014 e 2015, *online*).

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. Das ficções ao plano fático das medidas judiciais de exceção: a crise da segurança jurídica com os desvios na execução penal brasileira

Todavia, uma análise mais próxima desse gasto leva à inevitável conclusão de se tratar exatamente daquela prestação positiva estatal, ou seja, o Estado agindo para evitar desigualdades ou a pobreza extrema, bastando pensar no desamparo estrutural que resta à família daquele que foi preso.

Aqui, em uma análise formal do instituto, tem-se que, segundo o art. 16 da Lei n. 8.213/1991, os recursos, não cumulativos (“§ 1º. A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes”), são destinados para os dependentes da pessoa presa – e não para a própria pessoa presa –, que são listados em ordem hierárquica: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; os pais; o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Em complemento a esta situação jurídica, não é qualquer pessoa presa que poderá ter acesso a essa prestação pecuniária. Após aprovação da Lei n. 13.846/2019 – com restrição significativa do auxílio em diversos campos –, o art. 80 da Lei n. 8.213/1991 dispõe que apenas terão direito aquelas encontradas no regime fechado de cumprimento de pena e que não recebam remuneração de empresa, auxílio-doença, aposentaria, abono de permanência, além de pensão por morte ou salário maternidade.

Ainda, existem outros requisitos qualificadores, impostos pela lei, como o art. 25, IV, que exige a comprovação de tempo de carência de 24 contribuições mensais anteriores à data da prisão do segurado e de constar do critério constitucional de baixa renda, a ser aferido anualmente por portaria ministerial.

Atualmente, segundo o art. 5] da Portaria Interministerial TP/ME n. 12, para ser considerado de baixa renda, a pessoa presa não pode receber mensalmente mais de R\$ 1.655,98, considerando a média dos salários de contribuição apurados no período dos 12 meses anteriores ao mês de recolhimento à prisão. Por fim, o valor atual do auxílio reclusão é de R\$ 1.212,00 e será devido, em regra, desde o momento da prisão do segurado até sua soltura (salvo as exceções previstas na Instrução Normativa n. 77/2015 do Instituto Nacional de Seguridade Social).

Deste modo, a partir deste cenário, identifica-se que a concessão do auxílio reclusão está sujeita a diversos requisitos legais que o restringe significativamente, de maneira a garantir uma prestação positiva do Estado apenas em situações específicas de vulnerabilidade e de necessidade. Segundo o Boletim Estatístico da Previdência Social divulgado em agosto de 2022 (GOVERNO FEDERAL, ago. 2022, *online*), o auxílio reclusão corresponde a 0,17% dos benefícios concedidos e o valor com ele gasto corresponde a 0,14% do dispendido com

benefícios previdenciários, o que demonstra sua insignificância no cômputo financeiro dos benefícios concedidos pelo Estado.

Diante disso, é possível identificar que os institutos da saída temporária e do auxílio reclusão são encaixes perfeitos do Estado ao modelo garantista desenhado por Luigi Ferrajoli e, sob esta ótica, acolhidos pela Constituição Federal dentre direitos e garantias fundamentais do cidadão.

3 Medidas judiciais de exceção na execução penal: a demora na avaliação de direitos e a regressão cautelar

Sobre vários aspectos, a execução penal brasileira fornece vasto material a embasar o autoritarismo líquido identificado por Pedro Serrano (2020). No que interessa a esta discussão, destacam-se duas situações que demonstram como decisões judiciais – ou a falta delas – desnaturam o devido processo legal constitucional: a mora na avaliação dos direitos de progressão do regime de cumprimento de penas e a regressão cautelar de regime.

Conforme abordado, o sistema progressivo de cumprimento de penas é pilar da execução penal brasileira, ou seja, de tempos em tempos, cumprido também um requisito comportamental (art. 112 da LEP), a pessoa presa tem o direito de evoluir no seu regime de cumprimento de pena, passando de um regime fechado, mais restritivo, para o semiaberto, e deste para o aberto. Tempo e comportamento são, assim, os únicos e simples requisitos legais, demonstrados por meio de meros cálculos matemáticos e certidão expedida pelo diretor do estabelecimento prisional.

Todavia, a demora para analisar pleitos liberatórios, sustentada pela burocracia e pelo mau funcionamento dos órgãos jurisdicionais responsáveis por acompanhar a execução de penas, concretiza um cenário de violações de direitos, que produz, no mais das vezes, um excesso no cumprimento das penas e no exercício do direito de cumpri-las progressivamente, ou seja, o recluso permanece preso por tempo maior exigido por lei (CACICEDO, 2016, *online*).

Em pesquisa realizada por Nathalia Muzzi Grecco Pimentel (2022, p. 293 e ss), é possível identificar o cenário quase “caótico” enfrentado pelos processos nas Varas de Execução Penais. Segundo o estudo, em nenhum dos processos de execução analisados pela autora a pessoa presa progrediu de regime na data correta; na maior parte dos casos, houve atraso de mais de quatro meses. Observa-se um quase descumprimento quase sistêmico do art.

112 da LEP, além da negligência aos princípios da legalidade, da duração razoável do processo e da dignidade humana.

Além de uma lentidão quase sistêmica, burocrática, dos processos de execução penal, que parece incapaz de ser solucionada pelo Poder Judiciário, outra situação diagnosticada nos processos de execução penal foi a “regressão cautelar de regime”, baseada em um “poder geral de cautela” do órgão jurisdicional.

Em resumo, a regressão de regime de cumprimento da pena está prevista no art. 118 da Lei de Execução Penal, podendo ser decretada a partir da prática de fato (“falta grave” ou crime doloso) apto a romper a confiança depositada pelo Estado no institucionalizado, no seu plano ressocializador legalmente assumido. Para tanto, sabedor dos efeitos práticos dessa decisão – na maioria das vezes resultante em encarceramento –, o legislador exigiu a oitiva prévia do condenado, nos termos legais.

Contudo, não obstante a regulação legal, os Tribunais brasileiros têm inovado, ao estabelecerem hipótese de medida cautelar restritiva de liberdade não prevista em lei (“regressão cautelar”), sem para tanto realizar qualquer oitiva do sentenciado.

Trata-se de construção jurisprudencial (STJ, RHC 125839) fundamentada em um suposto “poder geral de cautela”, subjetivamente previsto nos deveres do juiz de zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI, da Lei de Execução Penal).

Porém, ao assim decidir, o Poder Judiciário afasta o princípio da legalidade da execução penal, resultando em uma situação paradoxal: justamente no momento máximo da manifestação do poder punitivo estatal (CACICEDO, 2020, *online*), este seria menos regulamentado e limitado, algo que afronta a lógica argumentativa.

Por hipótese científica, imagina-se um cidadão “x” que comete o delito “y”. Nesse momento, emerge o princípio da legalidade a exigir: a) que o cidadão “x” saiba que aquele fato praticado corresponde ao tipo penal “z”, com a pena em abstrato “w” (legalidade penal); b) que tenha conhecimento de que o caminho a ser percorrido até sua sentença será o “j”, inclusive com as possibilidades previstas em lei de medidas cautelares restritivas de liberdade, enquanto não transitada em julgado sua condenação (legalidade processual penal) e; c) que, caso condenado, sua pena será executada da forma “yz” (sistema progressivo), com todas as hipóteses de aprisionamento previstas em lei (legalidade executória), conforme explica Marcos Salt (2005, *online*) ao dialogar com a obra de Julio Maier ⁸.

⁸ “Isto significa que a execução das penas deve se dar de acordo com o previsto normativamente antes do cometimento do delito (garantia da legalidade executiva). Assim, uma norma legal deve definir, concretamente, o alcance da coerção que implica cada pena, as condições qualitativas de seu cumprimento e as possibilidades de modificação durante a execução” (SALT, 2005, *online*).

Ao se retirar um dos três itens acima (“a”, “b” ou “c”), mutila-se um dos pilares de um direito penal e processual penal garantista: a legalidade. Não basta ao réu saber que um fato é crime, mas ele deve saber como e em quais termos é acusado. Tampouco, não basta a este cidadão saber que o fato que lhe é atribuído a autoria é crime e o modo pelo qual será julgado, mas ele deve saber também como será executada sua pena, se condenado. A partir de uma visão global e sistêmica, a incorporar o direito penal, direito processual penal e execução penal, vem à tona a necessidade constitucional e democrática de se reconhecer como garantia fundamental a expansão de todos os preceitos da legalidade para a atividade punitiva estatal, desde o cometimento do delito até o cumprimento efetivo da pena imposta, passando por todo o processo de conhecimento.

Somente se à legalidade for atribuída essa completude é que o princípio da “máxima efetividade dos direitos fundamentais” será respeitado e efetivado, eis que, na exata posição de José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 1208): “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, [...] hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais”.

Na mesma linha, outro argumento se impõe. No âmbito da execução da pena em concreto, os fatos considerados “falta grave” (art. 51 da Lei de Execução Penal) ou como crime doloso (art. 1º do Código Penal) são sujeitos ao princípio da legalidade, pela própria legislação que os define, sem necessidade de qualquer esforço interpretativo ou teórico para sua compreensão.

Assumindo esta lógica formal, literal, impossível aceitar que um dos efeitos decorrentes do cometimento desses fatos (“falta grave” ou crime doloso) não esteja expressamente previsto em lei (como no caso da enfrentada “regressão cautelar”), assegurando a legalidade como garantia fundamental não só do cidadão, mas da própria segurança jurídica esperada no Estado Democrático de Direito.

A “regressão cautelar” restaria, ao final, classificada como uma “sanção para a uma infração sem a previsão legal”, evidentemente prejudicial ao sentenciado, algo inaceitável pelo vocábulo *nulla pena sine lege*.

Trata-se de verdadeira institucionalização de medida desviante do respeito ao devido processo legal, como parâmetro constitucional e convencional⁹ de cunho inquisitorial, oriunda

⁹ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. “Art. 9º. Princípio da legalidade e da retroatividade: ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se”.

de uma interpretação deslocada da natureza do processo penal e, assim, do processo de execução penal, como garantia e direito fundamental de todo o cidadão no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Portanto, a demora em julgar pleitos de progressão de regime e a solidificação da “regressão cautelar de regime” são exemplos identificáveis (não reconhecidos e não declarados como desviantes) do atual panorama fático, bem distante do “discurso ficcional” promovido e que prevalece a respeito do sistema de execução penal no Brasil.

Conclusão

1 Ficção, na lição de Jorge Esquirol, não significa necessariamente que uma afirmação seja falsa, mas que ela traz em si uma ideia operacional não declarada.

2 As mensagens que regularmente circulam nas redes sociais sobre as saídas temporárias e o auxílio reclusão e que acabam influenciando o comportamento das pessoas e o próprio cenário eleitoral, não passam de discursos ficcionais, já que, embora não sejam totalmente inverídicas – pois ambos possuem existência concreta – são enviadas com a ideia operacional de aumentar o medo na população, medo esse direcionado ao “inimigo”, reconhecido no Brasil nos jovens negros encarcerados.

3 Os institutos das saídas temporárias e do auxílio reclusão são identificáveis no Estado Garantista, conforme desenhado por Luigi Ferrajoli, donde se extrai que o Estado possui uma função negativa, ou seja, a de não adentrar na liberdade das pessoas indevidamente ou, quando devida sua intervenção, ser paulatinamente diminuída, na medida em que cumpridos seus objetivos; de outro lado, uma função positiva, devendo o Estado agir para eliminar diferenças estruturais e evitar a pobreza, restando o auxílio reclusão como encaixe perfeito nesta hipótese.

4 Pesquisas e dados oficiais demonstram que, enquanto mais de 96% das pessoas que obtiveram a permissão da saída temporária retornam aos seus estabelecimentos prisionais, apenas 0,14% do valor gasto pela União em benefícios previdenciários é destinado ao auxílio reclusão. Não se sustenta, portanto, um discurso destinado a identificar no referido auxílio um fator preponderante na falta de investimento em outras áreas essenciais, a exemplo da educação e da saúde.

5 Medidas judiciais de exceção e autoritarismo líquido aparecem para Pedro Serrano a partir do século XXI, quando se observa que o Poder Judiciário, principalmente nos países de terceiro mundo e de democracia tardia, desnatura direitos e garantias conquistadas

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. **Das ficções ao plano fático das medidas judiciais de exceção: a crise da segurança jurídica com os desvios na execução penal brasileira**

historicamente, sem suspensão ou supressão formal delas, como ocorre nos Estados de exceção, ocorridos no século XX, que tem no regime nazista um dos exemplos mais significativos.

6 No plano fático da execução penal, o excesso de execução ocorrido a partir da mora da prestação jurisdicional, para avaliar os pedidos de progressão de regime, e a “regressão cautelar”, decretada sem base legal, são exemplos da atuação judicial que desnatura as garantias constitucionais como a legalidade e a duração razoável do processo. Sua legitimação pelas decisões judiciais pode ser reconhecida como a institucionalização de discurso ficcional, perfazendo a escolha por uma realidade fática operacional não declarada.

7 Encerra-se a identificação fática de uma crise de segurança jurídica proporcionada pelo ímpeto desviante de decisões judiciais incompatíveis com a regulamentação legal da execução penal, a violar direitos e garantias fundamentais, além de estabelecer um estado líquido de exceção, baseado em um discurso ficcional de legitimidade, que se impõe com o objetivo de mascarar um sistema operacional ineficaz e inquisitorial.

Referências

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

CACICEDO, Patrick. **Ideologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

CACICEDO, Patrick. A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 124, p. 357-368, 2016.

CACICEDO, Patrick. **O princípio da less eligibility, a legalidade na execução penal e os tribunais superiores**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_306.pdf. Acesso em: 24 jul. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. **Das ficções ao plano fático das medidas judiciais de exceção: a crise da segurança jurídica com os desvios na execução penal brasileira**

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do direito latino-americano**. Ensaio traduzidos. (coord.). Ronaldo Porto Macedo Junior e José Reinaldo de Lima Lopes. Coleção Teoria e História do Direito. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo penal**. Universidade Nacional Autónoma de Mexico. Facultad de Derecho, Colección Lecturas Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, n. 34, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010b.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Ferrajoli, Luigi. Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional (Prólogo y traducción Perfecto Andrés Ibáñez). Madrid: Trotta, 2011.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria da Administração Penitenciária**. Balanço Saída Temporária Natal/Ano Novo 2014. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/saida-temporaria.html>. Acesso em: 10 nov. 2023.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria da Administração Penitenciária**. Balanço Saída Temporária – Dia das Crianças 2015 Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/noticias/balanco-saida-criancas-15.html>. Acesso em: 10 nov. 2023.

GOVERNO FEDERAL. **Boletim Estatístico da Previdência Social**. ago. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps072022_final.pdf. Acesso em: 29 nov. 2022.

JORNAL NH. **Viral falando sobre indulto de natal é mensagem falsa**. 22 dez. 2017. Disponível em: <https://www.jornalnh.com.br/2017/12/noticias/regiao/2216431-viral-falando-sobre-indulto-de-natal-e-mensagem-falsa.html>. Acesso em: 10 nov. 2023.

LIMA, Leonardo Biagioni de; MORO, Mateus Oliveira; CURY, Thiago de Luna Cury (coord.). Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Inspeções em presídios durante a pandemia da Covid-19**. Relatório. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. Abril 2022. Disponível em: <https://ponte.org/wp-content/uploads/2022/04/Relatorio-Pandemia--FINAL4.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A evolução do sistema punitivo e das ideias penais. **Revista da FDV**, Valença, v. 1, n. 1, p. 117-126, maio 1998, p. 125.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

OXFORD LEARNER'S DICTIONARIES. **Post-truth**. Disponível em: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/post-truth?q=post-truth>. Acesso em: 28 nov. 2022.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. Das ficções ao plano fático das medidas judiciais de exceção: a crise da segurança jurídica com os desvios na execução penal brasileira

PIMENTEL, Nathalia Muzzi Grecco Pimentel. O dilema da liberdade na execução penal: a morosidade estatal para análise da progressão de regime. In: **Criminalis – Revista Científica de Ciências Criminais**. São João Del-Rei, v. 2, n. 1, jul.-dez. 2022.

SALT, Marcos. La figura del juez de ejecución penal en Latinoamérica: la influencia de las ideas del Prof. Dr. Julio B.J. Maier en el marco el proceso de reforma del sistema de enjuiciamiento penal en Latinoamérica. In: **Estudios sobre justicia penal**. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/inejep/documentacion-archivos/doctrina/Salt-La-figura-del-juez-de-ejecucion-penal-en-latinoamerica.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**. Breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI. In: **Revista Themis**, Fortaleza, v.18, p. 197-223, jan.- jun. 2020.

TORRINHA, Rita. Auxílio reclusão concedido a dependentes de presos no Amapá soma R\$ 170 mil. **Portal G1**, 30 abr. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/auxilio-reclusao-concedido-a-dependentes-de-presos-no-amapa-somam-r-170-mil.ghtml>. Acesso em: 28 nov. 2022.