

Universidade Metodista de Piracicaba

Mestrado em Direito

Gessé Marques Junior

**“Quem entra com estupro é estuprado”:
avaliações e representações de juízes e
promotores frente à violência no cárcere.**

Piracicaba

Março de 2007

Universidade Metodista de Piracicaba

Mestrado em Direito

Gessé Marques Junior

**“Quem entra com estupro é estuproado”:
avaliações e representações de juízes e
promotores frente à violência no cárcere.**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito** à Banca Examinadora do Programa de Pós Graduação em Direito.

Orientador: Dimitri Dimoulis

Piracicaba

Março de 2007

Marques Junior, Gessé

“Quem entra com estupro é estuprado”: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere. Piracicaba, 2007. 183p.

Orientador: Prof. Dr. Dimitri Dimoulis
Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito –
Universidade Metodista de Piracicaba

1-Decisão judicial. 2-Condições carcerárias - Estuprador.

Resumo:

“Quem entra com estupro é estuprado” é uma regra que existe interior dos cárceres brasileiros, que define uma prática entre seus internos. A partir desta prática recorrente e ilícita, esta dissertação de mestrado em Direito analisa como esta relação entre os presos no sistema carcerário repercute nas atividades decisórias do judiciário.

Com fundamento teórico em Direito, especialmente de Teoria Geral do Direito e Direito Penal, a pesquisa insere os problemas doutrinários dentro de questões sociológicas e de ação profissional, que estão envolvidas na aplicação da lei.

Usando como metodologia de pesquisa a aplicação de questionários fechados e entrevistas em profundidade com juízes e promotores na região de Campinas, a coleta e análise dos dados reúnem conhecimentos antropológicos, sociológicos e de direito. Neste sentido, a pesquisa se desenvolve num difícil e ainda pouco desenvolvido terreno que relaciona questões sociológicas e de técnica jurídica.

Sobre a aplicação das normas jurídicas na realidade, a pesquisa questiona a ação decisória de juízes e promotores quando têm que relacionar as regras de dever ser jurídico, com as questões do ser, do socialmente vivido, que a realidade da execução penal impõe para suas ações.

O que se analisa neste trabalho não é o estupro ou a violência do cárcere como uma realidade dos presos, mas como esta prática repercute no poder judiciário, permitindo uma leitura própria, a construção de uma moldura de entendimento sobre o real que é característica deste campo profissional.

Respondendo a estes problemas, o trabalho percorre questões de direito com olhar sociológico, utilizando uma linguagem acessível tanto a profissionais de Ciências Sociais quanto a profissionais de Direito. E, sem perder seu foco de análise, desenvolve uma metodologia que amplia os horizontes das pesquisas em e sobre Direito e práticas jurídicas.

Abstract.

“The rapist will be raped” is a rule inside Brazilian prisons that defines a practice among inmates. The present study analyses how this recurring and illicit practice among prisoners reflects on the judiciary decision process.

Using General Theory of Law and Penal Law as a foundation, the research analyses the judicial decisions within a sociological and professional action framework related to the persecution of law.

The research methodology was based on questionnaires and extensive interviews with judges and public attorneys in the Campinas, São Paulo region. The gathering of data and the analysis thereof brings together anthropological, sociological and legal knowledge. In this sense, this study takes place in a difficult and little developed field of research that relates sociological issues and juridical technique.

The main focus of this study is related to the application of juridical law in real life conditions. In this sense, the work considers the decisions of judges and public attorneys, especially about the relationship between the “must to be” rules of law, and what is actually socially lived, or, in other words, the balance between the penal execution reality, and the problems presented as a result of these actions.

The aim of this study is not to think about rape or about the violence inside prisons, but how these practices are thought about in the judiciary system, and how this can create a kind of interpretation and a framework for understanding reality which is typical of these professional actors.

The dissertation deals with these juridical problems through a sociological frame of reference and, at the same time, develops a methodology which broadens the scope of research in Law and judiciary practices.

Agradecimentos.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a amizade, a solidariedade e o profissionalismo do Prof. Dr. Dimitri Dimoulis. Na minha vida acadêmica, é uma das raras pessoas com quem pude ter uma relação profissional e de amizade tão próxima e exigente.

Agradeço aos professores doutores Ana Lucia Sabadell, Joseli M. Nunes Mendonça e Antonio Isidoro Piacentin que participaram banca de qualificação, trazendo preciosas sugestões ao trabalho.

Com muito afeto, à esgrima sagaz da Prof^a. Neide Poli e à sua luta incansável contra os algozes da língua portuguesa.

À Prof^a. Maria Imaculada de L. Montebelo pelas noções básicas de estatística, criação de problemas e cálculo dos dados do trabalho.

As meninas da Secretaria da Pós-Graduação são uma referência para mim e para os colegas do programa que se perdem nas burocracias acadêmicas. Entre elas, um agradecimento especial para a Sueli e a Dulce.

Aos professores, e aos alunos do Programa de Mestrado em Direito na Unimep que, em vários momentos, foram solidários e compreensíveis com um aluno/ colega/professor que, vindo das Ciências Sociais, foi entrando em questões jurídicas.

Pela terceira, segunda e primeira vez, agradeço e me desculpo pelas horas roubadas da Vanda Lucia, da Lia e da Helena. Mais do que de ouro, são minhas meninas minas de afeto e valorização da vida, meu porto seguro.

Apesar da vontade, não posso nomear os(as) juízes(as) e promotores(as) que me auxiliaram no trabalho de pesquisa, especialmente o “Juiz T”, o “Juiz B”, o “Juiz W” e a “Promotora A”. Ainda que seja um agradecimento bizarro, sem esses profissionais eu não conseguiria realizar este trabalho.

6

Aprendo com abelhas do que com aeroplanos.
É um olhar para baixo que eu nasci tendo.
É um olhar para o ser menor, para o
insignificante que eu me criei tendo.
O ser que na sociedade é chutado como uma
barata – cresce de importância para o meu
olho.
Ainda não entendi por que herdei esse olhar
para baixo.
Sempre imagino que venha de ancestralidades
machucadas.
Fui criado no mato e aprendi a gostar das
coisinhas do chão –
Antes que das coisas celestiais.
Pessoas pertencidas de abandono me comovem:
tanto quanto as soberbas coisas ínfimas.
(Manoel de Barros –
Retrato do Artista Quando Coisa)

“... Daí, quando se estava no depois do almoço, vieram cavalheiros nossos, tangendo o troço de presos. Senti pena daqueles pobres, cansados, azombados, quase todos sujos de sangues secos – se via que não tinham esperança nenhuma decente. Iam de leva para a cadeia de Extrema, e de lá para outras cadeias, de certo, até para a da Capital. Zé Bebelo, olhando, me olhou, notou moleza. – ‘Tem dó não. São os danados de façanhosos...’ Ah, era. Disso eu sabia. Mas como ia não ter pena? O que demasia na gente é a força feia do sofrimento, própria, não é a qualidade do sofrente.”

(João Guimarães Rosa –

Grande Sertão: Veredas)

SUMÁRIO.

1. Introdução: Em defesa do estuprador?	10
1.1 O campo jurídico.	15
2. Metodologia de pesquisa: campo, entrevistas e questionário.	20
2.1 As entrevistas.	24
2.2 A população pesquisada.	29
2.3 A elaboração das questões.	35
3. Uma interpretação sobre o Sistema de Justiça Penal.	37
3.1 Direito Penal e proteção do Bem Jurídico.	48
4. Autodeterminação Sexual, Estupro e Atentado Violento ao Pudor.	53
4.1 Estupro.	58
4.2 Atentado Violento ao Pudor.	67
4.3 Lei dos Crimes Hediondos.	71
5. Lei de Execução Penal.	81
5.1 A LEP ou “As idéias fora de lugar”.	88
6. O Estuprador e Cárcere.	98
6.1 A existência da ‘regra sobre o estuprador’.	102
6.2 O seguro é inseguro.	109
6.3 A violência sexual faz parte do sistema.	115
6.4 O direito-ao-contrário do estuprador.	119
6.5 Dominação masculina sobre o estuprador.	141
7. Condições da Execução.	146
7.1 A complexa relação entre jurisdicional e administrativo.	150
8. A frustração da profissão.	166
9. Conclusão.	177
10. Bibliografia.	181

1. Introdução: Em defesa do estupro?

O estupro sempre anula o outro.

Embora esta afirmação possa parecer paradoxal, pois o estupro é definido e só é possível através de uma relação sexual, é uma relação que transforma o outro em objeto. E, ainda que seja uma conjunção, realiza-se através de seu contrário, como uma não-relação. De sujeito a objeto, o outro não tem dor, voz, desejo, vontade, ou direito. Sujeitado à força, mando e violência, tem anulado a liberdade e o controle sobre sua sexualidade, assim como o direito de dispor do próprio corpo.

Por ser um comportamento social tipificado como crime no ordenamento jurídico brasileiro, quando, e se o estupro for capturado pela Polícia, ele deverá responder a processo penal, e sendo comprovado seu dolo, deve ser julgado e condenado à pena de reclusão em estabelecimento carcerário.

Entretanto, o modo como a punição aos estupradores se realiza no interior do sistema carcerário nos leva a uma nova situação paradoxal, e ao mesmo tempo ilícita: a ordem interna existente nas cadeias impõe que os estupradores também sofram “estupro”¹ pelos seus pares.

Esta prática, que entendemos com um problema jurídico e social, veio ao nosso conhecimento a partir de uma pesquisa de campo realizada com presos albergados em 1991². Nessa pesquisa descobrimos que, de modo inflexível,

¹ Como veremos, juridicamente não existe estupro para homem, mas esta violência sexual é tipificada como atentado violento ao pudor. Todavia, nos usos de “senso comum”, a palavra “estupro” é utilizada para indicar uma relação sexual sem consentimento, independentemente de gênero.

² MARQUES JR., Gessé. **A vida no fio: crime e criminalidade num albergue de presos**. Mestrado em Antropologia Social (Dissertação). IFCH, UNICAMP. 1991; _____. O mundo do crime é uma ordem jurídica. In: LEMOS FILHO, Arnaldo et. al. **Sociologia geral e do direito**. Campinas, SP: Alínea, 2004. p. 197-216; _____. Malandro: o personagem principal do mundo do crime. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, IBCCRIM, ano 4, n° 16, out/dez 1996, São Paulo, p. 298-310.

redundante e efetivo, os presos impõem uma “lei”³ que deve reger os comportamentos no cárcere⁴, sendo definida do seguinte modo:

Quem entra com estupro é (deve ser) estuproado.⁵

Descobrimos que é uma regra inflexível e que não deve ser anulada. Ainda que existam pessoas dentro da cadeia que possam ter cometido estupro nas ações dentro da vida no crime, é o fato de ser acusado, julgado ou condenado pelo crime de estupro que faz do sujeito um objeto pré-determinado para a ação de vingança, através do “estupro” e outras violências, pelos outros presos.

Estamos lidando com diferentes tipos de regras, de coerção e de punição, sejam jurídicas ou não jurídicas. Em termos jurídicos temos um contexto no qual, frente a um ato ilícito, o sistema de justiça penal, dentro dos critérios formais e legais de juridicidade, e enquanto dever ser jurídico, reage condenando o estuprador à pena de prisão. Mas, em termos não reconhecidos como jurídicos, dentro da prisão a organização entre os presos impõe uma outra condenação, formal e não legal, que tem conseqüências esperadas e recorrentes para os estupradores. Dentro do paradoxo entre sujeito e objeto, ao defendermos o “outro-mulher” subjugada como vítima de estupro e da dominação masculina, socialmente, e através do sistema de justiça, impomos ao seu algoz as mesmas condições de sofrimento e anulação do

³ Embora não seja uma lei no sentido jurídico e positivo, é justamente pelo seu poder coercitivo, impositivo e de validade interna no espaço social e geográfico do cárcere que os presos costumam denominá-la de “lei”. A partir daqui vamos defini-la como “regra”, implicando assim uma regra social não presente na legislação.

⁴ A relação entre estuprador e cárcere também aparece nos seguintes autores: COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo**: crise e conflito no Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, IUPERJ, 1987; IRWIN, John. **The Jail**: managing the underclass in american society. Berkeley: University of California Press, 1987; RAMALHO, José Ricardo. **O mundo do crime**: a ordem pelo avesso. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

⁵ O uso do verbo “é” no sentido de “deve ser” é comum na linguagem jurídica. Conforme, por exemplo, a norma constitucional “Brasília é a Capital Federal” (art. 18 § 1º).

“outro” que – enquanto norma de proteção e reconhecimento do sujeito de direito – repudiamos para a(s) sua(s) vítima(s).

Também há um outro problema de senso comum entre os presos que nos obriga a explicar a frase “acusado, julgado ou condenado”. Embora estes diferentes conceitos jurídicos impliquem diferentes momentos na vida do indivíduo na sua relação com o sistema de justiça, o estupro pode sofrer o “estupro” em qualquer momento na vida no cárcere, seja no distrito policial, na cadeia ou em penitenciária⁶.

Na pesquisa realizada no albergue de presos também descobrimos que a violência contra o estupro muitas vezes independe de sua efetiva participação no ato. Ao levar o indivíduo preso, enquanto suspeito ou acusado do crime, a polícia pode, direta ou indiretamente, impor o sofrimento na mão dos seus pares, ainda que posteriormente seja comprovada sua inocência, e ainda que a acusação de estupro não tenha fundamento. E, mesmo que o réu seja absolvido, é muito provável que sofra várias formas de violência durante sua passagem pelo cárcere.

A partir do funcionamento do sistema de justiça penal, vemos que, paralelo aos objetivos de punição, reeducação, e reinserção na sociedade, há uma submissão do estupro a práticas punitivas violentas de constrangimento sexual e moral. E, num conflito com a ordem legal, ao invés de tutelar o condenado o Estado, enquanto Judiciário, Legislativo e Executivo, coloca-o num contexto em que fica sujeitado à força, mando e violência, onde é anulada sua liberdade e o controle sobre sua sexualidade, assim como o direito de dispor do próprio corpo.

⁶ Atualmente a Secretaria da Administração Penitenciária tem quatro presídios voltados a condenados por crimes sexuais. Estes presídios estão instalados em Oswaldo Cruz, Serra Azul, Itai e Sorocaba. GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria da Administração Penitenciária. **Mapa das Unidades Prisionais**. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/>>. Acesso em: 26/10/2006.

Embora tenhamos iniciado tratando de presos, estupradores, violência sexual e de cárcere, o objetivo de nossa pesquisa não se direciona à perspectiva das mulheres que sofrem a violência, dos presos que a impõe, dos estupradores violentos e violentados, dos delegados ou dos diretores de presídios, nem propõe uma análise sobre as condições de cumprimento de pena no sistema carcerário. O nosso foco de análise procura investigar como os(as) juízes(as) e promotores(as) avaliam a efetividade e a lógica desta regra dentro de um conjunto de relações sociais e jurídicas, assim como alguns problemas decorrentes para o sentido e o universo da teoria jurídica e de suas práticas profissionais.

De modo geral, esta pesquisa procura analisar as instituições do sistema de justiça e os efeitos sobre a realidade social.

Maria Tereza Sadek define sistema de justiça como “o conjunto de instituições estatais encarregadas de garantir os preceitos constitucionais, de aplicar a lei e de distribuir justiça”.⁷ Se, por um lado, esta é uma definição muito ampla e abrange os poderes legislativo, executivo e judiciário; por outro, ela permite pensar as atividades de aplicação e distribuição de justiça como uma atividade que não é restrita ao Poder Judiciário. No nosso caso, como estamos trabalhando com decisão judicial e execução penal, devemos procurar as conexões entre o executivo e o judiciário, em vez de pensá-los como autônomos e limitados por competências institucionais específicas. O que nos interessa são as relações entre as diferentes instituições na aplicação do direito penal, na execução penal, e as interações com o ordenamento jurídico. Por isso, iremos denominar sistema de justiça penal, ou sistema de direito penal, incluindo aí as atividades da Polícia, da Justiça, do Ministério Público e dos estabelecimentos carcerários.

Restringindo a definição de sistema de justiça de Sadek, faremos uma abordagem direcionada ao positivismo jurídico no sentido do “aplicar a lei”, mais do que no sentido moral de “distribuir justiça”, como veremos no capítulo três.

Frente aos problemas jurídicos e sociais que a conjuntura do estupro impõe, queremos analisar as ações dos(as) juízes(as) e promotores(as) dentro de um campo relacional, procurando entender como avaliam suas relações com o sistema carcerário, com o ordenamento jurídico e com o Poder Executivo. Frente a isto, interpretamos o “poder de nomeação” que a justiça impõe ao condenar o estupro, e dentro deste, como as condições impostas ao estupro é uma forma de dominação masculina. E, finalmente, entre a ordem jurídica e a vida destes profissionais, percebemos um desgaste emocional/profissional que aparece por meio de um sentido recorrente nomeado de frustração.

⁷ SADEK, M. T.. Estudos sobre o sistema de justiça. In: MICELI, S. (org.). **O que ler na ciência social brasileira**. São Paulo : ANPOCS : Editora Sumaré; Brasília, DF: CAPES, 2002. p. 237.

1.1 O campo jurídico.

O objetivo é analisar as relações jurídicas e sociais que a condenação do estuprador cria para o sistema de justiça penal, tendo como foco a análise que os(as) juízes(as) e promotores(as) fazem sobre as condições de vida do estuprador no cárcere.

Ao construirmos este *modelo* de pesquisa, temos como referência a noção de campo de Pierre Bourdieu e a sua relação com a investigação:

Noção de campo é, em certo sentido, uma estenografia conceptual de um modo de construção do objecto que vai comandar – ou orientar – todas as opções práticas da pesquisa. Ela funciona como um sinal que lembra o que há que fazer, a saber, verificar que o objecto em questão não está isolado de um conjunto de relações de que retira o essencial de suas propriedades. Por meio dela, torna-se presente o primeiro preceito do método, que impõe que se lute por todos os meios contra a inclinação primária para pensar o mundo social de maneira realista ou, para dizer como Cassirer, *substancialista*: é preciso pensar *relacionalmente*.⁸

Em termos metodológicos, o objetivo é “abordar um caso empírico com a intenção de construir um *modelo*”, e “interrogar *sistematicamente* o caso particular [...] para retirar dele as propriedades gerais ou invariantes que só se denunciam mediante uma interrogação assim conduzida”.⁹

O nosso campo se constitui em um emaranhado de questões concretas e simbólicas que atravessam o lugar do estuprador no sistema de justiça penal.

⁸ BOURDIEU, Pierre. Introdução a uma sociologia reflexiva. In: _____. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. p. 27-8.

⁹ *Ibid.*, p. 32.

Para elaborarmos essa análise, vamos recorrer a conhecimentos distintos fornecidos pela Sociologia, Teoria do Direito e Antropologia, compondo questões jurídicas e sociológicas, além das questões relativas ao dever ser jurídico, aos dados simbólicos e de realidade social.

Quando Bourdieu analisa o campo jurídico, parte de um olhar reflexivo para interpretar o funcionamento do direito na sociedade. Entre outras questões, mostra como este campo é um lugar socialmente construído de mediação, analisa o uso específico da linguagem, as formas e os espaços de poder, as formas de divisão e hierarquia do trabalho jurídico, a concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, os limites da interpretação dos textos, a construção da interpretação jurídica, além das diferentes divisões internas e das hierarquias de interpretação sobre o veredicto¹⁰.

Apesar dos vários aspectos que compõem sua análise do campo jurídico, a parte que especialmente nos interessa é sua reflexão sobre o poder de nomeação do direito.

O veredicto do juiz, que resolve os conflitos ou as negociações a respeito de coisas ou de pessoas ao proclamar publicamente o que elas são na verdade, em última instância, pertence à classe dos *actos de nomeação* ou de *instituição*, diferindo assim do insulto lançado por um simples particular que, enquanto discurso privado – *idios logos* –, que só compromete o seu autor, não tem qualquer eficácia simbólica; ele representa a forma por excelência da palavra autorizada, palavra pública, oficial, enunciada em nome de todos e perante todos: estes enunciados performativos, enquanto juízos de atribuição formulados publicamente por agentes que actuam como mandatários autorizados de uma colectividade e constituídos assim em modelos de todos os actos de categorização [...] são actos

¹⁰ BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. p. 209-254.

mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão, que eles impõem.¹¹

Enquanto atos de nomeação, o poder de veredicto não somente diz o direito, mas, ao fazê-lo, cria categorias de entendimento e de verdade socialmente reconhecidas. Nesse sentido, Bourdieu fala do poder simbólico, ou da violência simbólica, pois nessa ação não existe a possibilidade de “recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão, que eles impõem”. Pois, o direito

[...] consagra a ordem estabelecida [...] que é a visão do Estado e garantida pelo Estado [...] a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas.¹²

Partindo de uma análise relacional, Bourdieu analisa o veredicto dentro de um conjunto de relações sociais impedindo-o de ser entendido como sendo somente jurídico, ainda que se estabeleça como “um universo social autônomo, capaz de produzir e de reproduzir, pela lógica do seu funcionamento específico, um *corpus* jurídico relativamente independente dos constrangimentos externos”.¹³

Dizer o direito implica um conjunto de relações simbólicas de nomeação, que “propõem princípios de visão e de divisão objectivamente ajustados às divisões preexistentes de que são produto, que tais actos têm toda a sua eficácia de enunciação criadora que, ao consagrar aquilo que enuncia, o coloca num grau de existência superior, plenamente realizado, que é o da instituição instituída”.

¹¹ Ibid., p. 236-7.

¹² Ibid., p. 237.

¹³ Ibid., p. 210.

Assim, podemos pensar na atuação do sistema de justiça penal não somente como atos jurídicos revestidos de coerência doutrinária ou dogmática interna, mas atos que trazem consigo uma força simbólica atribuindo-lhes entendimento e sentido para além da decisão do juiz. Nesse sentido, o veredicto nos ensina determinadas formas de percepção e construção do real que tem por efeito “consagrar a ordem estabelecida: a representação justa sanciona e santifica a visão dóxica das divisões, manifestando-a na objectividade de uma ortodoxia por um verdadeiro acto de criação que, proclamando-a à vista de todos e em nome de todos, lhe confere a universalidade prática do oficial”.¹⁴

A partir dessa análise, somos levados a pensar a situação do estupro não como um descompasso de entendimento na aplicação da lei penal, ou como defeitos na execução penal, ou um sistema que estaria em descompasso com os objetivos do Estado de Direito. Mas, o veredicto e o seu poder de nomeação, sendo sempre simbólicos, impõem determinadas categorias de entendimento e sentido que, na sua relação com a punição ao estupro, definem as práticas jurídicas e sociais.

Vamos iniciar expondo a metodologia de pesquisa, como elaboramos e aplicamos os questionários, e como realizamos as entrevistas com os(as) juizes(as) e promotores(as) da região de Campinas, São Paulo. No capítulo três, definiremos o nosso entendimento sobre o sistema de justiça penal, e vinculando-nos ao positivismo jurídico, definiremos alguns conceitos fundamentais que organizam o funcionamento do direito penal brasileiro. Ainda nesse capítulo, analisaremos a questão do bem jurídico e os objetivos de proteção, pelo direito penal, da autodeterminação sexual.

A partir do entendimento da doutrina, definiremos os crimes de Estupro, de Atentado Violento ao Pudor e a inserção dentro dos Crimes Hediondos.

¹⁴ Ibid., p. 237-8.

No capítulo cinco, descrevemos a Lei de Execução Penal de acordo com a doutrina, assim como as contradições e as dificuldades de sua aplicação na realidade carcerária brasileira.

Voltaremos à regra do cárcere sobre o estuprador a partir do capítulo seis, procurando entender como os(as) juízes(as) e promotores(as) avaliam esta regra ausente do direito positivo, e, ao mesmo tempo, relacionando-a com as normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

No capítulo sete procuramos entender os limites da ação dos(as) juízes(as) e promotores(as), e os conflitos decorrentes da relação entre Justiça e Executivo. E, finalmente, no capítulo oito, como a relação entre o ideal jurídico expresso pelas normas de dever ser contrapõem-se às práticas profissionais e à vivência no interior do sistema de justiça penal.

2. Metodologia de pesquisa: campo, entrevistas e questionário.

Os trabalhos de pesquisa e de coleta de dados foram realizados com aplicação de questionários e de entrevistas com juízes(as) e promotores(as) em algumas comarcas da região de Campinas, Estado de São Paulo, entre os meses de julho a outubro de 2006. Inicialmente distribuímos questionários com perguntas fechadas, e após a apresentação e o contato inicial com juízes(as) e promotores(as), realizamos entrevistas abertas tendo como parâmetro as questões relativas à execução penal, especialmente para o caso do estupro.

A distribuição prévia dos questionários procurava informar os objetivos da pesquisa aos entrevistados, possibilitando ou não o envolvimento no trabalho. Esta informação prévia torna-se necessária entre estes profissionais que, como veremos, procuram proteger suas ações e imagem públicas com rigor formal e reserva pessoal.

Atentando a esta reserva pessoal, não iremos revelar quais são as cidades onde realizamos a pesquisa, nem os nomes dos juízes(as) e promotores(as) que responderam ao questionário ou participaram da entrevistas, evitando a quebra do sigilo previamente combinado. Por isto, nomearemos os juízes(as) e promotores(as) como “Juiz A”, “Juiz B”, “Promotor O”, “Promotor C”, etc., não diferenciando o gênero do entrevistado. Por um lado, esta forma de coleta de dados causa problemas metodológicos quanto à validação e à possibilidade de confrontação das fontes; por outro, como veremos, tornar pública a identidade dos nossos entrevistados é uma dificuldade que surge no campo de pesquisa. Assim, podemos recorrer à

metodologia dos estudos antropológicos na qual o pesquisador “cria” seus dados a partir da interação com o campo de pesquisa.¹⁵

Entrevistamos juízes(as) e promotores(as) independente de sua área de atuação no momento da entrevista. O que interessava era que, apesar de termos contato com juízes(as) das áreas Cíveis, Família ou outros, todos eles(as) atuaram, especialmente no início de carreira, em Varas Criminais.

Embora a problemática do cárcere envolva delegados de polícia, juízes, promotores e diretores de presídio, limites práticos nos impediram de realizar uma pesquisa de tal envergadura, limitando o campo de pesquisa a juízes(as) e promotores(as) com quem pudemos entrar em contato.

Dentro da limitação espacial e hierárquica da região citada, fizemos o contato inicial com estes operadores por intermédio de pessoas conhecidas, que nos apresentaram a outros profissionais, que apresentaram a outros.... A partir da distribuição dos questionários, as entrevistas foram marcadas de acordo com as disponibilidades, os interesses e as afinidades dos “informantes” com o tema de pesquisa.

O problema metodológico da necessidade de preservação da identidade dos informantes nos insere em um primeiro dado do campo de pesquisa, que surgiu das

¹⁵ A metodologia de Pesquisa de Campo na Antropologia, “fundada” com MALINOWSKY no início do século XX, vem sendo desenvolvida através de pesquisas etnológicas, ou etnográficas, seja entre populações indígenas – KUPER –, seja entre população urbana – CARDOSO e FELDMAN-BIANCO. A questão do sigilo, troca de nomes, ou ocultar o local de pesquisa, ocorre em trabalhos como, entre muitos outros exemplos, ZALUAR. Tereza CALDEIRA analisa problemas quanto à presença do autor na construção e interpretação dos dados coletados. MALINOWSKI, B. K.. **Argonautas do Pacífico ocidental**: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984; KUPER, A. **Antropólogos e antropologia**. Rio de Janeiro: F. Alves, 1978; CARDOSO, Ruth C. L.. **A aventura antropológica**: teoria e pesquisa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; FELDMAN-BIANCO, B. (org.) **A antropologia das sociedades contemporâneas**. São Paulo: Global, 1987; ZALUAR, A. **A máquina e a revolta**: as organizações populares e o significado da pobreza. São Paulo: Brasiliense, 1985; CALDEIRA, Teresa. A presença do autor e a pós-modernidade em antropologia. **Novos estudos: Cebrap** (21):133-157, jul 1988.

observações no trabalho de campo: se manter reservado é um valor interno da profissão. Ou, como Bourdieu diria sobre o *habitus*:

[...] as atitudes ao mesmo tempo ascéticas e aristocráticas que são a realização incorporada do dever de reserva são constantemente lembradas e reforçadas pelo grupo dos pares, sempre pronto a condenar e a censurar os que se comprometeriam de modo demasiado aberto com questões de dinheiro ou de política.¹⁶

Na interação que tivemos com estes profissionais, percebemos uma grande preocupação com o papel público e com a exposição pública de suas opiniões. Esta preocupação já tinha sido notada quando aplicamos questionários e realizamos pesquisa no IDESP¹⁷, e por isso não inserimos a variável “nome” nos dados de identificação do questionário.

Além disso, o objetivo da pesquisa não é individualizar, mas buscar padrões sociais e culturais, assim como as avaliações que estes sujeitos fazem sobre o problema proposto. Em outras palavras, o objetivo é “abordar um caso empírico com a intenção de construir um *modelo*”, e “interrogar *sistematicamente* o caso particular [...] para retirar dele as propriedades gerais ou invariantes que só se denunciam mediante uma interrogação assim conduzida”.¹⁸

Todavia, quando esclarecíamos a não necessidade de identificação nominal, alguns entrevistados questionavam o sigilo, argumentando que através de dados como sexo, área de jurisdição, instância e entrância, ainda seria possível a identificação pessoal.

¹⁶ BOURDIEU, P. Op.Cit. 1989, p. 227.

¹⁷ SADEK, Maria Tereza (org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. São Paulo: Idesp/Ed. Sumaré; Rio de Janeiro: Fundação Ford; Nova York: Fundação Mellon, 1995. (Série Justiça).

¹⁸ BOURDIEU, Pierre. Introdução a uma sociologia reflexiva. In: _____. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. p. 32.

Na questão da reserva, percebemos um grande conflito de posições sociais e profissionais que orienta suas posturas frente à exposição pública. Ou seja: até onde é possível expressarem suas opiniões quando estas são opostas à legislação vigente?¹⁹

Mesmo em relação ao questionário, alguns operadores questionavam as perguntas afirmando serem muito relacionadas à moral e não ao 'direito'. Por um lado, podemos indagar qual seria o objetivo de um questionário de opinião, senão a procura por um saber opinativo, moral, e quem sabe, contrário ao direito positivo. Por outro, percebemos que a expressão da opinião pelos operadores do direito não pode estar desvinculada dos limites da legislação e do direito positivo. Assim, não há opinião sem o limite da lei, e, especialmente, sem o limite da racionalidade do dever ser legal, e mesmo quando contrariados por dados de realidade, o ideal jurídico do dever ser orienta a racionalidade profissional.

Nestes termos, percebemos que a imposição de um "dever de reserva" como um valor do grupo, é uma forma de se resguardar, e ao mesmo tempo limitar a exposição pessoal às questões sociais, submetendo-as às normas jurídicas.

¹⁹ Embora não analisemos estas questões em profundidade, temos três ordens de variáveis inter-relacionadas que devem ser esclarecidas. Uma diz respeito ao lugar do Judiciário e do Ministério Público dentro do Estado e a possibilidade de fazer uma crítica "legal" à política do governo da qual os(as) juízes(as) e promotores(as), em parte, dependem. Outra, objetivamente normatizada, se refere ao dever de cautela do juiz, que não pode expor suas posições fora do processo. E, finalmente, uma normatização subjetiva que implica um complexo de obrigações de silêncio, de boa conduta (até como se vestir), deveres de discricção, cautela e silêncio, que fazem parte de uma "conduta irrepreensível na vida pública e privada". Neste sentido, o Capítulo I, "Dos Deveres do Magistrado", inserido no Título III, "Da Disciplina Judiciária", o Art. 35, VIII, impõe ao magistrado o dever de "manter conduta irrepreensível na vida pública e particular". E o Art. 36, III, "É vedado ao magistrado: manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério". BRASIL. **Lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 23/02/2007.

2.1 As entrevistas.

As entrevistas foram realizadas com dezoito profissionais, sendo sete promotores(as) e onze juizes(as). Após a apresentação do pesquisador e a entrega dos questionários, solicitávamos o agendamento posterior de entrevista. Em alguns casos o profissional preferiu iniciar a entrevista na mesma hora. Em uma comarca, o promotor reuniu os(as) promotores(as) em sua sala e realizou uma entrevista coletiva com cinco profissionais.

Com questões abertas relacionadas ao problema inicial da pesquisa, deixamos que o entrevistado desenvolvesse suas opiniões, suas interpretações e as associações que julgava pertinentes. Geralmente o entrevistado iniciava a conversa, apontando as questões que entendia serem mais importantes. Não utilizamos gravadores para evitar constrangimentos quanto a reserva, e para que a conversa pudesse fluir mais livremente. Além disso, acreditamos que se utilizássemos gravador muitos se recusariam a dar entrevista. Por outro lado, alguns entrevistados não se oporiam ao gravador, afirmando, expressamente, não se intimidarem em declarar suas opiniões pessoais. Tanto em um caso como em outro, esquivando-se ou revelando-se ostensivamente, existe uma dificuldade e constrangimento em expressar a opinião sobre temas relacionados ao funcionamento da justiça e do direito. Apoiando-nos em anotações, ao transcrever as entrevistas, perdemos a totalidade das falas, mas pudemos conversar mais livremente, e, aparentemente, sem constrangimentos.

A pesquisa realizada neste trabalho de campo não permitiu o contato duradouro e de constante envolvimento com os entrevistados, como vemos em trabalhos de antropologia, especialmente a partir de Malinowsky. Mas, assim como ele, procuramos alcançar os “imponderáveis da vida real e do comportamento típico”

entre os nossos “nativos”²⁰. Sem a pretensão de atingir o “corpo e alma da magistratura”, o trabalho de campo fica limitado enquanto “descrição densa”, mas procura entender o homem como “um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu”, procurando desvendar as teias e fazer sua análise, “não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado”.

Nossa dupla tarefa é descobrir as estruturas conceptuais que informam os atos dos nossos sujeitos, o ‘dito’ no discurso social, e construir um sistema de análise em cujos termos o que é genérico a essas estruturas, o que pertence a elas porque são o que são, se destacam contra outros determinantes do comportamento humano.²¹

Além do limite de tempo para a realização do trabalho de campo, estávamos lidando com profissionais com agendas bastante apertadas. Frente a esses dados objetivos, ficamos sujeitos à vontade do entrevistado, ao seu interesse em participar da pesquisa, à sua afinidade com a proposta, ou com seu desejo de reflexão sobre a sua ação profissional. Como o tempo era um problema concreto, conseguimos agendar entrevistas entre as audiências, no final delas, ou no final do expediente do fórum.

Além da reserva pessoal e profissional, o limite de tempo e a agenda apertada também são características efetivas do campo. Independente do volume de serviço realizado pelos diferentes profissionais, há um discurso recorrente sobre a quantidade de trabalho e da escassez de tempo.

Como registrado no diário de campo:

²⁰ MALINOWKY, B. **Argonautas do pacífico ocidental**: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 28-31.

²¹ GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. pags. 15, 31 e 38.

Por telefone, no fórum, um juiz me apresentou e me encaminhou a outro juiz. Mas, quando entrei na sua sala para entregar o questionário, ele disse para esperar. Fiquei sentado ao lado de sua mesa enquanto ele trabalhava. Depois de uns 5 minutos, falou sobre a carga de trabalho, sobre as dificuldades de entrar em licença prêmio, e que, embora estivesse entrando em licença, ainda tinha muitas pendências para resolver. Afirmou que, ao contrário do que dizem, os juízes trabalham muito, não têm tempo.

Quando começamos a conversar, eu disse que era uma pesquisa de mestrado em Direito, e que também lecionava em curso de Direito.

A partir desse momento, ele relaxou, disse que então eu entendia do que ele estava falando, deixou os papéis de lado, sentou-se na minha frente e se dispôs a conversar.

O importante neste caso não é a falta de tempo ou a excessiva e real carga de trabalho, mas a constante referência, o discurso constante sobre os contrangimentos que o trabalho impõe. Como o tempo é escasso, serve de justificativa para não aceitar fazer entrevista, ao menos que se possa estabelecer alguma relação de proximidade.

Os(as) juízes(as) e promotores(as) que entrevistamos se dispuseram a gastar, pelo menos, uma hora e meia com a entrevista, e com alguns, ficamos mais tempo. Embora possamos dizer de uma lógica formal e legalista que percorre o discurso do(as) juízes(as) e promotores(as), conforme íamos conversando e tratando dos problemas relacionados com a prática jurídica, alguns se soltavam e passavam a questionar sua própria prática, a falar de problemas pessoais, de problemas que envolvem o sistema de justiça, muitas vezes utilizando uma linguagem que os afastavam dos limites formais do distanciamento, reserva e 'respeitabilidade' do jargão forense.

E eu, antropólogo em traje forense, vestido de terno e gravata e preso aos limites da formalidade, espantava-me quando, mais relaxados, juízes(as) e

promotores(as) diziam coisas como, “como juiz não faço ‘porra’ nenhuma”. Nesses momentos, era como se pudesse atravessar os limites da formalidade e começar a entender, como Lewis Carroll, o que ocorre do outro lado do espelho.

Ao me apresentar, dizia que tinha formação e pós-graduação em Ciências Sociais e agora cursava mestrado em Direito. Se, por um lado, as Ciências Sociais me afastavam do campo, por outro, o mestrado em Direito me aproximava como um possível interlocutor, como alguém que poderia entender o vivido no sistema de justiça, ainda que não fosse reconhecido como um par. Dificuldade que não é somente minha, mas que também aparece em trabalhos sobre a magistratura que usam o distanciamento estatístico como forma de aproximação e coleta de dados²².

À reserva, à proteção à fala, ao discurso pessoal submetido à forma legal, e ao trabalho exaustivo, também pode ser acrescentada uma forma de pensar e de se expressar que é recorrente entre os nossos informantes. Embora o direito exija um constante esforço de abstração, devido às leis e premissas gerais, impessoais e abstratas, o discurso dos operadores faz referência a dados concretos, a casos vividos em âmbito profissional. Excluindo um juiz, que para explicar suas idéias fazia referência à literatura, teorias jurídicas ou sociológicas, as explicações sempre buscam “Casos” conhecidos para exemplificar, para concretizar o pensamento abstrato.

Esta lógica de tornar concreto o pensamento abstrato cria sérias dificuldades metodológicas em trabalhos doutrinários e acadêmicos em Direito. Muitas vezes, os casos são ‘pinçados’ na ‘realidade’ sem a utilização de critérios metodológicos de

²² Nestes termos, ver os seguintes trabalhos: VIANNA, L. W. et. al.. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997; VIANNA, L. W. et. al.. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999; SADEK (org.). **Justiça e cidadania no Brasil**. São Paulo: Ed. Sumaré/ Idesp, 2000; SADEK (org.). **O ministério público e a justiça no Brasil**. São Paulo: Sumaré: Idesp, 1997; SADEK (org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. São Paulo: Idesp/ Ed. Sumaré; Rio de Janeiro: Fundação Ford; Nova York: Fundação Mellon, 1995; ASSOCIAÇÃO dos Magistrados Brasileiros. **Pesquisa AMB 2005**. Disponível em: www.amb.com.br/porta1/docs/noticias/PesquisaAMB2005.pdf> Acesso em: 20/10/2006.

coleta, sistematização e utilização dos dados, sejam eles históricos ou sociológicos, o que os aproxima mais de uma lógica da bricolagem do que de uma lógica científica.²³

Neste trabalho, também vou recorrer aos casos 'exemplares', mas procurando contextualizá-los e interpretá-los dentro dos problemas que iremos tratar, relacionando a questões teóricas mais amplas. Enfim, dentro dos limites da região estudada, da hierarquia profissional dos entrevistados, da forma de coleta e da quantidade de dados, fazemos um estudo de caso sobre a análise que juízes(as) e promotores(as) fazem do sistema de justiça penal, tendo como referência a violência imposta ao estupro nos cárceres.

²³ Para uma crítica aos trabalhos acadêmicos em Direito, entre outros, ver: NOBRE, Marcos et. alii. **O que é pesquisa em direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005; NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 66, julho de 2003, p.145-154; OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi! In: _____. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167; SABADELL, Ana Lucia. Reflexões sobre a metodologia na história do direito. **Cadernos de direito: cadernos do curso de mestrado em direito da Universidade Metodista de Piracicaba**, Piracicaba, vol. 2, n. 4, 2003, p.25-39.

2.2 A população pesquisada.

Foram distribuídos mais de setenta (70) questionários na região, mas foram devolvidos trinta e sete (37). O controle sobre os questionários e sobre quem havia ou não respondido foi dificultado pelas questões de reserva. De modo geral, em cada comarca, recebemos a totalidade dos questionários por intermédio de um promotor ou juiz conhecido. Desse modo, procurávamos explicitar que a identificação do respondente seria ainda mais dificultada.

Como a pesquisa é uma amostragem voluntária, por tipicidade e conveniência, os dados amostrais não podem ser entendidos como representativos da totalidade da população da região, mas procuram, entre aqueles que responderam, fazer uma análise qualitativa.

Dos questionários respondidos, temos 17 (45,9%) Magistrados(as), e 14 (37,8%) Promotores(as), e um total de 6 (16,2%) “sem resposta”. A distribuição de sexo é composta por 24 homens (64,9%) e 9 mulheres (24,3%), e 4 questionários (10,8%) não responderam. Esta distribuição de gênero é próxima da composição da magistratura brasileira. O Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário indica, em 2003, 73,98% de homens e 26,02% de mulheres. E, na pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros em 2005 no Brasil, em 1º grau, 75,2% são homens, 24,8% são mulheres. Na região Sul, 78,0% homens e 22,0% mulheres.²⁴

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Banco nacional de dados do poder judiciário – BNDPJ. **Justiça comum de 1º grau**. Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj/justicacomum/Jcomum7A2003.asp>. Acesso em: 13/11/2006; ASSOCIAÇÃO dos Magistrados Brasileiros. **Pesquisa AMB 2005**. Disponível em: www.amb.com.br/portal/docs/noticias/PesquisaAMB2005.pdf> Acesso em: 20/10/2006. pag. 4-5.

Tabela 1
Atuação Profissional

Função	Frequência	Porcentagem
Magistrado	17	45,9
Promotor	14	37,8
Em branco	6	16,2
Total	37	100

Tabela 2
Sexo

Sexo	Frequência	Porcentagem
Masculino	24	64,9
Feminino	9	24,3
Em branco	4	10,8
Total	37	100

A faixa etária está concentrada entre 34 e 42 anos (45,9%), com uma média (o valor definido como uma grandeza equidistante dos extremos de outras grandezas) de 38,65 anos e mediana (valor que divide um conjunto de valores ordenados em partes iguais, é definida como o valor que divide os dados ordenados ao meio, i.e. metade dos dados têm valores maiores do que a mediana, a outra metade tem valores menores do que a mediana) de 37 anos, sendo que 14 pessoas (37,8%) não responderam.

Tabela 3
Idade

Idade (em anos)	Frequência	Porcentagem
31	1	2,7
33	1	2,7
34	2	5,4
35	6	16,2
37	2	5,4
40	4	10,8
42	3	8,1
43	1	2,7
45	1	2,7
47	1	2,7
52	1	2,7
Em branco	140	37,8
Total	37	100

A maioria dos respondentes está em primeira instância (73%), sendo (37,8%) na entrância intermediária e (40,5%) na entrância final. Nestes dois dados, temos uma distorção da representação percentual devido ao número de questionários sem resposta: 18,9% na pergunta sobre entrância, e 21,6% na pergunta sobre instância.

Quanto à área de atuação, ou jurisdição, no questionário, citamos as diferentes opções, tais como: Civil, Criminal, Fazenda, Execução, Família, Infância e Juventude e Cumulativa. Ao tabular os dados, encontramos respostas que assinalavam mais de uma opção, mas não se enquadravam na Cumulativa. Quando havia mais de uma opção, ainda que não fosse escolhida Cumulativa, marcamos

como Cumulativa. Por isso, temos uma freqüência de 15 (40,5%) na Cumulativa, 6 (16,2%) na Cível, 6 (16,2%) na Criminal, 2 (5,4%) na Execução, e 1 (2,7%) em Família, lembrando que 7 (18,9%) não responderam.

Tabela 4
Entrância

Entrância	Freqüência	Porcentagem
Inicial	1	2,7
Intermediária	14	37,8
Final	15	40,5
Em branco	7	18,9
Total	37	100

Tabela 5
Instância.

Instância	Freqüência	Porcentagem
Primeira	27	73,0
Segunda	1	2,7
Em branco	8	21,6
Total	37	100

Tabela 6
Jurisdição

Jurisdição	Frequência	Porcentagem
Civil	6	16,2
Criminal	6	16,2
Execução	2	5,4
Família	1	2,7
Cumulativa	15	40,5
Em branco	7	18,9
Total	37	100

Da população entrevistada, 17 pessoas (45,9%) têm a formação educacional necessária em Direito, 7 (18,9%) fizeram especialização, 6 (16,2%) mestrado, e um doutorado. O número de questionários sem resposta foi seis (16,2%).

Tabela 7
Formação Acadêmica

Formação Acadêmica	Frequência	Porcentagem
Graduação	17	45,9
Especialização	7	18,9
Mestrado	6	16,2
Doutorado	1	2,7
Em branco	6	16,2
Total	37	100

De modo geral, temos um equilíbrio entre magistrados e promotores com representatividade maior de homens, com idade mediana de 37 anos, na entrância intermediária e final, em primeira instância, exercendo funções em mais do que uma área de jurisdição. Por ser pré-requisito dessas profissões, todos são graduados em Direito, mas, dentre estes, encontramos 37,8% com cursos de pós-graduação, incluindo especialização, mestrado e doutorado.

Como dissemos, a reserva faz parte do *habitus* desta população, e também aparece nas questões que tratam de identificação do respondente. Ainda que não houvesse campo para “nome” nos questionários, e que fossem entregues como uma totalidade, temos um número elevado de “sem resposta”. Se somarmos os valores “sem resposta” de Entrância, Instância e Jurisdição, respectivamente 18,9%, 21,9% e 18,9%, e dividirmos por 3, teremos uma média de 19,9%. Isto é, aproximadamente 20% dos questionários evitaram as questões de identificação. Se somarmos com Idade (37,8%), teremos uma média de 28,85%.

2.3 A elaboração das questões.

Como não nos orientamos para uma representação amostral da totalidade da população de juízes(as) e promotores(as) da região estudada, os dados coletados não satisfazem as metodologias de *survey*²⁵. O nosso objetivo era realizar uma análise qualitativa dentro dos limites do material obtido, ainda que este não fosse estatisticamente representativo. Por isto, ao elaborar o questionário usamos como critério na construção das respostas a “escala de Likert”, possibilitando a oposição entre os contrários, reconhecendo gradiente, e situação intermediária²⁶. No questionário, esta escala se traduz em diferentes afirmações sobre o nosso tema, e a partir destas o respondente encontra as seguintes opções: “concordo totalmente”, “concordo”, “concordo parcialmente”, “discordo” e “discordo totalmente”. Com tal variedade de opções de resposta, pretendemos avaliar como o entrevistado cria um grau valorativo na sua adesão às respostas, indo do mais intenso ao menos intenso.

Por sugestão de um juiz, na época do pré-teste, retiramos a opção “não sei”. Segundo ele, se houvesse esta opção, os entrevistados “escapariam pela tangente”. Assim, reconhecemos as respostas em branco, mas não permitimos a alegação de ignorância.

Além dos dados de identificação iniciais, num segundo momento formulamos questões sobre a existência da regra “quem entra com estupro, é estupro”, e a avaliação do grau de aplicabilidade dentro do sistema carcerário. Num segundo bloco, as questões se direcionam sobre o caráter da regra, se teria poder de

²⁵ BABBIE, Earl. **Métodos de pesquisa de survey**. Trad. Guilherme Cezarino. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

²⁶ PEREIRA, Julio Cesar Rodrigues. **Análise de dados qualitativos: estratégias metodológicas para as ciências da saúde, humanas e sociais**. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 65-69.

intimidação (prevenção geral), de controle social e de preservação da ordem social. Em seguida, questionamos a relação desta regra com princípios constitucionais e com a Lei de Execução Penal (LEP). De modo mais específico, procuramos saber como a população pesquisada avalia a efetividade da LEP no contexto carcerário, quem seriam os principais responsáveis por sua implementação, assim como a relação entre sentença judicial e as condições da execução penal.

A partir desses dados, o trabalho é composto por dois momentos inter-relacionados. Um que procura dados mais 'objetivos' sobre a regra imposta ao estuprador, sobre Lei de Execução Penal, aplicação da penas e os diferentes graus de responsabilidade no sistema de justiça. E, com as entrevistas, complementamos as informações com as percepções sobre o sistema de justiça e o sentido da profissão para os seus agentes.

Ao pensarmos as práticas de execução penal não queremos um trabalho que crie uma oposição entre o formal-legal e a sua aplicação na realidade social, mas queremos interpretar como estes operadores da justiça criam reflexões sobre suas práticas jurídicas e os critérios decisórios que utilizam, tendo como referência a situação do estuprador dentro do cárcere. Todavia, para isto é necessário entendermos alguns conceitos teóricos fundamentais que orientam a prática jurídica dentro do sistema de Justiça Penal.

3. Uma interpretação sobre o Sistema de Justiça Penal.

Para esclarecer o que entendemos por sistema de justiça penal é necessária uma breve exposição da hierarquia das normas e do funcionamento institucional e normativo, e, dentro desse sistema, analisaremos o conceito de bem jurídico no direito penal. Propomos um sentido mais amplo de sistema de justiça penal que comporte questões constitucionais, até as ramificações em leis específicas de funcionamento do Direito, Processo e Lei de Execuções Penais.

Iniciando por questões mais gerais, o comportamento social juridicamente tipificado como crime e a sua punição pelos organismos estatais são compostos por diferentes atos e momentos procedimentais legalmente previstos, assim como por diversos atores sociais representando diferentes instituições públicas, que lhe dão o sentido de sistema de justiça penal.

Este sistema é definido por uma hierarquia legislativa piramidal. No ápice dessa hierarquia está a Constituição Federal, dotada de primazia normativa no âmbito nacional. A Constituição estabelece normas gerais, juridicamente entendidas como Direitos Fundamentais, e orientações para a atuação dos poderes públicos (normas programáticas) – e no caso da Constituição Federal brasileira, também uma longa série de regulamentos específicos que foram considerados de particular relevância pelos constituintes.

Sem referirmos a complexos problemas, como a relação entre direito nacional e internacional, temos como critério supremo de orientação, e de poder de definição normativa, a Constituição Federal (CF). A partir dela, chegamos às leis expressas no Código Penal (CP) que, sendo mais específicas – infraconstitucionais –, qualificam,

regulam e definem detalhadamente os comportamentos passíveis de punição pelo Estado. E, como decorrência, uma série de atos e decisões dos órgãos competentes para a sua aplicação, desde “grandes” momentos como a sentença de condenação, até atos cotidianos autorizando tratamento médico do preso.

Dentro da hierarquia do ordenamento jurídico, as leis presentes no CP devem obedecer às orientações dos direitos fundamentais, que podem ser entendidos como “direitos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), garantidos por normas de nível constitucional que limitam o poder estatal”. É fundamental o seu caráter vinculante, pois como está expresso no art. 5º § 1º CF, todos os direitos e todas as garantias fundamentais são diretamente e imediatamente vinculantes. “Isto significa que os direitos fundamentais devem ser respeitados pelas autoridades estatais, *incluindo o poder legislativo* que não pode restringir um direito fundamental de forma não permitida pela Constituição”. Com esse parâmetro, a legislação e a atuação do Estado devem sempre ser pautadas pelas normas constitucionais que expressam direitos de defesa, sociais e políticos.²⁷

No Brasil, no sistema de justiça penal, as normas do Código de Processo Penal (CPP) definem o percurso processual entre a realização de determinado ato legalmente tipificado pelo Código Penal como crime, até a condenação ou absolvição do indivíduo²⁸. E, quando houver uma sentença que imponha pena privativa de liberdade emitida por um juiz competente, o cumprimento da pena em estabelecimento carcerário deverá estar sujeito à Lei de Execução Penal (LEP).

²⁷ DIMOULIS, D. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. p. 2, 3, 4 – 15. Itálicos do autor.

²⁸ Devemos esclarecer que a nossa pesquisa é localizada e delimitada dentro de um sistema muito complexo. Assim, por exemplo, em paralelo ao sistema aqui descrito, funciona o sistema de Justiça Militar que, apesar de ter grandes semelhanças com o sistema da justiça comum, é regido por outras normas e com autoridades próprias.

Estas normas jurídicas são inter-relacionadas e definem os diferentes momentos que o processo deve percorrer, assim como as diferentes formas, ações e lugares institucionais que envolvem os ritos processuais; seja na Polícia, no Ministério Público, no Judiciário ou nos estabelecimentos carcerários.

Cada um desses lugares, assim como as diferentes atribuições e competências institucionais e jurídicas, são fragmentados na sua realização enquanto processo. Ao mesmo tempo, como ‘sistema de justiça penal’, são inter-relacionados, sistematizados e hierarquizados dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e têm como objetivo final – especialmente de acordo com a Lei de Execuções Penais, como veremos adiante – a punição e a reintegração do indivíduo na sociedade.

Enquanto sistema de justiça penal temos duas noções essenciais: a de hierarquia legislativa, cujo referencial são os direitos fundamentais e seu caráter vinculante; e, inserido nesta lógica, a suposição de um ordenamento jurídico coeso e coerente.

Dentro da justiça penal, o caminho percorrido pelo indivíduo criminoso pode ser visto como uma totalidade procedimental, como um “processo”, no sentido de começo, meio e fim. Este processo envolve desde o ato tipificado como crime até a recuperação da liberdade do indivíduo; seja após o cumprimento da pena ou pela sua absolvição. Embora sejam diferentes disciplinas oferecidas na Graduação em Direito, e diferentes especialidades profissionais, não distinguiremos Direito Penal, Direito Processual Penal e Execução Penal, mas queremos pensar o rito processual como um sistema, embora esteja regulamentado por diferentes legislações e competências institucionais.

Em termos institucionais e procedimentais, o “processo” se inicia a partir do “Boletim de Ocorrência (BO)”. Realizado pelo Poder Executivo, através da Polícia Civil, prossegue na forma de “Inquérito”, tendo por resultado a acusação de determinado ato antijurídico realizado pelo indivíduo. Passa a ser denominado “Processo” quando entra na esfera do Poder Judiciário, e, na interação com Ministério Público, advogados ou Defensoria Pública, o “acusado” é transformado em “réu”. A parte da Justiça “finaliza” com a sentença de condenação ou de absolvição, e sendo condenado, a execução da pena deve ser realizada no Sistema Carcerário, sob a responsabilidade do Poder Executivo, sob supervisão do Judiciário.

Internamente, dentro do processo judicial, e antes de se chegar à sentença, ao veredicto, o processo passa pela fase de conhecimento, que envolve a definição jurídica do ato delitivo, o recolhimento e a sistematização das provas do fato, as oitivas de testemunhas de acusação e defesa, assim como debates cronologicamente e formalmente demarcados entre a defesa e a acusação, através do Ministério Público, a Promotoria. É somente a partir do encerramento dessa fase que o juiz torna-se juridicamente capacitado para julgar o processo e decidir pela condenação ou pela absolvição do réu.

Até a definição da sentença, o processo penal está sob a responsabilidade do Poder Judiciário, que também é o responsável pelo controle dos diferentes atos e cronologias processuais, tendo como fundamento o Código Penal e o Processual Penal. E havendo condenação em regime fechado, a vida do condenado dentro do sistema carcerário passa a ser regulada pelo Poder Executivo, sob supervisão do Poder Judiciário, tendo como fundamento as normas expressas na Lei de Execução Penal.

Em termos jurídicos, todo o rito processual – desde a prisão até a liberdade após o cumprimento da sentença – deve estar sujeito às normas hierarquizadas do

direito positivo, do direito posto. Normas estas que fundamentam o sentido da decisão enquanto dever ser jurídico.

E, de modo específico, ao analisar o lugar do Direito Penal, a partir do que entende como ciência, Bitencourt afirma que:

[...] na clássica divisão entre ciências naturais e culturais, o Direito Penal pertence a esta classe, qual seja, à das ciências do *dever ser* e não à do *ser*, isto é, das ciências naturais. [...] É ciência normativa porque tem como objeto o estudo da norma, do Direito positivo. A Ciência do Direito Penal tem como objeto o estudo do conjunto dos preceitos legais, o “dever ser”, bem como as conseqüências jurídicas do não-cumprimento dos preceitos normativos, enquanto as ciências causais-explicativas, como a Criminologia e a Sociologia Criminal, preocupam-se com a análise da gênese do crime, das causas da criminalidade, numa interação entre crime, homem e sociedade.

Enquanto ciência normativa e *dever ser*, “o Direito Penal é *Direito positivo*, na medida em que a sua obrigatoriedade não depende da anuência dos destinatários, mas da vontade estatal soberana que o impõe, e o seu cumprimento está garantido pela *coerção*, aliás, com a sua forma mais eloqüente, que é a pena”. De uma forma sintética, Bitencourt afirma que “o Direito Penal positivo constitui-se do conjunto de preceitos legais que regulam a atividade soberana estatal de definir crimes e cominar as respectivas sanções”.²⁹

Esta visão positivista pode ser remetida a Hans Kelsen quando afirma que o direito deve ser entendido “como um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. Entendendo normas como algo que “*deve ser* ou acontecer”, e como os indivíduos *devem* se conduzir. O “conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma ordem jurídica positiva e não tem qualquer espécie

²⁹ BITENCOURT, C. R.. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5– 6. Itálicos do autor.

de implicação moral".³⁰ Este dever ser só pode ter como parâmetro a norma jurídica positivada pela legislação, sendo, portanto, diferente das imposições e obrigações sócio-culturais que, embora possam ter força coercitiva nas interações sociais, não têm caráter de sanção jurídica, fazendo parte da moral, dos costumes, e não do direito.

Relacionando com a sua validade, Dimoulis define norma da seguinte maneira:

Norma jurídica (ou regra jurídica) é uma proposição de linguagem incluída nas fontes do direito válidas em determinado país e lugar; seu conteúdo é fixado no âmbito da interpretação jurídica e objetiva regulamentar o comportamento social de forma imperativa, estabelecendo proibições, obrigações e permissões.³¹

O fundamental nesta definição positiva do direito é que os operadores do direito, e especialmente o juiz, como destinatário da norma, não podem utilizar categorias que estejam fora do direito positivo, que é o direito posto e/ou imposto por uma vontade estatal soberana que define os crimes e as respectivas sanções.

Com esta assertiva, entramos na problemática da validade do ordenamento jurídico que deve orientar a ação dos(as) juízes(as) e promotores(as):

Definimos a validade do ordenamento jurídico como qualidade de um conjunto de normas que objetivam regulamentar a conduta humana, produzem efeitos sociais em determinado espaço e tempo e se impõem como vinculantes mediante um ato do poder prevacente na prática social, isto é, alcançam validade mesmo contra a vontade de indivíduos ou grupos, impedindo a aplicação de normas contrárias que são oriundas de outros sistemas normativos.³²

Para a interpretação positivista do direito, ou juspositivista, é fundamental a noção de *dever ser*, assim como a necessidade de não se confundir com o *ser*. Ou

³⁰ Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. págs. 5-6; 131-133.

³¹ DIMOULIS, D. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

seja, a norma jurídica se mantém como dever ser ainda que ela não seja obedecida. E, ao destinatário da norma, ao juiz, é imperativo que siga a regra e que não receba influências do *ser* a ponto de alterar a sua normatividade.³³

Os juspositivistas partem do pressuposto de que o *ser* não deve ser confundido com o *dever ser*. Isso significa que o direito, tendo qualidade de *dever ser*, não pode ser deduzido de algo fático, de elementos que existem no mundo do *ser*.³⁴

Embora seja fundamental uma análise crítica do ordenamento jurídico e do seu funcionamento, como os próprios positivistas reconhecem e reivindicam³⁵, dentro do positivismo jurídico isto não implica deixar de considerá-lo ou criar, na decisão do aplicador, uma nova norma, ou uma norma que esteja fora do ordenamento jurídico. E, ainda que uma norma seja vista como “imoral”, o aplicador do direito não tem competência para alterá-la, a menos que isto esteja previsto no próprio ordenamento.

Guardadas diferenças a Bitencourt, Dimoulis faz uma separação de perspectivas de análise sobre o direito enquanto objeto de estudo. Uma perspectiva é analisar os conteúdos do sistema jurídico através de uma “leitura interna” da lógica das normas de *dever ser*, que estaria a cargo da dogmática jurídica. Outra perspectiva é relacionar o direito com elementos tais como sistemas morais, conflitos políticos, tradições culturais, tendo por objetivo “explicar, avaliar ou modificar o

³² DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico**: uma introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 116.

³³ Nestes termos, grosseiramente falando, não pode ocorrer uma interpretação moral do seguinte tipo: A lei determina uma pena de 5 anos. Mas, pelo fato do preso se enquadrar nos limites dos 3P's (informação de senso comum entre os operadores do direito: preto, puta e pobre), e eu juiz, petista, cristão, maçom, moralista, marxista ou pobre, sentencio em 3 anos.

³⁴ DIMOULIS, D. Op. Cit. 2006, 117. Itálicos do autor.

³⁵ Ibid., p. 160-165, 264-270.

direito em vigor”, denominado “leitura externa”, que seriam tarefas da filosofia jurídica, sociologia jurídica ou outras disciplinas.³⁶

Nessa perspectiva, o sistema tem uma lógica interna de funcionamento que deve ser entendida em seus próprios termos, tendo como referência suas regras, que são construídas de acordo com a hierarquia e os procedimentos previstos no próprio ordenamento jurídico. Ou seja, não importa que o dever ser não se realize totalmente na prática social, ou que o próprio sistema possa, em determinado momento, ser visto como injusto. O que importa são as regras positivadas no ordenamento pátrio. Por isso, Dimoulis afirma a necessidade de conhecimento e análise do “direito como ele é, sem pretender corrigir seus conteúdos normativos, mediante recurso a considerações sobre o direito ideal”.³⁷

Dentro de uma perspectiva interna, Dimoulis entende que

[...] o direito é um sistema normativo herme(neu)ticamente fechado. Isso ocorre não porque consideramos que determinado direito positivo seja ‘bom’, nem porque o sistema jurídico é imprescindível ao convívio social. Seguimos simplesmente a opção descritiva do juspositivismo, evitando a confusão entre as opções políticas pessoais do aplicador e seu trabalho como intérprete. Dessa forma, o intérprete se autolimita, reconhecendo que a interpretação não pode fingir que encontra uma clara vontade do legislador onde não há, nem confundir o juridicamente imposto com o razoável e o adequado.³⁸

Nessa abordagem positivista, Kelsen afirma que o trabalho do aplicador da norma deve sempre estar limitado pelo ordenamento jurídico, e sua interpretação não pode fugir da “moldura” ou do “quadro” criado pela norma.

³⁶ DIMOULIS, D. Op. Cit. 2006, p. 124. Ver também SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 49-51

³⁷ DIMOULIS, D. Op. Cit. 2006, p.159.

[...] o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente³⁹.

Ao mesmo tempo em que restringe a ação do intérprete à moldura das normas positivadas, Kelsen admite que a interpretação pode ser diferenciada de acordo com as alternativas e variáveis que o próprio ordenamento jurídico apresenta. Todavia, “aquilo que não pode ser feito é a autoridade competente optar por uma solução situada fora da moldura, pois em tal caso excederia sua competência”.⁴⁰

Kelsen reconhece o lugar do aplicador como aquele que possui um ato de vontade, que pode, enquanto autoridade competente, compor de modo diferencial sua opção. Quanto à aplicação do direito, Dimoulis entende que

[Kelsen] afirma que a aplicação do direito possui caráter cognitivo, na medida em que a autoridade competente deve encontrar as alternativas situadas dentro da moldura do texto normativo, mas sustenta, também, que a norma não pode ser aplicada sem o ato de vontade da autoridade que é competente para escolher entre as alternativas. A menos que aconteça o improvável e a norma se revele absolutamente concreta, permitindo uma única solução, o aplicador não pode adotar uma postura puramente cognitiva. Sempre deve realizar uma escolha, manifestando sua preferência.⁴¹

³⁸ Ibid., p. 160.

³⁹ KELSEN, H. Op. Cit. 1998, p. 390-1.

⁴⁰ DIMOULIS, D. Op. Cit. 2006, p. 210.

⁴¹ Ibid., p. 211.

O ato de vontade do aplicador deve ter como limite as normas jurídicas criadas pelo ordenamento, sejam elas de proibição, obrigação ou permissão. Dentro do Direito Positivo, a aplicação da norma pelo juiz, ainda que comporte um ato de vontade e que não seja aplicada sempre do mesmo modo, deve estar limitada pela moldura das normas, não sendo possível outras categorias de entendimento que não aquelas que o próprio direito positivo fornece. Enquanto dever ser, o direito se autolimita e não insere preocupações de ordem moral, social ou psicológica na aplicação da norma, ao menos que estejam previstas no ordenamento.

Sob essa perspectiva, vemos uma distinção entre a análise interna do direito, enquanto dever ser, e as considerações de ordem política, social, filosófica, que permitiriam uma análise externa de sua aplicação e relação com a realidade. Nesse sentido, a atuação profissional - e como dissemos anteriormente, até mesmo a possibilidade de emitir opiniões nesta pesquisa -, está limitada pelas normas da legislação, em que a moldura do 'dever ser' jurídico deve orientar suas ações.

Tratamos o direito penal como um sistema que está inserido no ordenamento jurídico e definido por uma hierarquia normativa que lhe dá independência relativa.

Esta hierarquia, por meio de diferentes competências institucionais, cria atribuições e momentos distintos no processo que são lógica e formalmente formuladas e interligadas.

A partir disso, e sob um entendimento positivista do direito, afirmamos que o aplicador da norma não pode decidir fora do quadro que o ordenamento oferece, ainda que tenha, em geral, ampla liberdade de decisão (discricionariedade) dentro das variações e possibilidades da moldura. Ou seja, estamos dentro de uma tradição que afirma a estrita submissão do aplicador ao quadro de referências normativas impostas pelo ordenamento. Dentro desse ordenamento, passaremos a ver como as

leis podem ser interpretadas quanto ao seu sentido e à vontade do legislador, e, especialmente dentro do direito penal, como as normas podem ser avaliadas com referência à proteção de determinados bens jurídicos. Partindo de uma idéia mais ampla de sistema, pensaremos como o sistema fundamenta as formas de sua própria legitimação utilizando-se da construção e da avaliação normativa de comportamentos sociais.

Iniciamos com uma visão mais geral sobre o sistema jurídico, analisamos como deve ser a ação do juiz na perspectiva positivista, e a partir disso, como o direito penal define, de modo mais específico, a ação de sentença e julgamento. Ao trazeremos o conceito de bem jurídico entenderemos como se deve aplicar determinadas normas, assim como a justificativa que o direito penal elabora para que o juiz as aplique.

3.1 Direito Penal e proteção do Bem Jurídico.

Considerado normas de dever ser sobre o comportamento social, o direito penal é entendido como um meio adequado para a tutela do “bem jurídico”, protegendo-o através de normas de natureza repressiva. De modo geral, “denominam-se ‘bens jurídicos’ (*Rechtsgüter*), ou seja, bens, direitos e interesses juridicamente reconhecidos e considerados dignos de tutela por parte das autoridades estatais”.⁴²

A partir do que é socialmente definido como sendo um bem a ser protegido, e a partir do reconhecimento do Estado deste bem como sendo digno de tutela através do seu ordenamento, o direito penal, submetido à hierarquia e aos critérios de validade das normas⁴³, fornece os mecanismos necessários para a sua implementação, especialmente através de normas repressivas, cujo ápice são aquelas de restrição de liberdade.

Por um lado, essa definição formal de dever ser jurídico – interna ao direito – implica uma “simples” relação causal entre proteção de bem jurídico e tutela estatal e coerção penal. Por outro, de um ponto de vista analítico externo, essa relação torna-se problemática se a colocarmos na esfera de conflito e disputas que ocorrem na sociedade quanto à definição do que deve ser considerado como bem jurídico, e como consequência, o que a sociedade, através do Estado, define como digno de se proteger através dos meios repressivos do direito penal.

⁴² SABADELL, Ana Lucia. A tutela ambiental entre estado e mercado: competitividade e bem-estar no estado social. In: SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. **Direito social, regulação econômica e crise do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 48.

⁴³ Sobre critérios de validade e hierarquia das normas. DIMOULIS, D. Op. Cit. 2006, pags. 110-123. KELSEN, H. Op. Cit., 1998, pags. 221-228.

De uma perspectiva interna também se torna complexo definir o que se pretende proteger, pois a utilização do direito penal implica pena restritiva de liberdade como forma de intimidação e neutralização de comportamentos. Dentro do próprio ordenamento, ao mesmo tempo em que se protege um bem, o recurso ao direito penal suspende outros bens individuais garantidos pela Constituição, como a liberdade do agressor do bem jurídico.⁴⁴

Entretanto, em termos positivistas, a partir do momento em que se define determinados bens jurídicos a serem protegidos, o Estado é aquele que tem competência para punir, e esta proteção penal somente pode ocorrer “no caso de lesão ou ameaça de lesão de um bem jurídico previamente identificado”.⁴⁵

Não punimos porque um legislador, num momento de exercício arbitrário de seu poder, ‘quis’ punir determinada conduta, mas porque a tipificação penal possui uma sólida justificativa: proteger direitos das pessoas e interesse coletivos, isto é, bens jurídicos.⁴⁶

Se por um lado a tipificação penal coloca os limites da proteção, por outro, Sabadell mostra que as possibilidades do uso da noção de bem jurídico entram numa série de conflitos e teorias que lhe dão diferentes, e às vezes, contraditórios sentidos, significados e possibilidades de interpretação ou aplicação da norma jurídica.

Frente a isso, Sabadell afirma a quase impossibilidade teórica do conceito de bem jurídico, afirmando, finalmente, que é fácil achar um bem jurídico, mas o “difícil é *fundamentar* por que esse bem jurídico merece específica proteção penal e explicar o que acontece em caso de conflito com outros bens jurídicos”.⁴⁷

⁴⁴ SABADEL, A. L. Op. Cit., 2006, p.49.

⁴⁵ Ibid., p. 50.

⁴⁶ Ibid., p. 52.

⁴⁷ Ibid., p. 56. Itálicos da autora.

Nesses casos, sendo intérprete e aplicador da norma, o juiz poderia fazer uma leitura diferenciada da proteção do bem jurídico, desde que não saia dos limites da moldura oferecida pelo ordenamento jurídico.

Sob um olhar externo ao direito, Sabadell afirma que o maior problema está em definir:

[...] quem e como decide sobre o bem jurídico que merece proteção penal? Bem jurídico é um conceito abstrato como o próprio conceito de bem. Tudo e nada podem merecer tutela, sendo necessária uma opção política do legislador penal a favor de determinados bens constitucionalmente protegidos (ou contra eles).⁴⁸

A autora usa a questão do aborto como um exemplo contraditório de proteção de bem jurídico. Sob o ponto de vista de organizações contra o aborto, o bem jurídico a ser protegido é a vida do feto e por isso deve continuar proibido. Para as feministas, o que importa é a liberdade e o controle do corpo pela mulher e por isso deveria ser permitido, ou permitido com restrições⁴⁹. Apesar de emergirem questões sociais, políticas e de gênero, a opção política do legislador traduzida em forma de legislação mantém a sua proibição.

Internamente ao direito também podemos ver outras contradições. Por um lado, o art. 124 do CP proíbe o aborto; por outro, o art. 128, inciso II, o permite quando a gravidez “resulta de estupro”. Ainda que haja uma tipificação penal claramente expressa pelo legislador, a nossa questão é: Qual bem jurídico a legislação protege? Neste caso, não é a vida, ou pelo menos, não é a vida de qualquer feto. No caso do estupro, o fruto da relação pode ser interpretado como sendo contra-natureza, e o que se produz é não-vida, ou pelo menos, a não

⁴⁸ Ibid., p. 56.

⁴⁹ Ibid., p. 57.

possibilidade de reconhecimento dessa vida como bem jurídico e, portanto, sem possibilidade de proteção jurídica. Ao produzir vida, o estuprador gera vida-ao-contrário, e mesmo sendo saudável, o feto pode ser abortado. É direito à vida, mas direito-ao-contrário.

Ao trazer esses conflitos de entendimento, Sabadell afirma que “bem jurídico é somente um termo ‘sofisticado’ empregado para disfarçar nossas preferências pessoais, já que tudo pode ser considerado bem jurídico”. Mas, em termos positivos, ele expressa “uma opção política a favor ou contra determinado interesse”.⁵⁰

A questão do bem jurídico aparece na discussão da criação e aplicação da legislação, definindo e questionando, seja interna ou externamente, o que se deseja proteger por meio do direito penal. Partindo de um ponto de vista positivista, essas opções estão dadas pelo ordenamento, e o ato de vontade interpretativo do juiz deve estar inserido nessa moldura restritiva. Ou seja, existe uma série de considerações sobre o valor da norma, e sobre as disputas pela definição do bem jurídico a ser protegido, mas, a partir do momento em que a legislação o define, a tarefa do intérprete é aplicá-la e não questioná-la.

Definindo os bens jurídicos a serem protegidos, a legislação cria contradições dentro da própria moldura hierarquicamente construída. Como no caso do aborto, protege-se a vida ao mesmo tempo em que se possibilita a sua extração, pois está formalmente delimitado que o aplicador da norma pode facultar à gestante a conservação ou não da vida do feto resultante de uma relação de estupro. Esta discussão poderia continuar, questionando a constitucionalidade das normas que tipificam o aborto em vista de direitos fundamentais da gestante, na tentativa de relacionar e harmonizar imperativos de diferentes níveis hierárquicos.

Isso indica que a problemática do bem jurídico permite que a discussão da criação da legislação e a definição de bens jurídicos possam ser vistas dentro de um contexto relacional; ou seja, não há somente critérios de racionalidade e hierarquia legislativa, mas as relações sociais interferem na consolidação do que deve ou não ser protegido, e no seu poder de nomeação.

Ao permitir que o aborto possa ser realizado nesse caso, a legislação nomeia que o estuprador está fora da natureza e que não produz vida, ou, a vida que produz é passível de morte.

Por meio do conceito de bem jurídico entendemos os limites da punição ao estuprador, o que a legislação define de modo formal, o que se pretende proteger, e terminamos com o carácter simbólico desta proteção. Para esclarecer o que se protege ao punir o estupro é necessário que tenhamos as direções propostas na proteção do bem jurídico. A partir disto, no próximo capítulo vamos analisar, de acordo com a doutrina, os limites e o dever de punição ao estupro.

⁵⁰ Ibid., p. 57.

4. Autodeterminação Sexual, Estupro e Atentado Violento ao Pudor.

Para analisar os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, devemos nos remeter ao Código Penal (CP) e à doutrina para compreender o sentido do bem jurídico a ser protegido pelo Direito. Embora esses crimes tenham diferentes implicações e definições jurídicas, vamos tratar dessas duas modalidades de crime num mesmo sentido de bem jurídico, pois ambos estão inseridos no “Título VI” do CP, que trata “Dos crimes contra os costumes” e, dentro deste, ambos estão compreendidos no “Capítulo I”, “Dos crimes contra a liberdade sexual”.

Há uma discussão doutrinária sobre o local apropriado para esses crimes no Código Penal. Esta discussão não está limitada a uma mera formalidade de alocação ou de denominação, mas procura questionar o sentido do ‘bem jurídico’ que se pretende proteger. Como dissemos, se o direito penal deve proteger determinados bens jurídicos, as questões decorrentes de sua fundamentação teórica passam a ter relevância na doutrina penal.

A doutrina entende que essa violência relacionada à sexualidade não deveria ser entendida como uma questão de costumes, mas deveria estar inserida nos crimes contra a pessoa.⁵¹

⁵¹ ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1999. p. 12. Ou ainda, segundo NUCCI: “o que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvem adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados”. NUCCI, G. de S. **Código penal comentado**. 4^a ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 665.

O objetivo de proteção, que a mudança de denominação revelaria, estaria voltado à questão da integridade física e psicológica do ser humano, e não a uma proteção da moral pública sujeita a condicionantes externos ao Direito. Esta discussão traduz uma questão jurídica mais ampla e nos remete à necessidade de se desvincular a questão da sexualidade de uma perspectiva moralista, e, assim, sujeita a moral pública, procurando torná-la mais objetiva e constitucional, no sentido de se proteger, de modo positivo, a dignidade da pessoa independentemente de avaliações morais. Ou, como declara Sabadell, “a necessidade da estrita proteção de bens relacionados com os direitos fundamentais da pessoa humana”, sendo o bem jurídico “dedutível dos princípios constitucionais”.⁵²

Sabadell analisa os delitos sexuais a partir de uma visão histórica. Ela afirma que a função da persecução e da pena na Idade Média era a de expiar um pecado contra toda a sociedade e não uma forma positiva de proteção à vítima. Insere esta interpretação em um quadro de análise composto por uma lógica patriarcal, na qual a sexualidade estava dentro de uma determinada moral e de parâmetros familiares, e a violência sexual era entendida “não como uma violência dirigida ao indivíduo, mas sim contra interesses que na realidade [transcendiam] a pessoa humana”⁵³.

A partir dessas considerações, Sabadell afirma que a inserção do estupro no título “Dos crimes contra os costumes” – como vemos no Código Penal brasileiro – ,mantém-nos presos a uma concepção patriarcalista que revela “a presença de relações de dominação e sujeição que atuam em detrimento da qualidade de vida das mulheres”.⁵⁴ Avaliar os comportamentos criminais tendo por base os costumes e

⁵² ROXIN, C. apud SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, IBCRIM, v. 27, 1999, São Paulo 1999, p. 98.

⁵³ SABADELL, A. L. Op. Cit. 1999, p. 83.

⁵⁴ Ibid., p. 80.

a moral não permitiria a criação de limites jurídicos claramente delimitados de proteção à pessoa, mas estes limites ficam sujeitos a avaliações contextuais e morais dos comportamentos dos indivíduos. De forma explícita, vemos a recorrência ao positivismo jurídico no sentido de se desvincular as questões relacionadas à moral da esfera do direito.

Todavia, essa interação com a moral, assim como entre a esfera privada e o âmbito público do direito aparece na própria formulação da legislação positiva. Até 2005, o Código Penal tinha como parâmetro de análise criminal o comportamento da “mulher honesta”.⁵⁵ Neste caso, a avaliação moral – ser ou não honesta – era entendida como um diferencial no julgamento da ação delitiva. Os atributos pessoais, morais e o comportamento na esfera privada eram relevantes e determinantes na composição da moldura legislativa para interpretar e aplicar a lei, e, de modo positivo, o CP sujeitava as mulheres à esfera privada de comportamento, excluindo a possibilidade de garantias públicas de direito individual que não dependessem de avaliações morais do comportamento privado.

Voltando ao caso do estupro, e, em oposição à definição do bem jurídico que aparece no Título VI do CP, Sabadell recorre às reformas realizadas em Códigos Penais em países como a França (1994) e a Alemanha (1973). Segundo ela, “trata-se de reformas que identificam como objeto de proteção, a liberdade sexual da pessoa e não mais a proteção de interesses que transcendem o indivíduo”. E,

⁵⁵ A “mulher honesta” é excluída a partir de nova redação do Código Penal. BRASIL. **LEI Nº 11.106**, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art215>. Acesso em: 30/08/2006.

adotando a designação alemã, passa a nomeá-los “dos delitos contra a autodeterminação sexual”.⁵⁶

Essa mudança de localização e nomenclatura se posiciona de forma contrária à legislação brasileira e assim se fundamenta:

[...] o objeto de proteção é a liberdade sexual da pessoa humana. Dupla vertente [...] liberdade ‘positiva’, que se exprime no direito à livre disposição do próprio corpo; liberdade ‘negativa’, que se exprime na faculdade de rejeitar qualquer agressão sexual de outra pessoa e qualquer envolvimento num contexto sexual que não esteja em pleno acordo com a própria vontade.⁵⁷

Apesar de procurar uma localização formal fora dos costumes, esta definição incorpora o sentido de liberdade sexual, renomeado de autodeterminação sexual.

Frente a isso, e de modo externo às regras positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, podemos reunir, assim como o senso comum, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Em ambos, o elemento objetivo dos delitos é constranger a vítima a determinados atos sexuais mediante violência ou grave ameaça, embora, considerados fatos típicos, a legislação os mantenha separados.

Sabadell sugere a alocação de estupro e atentado violento ao pudor dentro do mesmo capítulo, pois os dois procuram a proteção do mesmo bem jurídico – ‘dos delitos contra a autodeterminação sexual’ –, ainda que o primeiro se refira exclusivamente à mulher, e ao coito vaginal, e o segundo inclua outros tipos de delitos tais como coito anal e oral. Veremos que, mesmo havendo diferenças quanto ao sujeito ativo, ambos se referem a ações sexuais ilícitas que ferem o mesmo bem jurídico.⁵⁸

⁵⁶ Ver as diferentes disposições e comparações em Códigos Penais de diferentes países. SABADELL, A. L.. Op. Cit. 1999. p. 85.

⁵⁷ SABADELL, A. L. Op. Cit. 1999, p. 98

⁵⁸ Ibid., p. 88. Não é possível juntar todas as tipificações dos dois crimes, por isto, ela propõe reagrupar outras agressões sexuais (tais como rapto, sedução, corrupção de menores, ato obsceno, etc) em outro fato típico.

Ao aproximar os dois crimes, queremos salientar o sentido de proteção que o direito reserva às vítimas de violência sexual que, independentemente de gênero ou de moralidade, devem ser protegidas pelo Estado.

Os conceitos de proteção da liberdade sexual ou da autodeterminação sexual estão ligados à proteção da pessoa humana, tornando-se conceitos fundamentais na proteção jurídica também prevista para o estupro. Todavia, ao refletirmos sobre as condições de vida do estupro dentro do cárcere – sem esquecer a necessidade de tutela da liberdade sexual das mulheres –, vemos que essas condições criam um contexto que repete e impõe uma violência sobre o estupro, impedindo a proteção do bem jurídico que a proteção contra os crimes sexuais prevê.

Partindo desse conceito de bem jurídico comum a ser protegido, veremos como, de modo distinto, a legislação define os diferentes tipos penais que se encontram sobre as rubricas de estupro e atentado violento ao pudor.

4.1 Estupro.

Embora estupro e atentado violento ao pudor possam estar sob um mesmo conceito de bem jurídico – ‘dos delitos contra a autodeterminação sexual’ –, é necessário explicar as diferenças e definições do fato típico tal como aparece na legislação vigente.

O art. 213 do CP define Estupro da seguinte forma:

Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena: reclusão, de seis a dez anos. (Nova redação dada pela Lei 8.072/90)⁵⁹.

O Código prevê, como requisito fundamental, a presença da violência sobre a mulher nessa relação sexual. O bem jurídico que se pretende proteger é a liberdade sexual da mulher, o direito de dispor do próprio corpo, a sua liberdade de escolha e controle sobre sua sexualidade, assim como a possibilidade de rejeição do ato sexual. Nesses termos, não importa a conduta moral, o estado civil, a condição social, a condição corporal ou biológica da mulher. Também não é relevante se a mulher é prostituta, casada, solteira ou viúva; se é virgem ou não, ou se tem comportamentos entendidos como vida licenciosa. Independente de qualquer um

⁵⁹ Antes da nova redação dada pela Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), a pena prevista era de 3 (três) a 8 (oito) anos. Ver: BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 31/05/2006.

desses possíveis atributos sociais ou orgânicos que a mulher possa ter, o bem jurídico é a sua liberdade de escolha sexual.⁶⁰

Magalhães Noronha separa a conduta moral das garantias à liberdade:

É um direito seu que não desaparece, mesmo quando se dá a uma vida licenciosa, pois, esse caso, ainda que mercadejando seu corpo, ela conserva a faculdade de aceitar ou recusar o homem que a solicita.⁶¹

A vítima, definida como sujeito passivo, é sempre a mulher, e o sujeito ativo é sempre o homem. A “conjunção carnal” só pode ser praticada entre indivíduos de gêneros opostos, entendendo-se por isso a penetração do pênis na cavidade vaginal, seja a penetração realizada de modo completo ou incompleto, e independente de haver ejaculação.

Por ter como pressuposto a violência contra a mulher, o tipo objetivo implica a violência física, a violência psíquica, e a possibilidade de grave ameaça sobre a mulher. A doutrina procura delimitar as formas de expressão e possibilidades dessa violência para compreender até que ponto determinado ato pode ser definido como estupro.

Frente a essa necessidade, e devido às dificuldades de prova envolvidas nas relações íntimas, entende-se que a violência deve ser percebida pela mulher, ainda que sua resistência não seja fisicamente explícita, e ainda que esta resistência não se apresente sob a forma de marcas corporais, ou de efeitos claramente detectáveis no corpo do homem, que seriam vistos como provas explícitas da resistência.

⁶⁰ BRASIL. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. Alberto Silva Franco [et. al.]. 5a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 2396; ELUF, Luiza Nagib. Op. Cit. 1999, p. 17. (Ver jurisprudência citada nos autores); NUCCI, G. de S. Op. Cit. 2003, p. 665–675; COSTA JUNIOR, P. J. da. **Comentários ao código penal**. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 208–215; PRADO, L. R. **Comentários ao código penal**: doutrina: jurisprudência: leitura indicada. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 826–836; JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 93–107. V.3.

⁶¹ NORONHA, E. M. **Direito penal**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. III. p. 108.

Os efeitos da resistência, que poderiam ser detectados através de arranhões ou marcas de unha, deixam de ser sinais visíveis necessários para configurar a sua resistência ou sua discordância frente à violência. Nesse sentido, a mulher pode “consentir” com a ação do homem para evitar a presença de maior violência no ato, ou a fim de evitar a sua própria morte.

Magalhães Noronha afirma que para se entender que houve resistência não é necessária uma demonstração que atinja o seu extremo, causando o risco da própria vida, para se configurar o estupro. A resistência deve ser sincera mas não precisa “prolongar-se até o desfalecimento ou trauma psíquico”.⁶²

Segundo Sabadell, “parte da doutrina entende que o mero dissenso é suficiente para caracterizar uma ação sexual ilícita”, e a explicação para este entendimento diz respeito aos limites de expressão, pela mulher, do seu dissenso. Pode ocorrer que, para minimizar o risco de uma violência ainda maior, a mulher ‘colabore’, não reagindo fisicamente e assim “tenta evitar que o agressor empregue meios ainda mais violentos para a consecução do seu ato”⁶³.

A doutrina reconhece a limitação do lugar social da mulher nas relações de gênero, compreendendo que muitas vezes a mulher está impedida de expressar o seu dissenso, e que esta impossibilidade deve ser reconhecida. É nesse sentido que o estupro dentro do casamento se torna juridicamente possível, pois nesses casos existe a possibilidade de “um relacionamento social ou afetivo entre agressor e vítima, [e] esta [mulher] pode não ter a possibilidade (objetiva ou subjetiva) de manifestar uma forte ‘reação’ frente ao mesmo”⁶⁴.

⁶² Ibid., p. 112.

⁶³ SABADELL, A. L. Op. Cit. 1999, p. 91.

⁶⁴ SABADELL, A. L. Op. Cit. 1999, p. 91

Apesar de entendimentos conflitantes da jurisprudência em relação ao “débito conjugal” – cujas relações sexuais fariam parte do contrato de casamento – previsto no Código Civil, Eluf afirma:

O melhor entendimento, sem dúvida, é aquele que respeita os direitos sexuais da mulher, inclusive perante o cônjuge, e a liberdade que ela tem de dispor de seu corpo, em qualquer circunstância.⁶⁵

Novamente, o princípio que fundamenta esse entendimento é a proteção da autodeterminação pessoal e a liberdade sexual, cuja esfera ninguém poderia atacar “sem o acordo explícito do titular”:

[...] bastaria então que a vítima expressasse o seu dissenso ou, segundo uma proposta mais radical (mas nem por isso menos razoável), que das circunstâncias do delito ficasse evidente que o agressor *contrariara a vontade da vítima* [onde, na lógica do direito moderno, a] “sexualidade [deve ser entendida] como ato voluntário e não como atividade cuja iniciativa e o prosseguimento são de incumbência dos homens”⁶⁶.

Como dissemos anteriormente, o direito trabalha com normas jurídicas de dever ser e está pautado nas definições da legislação, assim como no entendimento da doutrina e jurisprudência sobre as normas. Todavia, além dos conceitos jurídicos de dever ser, neste trabalho vamos utilizar os dados da pesquisa de campo realizada com os(as) juízes(as) e promotores(as).

A partir dos dados do ser, do vivido, e da reflexão que os(as) juízes(as) e promotores(as) fazem sobre suas ações, comentamos a interpretação que fazem das regras jurídicas que devem aplicar no cotidiano forense. Além do dever ser formal e positivado pelo direito, veremos como esses atores sociais refletem sobre

⁶⁵ ELUF, L. N. Op. Cit. 1999. p. 23.

⁶⁶ SABADELL, A. L. Op. Cit. 1999, p. 93. itálico da autora.

as normas, por meio de uma interação entre o dever ser jurídico e a interpretação do real, contrabalançando as avaliações internas e externas sobre fazer direito.

Dentro da tipificação penal do estupro, ele é definido como uma ação de violência do homem (salvo casos totalmente excepcionais de co-autoria ou participação de uma mulher) sobre a mulher, enquadrando o tipo subjetivo como dolo – uma ação racional do indivíduo com a intenção de causar dano – e, portanto, não é possível a forma culposa.

Todavia, a partir da experiência dos(as) juízes(as) e promotores(as), a partir dos ‘casos’ que julgam, denunciam e acompanham, eles criam um perfil explicativo do comportamento dos estupradores que permite uma leitura diferente do tipo subjetivo, mesmo que suas decisões se submetam à norma legal. Enquanto interpretações e construções sobre a experiência do vivido, os entrevistados relativizam o ‘dolo’, distinguindo os estupradores dos outros criminosos, e atribuindo a eles características de patologia psicológica.

Neste sentido, o “Promotor C” entende que esse indivíduo é diferente de todos os criminosos. “Não há nada em comum com o traficante, com o ladrão, e com o eventual estelionatário, furtador. Estes não têm nada a ver com o estuprador”.

O estuprador tem desvio, não é normal. Todos são seriais e é raro o eventual. É uma constante onde estas pessoas têm família, tem relação de pai, de filho.

Para fundamentar seu entendimento, “Promotor C” fala de ‘Caso’ cujo réu trabalhava em consertos de som automotivo. Era casado, pai de família, e como extra, trabalhava de segurança à noite. Como não trabalhava todas as noites, em algumas saía para trabalhar, mas ficava esperando as moças para abordá-las, estuprá-las e roubar-lhes o aparelho de som do carro. Quando foi pego, a Polícia

contou para a mulher, que não acreditou. Ao dar busca em sua casa, a Polícia encontrou um compartimento cheio dos aparelhos de som, de rádios.

Segundo este promotor, geralmente o número de vítimas dos estupradores é grande, pelo menos dez. E, ao contrário dos outros criminosos, “é um crime individual, onde atua individualmente, não precisa de ninguém, não precisa de gangue”. E, ainda que não se enquadre entre os crimes inimputáveis, não é um comportamento de pessoa normal. “Muitos têm ritual, usam camisinha. E caso que mata a vítima é muito raro”.

Ao contrário das práticas jurídicas e da legislação, “Promotor C” acredita que “esses indivíduos não deveriam estar no sistema carcerário, mas seria necessária uma recuperação mental – se é que isto é possível – pois eles são diferentes”. “São sujeitos diferenciados, e geralmente têm nível de escolaridade. O problema não seria cumprir a pena, mas deveria ser submetido a outro tipo de tratamento”. Apesar de entender que para esses casos deveria haver tratamento, afirma que nunca há tratamento, nem sequer exame para saber se apresentam desvio de personalidade. “Juiz A” e “Juiz K” também analisam o estuprador como sendo portador de uma ‘patologia psicológica’.

Esse senso comum avalia a ação do estuprador como tendo culpabilidade limitada ou mesmo sendo parcialmente inimputável, com a consequência da necessidade de diminuir a pena em razão da ausência de reprovabilidade. Mas, em oposição a esta interpretação da prática cotidiana, a pena aplicada impõe um castigo mais uma vez irracional. E, ainda que o ato possa ser decorrente de uma ‘patologia psicológica’, o sistema de justiça impõe uma pena cujo sentido é de “vingança patológica”.

Embora o esturador possa ser entendido como alguém que não controla seus impulsos, a legislação penal tipifica esse comportamento como sendo composto por uma ação racional, de intenção, e não uma ação inconsciente (no viés psicológico) ou cultural (enquanto normas de comportamentos sociais impostas ao indivíduo). De qualquer forma, a interpretação sobre o cotidiano dos casos vividos que alguns entrevistados fazem os remete a uma lógica da natureza, pois fora desta não teria como explicar o comportamento de um indivíduo que, tão adstrito à normas sociais – como família, filhos e emprego – , tenha uma conduta tão díspar.

Embora este termo não tenha aparecido entre os entrevistados, é como se estivéssemos frente ao “criminoso nato” de Lombroso, cujo comportamento criminoso está desde o nascimento inscrito na sua conformação psíquica ou biológica⁶⁷.

Ainda que de modo condescendente com a doença, e reconhecendo a inadequação do tratamento dispensado, este entendimento também nos ajuda a pensar na punição violenta que acaba efetivando-se no sistema de justiça. Como não há cura, não importa o que é feito com o esturador, podendo-se abusar da violência na punição como uma forma pura de vingança e suplício. Podemos até mesmo estender a punição para outras gerações, matando o feto e evitando-se que o ser atávico se reproduza, reproduzindo assim novas possibilidades de violências.

Voltando aos critérios jurídicos que definem o crime de estupro, nesses casos a ação penal é privada. Portanto, quem tem a legitimidade para agir, quem tem a

⁶⁷ A partir de 1870, o criminólogo italiano Cesare Lombroso afirmava que o criminoso seria um “ser atávico que reproduziria na sua pessoa os ferozes instintos da humanidade primitiva e dos animais inferiores”. Um indivíduo evolutivamente atrasado quando comparado à civilização européia do século XIX. “Seu atavismo é tanto físico como mental, mas as marcas físicas, ou estigmas, como Lombroso os chamava, são decisivos”. Lombroso fez uma grande lista de estigmas tais como, grandes queixos, braços longos, grandes orelhas, pouca sensibilidade à dor, etc., que comprovariam que o comportamento criminoso é uma aquisição hereditária, e, portanto, natural - nato. Para uma análise detalhada da influência desta teoria na criminologia e para a comprovação de sua falácia científica, ver GOULD, S.J.. **The mismeasure of man**. New York: Norton,1981. p. 112-145. Há tradução em português: _____. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

capacidade de promover a ação é a própria vítima. Por depender da vítima, entende-se que, embora o Estado tenha o direito de punir, ao particular cabe o direito de agir, pois “a repressão interessa muito de perto apenas ao ofendido”, e poderia haver um fracasso do processo se a vítima não o desejasse.⁶⁸

Como tratamos ao discutir a questão do estupro na Idade Média, Sabadell interpreta o entendimento jurídico do estupro como forma de dominação patriarcal, relacionando-o à lógica de dominação masculina. No caso da mulher isso fica mais claro, pois se relaciona com os sentidos da moral, do controle social sobre o corpo feminino e com uma lógica de opressão dicotômica que distingue os gêneros e as posições de vítima e perpetrador da violência. Mas quando voltamos-nos para o estupro, como incorporar o homem? Ainda que o estupro seja um explícito agente-algoz de dominação masculina e de opressão sobre a mulher, também estaria preso à mesma lógica de dominação masculina que impõe sobre a mulher?

Podemos sintetizar que o estupro é juridicamente tipificado como uma violência contra a liberdade sexual da mulher e contra a possibilidade de controle sobre o seu corpo. O estupro se refere somente à mulher, pois implica conjunção carnal que envolve a penetração completa, ou não, do pênis na vagina. É sempre uma relação sexual violenta realizada pelo homem sobre a mulher. O reconhecimento dessa violência independe do lugar social da mulher, ou de avaliações morais sobre o seu comportamento. E, finalmente, é sempre uma ação consciente do homem, pois o tipo subjetivo não permite a forma culposa, ainda que exista um senso comum entre os operadores que atribuem a esse comportamento uma patologia psicológica.

⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 17 ed. Rev.atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 119-129. Existem exceções no art. 225 do CP. Ver também. MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos:**

Se o Estupro depende da relação entre homem e mulher, pela cópula vaginal, o Atentado Violento ao Pudor difere deste ao se direcionar para a prática de atos libidinosos praticados mediante violência, ou seja, atos que agridem o pudor sexual de alguém e violam a integridade psicológica e física de um indivíduo ⁶⁹.

texto, comentários e aspectos polêmicos. 7ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48-59.

⁶⁹ ELUF, L. N..Op. Cit. 1999. p. 24-26.

4.2 Atentado Violento ao Pudor.

O Código Penal define o Atentado Violento ao Pudor da seguinte forma:

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena: reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Nova redação dada pela Lei 8.072/90)⁷⁰.

No atentado violento ao pudor também se está sob a proteção de um mesmo bem jurídico, que é a liberdade sexual, a autodeterminação sexual. Todavia, esta modalidade se volta a atos sexuais tais como a penetração anal ou outras formas de atos libidinosos.

O objeto jurídico do delito é a liberdade sexual da pessoa, o direito de dispor do próprio corpo e de escolher os parceiros para os atos libidinosos⁷¹.

Nesses casos, tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, de qualquer sexo. Como no estupro, não deve ser considerada a posição social do sujeito passivo. Não importa se é meretriz, casado, solteiro, ou com qualquer reputação social. O que importa é a violência contra o sujeito que, impedido de exercer sua liberdade sexual, torna-se submetido à imposição do ato por meio da violência explícita ou suposta do outro.

A redação da norma jurídica evidencia que o problema doutrinário está no fato de os atos libidinosos obedecerem a uma escala hierárquica, variando do toque corporal, de um beijo lascivo, até o coito anal. De acordo com Eluf:

⁷⁰ Antes da nova redação dada pela Lei 8.072/90, a pena prevista era de 2 (dois) a 7 (sete) anos. Ver: BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31/05/2006.

Segundo princípios mais acurados de justiça, não é justo aplicar-se ao beijo lascivo a pena mínima de seis anos de reclusão, a mesma pena prevista para o sexo anal. Assim, de *lege ferenda*, o correto seria incluir-se todos os tipos de cópula (vaginal, anal ou oral) no delito de estupro, fazendo-se do atentado violento ao pudor um crime menos grave, com pena menor, talvez com outra denominação⁷².

Para Sabadell, estupro e atentado violento ao pudor deveriam estar dentro do mesmo capítulo, pois ambos visam a proteção do mesmo bem jurídico – ‘dos delitos contra a autodeterminação sexual’. Embora tenhamos diferenças quanto ao sujeito ativo, ambos se referem a ações sexuais ilícitas. Assim como Eluf, Sabadell propõe que as outras agressões sexuais (tais como rapto, sedução, corrupção de menores, ato obsceno, etc.) sejam reagrupadas em outro fato típico.⁷³

Podemos reforçar este entendimento quando tratamos da violência real, pois no atentado violento ao pudor encontramos as mesmas exigências da situação de estupro. Ou seja, “é essencial o dissenso efetivo da vítima, mas a resistência da ofendida não deve levá-la a arriscar sua integridade física ou sua vida”.⁷⁴ Tanto no estupro como no atentado violento ao pudor, o que configura o crime é a violência real ou simbólica, presumida ou não, frente à discordância da vítima. E o que importa e deve ser julgado é o rompimento da discordância e não a necessidade de materialidade.

Mesmo em caso de toque corporal, em que haja contato físico pela violência, a jurisprudência pode considerar que “o simples contato corporal lascivo consistente

⁷¹ ELUF, L. N..Op. Cit. 1999, p. 24.

⁷² Ibid., p. 25.

⁷³ SABADELL, A. L. Op. Cit. 1999, p. 88. Ver referências das legislações estrangeiras.

⁷⁴ ELUF, L. N..Op. Cit. 1999, p. 26.

em beijo, sendo o mesmo obtido mediante violência ou ameaça, configura o artigo 214 do Código Penal” (TJSP – AC – Rel. Jarbas Mazzoni – JTJ 144/273)⁷⁵.

Como no estupro – pelo menos quando se trata de vítimas adultas –, a ação penal em crimes contra a liberdade sexual é quase sempre privada, e se procede mediante queixa-crime.

Eluf questiona a posição da doutrina quanto à necessidade de ação privada e à afirmação de que se fosse ação pública, tal processo jurídico poderia causar prejuízos para a vítima devido à publicidade do problema, quando na esfera da justiça. Segundo esta autora, por maiores que sejam os problemas que a rememoração do ato provoque na vítima, “a punição ao culpado trará, exatamente, o alívio do qual a vítima necessita”. Ao mesmo tempo, ela interpreta as dificuldades da ação privada devido ao contexto social, pois, embora na realização formal do processo a posição social da vítima não deva influenciar, na atual conjuntura histórica a sua queixa poderia causar questionamentos sobre seu comportamento moral.

Ao citar a necessidade de concurso do ofendido, afirma que isto não ocorre nos delitos de roubo, extorsão, seqüestro, em que também há contato direto entre vítima e agente. E conclui afirmando que esta necessidade ocorre devido ao preconceito social referente “aos fatos da sexualidade humana”.

Para fundamentar a necessidade de ação pública, declara que como estupro e atentado violento ao pudor são crimes hediondos, eles “não podem ter suas punições deixadas ao arbítrio da vítima. A segurança social supera o interesse individual e não convém à comunidade, de forma alguma arriscar-se à convivência

⁷⁵ BRASIL. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5.ed.rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 2450-52. BRASIL. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. Alberto Silva Franco [et. al.]. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 2396; ELUF, L. N..Op. Cit., 1999. p. 17. Ver jurisprudência citada nos autores

de pessoas de alta periculosidade”. Frente a isso, sugere que a ação deveria ser pública incondicionada ou, no máximo, condicionada a representação⁷⁶.

A autora utiliza a moldura normativa para interpretar e fortalecer a proteção à vítima. No seu aspecto positivista, e interno ao direito, este é um recurso que permite a relação e a escolha normativa dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Todavia, defrontamos-nos com o sentido das escolhas dentro da moldura, especialmente pelo recurso à Lei dos Crimes Hediondos.

Considerando-se uma análise externa ao direito esta lógica torna-se problemática, pois, ao defender os direitos fundamentais de proteção à sexualidade humana, a autora se apóia em lei que restringe outros direitos também fundamentais. E, neste sentido, o problema não está na defesa ou em afirmar a necessidade de ação penal pública, o problema está no recurso à Lei dos Crimes Hediondos como componente de sua moldura interpretativa.

E, como decisão, orientação e veredicto de doutrina, podemos recorrer novamente a Bourdieu e sua análise do veredicto de uma decisão judicial:

E o ritual destinado a enaltecer a autoridade do acto de interpretação – leitura dos textos, análise e proclamação das conclusões, etc. – ao qual, desde Pascal, a análise se agarra, não faz mais do que acompanhar todo o trabalho colectivo de sublimação destinado a atestar que a decisão exprime não a vontade e a visão do mundo do juiz [e, no nosso caso, da doutrina] mas sim a *voluntas legis* ou *legislatoris*.⁷⁷

⁷⁶ ELUF, L. N..Op. Cit. 1999, p.73-5.

⁷⁷ BOURDIEU, P. Op. Cit. 1989, p. 225.

4.3 Lei dos Crimes Hediondos.

Em julho de 1990, por meio da Lei 8.072, a redação original do Código Penal foi alterada passando a prever que as penas a serem impostas nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor deveriam ser aumentadas, e estes passariam a ser entendidos como crimes hediondos.

Seguindo o que é usualmente realizado para as definições de legislação dentro dos estudos jurídicos, e especialmente nas doutrinas, partimos do sentido lexicográfico da palavra hediondo, dos seus adjetivos, e as conseqüentes definições legais para determinados tipos de crimes. A palavra hediondo pode ser entendida por adjetivos como “repelente, repulsivo, horrendo, depravado, vicioso, sórdido, imundo [...] sinistro, pavoroso, medonho”. “Sórdido, repugnante, depravado”, derivando do latim ‘feder’.⁷⁸

Todavia, o sentido lexicográfico é uma forma vazia de conteúdo, é uma simples definição da língua que não abrange o sentido legal e o socialmente vivido. De qualquer forma, o sentido da palavra hediondo implica uma definição extrema, cuja redação normativa o acompanha:

Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

⁷⁸ FERREIRA, Aurélio B de H. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. aum.. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986; CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997; HOUAISS, A. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001. 1 CD.

O art. 223 a que se refere o texto legal diz respeito às formas qualificadas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Isso quer dizer que, no CP, estas formas qualificadas implicam um aumento da pena, desde que comporte a seguinte qualificação do ato criminal:

Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta a morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

Com a aplicação da Lei 8.072, temos uma nova redação que altera o tempo de pena, e especialmente o art. 6º:

Os arts. 157, § 3º; 157, *caput* e seus §§ 1º, 2º, e 3º; 213; 214; 223, *caput* e seu parágrafo único; 267, *caput*, e 270, *caput*, todos do Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 9. As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. [...] 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitando o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão [...].⁷⁹

Assim, foi alterado o princípio sancionatório de modo a aumentar a pena privativa de liberdade, mesmo na modalidade que seria entendida como estupro simples, ou seja, aqueles atos que não estariam com as qualificadoras do art. 223, CP.

Ao analisar estas alterações legislativas, Alberto Silva Franco afirma que

O mínimo punitivo de três anos de reclusão foi dobrado e o máximo de pena foi aumentado de oito para dez anos. Ao mesmo tempo, as formas qualificadas de estupro sofreram modificações. Se da violência empregada contra a vítima resultar lesão corporal de natureza grave, os limites, mínimo e máximo, serão demarcados

entre oito e doze anos de reclusão (art. 223 do CP) e se resultar em morte, passará a ser de doze a vinte e cinco anos de pena reclusiva [sic].⁸⁰

No atentado violento ao pudor também vemos que o mínimo e o máximo das penas foram aumentados, e as formas qualificadas foram agravadas, havendo uma equiparação punitiva entre as figuras do estupro e de atentado violento ao pudor.⁸¹

Embora os dois crimes sejam considerados como hediondos, entende-se que deve haver distinção entre simples e qualificados quando do aumento especial da pena, “dada a expressa referência ao art. 223, *caput* e parágrafo único do CP, que somente ocorrerá havendo lesão corporal grave ou morte”.⁸²

No seu aspecto positivo, a norma jurídica do crime hediondo, envolvendo o aumento da pena e as condições restritivas de execução penal, está formalmente definida pelo ordenamento, devendo ser aplicada pelo juiz. Todavia, externo ao seu caráter normativo de dever ser, é possível uma análise das questões envolvidas no seu processo de criação.

No que diz respeito à sua gênese, a Lei dos Crimes Hediondos (LCH) está prenhe de sentidos e atributos radicalmente negativos, pois aparece no cenário legislativo brasileiro como resposta a uma série de crimes e, especialmente, “seqüestros que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do país”. Entre

⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 01/09/06.

⁸⁰ BRASIL. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. Alberto Silva Franco [et. al.]. 5a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 2396. Ver jurisprudência citada nos autores. p. 2423.; ELUF, L. N..Op. Cit. 1999, p. 17.

⁸¹ Ibid., p. 2464; MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos. 7ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2002. p 48-59

⁸² FRANCO, Alberto Silva et. al.. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte especial. 6ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. vol. 1. tomo 2, p. 392; DELMANTO, C; DELMANTO, R.; DELMANTO JR., R. **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 4ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 396.

estes, os casos Martinez, Salles, Diniz e Medina criaram comoção social e instalaram um “momento de pânico que atingia alguns setores da sociedade brasileira”⁸³.

Segundo Leal e Monteiro, a aprovação desta lei pode ser vista como a “expressão de forças conservadoras – de constituintes de formação política conservadora”⁸⁴, e por meio dela é como se “o governo desse uma sensação de segurança ao povo brasileiro”, estabelecendo uma relação entre solução de problemas do crime e violência com um “simples aumento da pena”.⁸⁵

A simplicidade argumentativa da expressão ‘simples aumento de pena’ torna-se mais complexa na reflexão de Alberto Silva Franco. Em seu trabalho, encontramos uma análise que contextualiza essa legislação num movimento com forte matiz ideológico, denominado *law and order*.

Esse movimento defende que o crime e a violência urbana somente podem ser controlados por leis severas “que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade. Esses seriam os únicos remédios eficazes para intimidar e neutralizar os delinqüentes e, ademais os únicos válidos para fazer justiça às vítimas e aos *homens de bem, ou seja, aos que não delinqüem*”⁸⁶.

Na relação entre direito penal e contexto social, o medo e a comoção social passam a ser utilizados como forma de instrumentalizar a política penal. E, ao eleger alvos tão claramente perceptíveis e antagônicos, este rigor distrai o olhar da população de outros problemas sociais mais urgentes, estabelecendo no crime o grande mal social. Nesse sentido, Franco afirma que essa lei se tornou um

⁸³ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**: notas sobre a Lei 8.072/90. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 44.; MONTEIRO, A. L.. Op. Cit. 2002, p. 4-5

⁸⁴ LEAL, João José. **Crimes hediondos**: aspectos políticos-jurídicos da Lei n. 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996. 152. p. 15.

⁸⁵ MONTEIRO, A. L.. Op. Cit. 2002, pags. 4-5.

⁸⁶ ARAÚJO, João Marcelo apud FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit., 1994. p. 36. grifado pelo autor.

“exemplo significativo de posição político-criminal que expressa, ao mesmo tempo, radicalismo e passionalidade”⁸⁷.

Dentre os vários problemas levantados por Franco, podemos observar que a LCH tem como “primazia, a tutela patrimonial; depois a liberdade sexual; por fim, algumas situações fáticas de perigo comum. A vida em si, quando desligada do bem ‘patrimônio’, não entrou nesse processo seletivo: foi considerada, por certo, um bem jurídico de valor menor”.⁸⁸

Sobre o enfoque que afirma ser patrimonial, Leal afirma que

A ausência do homicídio, possivelmente o mais grave dos crimes, no rol das infrações hediondas, representava uma grave lacuna da lei, fato que passou a ser apontado pela doutrina mais lúcida como uma gravíssima contradição jurídica e uma demonstração evidente da inconveniência político-criminal da LCH em seu todo⁸⁹.

Dentre as críticas feitas à lei dos crimes hediondos, também aparecem os problemas de desproporcionalidade na individualização da pena; exagero na elevação dos mínimos legais; a proibição de concessão de indulto e conseqüentemente da comutação da pena. E na execução penal, a LCH excluiu o regime progressivo de cumprimento da pena, que passa a ser executada integralmente em regime fechado⁹⁰.

De modo mais amplo, Leal interpreta o caráter punitivo da LCH do seguinte modo:

⁸⁷ FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit. 1994, p. 44.

⁸⁸ FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit. 1994, p. 46. A questão patrimonial é claramente salientada por Franco. A alteração na legislação, inserindo o homicídio, só vai ocorrer com a promulgação da Lei 8.930/94. BRASIL. **Lei nº 8.930**, de 06 de Setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8930.htm. Acesso em: 01/09/06.

⁸⁹ LEAL, João José. Op. Cit. 1996, p. 15.

⁹⁰ FRANCO, A. S.. Op. Cit. 1994, p. 47-49; LEAL, J. J.. Op. Cit. 1996; MONTEIRO, A. L., Op. Cit. 2002.

A classificar certas condutas como crimes hediondos, partiu o legislador do pressuposto de que, seja quem for seu autor, com sua personalidade e sua conduta social antecedente; sejam quais forem os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime; seja, ainda, qual tenha sido o comportamento da vítima, tais crimes merecerão sempre uma resposta punitiva acentuadamente mais grave e mais severa do que a prevista para as demais infrações penais. [...] a lei criou uma presunção compulsória do caráter profundamente repulsivo do ato incriminado: de forma discricionária e apriorística, decidiu o legislador marcar certas condutas criminosas, já tipificadas na lei positiva, com o rótulo da hediondez absolutamente obrigatória⁹¹.

Iniciamos esta parte do trabalho abordando o dever ser jurídico e como este independe da realidade, de questões da ordem do ser. Assim, apesar de todas as críticas que a legislação possa ter, a sua efetividade deve ser garantida por se tratar de normas positivadas no ordenamento. A partir das idéias de Kelsen, refletimos sobre a 'moldura' que esse ordenamento promove e como a atividade de interpretação deve estar limitada a esta. No caso da LCH, ao contrário de uma restrição do poder punitivo do Estado, o próprio Estado aumenta as penas para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, aumentando, conseqüentemente, a restrição aos princípios constitucionais e criando uma diferenciação entre crimes na aplicação da lei, especialmente no que diz respeito à "progressão de regime" de cumprimento da pena, como norma infraconstitucional.

Considerando moldura interpretativa, podemos pensar não somente na ordem constitucional, mas também em aspectos sociais que interferem na interpretação. Embora não caiba neste momento uma análise dessas interferências, não existe outra forma de pensar a aceitação ou não de uma lei fora do quadro das forças

⁹¹ LEAL, J. J.. Op. Cit. 1996, p. 23.

políticas e sociais que limitam ou alargam o seu entendimento. É nesse sentido que podemos interpretar a constitucionalidade do artigo 2º da LCH.

A partir de 1990, a L.C.H., no art. 2º § 1º impõe:

A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

É somente em fevereiro de 2006 que o Supremo Tribunal Federal (STF) passa a considerar este artigo como inconstitucional, mudando assim, a forma da legislação. O voto do Ministro Marco Aurélio afirma:

Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do “*fiat justitia, pereat res publica*”. Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico “*overruling*”, e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas. Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão. Defiro a ordem de *habeas corpus*, para que

se devolva ao juízo de origem o exame acerca do preenchimento pelo paciente das condições para a progressão de regime.⁹²

Sob o aspecto do direito positivo, aquilo que foi reiteradamente considerado constitucional, e que “não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas” adquire uma “nova orientação”, que o torna inconstitucional a partir da decisão desse órgão superior de justiça. Com isso, a partir de agora (*ex nunc*), a aplicação da lei deve ser feita de outro modo.

Como explicar esta decisão via racionalidade judicial? Ou melhor, qual a racionalidade que permite que uma mesma norma adquira diferentes sentidos durante um lapso temporal, ainda que sujeita ao mesmo ordenamento jurídico? Em termos de normas constitucionais, em termos da moldura criada pelo ordenamento nada mudou. E, tirando o palavrório empolado entre latins e citações, se afirma: até então, de acordo com a constituição, valia; a partir de agora, de acordo com a constituição, não vale mais.

Entre 1990 até 2006 temos uma interpretação. A partir de 2006 muda-se radicalmente essa interpretação, alterando assim, o caráter da legislação e a forma de execução prevista para os crimes hediondos. Além disso, a mudança não pode ser drástica a ponto de se reconhecer o “erro” anterior. Limitada pelo tempo da interpretação sem fundamento jurídico, e somente baseada na percepção de “uma nova orientação que se desenha”, o que é oferecido com uma mão, é tirado com a outra. Pois, embora reconhecendo a inconstitucionalidade da lei, a sua

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 82959-7. Ementa: Pena - Regime de Cumprimento – Progressão – Razão de ser. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.gov.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em: 10/09/2006. Grifos do autor.

inconstitucionalidade não existe nem mesmo para os que já foram condenados, passando a valer somente para aqueles que serão.

Ao falar sobre a *historicização da norma*, e as possibilidades de adaptação entre presente e passado, Bourdieu afirma que

Dada a extraordinária elasticidade dos textos, que vão por vezes até à indeterminação ou ao equívoco, a operação hermenêutica de *declaratio* dispõe de uma imensa liberdade. Não é raro, decerto, que o direito, instrumento dócil, adaptável, flexível, polimorfo, seja de facto chamado a contribuir para racionalizar *ex post* decisões em que não teve qualquer participação.⁹³

Essa decisão mostra o carácter arbitrário e seletivo do direito que, ainda que recorra ao formalismo da forma, tem um resultado sempre marcado por orientações sociais de dominação simbólica, e, nesse caso, expressa uma lógica punitiva oposta aos princípios constitucionais que o direito afirma como sendo invioláveis.

Refletindo sobre o carácter obrigatório, mutável, relacional e histórico da legislação, e sobre os conflitos que a ordem do vivido impõe aos aplicadores, procuramos entender as condenações e a aplicação da pena de estupro e de atentado violento ao pudor. E, recorrendo à moldura legislativa, analisaremos como os(as) juízes(as) e promotores(as) de primeiro grau, limitados nas suas ações pelo STF, além de outras instituições e da hierarquia funcional, restringem os limites do possível da lei positiva, fazendo escolhas interpretativas dentro do ordenamento jurídico.

No caso de estupro e atentado violento ao pudor, estamos falando na proteção de um bem jurídico fundamental, definido como 'liberdade sexual da pessoa humana'. A proteção a este bem jurídico, como vimos, é definida através de normas de alta *densidade normativa*. Isto é: "normas muito concretas, taxativas e

⁹³ BOURDIEU, P. Op. Cit. 1989, p. 224.

‘densas’ que não deixam lugar a incertezas nem conferem um poder discricionário ao aplicador”.⁹⁴ Ou seja, frente a este fato típico está claramente definida a extensão da pena, assim como a sua forma de aplicação, limitando as possibilidades interpretativas do juiz.

E, dentro do Processo Penal, a decisão da sentença deve estar relacionada com a sua aplicação, através da utilização de normas de alta densidade presentes na Lei de Execução Penal, que apresentaremos a seguir.

⁹⁴ DIMOULIS, D. Op. Cit. 2003, p. 79.

5. Lei de Execução Penal.

A Lei nº 7.209, de 11.7.1984, Lei de Execução Penal (LEP) pode ser interpretada como sendo composta de três objetivos primordiais. Aqueles que dizem respeito à garantia de bem-estar do condenado, à necessidade de classificação do indivíduo e a individualização da pena, e à assistência necessária dentro do cárcere – e os deveres de disciplina – enquanto estiver cumprindo a pena⁹⁵.

Segundo Nucci, “trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária”.⁹⁶

Dentre os vários dispositivos que compõem esta lei, queremos salientar alguns que nos interessam mais particularmente.

No Artigo Primeiro, a lei impõe que é necessário “efetivar as disposições da sentença [...] e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”. Pelo conjunto da lei, a harmônica integração social se refere tanto às condições materiais e assistenciais no ambiente interno do cárcere, quanto ao processo de reintegração social após o cárcere.

Como norma jurídica de dever ser, no art. 3º, a LEP impõe: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. O art. 38 do Código Penal reitera este princípio ao afirmar: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

⁹⁵ BRASIL. Lei n. 7210, de 11-07-1984: Lei de Execução Penal. In: BRASIL. **Código Penal; Código de Processo Penal; Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 541-563.

Estamos tratando de normas infraconstitucionais de ‘alta densidade’, a que restringe o cumprimento da pena à condenação jurisdicional e a que impede que outros direitos possam ser restringidos. De forma taxativa, o Código Penal também acrescenta a necessidade de respeito à integridade física e moral, estabelecendo uma relação de complementaridade entre a limitação do direito e a necessidade explícita de proteção dos direitos que não foram atingidos pela pena.

A proteção ao indivíduo tem força de princípio constitucional, pois, quando a Constituição (art. 5º, XLIX) trata das penas e de suas características, assegura “aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Do mesmo modo, a Constituição (art. 5º, XLVIII) afirma que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Este comando é reiterado com mais detalhe na LEP, quando estabelece as formas de classificação dos indivíduos de modo a prover condições para individualização da pena. Ainda que o indivíduo entre dentro de uma “instituição total”⁹⁷, que vai controlar toda a sua vida assim como a vida de todos os internos dentro dessa instituição, o Estado deve manter critérios de classificação que possam reconhecer o direito à individualidade.

São previstos diferentes tipos de assistência para o preso, tais como materiais, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (Arts. 10 – 25). E as formas de assistência, via alojamento e alimentação, são fundamentadas como mecanismos de reintegração à liberdade. (Arts. 25 – 6).

De modo mais específico o art. 40, LEP, afirma que

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 917.

⁹⁷ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1999.

Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

A Lei de Execução Penal procura atender os requisitos do que se entende como tratamento humano voltado às pessoas em restrição de liberdade, sejam condenadas ou internadas, cumprindo penas ou medidas de segurança. E, ao relacionarmos a LEP com a Constituição Federal, observamos que, como direitos fundamentais, a CF afirma:

Art. 5º, XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral

A presença de princípios fundamentais tal como a 'dignidade humana' permite uma crítica quanto à sua efetividade e quanto à liberdade que podem permitir ao aplicador da lei, devido à sua densidade normativa. Nesse sentido, Dimoulis afirma que

A análise das normas jurídicas sob a ótica de sua densidade normativa vislumbra diferenças no grau de concretude e indica que os responsáveis pela concretização do direito possuem maior discricionariedade quando aplicam normas abstratas e vagas, como são tipicamente os denominados princípios. Os princípios são abstratos e vagos, isto é, mais abstratos e vagos do que muitas outras normas, e possuem finalidades programáticas: estabelecem metas sem especificar os meios e os procedimentos que permitem

alcançar as metas, nem as sanções cabíveis em caso de omissão das autoridades competentes.⁹⁸

E, ao discorrer sobre densidade normativa, Dimoulis afirma que

Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice-versa).⁹⁹

A LEP traz comandos com alta densidade normativa que focalizam o quadro interpretativo. Se, por um lado, “respeito à integridade física e moral” pode sofrer questionamentos e interpretações sobre o que pode ser entendido por respeito e integridade, por outro, “estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” limitam o foco de interpretação e coíbem interpretações divergentes. Da mesma forma, afirmar que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade” é uma restrição explícita à ação da Justiça e do Executivo. Embora a noção de ‘respeito’ e ‘integridade moral’ possam ser moralmente relativizadas, torna-se mais difícil criar entendimentos divergentes quanto à ‘integridade física’.

Retomando a idéia de sistema de justiça penal, Mirabete afirma que a execução penal, além de ser parte do direito penal, é central à noção de sistema, pois não há como pensar em pena se não pensarmos nos modos e direcionamentos de sua execução.

Se a execução da pena não se dissocia do Direito Penal, sendo, ao contrário, o esteio central do seu sistema, não há como sustentar a

⁹⁸ DIMOULIS, D. Op. Cit. 2006, pags. 61-62.

⁹⁹ DIMOULIS, D. Op. Cit. 2006, p. 248.

idéia de um Código Penal unitário e leis ou regulamentos regionais de execução penal.¹⁰⁰

Segundo o “Promotor C”, “a execução é o final da história, e todo o esquema é para o réu [...] O fim do sistema, o objetivo final é a execução”.

E, em relação aos objetivos, a execução penal deve promover “a integração social do condenado ou do internado, já que adota a teoria *mista* ou *eclética*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar”.

Em particular, deve-se observar o princípio da *humanização da pena*, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de *direitos* e *deveres*, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade.¹⁰¹

De modo similar, Nucci afirma que:

Reprimindo o criminoso, o Estado promove a prevenção geral positiva (demonstra a eficiência do direito penal, sua existência, legitimidade e validade) e geral negativa (intimida a quem pensa em delinquir, mas deixa de fazê-lo para não enfrentar as conseqüências). Quanto ao sentenciado, objetiva-se a prevenção individual positiva (reeducação e ressocialização, na medida do possível e da sua aceitação), bem como a prevenção individual negativa (recolhe-se, quando for o caso, o delinqüente ao cárcere para que não torne a ferir outras vítimas).¹⁰²

Embora a LEP também possua um caráter administrativo, sob o aspecto da normatização das funções executivas e judiciárias da administração da pena e do preso, se voltarmos aos critérios de bem jurídico, podemos afirmar que - mesmo no

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-07-84. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1992. p. 31.

¹⁰¹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p 1 e 4. Itálicos do autor.

¹⁰² NUCCI, G. de S. Op. Cit. 2005, p. 920.

processo de punição - a vida do condenado é um direito fundamental a ser protegido pela legislação. Limitada pelos critérios de “direitos e deveres” dos presos, e atendendo às funções da pena, essa proteção busca tanto a punição quanto a ressocialização humanitária.

Ao fazer uma interpretação com base na garantia constitucional da pena, Carmen Barros afirma que o Estado deveria cuidar para que os processos de punição não dessocializassem o indivíduo sob a sua tutela. A autora tem como pano de fundo a situação carcerária brasileira, assim como uma discussão teórica sobre o caráter da pena. E, de certo modo, invertendo o caráter de ressocialização da pena, procura uma função ainda mais fundamental, ou seja, a não dessocialização do condenado.

Nestes termos, afirma que

[...] a prevenção especial, no Estado de direito, só pode ser atribuído o fim de não dessocializar o indivíduo sujeito à intervenção punitiva do Estado. E tal fim só pode ser alcançado quando for proporcionado o livre desenvolvimento de sua personalidade, criando-se bases para o autodesenvolvimento de sua personalidade ou, ao menos, condições que impeçam que a pena seja fator dessocializante.¹⁰³.

A partir das considerações que fizemos sobre o bem jurídico que a legislação procura proteger, entendemos que a LEP tem como bem jurídico ‘a vida do condenado’. Esta interpretação parte dos princípios fundamentais e constitucionais, tais como a “integração social do condenado”, a conservação de “todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade”, “respeito à sua integridade física e moral” e a não possibilidade de penas cruéis, que se expressam por meio de legislação de alta e baixa densidade normativa. Ainda que submetido a um processo punitivo e com

deveres claramente expressos, o caráter penal de vingança do Estado sobre o condenado deve estar limitado pelos fundamentos jurídicos que objetivam garantir a vida, a reinserção social e a não dessocialização do condenado.

Nos limites de sua moldura semântica, o plano normativo das regras de dever ser teoricamente independente da situação fática. E, na abordagem do positivismo jurídico, essas normas devem direcionar as ações dos operadores da justiça, limitando as ações dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

No que se refere ao estupro, em termos de bem jurídico, o objetivo é a proteção da liberdade sexual, assim como, em termos de LEP e da Constituição Federal a execução deve preservar a vida e a integridade moral e física do condenado por estupro. A partir dessas considerações analisaremos, dentro do quadro das leis, se é possível fazer interpretações divergentes. Se, por um lado, temos as normas de cumprimento de sentença, de como controlar o processo de decisão, ao expormos a sua implementação, encontramos novos quadros de possibilidades que permitem leituras e ações que relativizam o mesmo ordenamento.

¹⁰³ BARROS, C. S. de M.. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 60.

5.1 A LEP ou “As idéias fora de lugar”.

O Código Penal e o Código de Processo Penal criam limites jurídicos para a ação e intervenção dos(as) juízes(as) e promotores(as), desde o processo de conhecimento até a fase de sentença. Além destes, a interação que envolve discussão doutrinária, os recursos e as reformas de decisões pelos Tribunais Superiores, e as restrições do Poder Executivo criam novos limites à moldura jurídica.

A partir dos dados da pesquisa de campo, vamos analisar como o mundo das práticas cotidianas de execução penal – ainda que externas à formalidade legal do direito positivo – vai inserir novas variáveis nessa moldura, dando um outro sentido à LEP.

No interior de uma retórica recorrente nomeada como “juridicamente ideal”, a LEP é avaliada pelos(as) juízes(as) e promotores(as) como uma lei de primeiro mundo (“Promotor H”, “Juiz N”), ou como uma coisa para a Suíça (“Juiz A”), mas que não tem aplicação efetiva na nossa realidade de terceiro mundo. Estas afirmações aparecem como **elogio, crítica e evasão**. Elogio pelo seu caráter de norma ideal que congrega punição, humanidade, ressocialização e reinserção do preso na sociedade. Crítica por entenderem que é muito benéfica e branda (“Juiz F” e “Juiz X”). Evasão pela sua inviabilidade prática, econômica e responsabilização atribuída ao Poder Executivo. De modo geral, pudemos perceber que a LEP é interpretada pelos juízes e promotores como se fosse – parafraseando Roberto Schwarz¹⁰⁴ – “idéias fora de lugar”.

¹⁰⁴ SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. 5ª ed. São Paulo: Editora 34, 2000. A partir da obra de Machado de Assis, no ensaio “As idéias fora do lugar”, Schwarz analisa a disparidade entre a realidade social da sociedade escravista brasileira e a incorporação dos ideais do liberalismo europeu.

Em termos de descompasso entre a LEP e as condições efetivas do sistema carcerário, entre as idéias e os objetivos teóricos da pena e o lugar concreto da execução penal, “Promotor C” afirma que esta não cumpre os objetivos da pena, mas o “sistema é feito somente para punir. Pune mal e errado”.

Com as cadeias que temos, “Juiz R” questiona o sentido de justiça. Do modo como a LEP é posta em prática, “é uma ficção de reeducação”, pois é um “lugar de vingança, de sofrimento, e de aflição a alguém, e não cumpre nenhuma função de reeducação, reestruturação, reabilitação [...] Serve para evitar que a pessoa não cometa outros crimes fora da cadeia. Qual o preço? Não quero nem imaginar [...] Carcerário, só porrada!”.

Segundo o “Juiz A”, a realidade brasileira não permite que se atinja o caráter de ressocialização da pena, mas o que existe é somente o lado punitivo em um contexto imoral.

“Juiz K” entende que a recuperação é um ato, uma possibilidade que está no indivíduo, que depende dele, mas não das condições da instituição. Pelo contrário, “a instituição os transforma em animais”.

“Estrutura punitiva tem! Mas a finalidade da pena fica somente na punição, não atingindo os objetivos de ressocialização ou reinserção social”. E explicando este funcionamento punitivo, “Juiz N” interpreta como respondendo a necessidades políticas: “A condenação é infrutífera, é como um fazer de conta que funciona, sendo que, na verdade, vai piorar [...] O que existe é uma hipocrisia política. É como se estivéssemos vivendo de mentiras, de satisfações políticas”.

“Juiz B” entende que “a LEP é relativamente boa, pois implica em direitos e deveres para os presos e para as autoridades. Todavia, na prática, há uma falta de

estrutura efetiva nas unidades prisionais. Há uma incapacidade do executivo em cumprir a LEP”.

Assim, percebe-se não somente um descompasso entre LEP e realidade carcerária, mas o entendimento sobre a LEP fica desvalorizado frente às questões de direito penal. Nesse sentido, “Juiz K” diz:

Não tem literatura sobre execução penal. A gente fica desorientado [...] Também não tem jurisprudência. Acaba interpretando como quiser. Como o processo é demorado, os advogados não recorrem. Se, finalmente, o processo chega para a decisão, mas o réu já foi libertado, o tribunal julga ‘prejudicado’ [...] Tem a questão do ‘crime hediondo’. Aí sim. Esperou-se o julgamento do recurso. Mas, de modo geral, não tem jurisprudência, não tem entendimento dos tribunais.

Também afirma que, em cada vara, cada juiz toma decisões individualizadas e que não há uma uniformização. “Agora o tribunal está tentando organizar. Mas isto vale para o Estado de São Paulo e é infralegal, enquanto norma de tramitação de processo”.

“Juiz N”, “B”, “C” e “A” também afirmam a ausência de regras claras para a atuação na execução penal. E, segundo “N”, “quando faz alguma coisa, pode estar fazendo errado, sem saber, pois não há orientação do Tribunal”. E “Juiz B” diz que “na execução cada comarca estabelece os seus critérios”.

“Juiz O” afirma que no processo de execução “existe uma combinação com o diretor do presídio, mas não tem um rito comum, e cada comarca faz um tipo de processo, usando diferentes maneiras de juntar os apensos. Cada um controla de um jeito”.

Um outro problema está na defesa do preso. “Juiz W” e “B” dizem que as famílias conseguem pagar os advogados até a fase de sentença, mas depois,

quando entra na fase de execução, não conseguem mais manter essa despesa. No convênio com a OAB (e o oferecimento de advogados dativos) os advogados só recebem no final, na sentença. E, nos casos de execução – com a obrigação de assistência jurídica, conforme art. 15 da LEP –, o advogado só recebe quando o preso for solto. Assim, “devido à demora da execução, os advogados não estão interessados. Às vezes quando chamo um advogado para atuar, eles alegam razões pessoais e acabam não pegando os processos. Não têm interesse”.

De modo geral, surgem várias dificuldades quanto à efetividade das normas ideais de dever ser expressas pela LEP. Na aplicação restrita do caráter da pena, que se atém exclusivamente ao seu caráter punitivo, criando uma “ficção de reeducação”, a recuperação do preso resulta das suas características individuais, e não de uma política institucional. No plano procedimental e doutrinário, há falta de uniformização e orientação superior, deixando a cargo dos(as) juízes(as) a criação de critérios mais específicos, além da falta de material doutrinário¹⁰⁵, de jurisprudência e de regras claras de procedimento. E, finalmente, na assistência jurídica, as dificuldades orçamentárias das famílias pós-fase de sentença se unem às incoerências estruturais do convênio com a OAB, impedindo uma assistência jurídica efetiva.

Apesar de poucas obras jurídicas sobre execução penal, o sentido simbólico do “fora de lugar” também é recorrente em doutrinadores que analisam a LEP, conferindo um fortalecimento dessa percepção que vai além das nossas observações de pesquisa, mas que se revela de forma explícita na própria doutrina.

¹⁰⁵ Indo ao encontro dessas reclamações, e ao contrário da miríade de doutrinas de Direito Penal e de Direito Processual Penal, quando realizamos o levantamento bibliográfico encontramos poucas obras de Execução Penal, seja nas bibliotecas da UNIMEP, da USP ou da PUCCamp.

De forma doutrinária e reafirmando o que está escrito na lei, Mirabete descreve o que a legislação prevê, mas afirma a impossibilidade efetiva de classificação, de assistência, das condições dos estabelecimentos e, finalmente, afirma ainda que esses “mandamentos louváveis” se defrontam com o abismo da realidade nacional.

Em paralelo à descrição da estrutura normativa da LEP, Mirabete expõe na “nota de rodapé nº 29” – que iremos citar quase integralmente – a negação dos objetivos “louváveis” apresentados no livro.

Dentro da lógica jurídica do dever ser, o ser só aparece enquanto nota de rodapé, como um detalhe que não altera a ordem racional de comando, como um detalhe exterior à pureza normativa que se quer selecionar¹⁰⁶.

A nota de rodapé também é direito, mas direito-ao-contrário.

Há uma *convicção quase unânime* entre os que militam no exercício da aplicação do direito de que a Lei de Execução Penal é *inexeqüível* em muitos de seus dispositivos e que, por falta de estrutura adequada, pouca coisa será alterada na prática quanto ao cumprimento das penas privativas de liberdade e na aplicação da lei com relação às medidas alternativas previstas na nova legislação. Embora se reconheça que os mandamentos da LEP sejam *louváveis e acompanhem o desenvolvimento dos estudos a respeito da matéria, estão eles distanciados e separados por um grande abismo da realidade nacional*, o que a transformará, em muitos aspectos, em *letra morta pelo descumprimento e total desconsideração* dos

¹⁰⁶ “A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da acção jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social, e a tentativa de Kelsen para criar uma ‘teoria pura do direito’ não passa do limite ultra-consequente do esforço de todo o corpo dos juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento.” BOURDIEU, P. Op. Cit. 1989, p. 209.

governantes quando não pela ausência dos recursos materiais e humanos necessários à sua efetiva implantação¹⁰⁷.

E, de forma, similar, Nucci afirma que:

Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.¹⁰⁸

A LEP tem uma estrutura normativa que a coloca entre as legislações mais modernas, insere-a no debate teórico e doutrinário mais desenvolvido, tornando-se um modelo jurídico louvável. Ao lado desse caráter idealizado e idealizador da norma, também surgem críticas quanto à sua condescendência. E, no que diz respeito à sua efetividade, há uma convicção generalizada de “um grande abismo”, de “letra morta” frente à realidade nacional, cujo responsável é o Estado.

Mas quem é o Estado?¹⁰⁹

Na citação de Mirabete, a letra morta é decorrente da “total desconsideração dos governantes”(?), e em Nucci, “o Estado[(?)” tem dado pouca atenção ao sistema carcerário”. Como veremos adiante, a noção de Estado se confunde com o Poder Executivo, revelando assim uma lógica de conflito e evasão como se o Poder Judiciário não fizesse parte do Estado também, e; nos discursos que iremos relatar, muitas vezes a palavra “Estado” está relacionada somente ao Poder Executivo.

¹⁰⁷ MIRABETE, J. F.. Op. Cit. 1992, p. 39. Itálicos são meus.

¹⁰⁸ NUCCI, G. de S.. Op. Cit. 2005, p. 919.

¹⁰⁹ Formulamos esta questão a partir da leitura do Prof. Piacentin, no exame de qualificação. A partir daqui vamos colocar (?) quando a afirmação **Estado** trouxer ambigüidade de entendimento. Ou seja, Estado compreendendo Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou; Estado(?) referindo-se de modo mais específico ao Poder Executivo.

Além de Nucci e Mirabete, os(as) juízes(as) e promotores(as) falam das dificuldades de aplicação dos ideais de humanidade na realidade carcerária e analisam a vida dos presos como uma realidade independente, com autogestão, e sem controle pelo poder estatal. Visão que acentua as discrepâncias entre dever ser jurídico e realidade carcerária, assim como entre competências jurisprudenciais e executivas.

“Juiz R” afirma que a relação entre os presos cria um sistema de poder: “Há uma jurisdição lá dentro na qual ele se torna sujeitado, e fica vulnerável”. Acredita que a cadeia tem uma autonomia como se fosse um “ecossistema”, salientando seu o caráter ‘autônomo’ e ‘independente’.

De forma mais contundente, “Juiz A” afirma que a punição, que deveria ser papel do Estado (?), é delegada para quem não faz parte do Estado:

Dentro da cadeia não existe Estado(?), isto é coisa de filme americano. Nas cadeias quem manda são os presos e os “faxinas”. Embora a LEP não fale em faxinas, são eles que ditam quem come, quem dorme, onde dorme, se toma banho...

Este sistema punitivo, de autogestão, segundo “Juiz F”, faz com que os presos tenham leis próprias, tais como a proibição de olhar para a mulher do outro, e “que não seguem as leis daqui de fora, mas sim as de dentro”, que “são muito bárbaras e eles cumprem à risca”.

“Juiz N” salienta a “independência” do sistema penal ao afirmar que “o juiz nunca teve controle nas cadeias. Quem acaba controlando são os diretores, policiais e os próprios presos”. “Juiz E” relaciona o exercício de força dentro da unidade prisional com a organização de uma sociedade paralela, que “Promotor S” entende como possível devido à ineficiência do Estado(?). E a fala de “Juiz N” complementa: “Onde o Estado(?) falha, onde não demonstra eficiência, surge o poder paralelo [...] Na cadeia mais lei deles do que nossa”.

Aquilo que era idéia fora do lugar se transforma, na prática das cadeias, num lugar fora das idéias, e como se fosse independente do Estado. Um mundo paralelo olhado pelos olhos evasivos de um dever ser que interage seletivamente com o ser e que, ao reconhecer uma “autonomia”, se mantém ausente e independente das condições efetivas da execução penal.

A partir destas informações podemos tecer alguns comentários sobre a interpretação da doutrina e dos(as) juízes(as) e promotores(as) com a LEP, retomando as noções de elogio, crítica e evasão que anunciamos.

Em primeiro lugar, elaboram elogios da lei como se ela representasse o juridicamente desejável, o mandamento louvável, atribuindo um caráter ideal e auto-referencial à própria lei, protegendo-a das interferências do ser, e fortalecendo a noção de autonomia do sistema como direito positivo.

Em segundo lugar, ainda que queiram ficar no reino mítico do dever ser desejável, a realidade impõe uma relativização dessa noção, levando-os à formação de pontos de vista críticos. Por um lado, é avaliada como muito benéfica devido às condições que oferece quanto à redução de pena e aos benefícios legais na progressão do regime. Por outro, criticam a aplicação parcial dos objetivos teóricos da pena, reconhecendo a ínfima aplicação dos objetivos de reeducação e reinserção social, restringido-a ao seu caráter punitivo e vingativo. Nesse sentido, de forma bastante explícita e indignada, a doutrina expõe a condição de “masmorra” dos estabelecimentos carcerários, e de “letra morta” da legislação. Entre as nossas entrevistas, o cárcere surge como um “ecossistema”, onde o Estado(?) está ausente, não controla, assim como permite a criação de um poder paralelo com “leis bárbaras”, que transforma detentos em animais por meio de uma condenação infrutífera que piora ainda mais o condenado, inserido-o, definitivamente, no crime.

Finalmente, a estratégia do discurso torna-se evasiva, pois modifica essa constatação indignada em aceitação da realidade. Ou seja: fazer o que? A prisão é assim! Criminoso é assim! A vida é assim! Elabora-se uma estratégia de discurso que permite aceitar o ser em detrimento do dever ser por meio de explicações “sociológicas” do tipo: “aqui é Brasil”, “a lei é para a Suíça”, “aqui é terceiro mundo”. Entretanto, se invertermos a situação e questionarmos por que perseguir bandido se no Brasil sempre haverá pobreza e bandidagem? Provavelmente haverá uma violenta e indignada reação afirmando a necessidade de preservar a ordem e o dever ser independente do ser. Ou, como analisaremos adiante, mesmo que o estuprador sofra violências e morte no cárcere, isso não impede de condená-lo e jogá-lo nas masmorras.

Dentro do positivismo jurídico expusemos, através de Kelsen, que a decisão deve estar dentro da moldura do ordenamento. E, por meio dessas situações podemos afirmar que essas diferentes decisões não estão fora desse quadro, mas são leituras pertinentes. Todavia, podemos ampliar o sentido da decisão indo além do quadro normativo, inserido-o no contexto social mais amplo. Nesse sentido, Bourdieu afirma:

De facto, a interpretação da lei nunca é o acto solitário de um magistrado ocupado em fundamentar na razão jurídica uma decisão mais ou menos estranha, pelos menos na sua génese, à razão e ao direito, e que agiria como hermeneuta preocupado em produzir uma aplicação fiel da regra, com julga Gadamer, ou que actuaria como lógico agarrado ao rigor dedutivo do seu 'método de realização', como queria Motulsky. Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das 'regras possíveis', e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa [...].¹¹⁰

¹¹⁰ BOURDIEU, P. Op. Cit. 1989, p. 224.

6. O Estuprador e Cárcere.

A partir desse quadro teórico e doutrinário que envolve o sistema da justiça penal, podemos analisar questões mais específicas relacionadas ao lugar do estuprador neste sistema, assim como das condições a que estão sujeitos dentro das prisões. Por ele, veremos uma acentuação do descompasso entre o dever ser normativo e as condições da execução penal, das possibilidades de escolhas na moldura do ordenamento, que desafiam e questionam os ideais jurídicos, e que, como resultado do veredicto, transforma sujeitos de direito em objetos de violência.

O nosso maior problema é pensar a ordem normativa que se encontra nesse “ecossistema”, que “cria leis internas”, “bárbaras”, que são “mais lei deles do que nossa”. E, de modo mais específico, a regra interna do cárcere quem entra com estupro deve ser estupro, que não está presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Se nos mantivermos sob a perspectiva juspositivista, enquanto análise interna do ordenamento, esta questão não procede. Ainda que esta regra social seja efetiva, e que esta efetividade possa ser reconhecida pelos internos, pela administração carcerária, pela Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Poder Executivo, não é uma norma jurídica e, portanto, não tem validade jurídica. Retomando Dimoulis, “não devemos confundir a validade do direito com a sua avaliação nem a validade com seu grau de eficácia social”.¹¹¹ Ou seja, a regra está no plano dos costumes, da cultura, das relações sociais, mas não no plano do dever ser jurídico, pois o Estado não a reconhece no ordenamento jurídico pátrio.

¹¹¹ DIMOULIS, D. Op. Cit. 2006, p. 194.

Em oposição parcial a esta perspectiva, a proposta de Pluralismo Jurídico nos leva a repensar o que é direito, e permite pensar as normas socialmente eficazes, que estão no plano do 'ser', como "a presença de ordenamentos jurídicos concorrentes ao direito oficial-estatal"¹¹². Nesta proposta, o direito passa a ser composto por

[...] todas as regras que, independentemente de sua origem e forma de criação, são estabelecidas por pessoas ou grupos que exercem o poder em determinado âmbito (comunidades carentes, igrejas, prisões etc.) e vinculam os membros das respectivas comunidades, independentemente de sua concordância com normas do direito estatal.¹¹³

Nesta abordagem o direito não depende da sanção do Estado e, portanto, o Estado deixa de ser a fonte exclusiva de produção e imposição de direito, ou melhor, de direitos.

Segundo Boaventura de Sousa Santos:

Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos.¹¹⁴

O conceito de pluralismo jurídico já era utilizado para analisar as diversas formas de direito que competiam e andavam em paralelo durante a Idade Média europeia, antes da centralização do poder político e da formação de Estados

¹¹² Ibid., p. 84.

¹¹³ Ibid..

¹¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 21, 1986. p. 27.

Modernos, “que conseguiu controlar o território de um Estado e impor, como fonte exclusiva de direito, a sua própria legislação”.¹¹⁵

Santos atualiza esse conceito a partir de dados empíricos que coletou em pesquisa de campo num conjunto habitacional no Rio de Janeiro, que nomeia “Pasárgada”. Nesse local ele descreve os diferentes modos de juridicidade encontrados pela população para lidar com seus conflitos internos, e especialmente, analisou os mecanismos equidade (*fairness*) na resolução de conflitos de propriedade. Por estarem sujeitas a uma série de constrangimentos e impedimentos estruturais que não lhes permitiam um efetivo acesso ao Estado e à sua estrutura judicial, e para conviverem com critérios de moralidade, justiça e equidade, essa comunidade criou modos de juridicidade que estavam fora do direito formal e legal, mas que, ao mesmo tempo, tinham esse direito “do asfalto” como parâmetro e referência para as suas decisões. O autor mostra que, ainda que não pudessem recorrer aos critérios formais da lei oficial, “the official law are selectively invoked to protect a recongnized interest of community”.¹¹⁶

A partir desses dados, ele afirma que há uma “situação de pluralismo jurídico sempre que, no mesmo espaço geopolítico, vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica”.¹¹⁷ A noção fundamental é a possibilidade de haver direito mesmo que esteja em conflito com o que o Estado reconhece como lei ou que

¹¹⁵ Ver análise e bibliografia indicada por SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 120-133.

¹¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. **Law & Society**. 12, Fall 1977. p. 83.

¹¹⁷ IDEM. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J.. **Sociologia e direito**: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. 2ª ed. atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p.87; IDEM. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. **Law & Society**. 12, Fall 1977.

nomeia como direito, assim como a sua efetividade¹¹⁸ na resolução de conflitos num determinado contexto social.

A partir dessa perspectiva, entendemos que a regra imposta ao estuprador é uma forma de direito socialmente criada e com poder vinculante que, como um modo de juridicidade, articula-se com o sistema de justiça penal. Ao contrário de entender essa regra e o cárcere como um “ecossistema” que cria “leis internas” e “bárbaras” que são “mais lei deles do que nossa”, vendo-os como separados e definitivamente fora das responsabilidades e competências do Estado, afirmamos o campo de relações e a articulação que se estabelece com a reflexão que os(as) juízes(as) e promotores(as) fazem sobre tal regra.

Relacionando com o que expusemos sobre a LEP – seja pela idealização, crítica ou evasão –, o estabelecimento de dicotomias e contradições entre dever ser e ser revela um campo de relações e articulações entre a regra positiva ou plural e a reflexão dos operadores. E, ainda que esteja ausente do direito positivo, a sua existência no plano do ser impõe limites e reflexões sobre a atuação do sistema de justiça penal.

A seguir apresentaremos a avaliação dos entrevistados sobre a regra e o tratamento recebido pelos estupradores no sistema de justiça penal, ainda que estejam fora do ordenamento jurídico e que possam ser definidos como direito plural.

¹¹⁸ SABADELL, A. L. Op. Cit.. 2005, p. 63-73, define Eficácia da norma como “o grau de cumprimento da norma dentro da prática social. Uma norma é considerada socialmente eficaz quando é respeitada por seus destinatários ou quando a sua violação é efetivamente punida pelo Estado. Nos dois casos a previsão normativa é respeitada, seja de forma espontânea, seja por meio de uma intervenção coercitiva ou punitiva do Estado”. Neste trabalho, como estamos tratando da eficácia de uma norma não reconhecida pelo Estado, ficamos somente com a parte inicial da definição, ou seja; o grau de cumprimento da norma dentro da prática social, independente de sua presença no ordenamento jurídico nacional.

6.1 A existência da ‘regra sobre o estuprador’.

Enquanto esperávamos o fim de uma audiência para iniciar nossa entrevista com o “Juiz B”, ele mostrou um processo criminal envolvendo violência entre presos.

Segundo os autos, a vítima era um preso acusado de estupro que sofreu tortura e agressões graves por companheiros de cela, tais como sufocamento, lesão na cabeça e quase teve o pênis decepado. No relato do Boletim de Ocorrência, há uma informação fundamental que envolve descrição dos fatos e conhecimento compartilhado pelos operadores de justiça.

[...] os mesmos policiais informaram os presos que o declarante estava sendo recolhido pelo crime de estupro, isto já com o intuito de prejudicá-lo, uma vez que *é fato sabido que qualquer pessoa que dê entrada na Cadeia por esse motivo é vítima de agressão dos companheiros de cela, como de fato veio a ocorrer*¹¹⁹.

Este processo permite afirmar que o senso comum – “é fato sabido” – sobre as conseqüências que esses indivíduos sofrem nos cárceres, é uma informação e uma relação de causalidade, pois, a partir da informação já prevemos a recorrência e efetividade das conseqüências.

Indo ao encontro deste caso, o “Juiz C” afirma que independente de ser condenado pelo crime, “na carceragem o estuprador já sofre”, e se for colocado em contato com outros presos também corre risco de vida. Esta violência não se restringe ao atentado violento ao pudor, mas é acompanhada de agressões, humilhações, castigos e torturas, podendo chegar à morte.

¹¹⁹ Os itálicos são meus.

Como forma de controle desta regra, os delegados e diretores de presídio costumam criar um espaço separado dentro das delegacias, cadeias e penitenciárias, denominado “celas de seguro”.

“Promotor O” afirma que “quando é estuprador, este deve ser encaminhado para o seguro, não podendo ficar no meio dos outros presos”.

Segundo “Promotor C”, que foi Diretor de Cadeia:

Os presos não entendem como pode fazer isto com mulher. Entendem que se ele fosse solto, seria uma ameaça para todas as mulheres, para todas as famílias. Os presos não admitem. Consideram este crime como sendo pavoroso e sem justificativa. E, por ser visto como muito perigoso, como uma ameaça, entendem que deve ser castigado e ser colocado como ‘mulherzinha’. Além das violências sexuais, chegam a fazer tatuagem de pênis nas suas costas. Impõe uma constante humilhação. Ele apanha, é violentado, é vestido de mulher. Querem impor uma humilhação constante.

“Juiz R” afirma que o “comportamento em relação a eles é sabido. Ele vai ser violentado e sofrer violências se não for protegido”. Quando foi juiz de execução, a sua preocupação era mantê-los “em cela de seguro, pois além de sofrerem violências, podem até morrer”.

“Juiz A”, que também atuou em execução penal, afirmou que se procura separar o estuprador dos outros presos. “Eles ficam nas celas de seguro porque as administrações carcerárias sabem que agressão, violência e atentado violento ao pudor são práticas recorrentes”.

Quando estava na Vara de Execução, “Juiz E” também “recomendava” que não houvesse contato entre estuprador e os outros presos. Este caráter informal, como recomendação do juiz aos diretores de presídio, também aparece em “Juiz O” e em “Juiz R”. É uma recomendação, um pedido, e não uma decisão de

caráter jurisdicional, pois a administração das prisões na execução penal não é atribuição dos(as) juízes(as).

Os entrevistados reconhecem a existência da regra de violência sobre o estuprador, localizam a sua ação no contexto carcerário, e, frente a isto, afirmam a necessidade de separação dos criminosos por meio de celas de seguro. Ao mesmo tempo em que afirmam esta necessidade, devido ao caráter informal e muitas vezes provisório dessas celas, os entrevistados afirmam que a criação do seguro pode implicar ilegalidades na execução penal.

Quando relacionamos a criação do seguro com as condições de cadeias superpovoadas, surge um outro problema. A necessidade de se separar uma cela para este indivíduo – ou poucos indivíduos dentro de uma cela – pode piorar ainda mais as condições dos outros presos, pois, na totalidade do estabelecimento, aumenta o número de presos por cela.

Ao falar sobre a necessidade do seguro, “Juiz A” diz que

Ficam nas celas de seguro porque sabem que agressão, violência e atentado violento ao pudor são práticas recorrentes. Mas o seguro acaba sendo uma segunda pena, pois, muitas vezes, fica sozinho. E é ainda pior ficar sozinho, pois é como se fosse um isolamento.

“Juiz E” entende que o isolamento e as violências no cárcere são uma “sobrepena” imposta ao indivíduo. Além dessas práticas que atingem os direitos dos presos, “Promotor H” afirma que quando o preso está nessa situação, fica sem possibilidade de banhos de sol.

Os dados coletados nos questionários confirmam, de forma mais ampla, as informações que obtivemos nas entrevistas¹²⁰.

¹²⁰ Falamos sobre os critérios de metodologia no Capítulo 2.

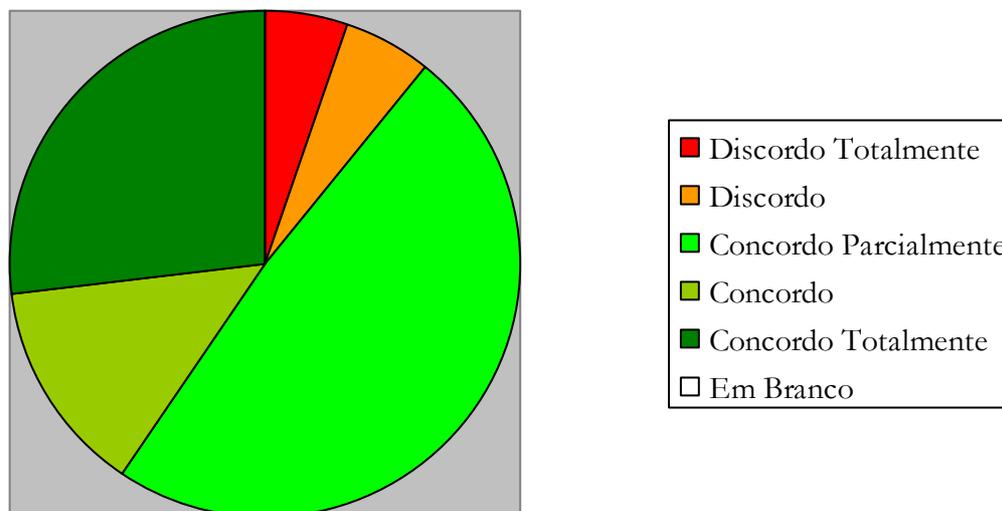
Na primeira afirmação do questionário – “Em sua opinião, essa regra existe entre presos” – vemos um elevado grau de concordância, com uma média (entre os valores de 1 a 5) de 3,51 e mediana 3. Como média, as respostas se situam entre concordo parcialmente e concordo. Só temos 10,8% de respostas que discordam da afirmação, sendo que 89,10% concordam, e, neste total, há 48,6% de concordância parcial. No gráfico, usaremos as cores vermelho e laranja para as discordâncias e tons de verde para as concordâncias, salientando o contraste entre estes dois conjuntos de respostas, assim como o grau de adesão em cada um.

Nas entrevistas, devido ao contexto mais amplo da discussão, encontramos uma concordância total com a existência da regra. Não somente concordância, mas a associação com a necessidade de celas de seguro para estes casos, como citamos acima.

Tabela 8
Questão 1. Em sua opinião, esta regra existe entre os presos

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	2	5,4
Discordo	2	5,4
Concordo parcialmente	18	48,6
Concordo	5	13,5
Concordo totalmente	10	27,0
Em branco		
Total	37	100

Figura 1.
Questão 1. Em sua opinião, esta regra existe entre os presos

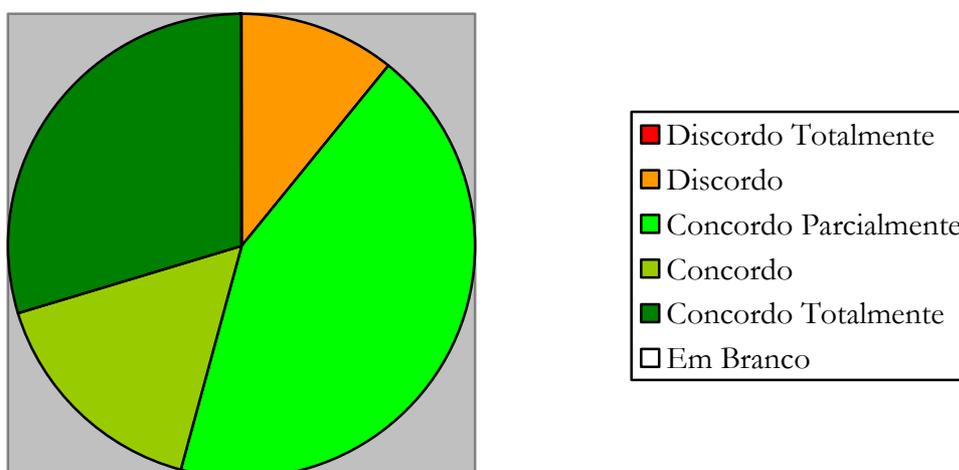


A segunda afirmação é sobre a recorrência da regra nas relações carcerárias. Ao afirmarmos “É uma regra recorrente no ambiente carcerário”, encontramos a mesma relação entre as porcentagens de discordância e concordância, 10,8% e 89,10%, mas as porcentagens de concordância mudaram: diminuiu o número de concordância parcial e aumentou a concordância e concordância total, manteve a mediana 3, mas a média alterou de 3,51 para 3,64.

Tabela 9
Questão 2. É uma regra recorrente no ambiente carcerário

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	0	0
Discordo	4	10,8
Concordo parcialmente	16	43,2
Concordo	6	16,2
Concordo totalmente	11	29,7
Em branco	0	0
Total	37	100

Figura 2
Questão 2. É uma regra recorrente no ambiente carcerário



Embora não esteja reconhecida no ordenamento jurídico, juízes(as) e promotores(as) reconhecem a existência e a efetividade desta regra. Em termos juspositivistas, “se não está nos autos (ou na legislação) não está no mundo”; mas, em termos de Pluralismo Jurídico é uma juridicidade efetiva no mundo do cárcere,

tanto que a Secretaria de Administração Penitenciária – SP¹²¹ tem construído presídios voltados para crimes sexuais. Ou seja, o Executivo também reconhece a existência e efetividade da regra.

O conhecimento das celas de seguro e a expectativa de execução da regra mostram uma relação e articulação entre judiciário, executivo e cadeia. Embora a efetividade da regra não seja oficialmente reconhecida, e por isso não possa entrar na esfera de decisões do judiciário, em termos concretos implica investimentos do executivo em prédios e orientação “informal” dos juízes para que haja uma separação desses condenados. Por um lado, formalmente não existe essa violência, por outro, constroem-se presídios.

Como citamos acima, além de reconhecerem a existência da regra, os(as) juízes(as) e promotores(as) relacionam-na com necessidade de celas de seguro que, embora não existam no ordenamento, é um modo de proteção a estes indivíduos. Todavia, por não ser formalmente reconhecida, implica um seguro sempre incerto e inseguro, estando sujeito à repercussão social causada pelo crime.

Ao contrário de um outro mundo, há uma interação que articula a vida na cadeia e as ações do executivo e do judiciário, embora estejam separados pela formalidade legal e pela informalidade das normas. Mas, seja por omissão, impotência ou conveniência, o direito plural sempre interage, articula-se e inseri-se nas ações e tomadas de decisão do Estado.

¹²¹ GOVERNO do Estado de São Paulo. Secretaria da Administração Penitenciária. **Mapa das Unidades Prisionais**. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/>> Acesso em 26/10/2006.

6.2 O seguro é inseguro.

Reafirmando o Caso inicial, para o “Promotor O” “o estuprador vai para o seguro. Mas quando a opinião pública pressiona, ele vai para a cela comum e é morto”. Este promotor afirma que “quando há pressão externa sobre os agentes, eles podem colocar o estuprador no meio dos outros presos para que haja violência”. Assim, a custódia do estuprador é sempre incerta, e as celas de seguro nem sempre são seguras, seja pela sua existência concreta, seja pela possibilidade de o estuprador ser colocado nela.

Outra questão importante é a relação que o Promotor estabelece entre reação social ao crime e segurança do criminoso. A segurança do cárcere depende da relação entre sociedade e ato criminoso.

Ao reforçar esta idéia, generalizar e ao mesmo tempo atribuir um sentido de recorrência e comportamento socialmente esperado; enfim, criando uma normalidade do “é assim mesmo”, “Promotor J” fez referência a um seriado de televisão – *Law and Order: special victim* –, contando sobre um episódio em que o investigador armou uma situação para um acusado, dizendo que, se não colaborasse, iria dizer na cadeia que era estuprador. E concluiu: “Até nos EUA isto acontece”.

Os entrevistados também mostram um conhecimento sobre as condições sociais que envolvem violências no cárcere que independem de processo judicial ou inquérito policial. E, ainda que o indivíduo seja acusado, como no nosso Caso, ao entrar na cadeia ele já pode sofrer violências dos companheiros de cela.

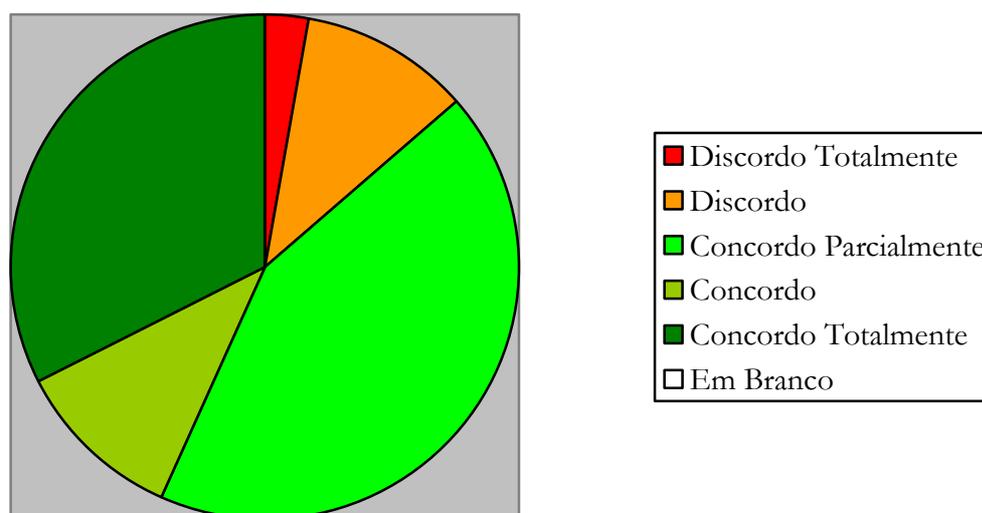
O importante nestas afirmações é que o sistema carcerário, e especialmente a punição ao estuprador, estão inseridos num contexto relacional que envolve reação social ao crime, ação policial e vingança sobre o estuprador. E quando há essa interpenetração, as atitudes dos presos respondem às necessidades de vingança social que o sistema de justiça penal não coíbe. Ao não coibir, o sistema de justiça penal transfere para os presos a “competência” pela vingança do crime, que deveria ser do Estado.

Na terceira afirmação do questionário, nosso objetivo era avaliar se a indistinção entre acusados ou condenados também fazia parte do conhecimento dos pesquisados. Assim, ao afirmar “a regra se aplica para acusados e para condenados por estupro”, encontramos as seguintes respostas.

Com uma média de 3,59 e mediana três, a maioria dos(as) juízes(as) e promotores(as) entendem que não há distinção entre acusados ou condenados por estupro, quando entram no cárcere. Apesar de termos 43,2% de concordância parcial sobre a afirmação, temos 32,4% de concordância total. Estes dados são parcialmente contraditórios com as questões 1 e 2. Embora encontremos 27% e 29,7% de “concordo totalmente” sobre a existência e recorrência da regra; na questão 3, que se refere à sua aplicação, o número sobre para 32,4%. Da mesma forma que nas questões anteriores, o índice de discordância e discordância total se mantém baixo, perfazendo 13,5%. E, somando as concordâncias, chegamos a 86,4%.

Tabela 10**Questão 3. Ela se aplica para acusados e para condenados por estupro**

	Freqüência	Porcentagem
Discordo totalmente	1	2,7
Discordo	4	10,8
Concordo parcialmente	16	43,2
Concordo	4	10,8
Concordo totalmente	12	32,4
Em branco	0	0
Total	37	100

Figura 3**Questão 3. Ela se aplica para acusados e para condenados por estupro**

As duas últimas afirmações se referem à violência imposta ao estuprador. Na questão quatro afirmarmos que “o estuprador é sempre maltratado pelos outros presos”. Mantém-se um índice elevado de concordância, perfazendo 78,3%; as discordâncias acumulam um percentual de 18,9%, com média de 3,29, e mediana 3. Embora se apresente 43,2% de concordâncias parciais, a somatória de “concordo” e “concordo totalmente” representam 35,1% das respostas.

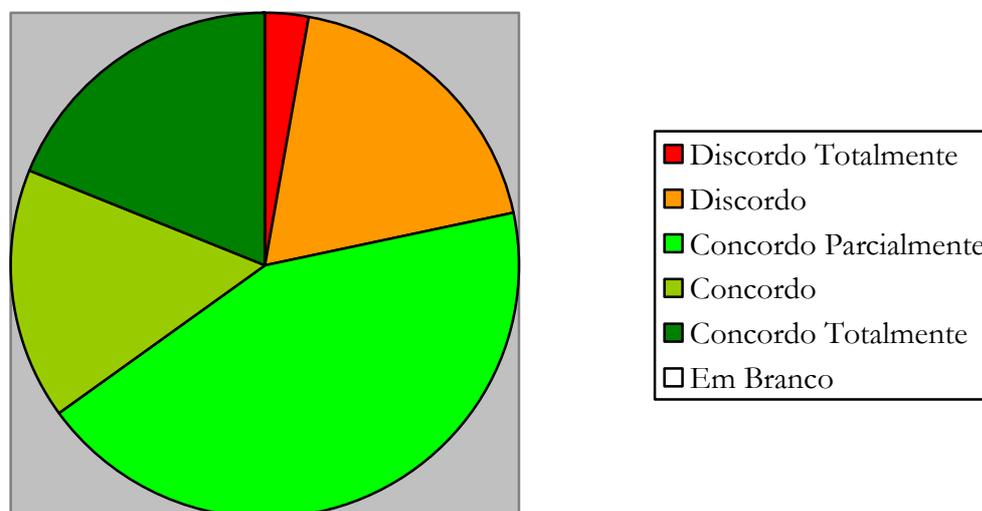
Tabela 11

Questão 4. Nas delegacias, cadeias ou penitenciárias, o estuprador é sempre mal tratado pelos outros presos.

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	1	2,7
Discordo	7	18,9
Concordo parcialmente	16	43,2
Concordo	6	16,2
Concordo totalmente	7	18,9
Em branco	0	0
Total	37	100

Figura 4

Questão 4. Nas delegacias, cadeias ou penitenciárias, o estuprador é sempre mal tratado pelos outros presos.



Quando afirmamos que “o atentado violento ao pudor realizado no estuprador é sempre acompanhado de outras agressões físicas”, verificamos a somatória das discordâncias aumentar para 29,7%, e as concordâncias diminuir para 64,8%, e dois questionários sem resposta. Todavia, entre

aqueles que concordam e concordam totalmente, a porcentagem é de 40,5%, estabelecendo uma média de 3,37 e mediana 3.

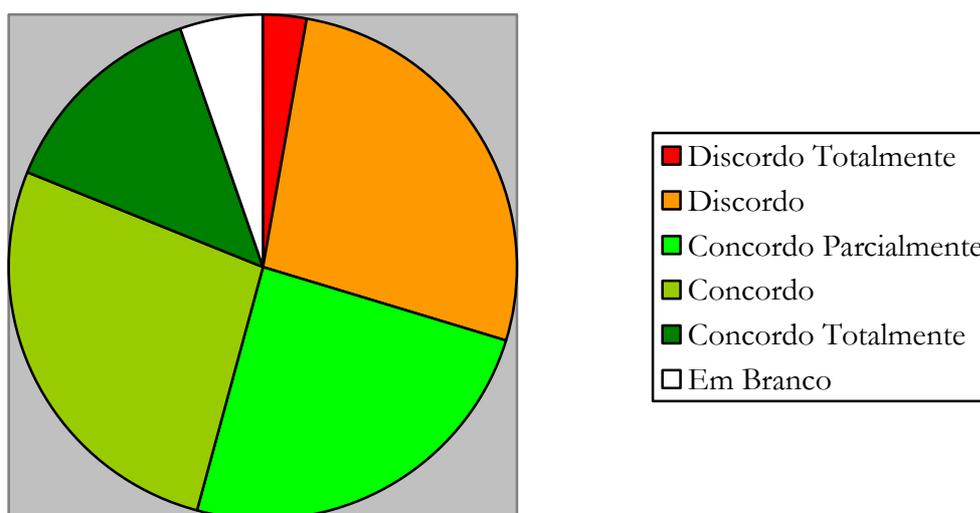
Tabela 12

Questão 5. O Atentado violento ao pudor realizado no estuprador é sempre acompanhado de outras agressões físicas.

	Frequência	Porcentagem
Discordo Totalmente	1	2,7
Discordo	10	27,0
Concordo Parcialmente	9	24,3
Concordo	10	27,0
Concordo Totalmente	5	13,5
Em Branco	2	5,4
Total	37	100

Figura 5

Questão 5. O Atentado violento ao pudor realizado no estuprador é sempre acompanhado de outras agressões físicas.



Aglutinando as informações coletadas nas entrevistas com a tabulação dos questionários, podemos concluir que os(as) juízes(as) e promotores(as) reconhecem a existência da regra “quem entra com estupro é estuprado”; avaliam que é recorrente no ambiente carcerário; a sua aplicação não faz distinção entre acusados ou condenados; o estuprador é sempre maltratado pelos outros presos; e o atentado violento ao pudor é sempre acompanhado de outras violências.

O modo de conter esta violência é a criação de celas de seguro em delegacias, cadeias ou penitenciárias, mas além de problemas quanto a direitos dos presos, o seguro nem sempre é um local de segurança.

De forma semelhante a outros entrevistados, “Juiz F” salienta que o seguro é ainda mais inseguro quando há rebeliões em presídios. Nestas situações, os presos que geralmente aparecem como reféns, com cabeças decapitadas, são estupradores: “em rebelião quem sempre sofre são os condenados por estupro”.

“Juiz O” complementa:

Estuprador é sempre o primeiro a sofrer, especialmente em rebeliões quando os presos querem dar mortes como exemplo. Também sofre dentro da cadeia, às vezes tem pêlos raspados, sobancelhas.

6.3 A violência sexual faz parte do sistema.

Por estar inserido em um tipo penal claramente definido, o “Promotor C” entende que o estupro é considerado como autor de um “crime pavoroso e sem justificativa. E por ser visto como muito perigoso, como uma ameaça”, torna-se alvo privilegiado de violência sexual dentro do cárcere. Todavia, quando falamos de violência sexual, nossos entrevistados afirmam que esta situação se estende para além dos estupradores, atingindo outros presos que, no espaço da cadeia, estão sujeitos a hierarquias de poder e violência interna.

Segundo o “Promotor O”, “para ser estupro, não precisa ser necessariamente estupro”. Para ilustrar, conta o caso do “Mike Tyson”: “um negro forte que submetia sexualmente outros presos, e toda noite ele comia um. Ele era mais forte e por isso sevia os outros”.

Ao entrar no contexto da cadeia, não importa se a pessoa tem o papel passivo ou não, mas a questão do sexo, segundo ele, está ligada a uma necessidade de sobrevivência: “Ali dentro... todo mundo junto... se tocando...”.

Apesar da violência e dos constrangimentos, “Promotor O” explica esta situação como uma necessidade natural, como necessidade de fazer sexo. E, frente a esta necessidade, que neste discurso passa a ser naturalizada, e não pensada como uma situação construída pela própria estrutura da instituição, “Promotor J” e “O” afirmam que “sempre tem um líder na cadeia que define os parceiros”. Ao naturalizar esta prática, sua postura passa a ser de distanciamento e evasão.

A violência sexual é esperada no sistema e esta violência pode ser dirigida a todos os internos. Não somente existe uma violência interna nas prisões, mas ela é

vista como um sistema autônomo, cujo controle está nas mãos dos próprios presos, ou de modo mais restrito, nas mãos da administração carcerária.

A partir dessas situações, podemos pensar em alguns problemas jurídicos.

O primeiro diz respeito à 'separação' e o 'não controle' efetivo do ambiente carcerário pelo Estado (Judiciário, Legislativo e Executivo), que atinge frontalmente os direitos e deveres dos internos de acordo com a CF, e de modo mais específico, atinge as normas de alta densidade da LEP.

Outro problema diz respeito ao Pluralismo Jurídico. Se, por um lado, essas formas podem ser vistas como possibilidades de juridicidade que permitem formas de organização que não dependem diretamente do Estado, por outro; e especialmente no caso do esturador, estas organizações normativas impõem formas de violência e abuso que atingem direitos e garantias individuais.

Entre outros, este é um problema levantado por Sabadell quando analisa o Pluralismo Jurídico. Se o pluralismo pode "substituir o direito do Estado por outros sistemas de normas sociais capazes de suprir as deficiências do direito oficial", estes "sistemas são fluidos e mudam de modo informal", e, especialmente, não permitem a aplicação "das especificidades do direito moderno estatal: segurança jurídica, certeza, centralização, estabilidade, execução assegurada pelo emprego da violência legal e legítima, aplicação por juristas profissionais e, sobretudo, utilização da forma escrita que fixa as regras".¹²²

Estamos fora dos limites teóricos e doutrinários do direito moderno e fora das formalidades jurídicas que vêm sendo construídas como forma de aplicação do direito. Todavia, a recorrência e a efetividade, assim como o reconhecimento de sua

¹²² SABADELL, A. L. Op. Cit.. 2005, pags. 130-131.

existência por operadores do direito, revelam sua importância como realização de punição sobre este comportamento.

Finalmente, um problema maior se revela: enquanto pensamos em organizações comunitárias, conjuntos habitacionais que criam regras de convivência internas, podemos dizer que estamos em uma esfera mais “autônoma” da sociedade, embora Santos a insira em uma análise sobre as desigualdades de classe da sociedade capitalista, e especificamente da sociedade brasileira¹²³. Todavia, quando pensamos em sistema carcerário que, para sua efetivação depende das especificidades do direito moderno estatal, como podemos pensar em autonomia?

Pelo contrário, é necessário salientar a articulação existente entre o direito plural e o direito positivo.

O Direito Penal Moderno é marcado pela racionalidade, procedimentos e garantias legais, e dentro disso, por formas de controle da violência através da criação de “corpos-dóceis” nas prisões¹²⁴; e, enquanto sociedade ocidental, pelas formas sociais e culturais de controle das emoções e paixões impostas pelo “processo civilizador”.¹²⁵ No plano do Estado, estamos submetidos à racionalidade e ao controle da violência física, sendo o Estado o único a possuir legitimidade para exercê-la¹²⁶. Contudo, como podemos punir uma violência tão bárbara e intensa como a que esturador exerce?

Pela LEP e sua racionalidade de proteção, mesmo que punitiva, estamos no plano da civilização e do controle das paixões. Mas, ao se efetivar, remete-nos ao plano

¹²³ SANTOS, B. de S.. Op. Cit., 1977.

¹²⁴ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Ed. Vozes, 1986.

¹²⁵ ELIAS, N. **O processo civilizador**: uma história dos costumes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1990; _____. **A sociedade de corte**. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa. 1995

¹²⁶ WEBER, M. **Economia e sociedade**: fundamentos de uma sociologia compreensiva. Brasília: UNB, 1999. vol. 2.

da 'masmorra', dos suplícios e à Idade Média realizando de outro modo os mecanismos de disciplina dos corpos criados na formação prisão através da história¹²⁷.

Frente a isto, entramos num plano de nomeação que deriva do veredicto ao estuprador, atingindo a população carcerária como um todo.

O que o Estado está impedido de exercer sobre o estuprador, ele transfere para os presos. Devido à racionalidade do direito, o Estado não pode violentá-lo, matá-lo ou impor violência recorrente. Mas, como que não pode fazer, transfere esta ação para os presos, seja permitindo, tornando-se omissivo, afirmando que não tem controle, que é outro mundo, separado, etc. É esse mundo 'separado', entendido como pertencente à barbárie, que assume essa responsabilidade. Afinal, não é isso que se espera e que se impõe à população carcerária?

O sentido da nomeação e da violência simbólica atinge os presos e eles caem na armadilha. Fazem o que espera-se deles, agem sem razão e sem controle, fortalecendo a imagem de um mundo separado, e, por ser separado, tem "competência" para ser bárbaro. Ao se vingarem do estuprador, os presos respondem à necessidade social, mas a resposta se volta novamente contra eles, separando-os ainda mais do mundo da normalidade e colocando-os, definitivamente, no mundo da animalidade, das paixões e do comportamento irracional. O que o dever ser não permite, o ser reitera em forma de violência e exclusão.

¹²⁷ FOUCAULT, M. Op. Cit. 1986.

6.4 O direito-ao-contrário do estuprador.

Em termos de efetividade punitiva, vimos que a regra sobre o estuprador é recorrente, não distingue condenados ou acusados e que o atentado violento ao pudor vem acompanhado de outras violências. Frente a isto, queremos analisar como os(as) juízes(as) e promotores(as) avaliam o caráter desta pena, tendo como referência os conceitos de “poder de intimidação (prevenção geral)”, de controle social, e de preservação da ordem social.

Quando afirmamos “Essa regra tem poder de intimidação (prevenção geral) sobre a população, apesar de não estar incorporada no direito positivo”, estamos pensando em uma função teórica da pena no direito penal, que se fundamenta no seu caráter de intimidação. Este caráter da pena, voltado ao homem racional, funcionaria como impeditivo da ação delitiva e a ameaça da pena produziria um temor desta e uma espécie de motivação para não cometer delitos.¹²⁸

Para as teorias preventivas, o objetivo da pena não se dirige à retribuição do fato delitivo cometido, como se houvesse somente uma função punitiva e vingativa, mas a sua aplicação tem por objetivo a inibição de possíveis comportamentos delitivos futuros.¹²⁹ O “fim justificador da pena passa a ser utilitário e voltado para o futuro”¹³⁰.

¹²⁸ BITENCOURT, C. R.. Op. Cit.. pags. 113-14.

¹²⁹ Ibid., p. 112.

¹³⁰ BARROS, C. S. de M.. Op. Cit.. p. 55.

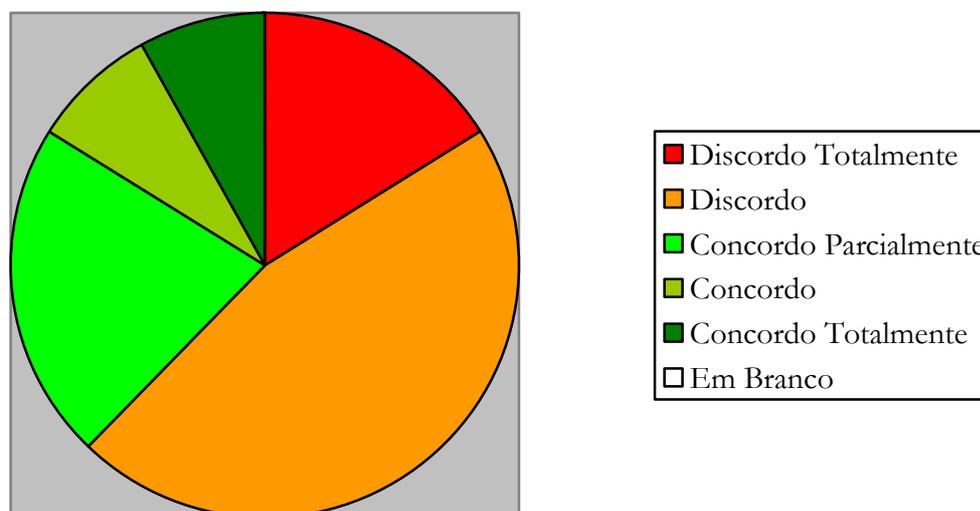
Tabela 13

Questão 6. Essa regra tem poder de intimidação (prevenção geral) sobre a população, apesar de não estar incorporada no direito positivo.

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	6	16,2
Discordo	17	45,9
Concordo parcialmente	8	21,6
Concordo	3	8,1
Concordo totalmente	3	8,1
Em branco	0	0
Total	37	100

Figura 6

Questão 6. Essa regra tem poder de intimidação (prevenção geral) sobre a população, apesar de não estar incorporada no direito positivo.



Apesar de reconhecerem a efetividade da regra entre a população carcerária, o entendimento dos(as) juizes(as) e promotores(as) restringe a suposição de uma função preventiva. As discordâncias atingem 62,1%, e as concordâncias 37,8%, com uma média de 2,45 e mediana 2 (discordo). Mesmo sendo informal, não reconhecida

pelo direito positivo e tendo efetividade, acreditam que a imposição desta regra não tem capacidade de coibir esse comportamento.

Isto é coerente com o que dissemos sobre o estuprador. Muitos(as) juízes(as) e promotores(as) entendem que esse comportamento está ligado a problemas psicológicos, da natureza do indivíduo. Sendo assim, uma função preventiva da pena não atingiria os possíveis violadores da norma. Mas, ao mesmo tempo, senão preventiva, somente resta a vingança.

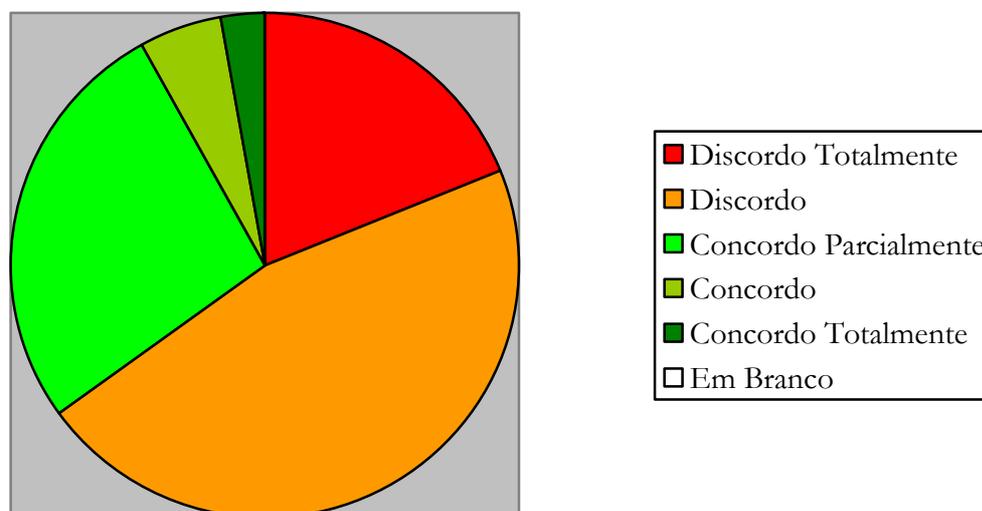
Como controle social de comportamentos, que a regra exerceria sobre a população em geral, e ligados ao conhecimento social de uma punição possível, temos um mesmo entendimento.

Tabela 14
Questão 7. Essa regra exerce controle social sobre os indivíduos, apesar de não estar incorporada no direito positivo.

	Freqüência	Porcentagem
Discordo totalmente	7	18,9
Discordo	17	45,9
Concordo parcialmente	10	27,0
Concordo	2	5,4
Concordo totalmente	1	2,7
Em branco	0	0
Total	37	100

Figura 7

Questão 7. Essa regra exerce controle social sobre os indivíduos, apesar de não estar incorporada no direito positivo.



Temos 64,8% de discordâncias e 35,1% de concordâncias, com média de 2,27 e mediana 2 (discordo). Ao cruzar os dados de poder de intimidação e controle social, apesar de a maioria discordar dos efeitos sociais, 37,8% e 35,1%, respectivamente, entende que esta ação punitiva ultrapassa os efeitos sobre os indivíduos, tendo reflexos na sociedade.

Ao inserirmos a preservação da ordem social, a oposição é maior, com discordâncias de 81,1% e concordâncias de 16,2%, com média 2,1 e mediana 2 (discordo).

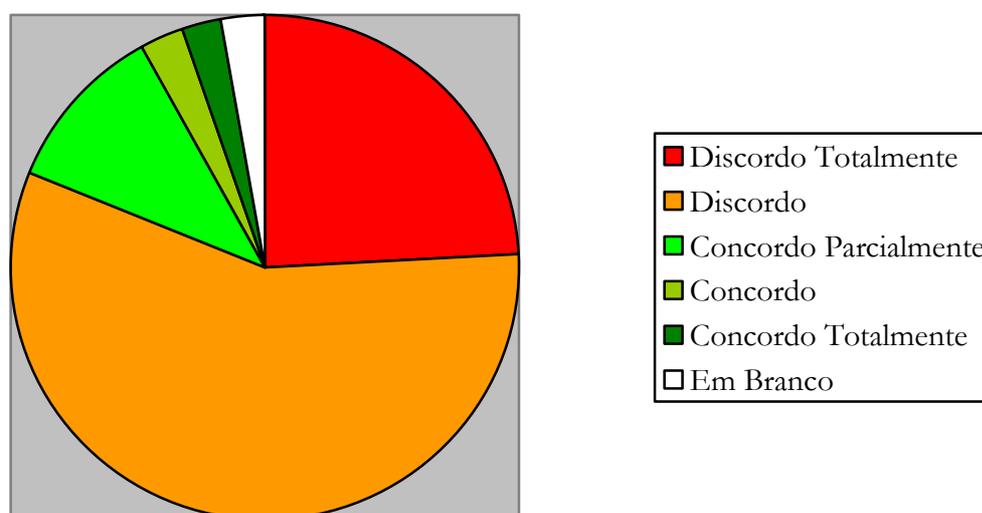
Tabela 15

Questão 8. Essa regra preserva a ordem social, apesar de não estar incorporada no direito positivo.

	Freqüência	Porcentagem
Discordo totalmente	9	24,3
Discordo	21	56,8
Concordo parcialmente	4	10,8
Concordo	1	2,7
Concordo totalmente	1	2,7
Em branco	1	2,7
Total	37	100

Figura 8

Questão 8. Essa regra preserva a ordem social, apesar de não estar incorporada no direito positivo.



Em termos de análise de algumas funções desta regra, como pena efetiva no cárcere, elas são rejeitadas pelos(as) juízes(as) e promotores(as). Ainda que tenha efetividade no ambiente do cárcere, não é vista como uma pena que mantenha requisitos de prevenção, controle social ou manutenção de ordem social. Enfim, ficamos com os dados anteriores que a caracterizam como somente punição bárbara

e plural ao ordenamento jurídico, mas, ao contrário de Pasárgada, ela se realiza em instituição oficial, sob tutela do Estado e sob as diretrizes de um moderno direito estatal.

A análise crítica dos(as) juízes(as) e promotores(as) sobre a regra fica mais salientada quando fazemos referência aos direitos e às garantias fundamentais.

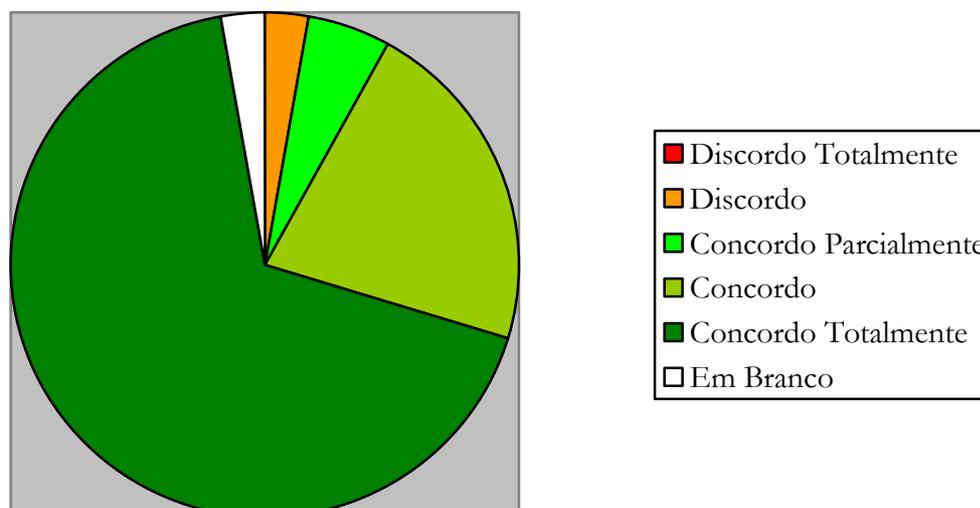
Tabela 16

Questão 9. A aplicação dessa regra sobre o estuprador fere o princípio constitucional da dignidade humana.

	Freqüência	Porcentagem
Discordo totalmente	0	0
Discordo	1	2,7
Concordo parcialmente	2	5,4
Concordo	8	21,6
Concordo totalmente	25	67,6
Em branco	1	2,7
Total	37	100

Figura 9

Questão 9. A aplicação dessa regra sobre o estuprador fere o princípio constitucional da dignidade humana.



As concordâncias atingem 94,6%, com média de 4,62 e mediana 5 (concordo totalmente), e, de modo específico, 67,6% concordam totalmente com a idéia de que a sua aplicação é contrária ao princípio constitucional da dignidade humana.

Além de contrária à dignidade humana, entendem que a presença desta norma atinge as disposições da LEP.

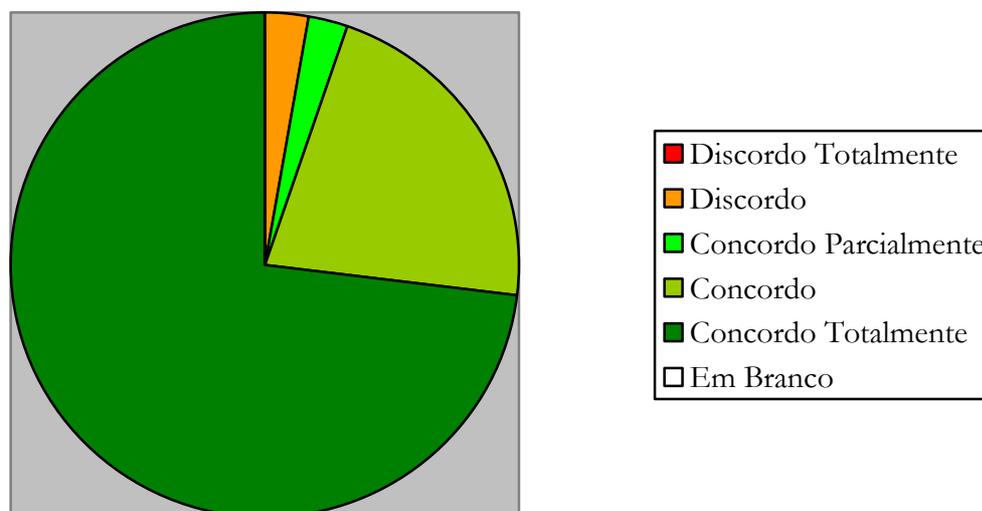
Tabela 17

Questão 10. A aplicação dessa regra sobre o estuprador fere, de modo geral, a Lei de Execução Penal.

	Freqüência	Porcentagem
Discordo totalmente	0	0
Discordo	1	2,7
Concordo parcialmente	1	2,7
Concordo	8	21,6
Concordo totalmente	27	73,0
Em branco	0	0
Total	37	100

Figura 10

Questão 10. A aplicação dessa regra sobre o estuprador fere, de modo geral, a Lei de Execução Penal.



Desse modo, a efetivação da sentença, no caso do estuprador, é vista como sendo contrária à LEP, com uma concordância quase absoluta de 97,3%, com média de 4,64 e mediana 5 (concordo totalmente). Em termos de dignidade humana e em relação às disposições da LEP, podemos encontrar o maior valor de oposição à regra. Para fortalecer este entendimento, fizemos outra relação com normas constitucionais, mas encontramos outros valores.

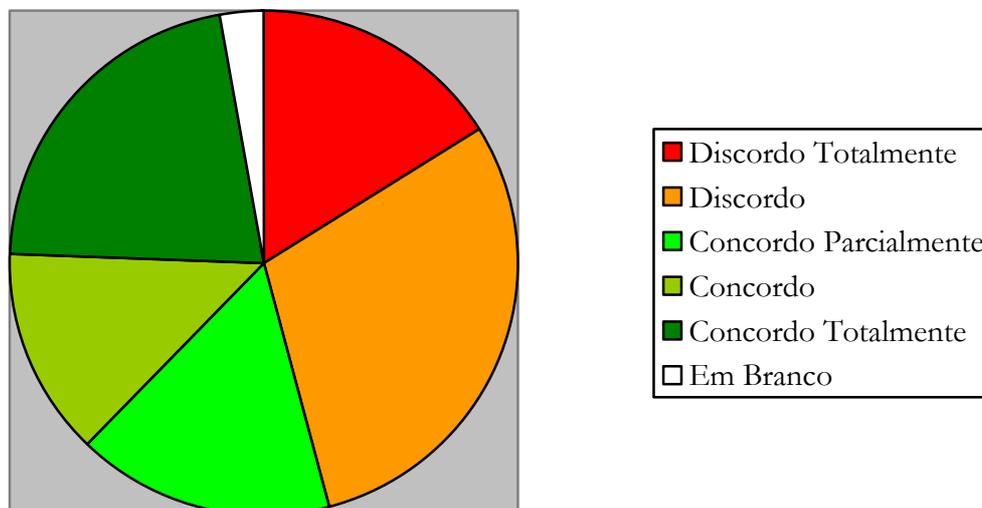
Tabela 18

Questão 14. O art. 5º, inciso XLVII da C.F. impõe que “não haverá penas: a) de morte [...] e) cruéis”. Na prática, as condições de execução da pena podem ser entendidas como aplicação de pena cruel ao condenado por estupro.

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	6	16,2
Discordo	11	29,7
Concordo parcialmente	6	16,2
Concordo	5	13,5
Concordo totalmente	8	21,6
Em branco	1	2,7
Total	37	100

Figura 11

Questão 14. O art. 5º, inciso XLVII da C.F. impõe que “não haverá penas: a) de morte [...] e) cruéis”. Na prática, as condições de execução da pena podem ser entendidas como aplicação de pena cruel ao condenado por estupro.



Ainda que haja concordância com os itens acima, ao perguntarmos sobre a crueldade da regra, encontramos valores que se mostram como parcialmente contraditórios. Ou seja, 45,9% discordam e 51,3% concordam que as condições da execução penal impõem pena cruel ao estupro, com média de 3,02 e mediana 3 (concordo parcialmente).

É importante destacar que, embora reconheçam a efetividade do atentado violento ao pudor e as violências decorrentes, assim como a oposição à dignidade humana e à LEP, quando fazem uma avaliação sobre a pena do estupro, os índices de avaliação de crueldade não se mantêm elevados. Aqui, passamos a ter um outro entendimento da LEP.

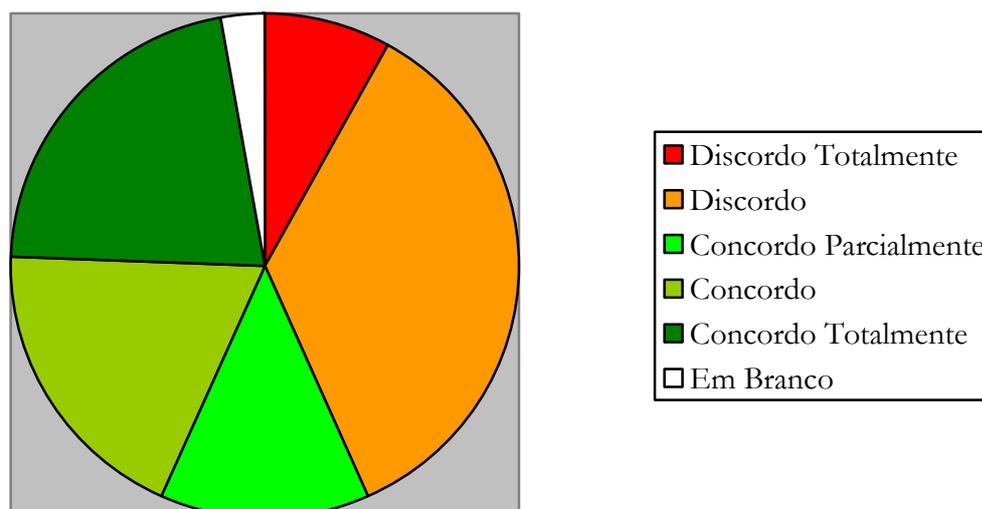
Tabela 19

Questão 11. O art. 3º da LEP afirma que: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”. Embora não estejam juridicamente previstas na condenação pelo juiz ordinário, as condições de execução da pena implicam condenação extra ao estuprador.

	Freqüência	Porcentagem
Discordo totalmente	3	8,1
Discordo	13	35,1
Concordo parcialmente	5	13,5
Concordo	7	18,9
Concordo totalmente	8	21,6
Em branco	1	2,7
Total	37	100

Figura 12

Questão 11. O art. 3º da LEP afirma que: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”. Embora não estejam juridicamente previstas na condenação pelo juiz ordinário, as condições de execução da pena implicam condenação extra ao estuprador.



Há uma divisão de entendimento sobre a execução penal como condenação extra. Ainda que tenhamos anunciado “Embora não estejam juridicamente previstas

na condenação pelo juiz ordinário, as condições de execução da pena implicam condenação extra ao estuprador”, acreditamos que há uma dificuldade de concordância, pois esta condenação está fora do legalmente previsto. Não é uma condenação extra porque não há um juiz que tenha proferido esta sentença. Ainda que a concordância seja maior, 54%, o índice de discordância é 43,2%, com média de 3,1 e mediana 3 (concordo parcialmente). Todavia, se realmente entenderam o enunciado da afirmação, que separa as diferentes perspectivas, a avaliação fica mais dividida na consideração das violências, e de certo modo não as reconhece.

Na questão 12A usamos como referência normas da LEP para avaliar como os (as) juízes(as) e promotores(as) relacionam esta lei com a sua aplicação sobre o estuprador, afirmando que as condições da execução atendiam a “garantia de bem-estar”.

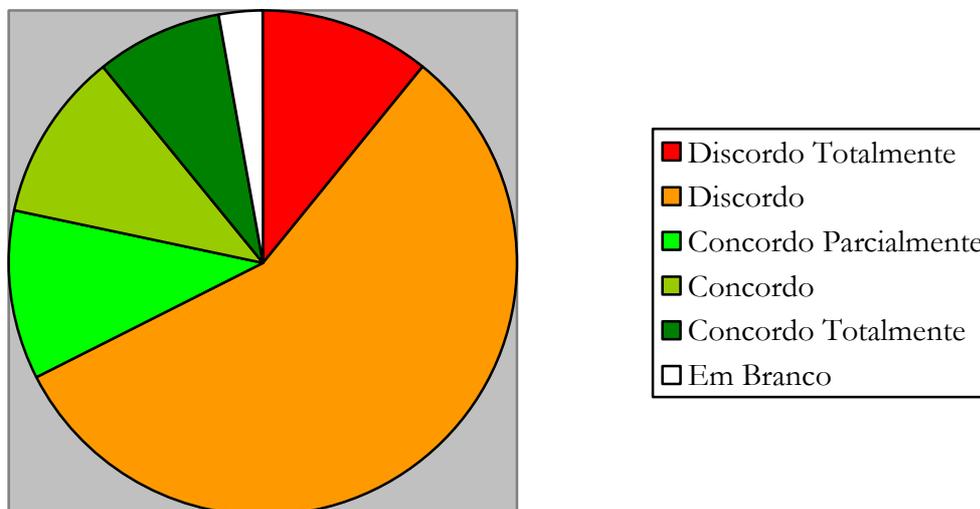
Tabela 20

Questão 12A. Tendo como referência a Lei 7.209/84 (LEP), com relação ao condenado por estupro, as condições de execução da pena cumprem os objetivos de: garantia do bem-estar do condenado.

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	4	10,8
Discordo	21	56,8
Concordo parcialmente	4	10,8
Concordo	4	10,8
Concordo totalmente	3	8,1
Em branco	1	2,7
Total	37	100

Figura 13

Questão 12A. Tendo como referência a Lei 7.209/84 (LEP), com relação ao condenado por estupro, as condições de execução da pena cumprem os objetivos de: garantia do bem-estar do condenado.



Os entrevistados entendem que a execução penal não garante o bem-estar. Nesses termos, 67,6% discordam que estas garantias sejam aplicadas e 29,7% concordam, com média 2,56 e mediana 2 (discordo).

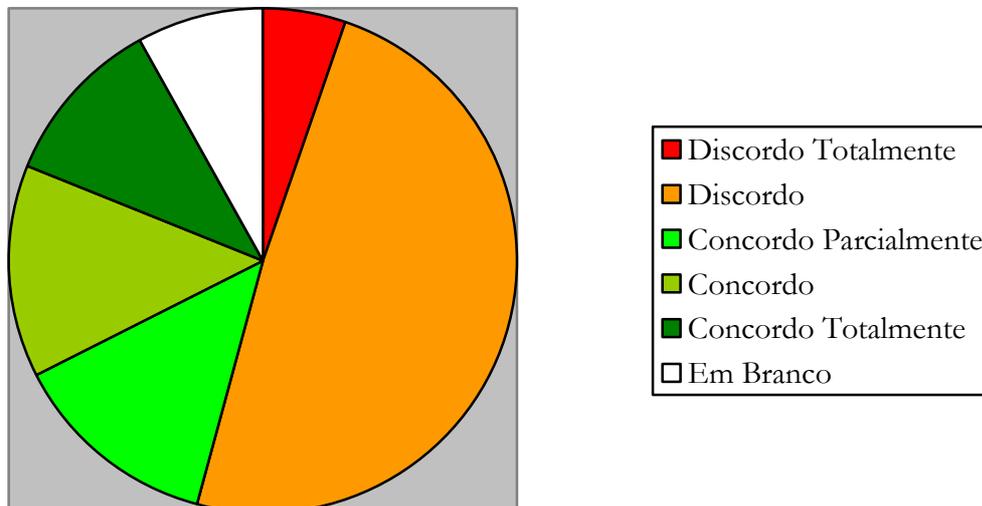
Tabela 21

Questão 12B. Tendo como referência a Lei 7.209/84 (LEP), com relação ao condenado por estupro, as condições de execução da pena cumprem os objetivos de: necessidade de classificação do indivíduo e individualização da pena.

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	2	5,4
Discordo	18	48,6
Concordo parcialmente	5	13,5
Concordo	5	13,5
Concordo totalmente	4	10,8
Em branco	3	8,1
Total	37	100

Figura 14

Questão 12B. Tendo como referência a Lei 7.209/84 (LEP), com relação ao condenado por estupro, as condições de execução da pena cumprem os objetivos de: necessidade de classificação do indivíduo e individualização da pena.



Cinquenta e quatro por cento (54%) dos entrevistados discordam que a execução penal realize os objetivos de classificação e individualização da pena, e 37,8% acreditam que estes objetivos são cumpridos, com média de 3,0 e mediana 2 (discordo).

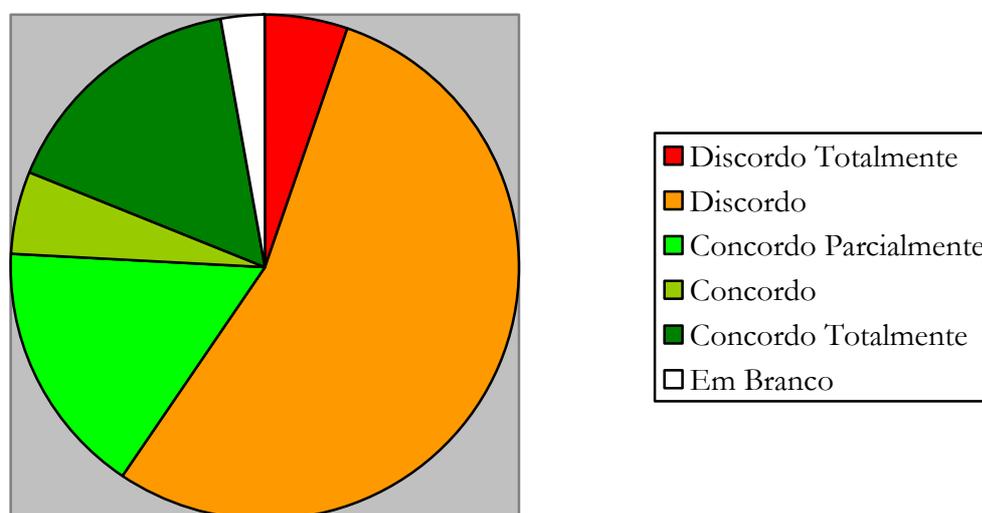
Tabela 22

Questão 12C. Tendo como referência a Lei 7.209/84 (LEP), com relação ao condenado por estupro, as condições de execução da pena cumprem os objetivos de: assistência necessária dentro do cárcere.

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	2	5,4
Discordo	20	54,1
Concordo parcialmente	6	16,2
Concordo	2	5,4
Concordo totalmente	6	16,2
Em branco	1	2,7
Total	37	100

Figura 15

Questão 12C. Tendo como referência a Lei 7.209/84 (LEP), com relação ao condenado por estupro, as condições de execução da pena cumprem os objetivos de: assistência necessária dentro do cárcere.



Sobre a assistência necessária dentro do cárcere, 59,5% discordam que exista, e 37,8% entendem que são cumpridas, com média de 2,81 e mediana 2.

A partir dos dados sistematizados, podemos concluir que, de modo geral, os(as) juízes(as) e promotores(as) sabem da existência, recorrência e violência na

aplicação da regra sobre o acusado ou condenado por estupro. Entendem que, apesar de ser efetiva, não cumpre as funções de prevenção, controle social ou preservação da ordem social e a sua efetividade vai de encontro ao princípio constitucional de dignidade humana. As condições do cárcere e a violência imposta ao estuprador, também são, de modo geral, contrárias às condições de dever ser previstas na LEP. E, de modo específico, contrariam as normas relativas a bem-estar, classificação e individualização da pena e a assistência necessária, inclusive jurídica. Embora reconheçam que a violência atinge a dignidade humana, o reconhecimento como punição extra e pena cruel torna-se dividido.

Novamente aparece um problema em relação aos direitos fundamentais, especialmente no caso da dignidade humana, que, embora devam ser respeitados pelas autoridades estatais como dever ser jurídico, são abstratos e vagos¹³¹. Devido à baixa densidade normativa da dignidade humana, é possível que a norma de violência ilícita imposta ao estuprador seja avaliada, ao mesmo tempo, como sendo contrária à dignidade humana sem ser cruel ou punição extra.

Dentro da lógica do dever ser jurídico, das normas positivadas e do formalismo jurídico, é possível dizer que a pena não é cruel nem há punição extra, porque não houve uma determinação por órgão jurisdicional. De modo geral, no plano de sua existência e mesmo idealmente, todos se opõem a esta norma de violência por ser um direito plural e não juridicamente reconhecido. Mas, formalmente, esta violência não existe, pois ela não está no ordenamento, não é prevista e nem tem validade jurídica.

Sendo dever ser jurídico, o ordenamento prevê para o estuprador pena que varia de seis a dez anos e, enquanto sentença, esta pena deve ser cumprida em

estabelecimento penitenciário. O ordenamento não prevê que o acusado ou condenado por estupro deva receber como castigo violências recorrentes e, especialmente, sofra atentado violento ao pudor.

Pode ocorrer que quem tenha sofrido estas violências faça um Boletim de Ocorrência, passando pelas fases do processo até chegar à justiça. “Promotor O” e “Promotor J” nunca tiveram uma denúncia desse tipo. Já tiveram casos de indenização por morte de detento requerida pela família, mas nunca estuprador denunciar violências sofridas no cárcere.¹³²

Embora no plano fático possam reconhecer a existência de violência na execução penal, este é um outro momento, outro lugar, outra competência jurídica ou administrativa e, especialmente, é uma realidade do ser que não deve ser incorporada no dever ser.

Também perguntamos se a fixação da pena na sentença condenatória seria mais importante do que as condições da execução carcerária.

¹³¹ DIMOULIS, D. Op. Cit.. 2006. p. 62.

¹³² Não tendo como comprovar esta hipótese apelamos para o “senso comum”.

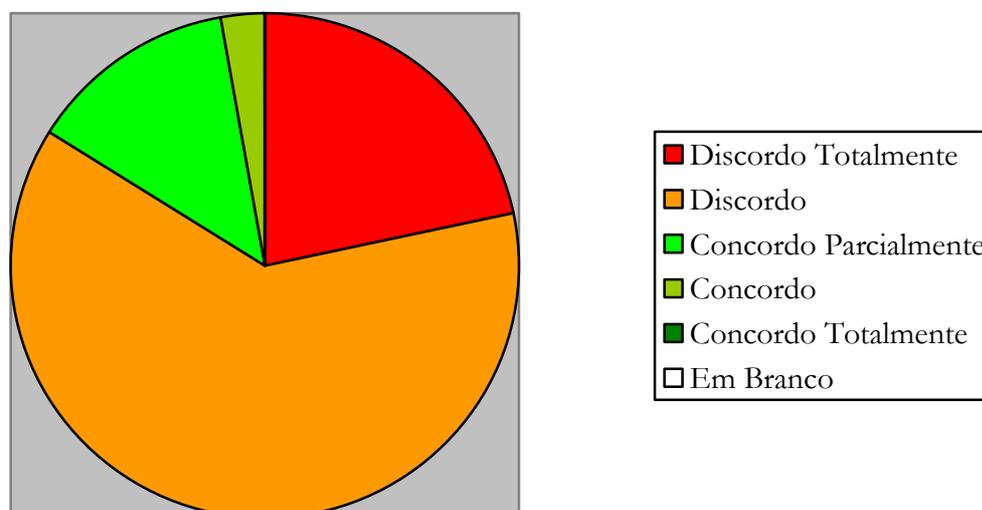
Tabela 23

Questão 17. A fixação da pena na sentença condenatória é mais importante do que as condições de sua execução carcerária.

	Freqüência	Porcentagem
Discordo totalmente	8	21,6
Discordo	23	62,2
Concordo parcialmente	5	13,5
Concordo	1	2,7
Concordo totalmente	0	0
Em branco	0	0
Total	37	100,0

Figura 16

Questão 17. A fixação da pena na sentença condenatória é mais importante do que as condições de sua execução carcerária.



Os entrevistados não diferenciam, não valorizam distintamente as fases de sentença e execução da justiça penal, mas criam uma equivalência entre elas. Os dados apresentam 83,8% de discordâncias e 16,2% de concordâncias, com média 1,97 e mediana 2. Entre as concordâncias, a maioria, 13,5%, concorda parcialmente, e nas discordâncias, 21,6% discorda totalmente, e a maioria discorda (62,2%).

Interpretamos estes números da seguinte forma: 21,6% se opõem frontalmente à separação entre sentença e execução, mas 78,4%, nas diferentes graduações, relativizam esta separação.

Acreditamos que esta relativização das diferentes fases do sistema penal fica mais clara a partir da questão seguinte:

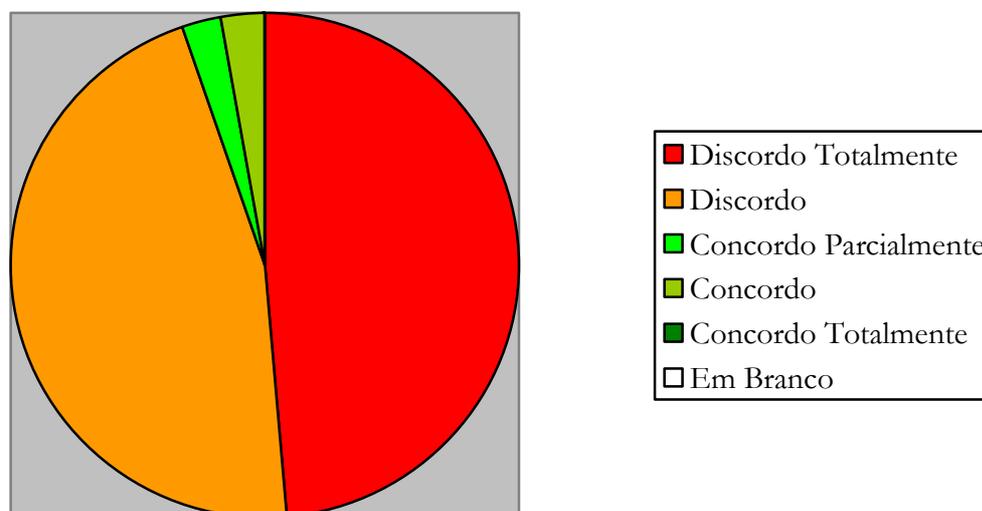
Tabela 24

Questão 15. A pena aplicada ao estuprador deve ser abrandada em razão das condições carcerárias.

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	18	48,6
Discordo	17	45,9
Concordo parcialmente	1	2,7
Concordo	1	2,7
Concordo totalmente	0	0
Em branco	0	0
Total	37	100

Figura 17

Questão 15. A pena aplicada ao estuprador deve ser abrandada em razão das condições carcerárias.



Com discordâncias de 94,5% e concordâncias 5,4%, com média de 1,59 e mediana 2, este item do questionário permite dizer que as condições vividas pelo estuprador no ambiente carcerário não podem influenciar a decisão judicial.

Embora os entrevistados entendam que as condições de execução penal imponham um recorrente atentado violento ao pudor e violências agregadas que atingem condenados e acusados de estupro, e que estas condições contrariem o princípio de dignidade humana, assim como as normas da LEP, condenação extra, não bem-estar, não individualização e não assistência no cárcere, tais condições não podem influenciar na decisão jurídica. Ou, ainda que a execução penal não cumpra os requisitos juridicamente positivados na legislação ordinária, a pena imposta por meio da sentença não pode ser abrandada.¹³³

¹³³ Abrandar é um conceito muito vago. Todavia, deixamos desta maneira para que o entrevistado pudesse interpretá-lo como uma possível relativização da pena, fosse num sentido mais ou menos restrito.

Um modo de analisar este campo de relações é afirmar que as fases de sentença e a de execução penal não estão juridicamente vinculadas no sistema de justiça penal. São ordenadas como dois momentos distintos e independentes, e o que ocorre em um não pode comprometer a autonomia e competência do outro.

Embora continuemos no interior da moldura das normas do direito positivo, o modo como a legislação é interpretada pelo sistema de justiça em relação ao estupro não permite que a pena de prisão seja abrandada, ainda que entre em conflito com os direitos fundamentais e com a LEP. Ou seja, dentro da moldura interpretativa positivada pela legislação, o sistema de justiça cumpre a legislação ao punir o estupro, mas não ao executar a pena.

No Capítulo 4, criticamos a moldura interpretativa feita por Eluf que, ao defender os direitos da mulher, recorria à Lei dos Crimes Hediondos, fundamentando uma maior punição ao estupro, inclusive sem a possibilidade de benefícios. Frente às práticas cotidianas de violência impostas aos estupradores no cárcere, poderíamos retomar a necessidade de ação pública incondicionada, e um papel mais efetivo do Ministério Público nestes casos também? Se naquele caso, a justificativa era devido ao preconceito social referente “aos fatos da sexualidade humana”, como justificariamos agora?

Quando analisamos o tipo objetivo, cuja doutrina estende para a mulher a possibilidade de reconhecimento de violência sofrida, mesmo dentro do casamento, citamos Eluf:

O melhor entendimento, sem dúvida, é aquele que respeita os direitos sexuais da mulher, inclusive perante o cônjuge, e a liberdade que ela tem de dispor de seu corpo, em qualquer circunstância.¹³⁴

Frente ao bem jurídico autodeterminação sexual e livre disposição do corpo, podemos afirmar: o melhor entendimento, sem dúvida, é aquele que respeita os direitos sexuais do estuprador, inclusive perante outros presos, e a liberdade que ele tem de dispor de seu corpo, em qualquer circunstância, mesmo que tenha cometido estupro. E, juntando com o que afirmamos anteriormente, o Estado deve ser o responsável pela sua punição, não podendo atribuí-la aos presos.

Formalmente, isto não é novidade jurídica nenhuma; pelo contrário, é uma interpretação totalmente compatível com o nosso direito pátrio.

Em relação à proteção do bem jurídico fundamental expresso no direito positivo, e em relação ao estupro e atentado violento ao pudor, também podemos afirmar para o estuprador:

[...] o objeto de proteção é a liberdade sexual da pessoa humana. Dupla vertente [...] liberdade 'positiva', que se exprime no direito à livre disposição do próprio corpo; liberdade 'negativa', que se exprime na faculdade de rejeitar qualquer agressão sexual de outra pessoa e qualquer envolvimento num contexto sexual que não esteja em pleno acordo com a própria vontade.¹³⁵

É uma obviedade jurídica que este direito deve ser estendido para o estuprador, pois “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei” (art. 3º, LEP). Mas, quando entramos nas questões do ser e nas condições da execução penal, os atos de

¹³⁴ ELUF, L. N. Op. Cit.. 1999. p. 23.

¹³⁵ SABADELL, A. L. Op. Cit. 1999, p. 98

vontade inseridos na moldura legislativa permitem punições extras, cruéis e contra a dignidade humana.

Temos a escolha de diferentes bens jurídicos: a proteção da liberdade sexual das vítimas e a proteção das condições humanas na execução penal. Frente a estas opções do ordenamento, o sistema de justiça aplica a punição retributiva de atos que atingem a liberdade sexual, mas não garante as condições da punição que também atingem a liberdade sexual. Ou seja, a liberdade sexual não é de qualquer pessoa, pois para aquele que cometeu o ato de estupro o cumprimento deste bem jurídico não vale.

6.5 Dominação masculina sobre o estuprador.

A partir dos dados que apresentamos, podemos sintetizar algumas interpretações.

Entendemos que as decisões resultantes do sistema de justiça privilegiam uma interpretação do direito positivo no sentido de aplicação de regras de *dever ser* durante a fase de sentença, em detrimento das interpretações do *dever ser* voltadas ao ser, ao real, e, especialmente, à fase de execução penal. Nesse sentido, ainda que todas as normas jurídicas sejam “ideais”, a moldura de interpretação utilizada pelo sistema de justiça penal valoriza diferencialmente os momentos do processo dentro de sua totalidade, fortalecendo a necessidade do *dever ser* cárcere, mesmo que contrarie outros dispositivos previstos pelo ordenamento.

Embora o sistema penal defina a vida futura do condenado na fase de sentença, e ainda que saiba das conseqüências que advêm das condições da execução penal, ele não atribui valor normativo para esses dados, deixando de considerá-los no quadro normativo, ou melhor; fazendo uma clara opção dentro desta moldura.

Quanto à proteção da liberdade sexual pelo sistema de direito penal, ela é aplicada de modo diferencial de acordo com a posição social e jurídica do sujeito, se vítima ou algoz. A avaliação dos atos de violência sexual, contra a liberdade ou autodeterminação sexual depende dos valores sociais relativos a gênero que permitem reconhecer, ou não, a violência contra o “outro”. Nesse sentido, frente à proteção normativa de um mesmo bem jurídico, o sistema responde de modo diferencial, considerando ou deixando de considerá-lo como digno de proteção.

A justificativa para não ser considerado digno de proteção fundamenta-se numa leitura do real que não o insere na formalidade legal, dos “autos”; e, por não haver provocação, não pertence ao mundo jurídico, não tendo, portanto, valor jurídico.

Sendo direito plural, a regra de violência contra o estuprador é estabelecida por pessoas ou grupos que exercem o poder em estabelecimentos carcerários, ou que estão a eles relacionados, e vinculam os membros destes estabelecimentos, com *independência relativa* das normas do direito estatal. Ao mesmo tempo em que há uma independência formal do ordenamento estatal, a sua efetivação somente é possível devido à interação, conexão e dependência das normas do direito estatal que definem os destinos e a alocação dos seus integrantes, sejam como aplicadores ou receptores das sanções previstas pelo direito ‘paralelo’.

Na interação entre formal e informal, a “competência” pela punição do estuprador é dos encarcerados, sendo definida por critérios de violência que se afastam da racionalidade penal moderna. Ao deixarem os presos agirem dessa maneira, o Estado se exime da responsabilidade do controle da violência, e cria uma forma de violência simbólica que se volta para os próprios presos, nomeando-os como pertencentes a uma outra ordem, que não a da civilização. A execução penal, as punições extras, cruéis e contra a dignidade humana, ficam a cargo dos presos sob a supervisão e conivência do Estado. O que o Estado formalmente e racionalmente não pode fazer, atribui informalmente para o “estado de natureza” dos presos.

Com isto, todos passam a ser nomeados como sujeitos de uma natureza perversa e fora da civilização. Seja na relação entre os presos, entre eles e os estupradores, no local fora de controle, pela sexualidade interna, como um ‘ecossistema’ separado, hediondo, e com autorização legal de eliminação da concepção do estuprador.

Se, na violência recorrente imposta ao estupro, toda a população carcerária é nomeada como pertencente à barbárie, o que se nomeia ao condenar o estupro e colocá-lo no cárcere?

Ao analisar os processos de dominação masculina, Bourdieu inicia definindo o “paradoxo da doxa”:

[...] o fato de que a ordem do mundo, tal como está, com seus sentidos únicos e seus sentidos proibidos, em sentido próprio ou figurado, suas obrigações e suas sanções, seja *grosso modo* respeitada, que não haja um maior número de transgressões ou subversões, delitos e ‘loucuras’ [...]; ou, o que é ainda mais surpreendente, que a ordem estabelecida, com suas relações de dominação, seus direitos e suas imunidades, seus privilégios e suas injustiças, salvo uns poucos acidentes históricos, perpetue-se apesar de tudo tão facilmente, e que condições de existência das mais intoleráveis possam permanentemente ser vistas como aceitáveis ou até mesmo como naturais.¹³⁶

Na questão de gênero e nas formas de dominação masculina, Bourdieu chama a atenção para como a ordem do mundo é respeitada por meio de uma naturalização do mundo das relações sociais, e como, neste processo, a submissão das mulheres à dominação masculina é resultante de violência simbólica. Na dominação masculina somos inseridos em processos sociais que naturalizam a diferenciação dos sexos, assim como os comportamentos sociais e/ou culturais.

Relacionando as questões de Bourdieu ao contexto do estupro, podemos questionar: a situação vivida pelo estupro também nos direciona à formas similares de dominação masculina que perpetuam a ordem do mundo?

¹³⁶ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 7.

Podemos afirmar, com certeza, a manifestação da dominação masculina na relação de estupro. Como dissemos no início do trabalho, nesse momento há uma negação do outro, enquanto mulher, que submetido a uma ameaça (seja física ou psicológica, concreta ou não) sofre uma violência que penetra em sua intimidade, no seu corpo, com conseqüências para sua vida que vai muito além do “simples” ato.

Todavia, é possível pensar a resposta social e jurídica expressa no atentado violento ao pudor sobre o estuprador, como também estando inserida no mesmo quadro de dominação?

Imaginemos uma pessoa cumprindo pena por estupro, exposta a mecanismos de violência (de reação social ou policial), numa cela fechada, sem saída e sem controle pelo Estado. Com vários homens ao redor, torna-se objeto de violências físicas e de violência sexual. Ao entrar na cela, já sabemos o destino que vai acompanhá-lo. Não há como chamar a polícia, não há como chamar o Juiz, nem o Ministério Público. Não há espaço de socorro, não há saídas. Na cela todos vão violentá-lo, “só aqueles que são muito respeitados”, entre os outros presos, podem abrir mão de sua participação. Estuprar o estuprador é um dever ser do lugar, do meio, da vingança socialmente imposta.¹³⁷ É esperado e silenciado. Uma dor que não se reconhece e sem lugar para acolhimento.

No cárcere o estuprador ocupa o lugar da mulher. Passa a ser tratado como mulher, é vestido e usado como mulher. Sem dúvida, é uma resposta social a um ato de violência contra a mulher, mas nesta resposta reafirma-se a mesma violência que se almejava coibir, recuperando-se os mecanismos de opressão, de cerceamento da vontade e de anulação do sujeito.

¹³⁷ MARQUES JR, Gessé. Op. Cit. 1996. p. 301-302.

A nomeação resultante da decisão judicial não é a proteção da liberdade sexual prevista pelo bem jurídico, mas a opressão sexual, que, ao ser realizada no estupro não anula aquela da mulher, mas a reproduz, reforçando-a simbolicamente pela reatualização do ato de dominação masculina. Ao impor a violência sexual ao estupro, refaz-se o caminho da dominação masculina, impondo a toda sociedade a reafirmação e a necessidade do estupro. A punição ao estupro nos cárceres não é defesa da mulher ou da liberdade sexual, mas é o fortalecimento da dominação e da virilidade masculina.

Finalmente, de acordo com Bourdieu:

Como a honra [...] a virilidade tem que ser validada pelos outros homens, em sua verdade de violência real ou potencial, e atestada pelo reconhecimento de fazer parte de um grupo de 'verdadeiros homens'. Inúmeros ritos de instituição, sobretudo os escolares ou militares, comportam verdadeiras provas e práticas de virilidade, orientadas no sentido de reforçar solidariedades viris. Práticas como, por exemplo, os estupros coletivos praticados por bandos de adolescentes – variante desclassificada da visita coletiva ao bordel, tão presente na memória dos adolescentes burgueses –, têm por finalidade pôr os que estão sendo testados em situação de afirmar diante dos demais sua virilidade pela verdade de sua violência, isto é, fora de todas as ternuras e de todos os enternecimentos desvirilizantes do amor, e manifestar de maneira ostensiva a heteronomia de todas as afirmações da virilidade, sua dependência com relação ao julgamento do grupo viril.¹³⁸

¹³⁸ BOURDIEU, P. Op. Cit. 2002. p. 65-66.

7. Condições da Execução.

A partir dos problemas levantados quanto ao lugar do estuprador no sistema penal, os(as) juízes(as) e promotores(as) que entrevistamos passaram a discorrer sobre problemas mais gerais relacionados à execução penal. Assim, de forma relacional ao problema inicial, começamos a perceber conflitos subjacentes entre o jurisdicional e o administrativo, e especialmente entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Segundo a interpretação de Mirabete sobre o art. 2º da LEP, a execução penal é um ato jurisdicional em oposição à idéia meramente administrativa, ou cuja responsabilidade estaria a cargo somente do Poder Executivo. Ele afirma que “a justiça penal não termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas se realiza, principalmente, na execução”.¹³⁹

Segundo a LEP, o Judiciário e o Ministério Público devem acompanhar e fiscalizar a execução penal, tanto no sentido jurisdicional (nas questões de soma ou unificação de penas, progressão de regimes, livramento condicional, etc.), quanto no sentido administrativo (inspeção e possibilidade de interdição – pelo juiz – de acordo com as condições dos estabelecimentos penais), inclusive com a obrigação de visitas regulares aos estabelecimentos carcerários. Conforme a Lei de Execução Penal:

¹³⁹ MIRABETE, J. F. Op. Cit.. p. 42.

Capítulo III.

Do Juízo da Execução

Art. 65. A **execução penal competirá ao Juiz** indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

II - declarar extinta a punibilidade;

III - decidir sobre:

a) soma ou unificação de penas;

b) progressão ou regressão nos regimes;

c) detração e remição da pena;

d) suspensão condicional da pena;

e) livramento condicional;

f) incidentes da execução.

IV - autorizar saídas temporárias;

V - determinar:

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;

b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade;

c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;

d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

e) a revogação da medida de segurança;

f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;

g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;

h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei.

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade.

X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 13.8.2003)

Capítulo IV

Do Ministério Público

Art. 67. O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.

Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento;

II - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;

c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

d) a revogação da medida de segurança;

e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;

f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior.

III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução.

Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

Mirabete afirma que as atividades no processo de execução não podem ficar apenas com os órgãos administrativos, mas “essas funções e atividades devem ser atribuídas ao juiz, já que os interesses questionáveis dos presos e da pessoa sujeita à medida de segurança referem-se a direitos individuais cuja tutela cabe ao Poder Judiciário.” E continua: “Na verdade, a lei não *jurisdionaliza* a execução, mas reconhece que a execução é prevalentemente *jurisdional*”.¹⁴⁰

Segundo Ada Pellegrini Grinover:

Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.¹⁴¹

Embora haja uma complexidade que envolve os planos jurisdicional e administrativo, “temos que a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve”.¹⁴²

A partir destes entendimentos, queremos descrever e analisar os conflitos de competência e as complexidades que a execução penal traz para esta relação, a partir daquilo que os juízes(as) e promotores(as) expressaram como mais importante durante as entrevistas.

¹⁴⁰ Ibid., p. 179.

¹⁴¹ GRINOVER, A. P. apud MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2

¹⁴² MARCÃO, R.. Op. Cit.. 2006, p. 2.

7.1 A complexa relação entre jurisdicional e administrativo.

O conflito, a relação complexa, a atitude evasiva e as 'idéias fora do lugar' entre sentença e execução penal, surgem, novamente, quando analisamos as práticas que envolvem os planos jurisdicional e administrativo da LEP.

Ao analisar a relação com o Executivo, o "Juiz R" afirma que:

Tanto a polícia judiciária quanto o sistema prisional são construídos para não permitir que o judiciário controle. E, ao mesmo tempo, é um conforto para o judiciário dizer que não controla.

Esta frase sintetiza o conflito, a relação complexa e a atitude evasiva em relação à execução penal, e especialmente, em relação ao esturador. Também revela o conflito sobre o lugar do judiciário, como aquele que define as sentenças, mas cuja execução penal torna-se responsabilidade de outro poder, sob o qual sua atuação é juridicamente e factualmente limitada.

Durante a entrevista, "Juiz R" lembrou – quando foi Juiz Corregedor – que as dificuldades da execução penal se intensificavam porque, apesar de "visitar distritos e cadeias, assim como controlar a polícia judiciária", ele "não dispunha de responsabilidade administrativa que pudesse impor". No caso de irregularidades, de indícios de crime, podia mandar para o Ministério Público, mas não podia penalizar administrativamente, pois o "Judiciário não subordina administrativamente o Executivo, não vincula o Executivo".

Dentro da divisão entre sentença e execução, o “Juiz A” afirma que o juiz não executa. O juiz diz qual é a pena, mas quem aplica é o Estado(?)¹⁴³. No caso de haver um abuso de poder e violência por um carcereiro, ele questiona:

O que fazer? Posso mandar cópia do depoimento do preso. A partir daí, inquérito policial, abuso de autoridade. Somente! Não posso demitir, mandar para outro lugar, ou transferir o preso.

A noção de que “a justiça penal não termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas se realiza, principalmente, na execução”¹⁴⁴; ou ainda, como afirma o “Promotor C”, “a execução é o final da história, e todo o esquema é para o réu [...] O fim do sistema, o objetivo final é a execução”, torna-se “letra morta” devido a uma prática – juridicamente fundamentada – que separa em momentos distintos o sistema de justiça penal.

Pensando nestas características do sistema penal, fizemos a seguinte afirmação no questionário: “É necessário distinguir a responsabilidade pela punição/condenação (pelo Judiciário) e a responsabilidade pelas condições carcerárias (do Executivo)”. Entre os respondentes, 8,1% discordam e 91,9% concordam com a distinção, sendo que, dentre as concordâncias, encontramos 59,5% “concordo totalmente”. No total, temos uma média de 4,27 e mediana 5.

¹⁴³ Como dissemos acima, é recorrente o uso da palavra Estado para falar das atribuições do Poder Executivo.

¹⁴⁴ MIRABETE, J. F. Op. Cit.. p. 42.

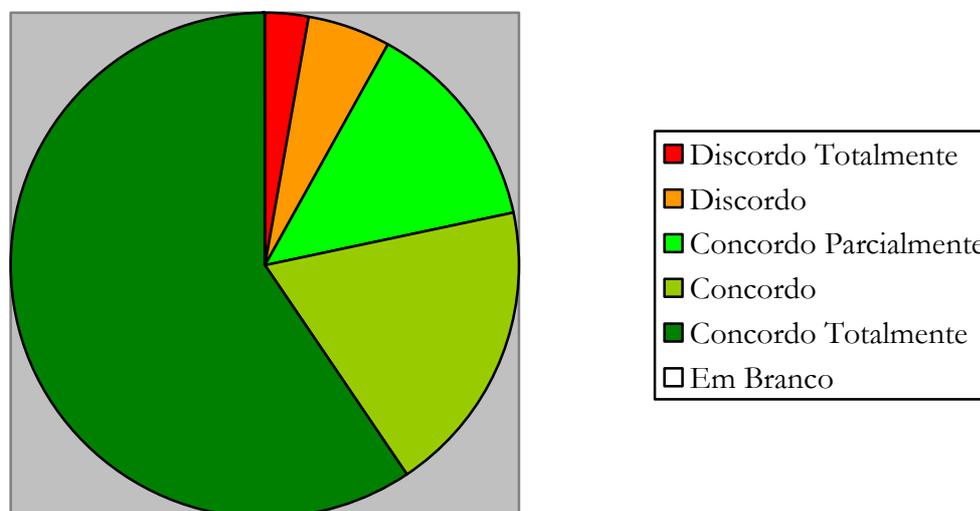
Tabela 25

Questão 16. É necessário distinguir a responsabilidade pela punição/condenação (pelo Judiciário) e a responsabilidade pelas condições carcerárias (do Executivo).

	Frequência	Porcentagem
Discordo totalmente	1	2,7
Discordo	2	5,4
Concordo parcialmente	5	13,5
Concordo	7	18,9
Concordo totalmente	22	59,5
Em branco	0	0
Total	37	100

Figura 18

Questão 16. É necessário distinguir a responsabilidade pela punição/condenação (pelo Judiciário) e a responsabilidade pelas condições carcerárias (do Executivo).



Reafirmando estes dados gerais, o “Juiz E” afirma que “a questão da execução não é um problema do judiciário, pois ele somente atua se for provocado”. E, separando ainda mais as diferentes competências, diz que a sentença é um título executivo: “O que acontecerá depois? Isto é problema daquele que sofre a sentença

e do Estado(?)”. Ao ser questionado sobre os problemas envolvidos na execução penal, esclarecia que “não há como o juiz fazer política social”.

Podemos concordar que se não estiver dentro do direito positivo, não é papel do juiz fazer política social. Mas, a partir daí dizer que o problema é de quem sofre a sentença (do preso) e do Estado (como se o Judiciário não fosse Estado também), mostra uma postura – entre alguns entrevistados – estritamente burocrática e evasiva da ação da justiça, revelando um esquema não é para o réu.

Além da separação das diferentes competências, o “Juiz S” explica uma postura de dever ser independente do real: “O Juiz acredita que o Estado(?) vai gerir adequadamente”. Podemos questionar qual é o sentido dessa afirmação, senão a profissão de fé num dever ser abstrato? Partir do pressuposto de que ao julgar o juiz ‘acredita’ que a execução vai realizar-se de modo adequado é uma afirmação evasiva frente à realidade do sistema carcerário.

O conflito entre sentença e execução penal, entre Judiciário e Executivo e a “independência” do Executivo na execução penal, também emergem nos casos de remoção de presos.

“Juiz R” afirma que a administração penitenciária somente comunica ao Juiz, pois “a autoridade do executivo pode deslocar a competência jurisdicional”. E, o “Juiz D” complementa: “Se a administração transfere os presos para esses locais [estabelecimentos voltados a crimes sexuais], eu não sei. Pelo menos não sou informado”.

Ao transferir o preso os processos vão juntos, mudando a competência jurisdicional. Essa autonomia da autoridade executiva pode, em determinados casos, ser utilizada para prejudicar o preso, o andamento do seu processo e os benefícios previstos pela LEP. Por exemplo: “se a administração não quiser dar um benefício,

faz com que o preso seja remetido para outro juiz competente... depois é remetido para outro...”. Como a decisão de um benefício demora, cada vez que chegar a sua hora ele é novamente transferido, tendo que reiniciar o procedimento e ficando sem a decisão jurisdicional quanto ao seu benefício.

“Juiz R” explica o não controle sobre população carcerária, lembrando que quando atuava na cidade “X”, quando iniciou seu trabalho, a prisão comportava presos provisórios e de execução penal. Depois ficaram somente mulheres, e quando terminou era somente “alimentos”, decisões essas totalmente fora de seu controle.

“Juiz D” reafirma que não recebe nenhuma informação sobre transferências de presos, e que poderia interditar os estabelecimentos com condições precárias ou devido a superlotação. Mesmo nestes casos, não consegue interditar a cadeia, mas só consegue instalar procedimentos e depois aguardar a Corregedoria para interditar. “Juiz N” declara que “se fizer alguma ação neste sentido não vão nem cumprir, porque não têm onde colocar estes presos”.

Narrando uma situação vivida quando juiz de execução penal, o “Juiz A” disse que devido às condições de instalação da cadeia que cuidava, não poderia receber novos presos. Embora soubesse que não poderia impedir definitivamente as entradas, precisava de, pelo menos, 15 dias para organizar a situação. Foram somente 15 dias, pois “em qualquer ação deste tipo a Corregedoria caça a decisão no ato, pois sabe que o executivo pode entrar com medida de segurança”.

Dado que as possibilidades de ação dos juízes(as) são limitadas por normas jurídicas, por contexto econômico, pela ação do Executivo, pela organização interna dos cárceres e pela hierarquia interna ao Judiciário, veremos como falam sobre a atuação na execução penal e o que, afinal, podem fazer.

Nesse momento, vamos ao encontro de uma interpretação mais restritiva da ação jurisdicional na execução penal.

“Juiz A” declara que “só atua em processo, indulto... Somente a parte legal. As condições físicas, deslocamento de presos, são para a SAP ou Secretaria de Segurança Pública”. “Se a comida está azeda (a comida vinha de outra cidade), isto depende de contrato e de licitação do governo. O que posso fazer é mandar uma cópia da ata de visita. Atuar em coisas genéricas; agora, poder concreto, não tem! É muito frustrante”.

A ação do juiz acaba sendo burocrática e não de um efetivo cuidado do preso. E, dependendo do tamanho da comarca, o juiz acaba nem tendo tempo para ir ao presídio. “Juiz C”.

De uma perspectiva positiva, os “Promotores S” falam da atuação “em progressão, indulto... para quem tem direito. Nisso a gente atua. Para assegurar que sejam cumpridos”.

E relacionado a essa postura, o “Juiz N” afirma que tem uma “função burocrática. Isto quer dizer: dá ou não benefício, dá ou não prisão temporária. Ouve reclamações sobre a comida, sobre cela fria, suja. Na execução faz cálculos de pena, de progressão e indulto”. Postura similar a “Juiz S”, pois “os presos geralmente reclamam da comida, do tempero... não falam de regras internas, de violências dentro do cárcere. Não falam de problemas deste tipo”.

Ao descreverem o que podem fazer, revela-se também uma restrição na ação dos juízes(as) e promotores(as) sobre as condições da execução penal. Essa restrição relaciona-se com o que o vimos sobre um entendimento da ‘independência’ das regras do cárcere, do sentido de ecossistema, de autonomia das regras internas e de falta de controle, como se fosse um mundo separado e independente da sociedade mais ampla. Assim, se a atividade é direcionada a

comidas e temperos, prazos, cálculos e progressões de pena, qual é o valor jurisdicional da atividade senão a restrição a atividades distanciadas dos problemas e dos conflitos internos da cadeia.

Os últimos dados do questionário que iremos apresentar referem-se à responsabilidade na execução penal. Iniciamos com a seguinte assertiva: “O art. 38 do Código Penal, o art. 5º, inciso XLIX da CF e o art. 40 da LEP afirmam que ‘O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral’. De acordo com o seu entendimento, classifique, utilizando **1 (nenhuma responsabilidade)** a **5 (totalmente responsável)**, o grau de responsabilidade pelas condições de execução da pena”. Com este gradiente de intensidade–responsabilidade, os entrevistados atribuíram valores para o “Sistema Carcerário”, o “Ministério Público”, a “Magistratura”, o “Executivo Estadual” e o “Executivo Federal”.

Tabela 26

Questão 13. O art. 38 do Código Penal, o art. 5º, inciso XLIX da C.F. e o art. 40 da LEP afirmam que “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. De acordo com o seu entendimento, classifique, utilizando 1 (nenhuma responsabilidade) a 5 (totalmente responsável), o grau de responsabilidade pelas condições carcerárias.

Questão 13 A: Sistema Carcerário.

	Freqüência	Porcentagem
1 (Nenhuma responsabilidade)	2	5,4
2	1	2,7
3	5	13,5
4	3	8,1
5 (Totalmente responsável)	24	64,9
Em branco	2	5,4
Total	37	100

Figura 19

Questão 13 A. O art. 38 do Código Penal, o art. 5º, inciso XLIX da C.F. e o art. 40 da LEP afirmam que “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. De acordo com o seu entendimento, classifique, utilizando 1 (nenhuma responsabilidade) a 5 (totalmente responsável), o grau de responsabilidade pelas condições carcerárias.

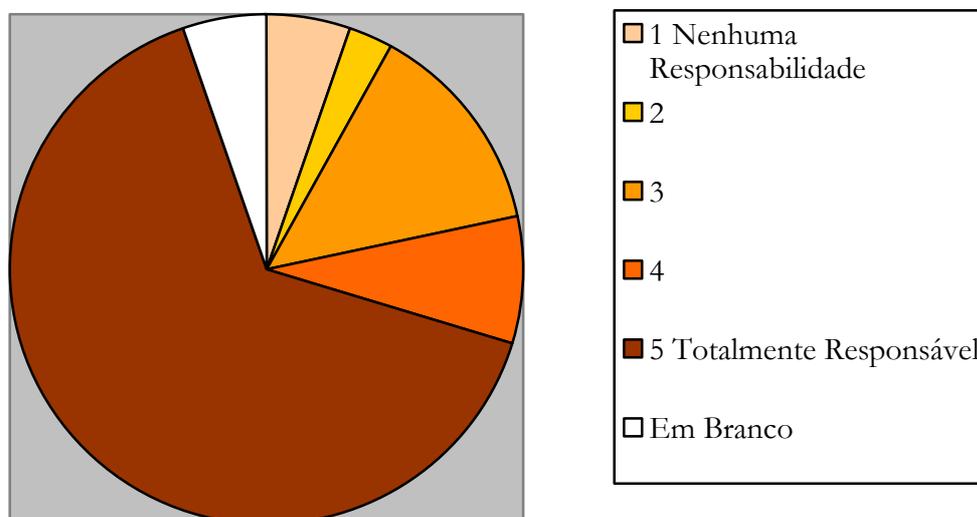
Questão 13 A: Sistema Carcerário.

Tabela 27
Questão 13B: Ministério Público.

	Frequência	Porcentagem
1 (Nenhuma responsabilidade)	3	8,1
2	4	10,8
3	12	32,4
4	4	10,8
5 (Totalmente responsável)	13	35,1
Em Branco	1	2,7
Total	37	100

Figura 20
Questão 13B: Ministério Público.

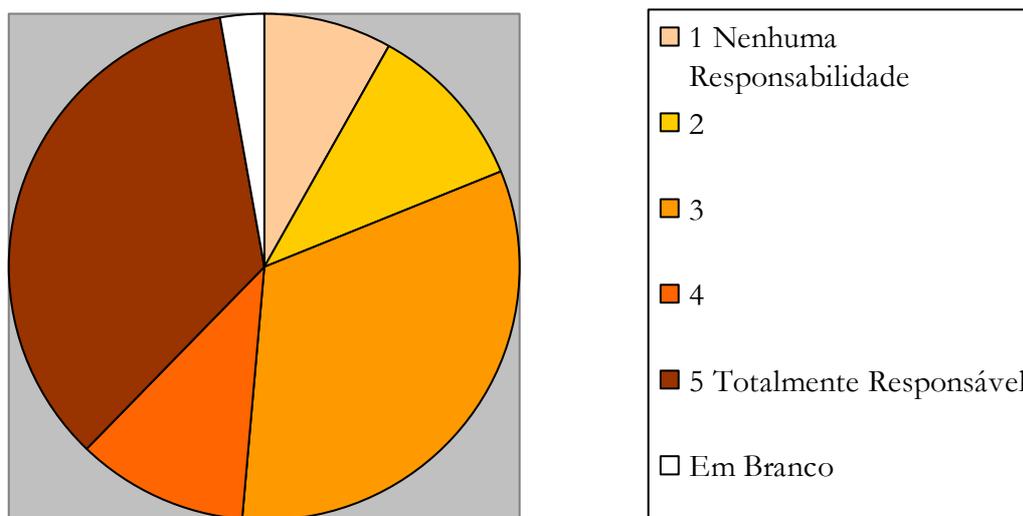


Tabela 28
Questão 13C. Magistratura.

	Frequência	Porcentagem
1 (Nenhuma responsabilidade)	3	8,1
2	4	10,8
3	12	32,4
4	4	10,8
5 (Totalmente responsável)	13	35,1
Em Branco	1	2,7
Total	37	100

Figura 21
Questão 13C. Magistratura.

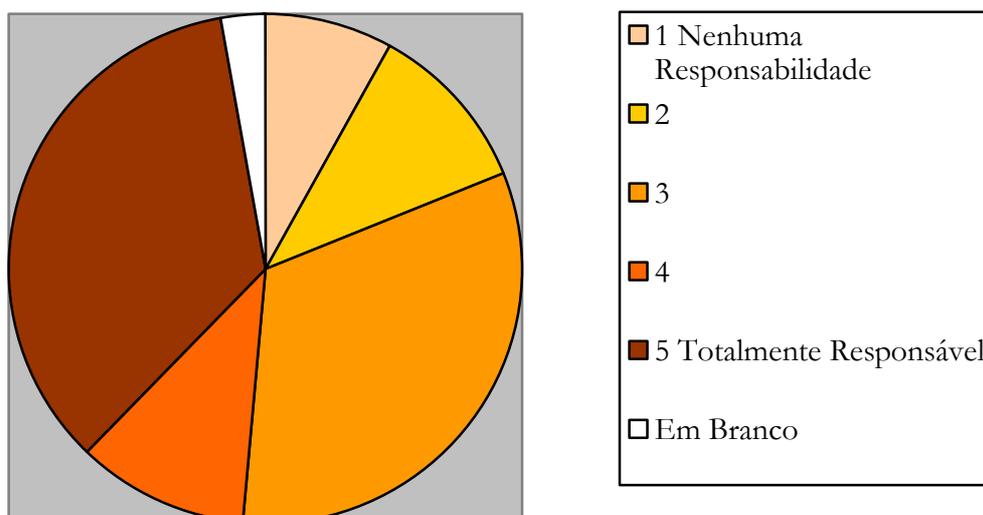


Tabela 29
Questão 13D. Executivo Estadual.

	Frequência	Porcentagem
1 (Nenhuma responsabilidade)	4	10,8
2	2	5,4
3	1	2,7
4	2	5,4
5 (Totalmente responsável)	27	73,0
Em Branco	1	2,7
Total	37	100

Figura 22
Questão 13D. Executivo Estadual.

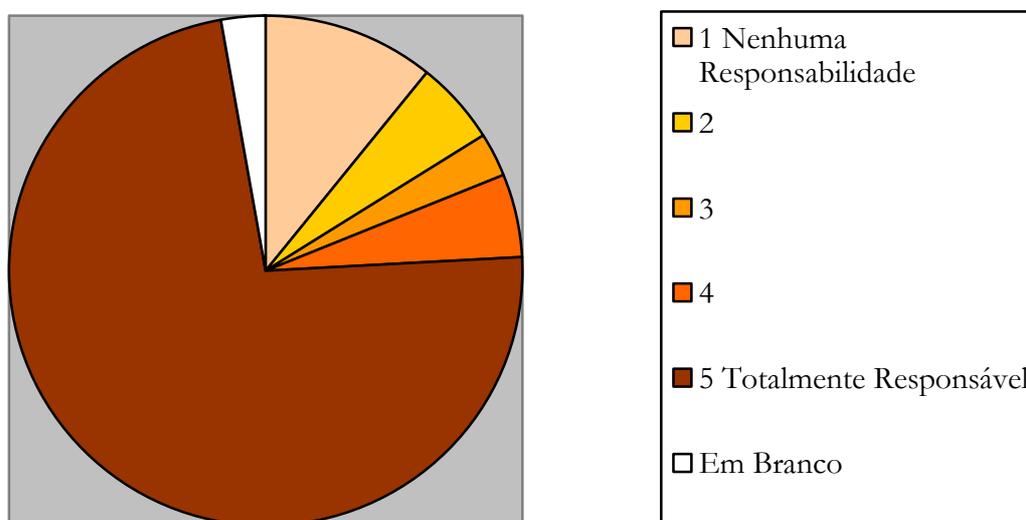
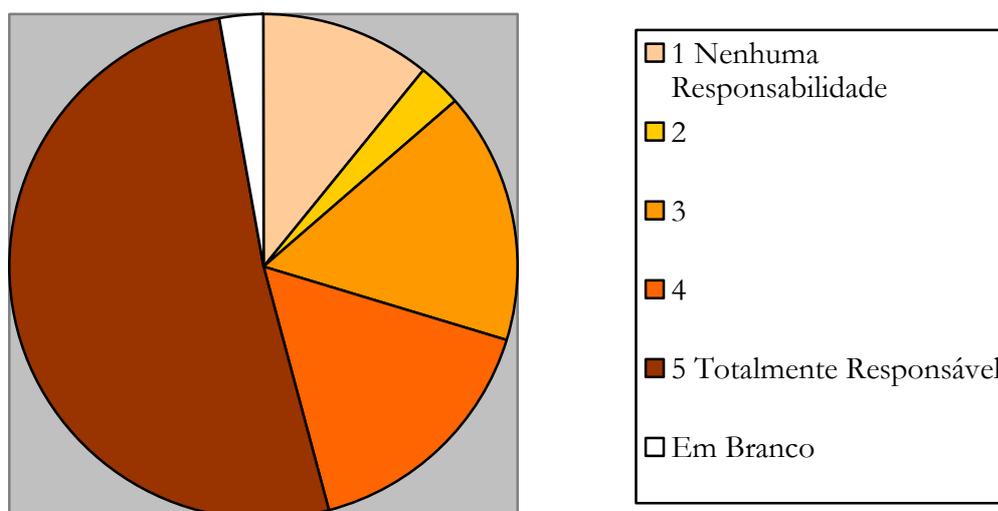


Tabela 30
Questão 13E: Executivo Federal.

	Frequência	Porcentagem
1 (Nenhuma responsabilidade)	4	10,8
2	1	2,7
3	6	16,2
4	6	16,2
5 (Totalmente responsável)	19	51,4
Em Branco	1	2,7
Total	37	100

Figura 23
Questão 13E: Executivo Federal.

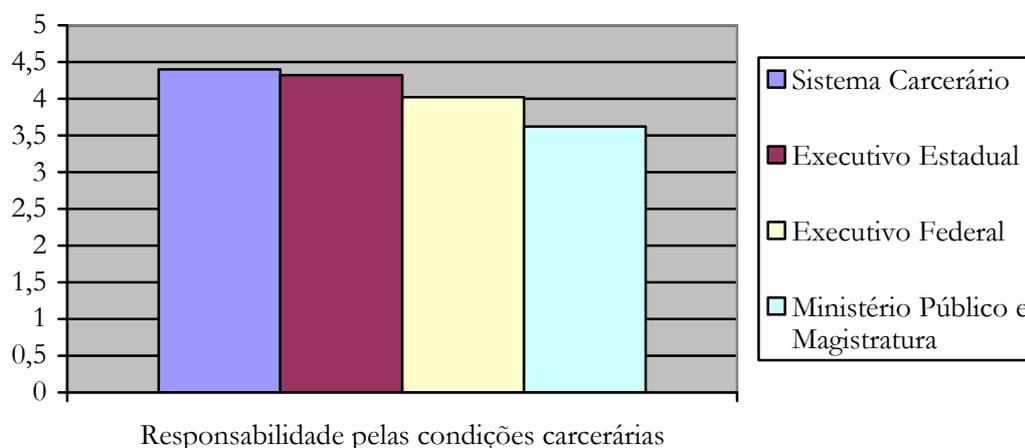


Corroborando o que encontramos nas entrevistas, a responsabilização pelas condições carcerárias está majoritariamente direcionada ao Poder Executivo. Em termos de responsabilização, encontramos a seguinte classificação: Ao Executivo Estadual foi atribuído o valor 5 (“totalmente responsável”) por 73,0% dos respondentes. Em seguida, o Sistema Carcerário

com 64,9%, o Executivo Federal com 51,4%, e, com menor índice, a Magistratura e Ministério Público com 35,1% dos respondentes.

As médias em cada questão perfazer a seguinte classificação: 1) Sistema carcerário – 4,40; 2) Executivo Estadual – 4,32; 3) Executivo Federal – 4,02; e, com a mesma média, 4) Ministério Público e Magistratura com 3,62.

Figura 24
Responsabilidade pelas condições carcerárias



Em termos de mediana, Sistema Carcerário, Executivo Estadual e Federal, alcançam 5, e o Ministério Público e a Magistratura atingem 3.

Em valores de mediana e de maior valor negativo (5), o Sistema Carcerário e os Executivos se destacam do Ministério Público e da Magistratura, mas em valores médios estão mais próximos. Ou seja, no conjunto das respostas divididas pelo total de respondentes, a responsabilização pelas condições carcerárias se aproxima, mas entre os extremos das escolhas específicas, o Ministério Público e a Magistratura são avaliados como menos responsáveis.

Esses valores mostram que, ainda que seja menor, juízes(as) e promotores(as) ambigualmente auto atribuem valores elevados de responsabilidade (3,62) pelas condições dos cárceres.

Usando como referência uma pesquisa de Maria Tereza Sadek, “junto a 20% dos promotores e procuradores de justiça do Ministério Público Estadual em sete estados da federação e mais 51 do Ministério Público Federal, totalizando 763 entrevistas”, podemos encontrar dados que corroboram o entendimento relativo à ambigüidade de competências e ações frente aos problemas do sistema de justiça, selecionando nesse trabalho as questões direcionadas à ação profissional na execução penal e na fase de sentença. Os dados que utilizaremos fazem parte do “Anexo: Pesquisa” onde, apresentando dados “brutos”, não os discute, nem faz cruzamento entre as diferentes informações.¹⁴⁵

Quanto a avaliação sobre o “Grau de responsabilidade das instituições e agentes pelo mau funcionamento da Justiça no Brasil” (Tabela 2), os entrevistados avaliam que o Legislativo Federal (80%) e a Polícia Civil (71%) são os principais responsáveis. Essa avaliação direciona-se para a elaboração das leis e para a instrução dos processos penais.

Nas questões sobre os “Obstáculos ao bom funcionamento da Justiça no Brasil” (Tabela 3), aparecem prioritariamente os itens “Falta de recursos materiais na Polícia” (91%) e o “Mau desempenho da Polícia” (88%).

A questão policial, como capacidade de instrução processual é relevante, pois, quando fazem a “Avaliação da atuação do Ministério Público Estadual, desde 1988” (Tabela 11), a “Promoção de ação penal pública” é percebida como sendo “ótima ou boa” por 83% dos entrevistados. Embora a fase processual seja avaliada positivamente, a execução penal através do item “Fiscalização dos estabelecimentos prisionais”, é avaliada positivamente por apenas 33%, revelando uma diferença da atuação do Ministério Público nas fases de sentença e de execução penal.

¹⁴⁵ SADEK, Maria Tereza (org.) **O Ministério Público e a justiça no Brasil**. São Paulo: Sumaré:

Continuando a avaliação profissional, escolhem as “Áreas de prioridade nos últimos dois e nos próximos dois anos” (Tabela 19). Nessa tabela, o crime é visto como prioritário para 72% e 61% respectivamente. Em relação ao “Controle externo da atividade policial”, a prioridade é escolhida por 34% e 44%.

A partir desta amostra nacional, queremos destacar, novamente, o descompasso entre as diferentes fases que o sistema penal comporta, assim como a complexidade que envolve as esferas judiciais e executivas; ou seja, o descompasso entre a fase de conhecimento e de sentença, e a fase de execução penal.

Elaborando um cruzamento das respostas, notamos a seguinte postura profissional: ao mesmo tempo em que a atividade policial (junto com o Legislativo) é a mais criticada pelo Ministério Público, o controle dessa atividade não é percebido como sendo prioritário. Ainda que a promoção da ação penal seja a atividade melhor avaliada, a instrução do processo, no que diz respeito à atividade policial, não tem a mesma avaliação. Na atuação criminal encontramos uma autopercepção de melhor desempenho profissional, mas essa depende estruturalmente da atividade da polícia civil, que é mal avaliada. E, ao mesmo tempo em que a promoção da ação penal é valorizada, a fiscalização dos estabelecimentos prisionais não é.

Trocando em miúdos, *data maxima vênia*, a polícia não presta, mas não existe uma preocupação em controlar. Valoriza-se a promoção da ação penal, mas para isso utiliza-se o material produzido pela polícia que não presta. E, as conseqüências resultantes desse processo, enquanto cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais, não há prioridade em fiscalizar.

A partir desses dados, vemos uma postura que, acreditamos, estende-se para todo o sistema de justiça penal: o crime e a sua punição são prioridades, mas os instrumentos que fundamentam os ritos processuais e as execuções penais tornam-se apartados. São valorizadas as regras de dever ser que independem da realidade, ao mesmo tempo em que as realidades que se apresentam antes, na polícia, e depois, na execução, não são profissionalmente valorizadas como problema jurídico.

Isto não é uma mera aplicação da lei dentro do positivismo jurídico. Isto é uma postura profissional, uma tomada de posição delimitada pela moldura do socialmente possível dentre as normas positivadas pelo ordenamento jurídico.

8. A frustração da profissão.

Pudemos analisar uma série de dados e interpretações que nos trouxeram às condições do estupro no cárcere, passando pela análise do direito, do lugar dos presos e estupradores, e dos conflitos entre Judiciário e Executivo. Nos conflitos salientamos as ambigüidades da ação profissional, os constrangimentos institucionais, legais e de hierarquia profissional.

A partir de agora, analisaremos os conflitos que a estrutura do sistema de direito penal impõe aos seus profissionais, especialmente quando reportamos-nos aos conflitos entre as normas jurídicas de dever ser e o contexto social de sua aplicação, tendo como parâmetro a realidade do cotidiano profissional que os(as) juízes(as) e promotores(as) enfrentam, assim como as ambigüidades que surgem entre o ideal jurídico e as práticas efetivas de execução.

Em sua pesquisa na comarca nomeada Branca, Maria da Glória Bonelli analisa os conflitos intraprofissionais (entre os próprios pares, e estratificação profissional) e interprofissionais (entre profissões distintas que atuam em áreas próximas) dentro do campo da justiça. Para isso, utiliza-se da idéia de sistema para afirmar que essas profissões têm como objeto comum a justiça, embora os diferentes profissionais, tais como, advogados, funcionários do fórum, promotores e juízes, lidem de maneira diversificada, de acordo com a sua atividade neste campo.

A autora conclui que “o que unifica os profissionais do campo da justiça, que se aglutinam em torno do Judiciário [é um] descontentamento com o Legislativo, [com o] estado da legislação e das leis processuais, consideradas ultrapassadas e inadequadas para o andamento eficaz do sistema judiciário. [...] Os conflitos com o

Legislativo dão a dimensão de que os profissionais do Direito vinculados ao Judiciário constituem um campo diferenciado dos demais.”¹⁴⁶

Além do conflito com o Legislativo, que é fundamental na estruturação do campo, queremos analisar como a divisão entre teoria e ação, entre dever ser jurídico e o ser da execução penal, se reflete no discurso sobre a ação profissional dos(as) juízes(as) e promotores(as). Enfim, se a ação destes profissionais deve ser mediada pela norma e pelo dever ser jurídico, como este dever ser é confrontado com a realidade do sistema carcerário e do processo de execução penal. Ou seja, como o real carcerário, de execução, interfere no sentido da ação profissional e na visão do profissional em relação à norma, e como se dá a apreensão do real no sistema de justiça penal.

Tendo como referência o que dissemos anteriormente, a partir de agora vamos discorrer sobre a frustração que envolve essa atividade profissional. Embora este problema não estivesse presente nos questionários, a partir das entrevistas percebemos que um sentimento de frustração era uma constante no discurso desses profissionais. Assim, de modo mais ou menos explícito, em determinados momentos do discurso sobre suas atividades, os(as) juízes(as) e promotores(as) falavam que o trabalho profissional trazia uma carga considerável de frustração pessoal.

O “Juiz C” explicou a sua dificuldade em atuar na área criminal, e que preferia atuar na área Cível, pois entendia que o crime estabelece “um abismo entre o juridicamente desejável e o socialmente possível”. Segundo ele, o crime é um lugar

¹⁴⁶ BONELLI, Maria da Glória. A competição profissional no mundo do direito. **Tempo Social**, Revista de Sociologia USP, São Paulo, 10(1), maio de 1998, p. 201-202. Ver também: _____. Ideologias do profissionalismo em disputa na magistratura paulista. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan/jun 2005, p.110-135; _____. Os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a construção do Profissionalismo: 1873-1997. **Dados.**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 2, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22/09/2006. doi: 10.1590/S0011-52582001000200002.

onde se cumpre uma “formalidade simples e objetiva, mas cuja vida no cárcere está ligada a questões sociais mais amplas”. Frente a esse descompasso, encontrava dificuldade em condenar, dado que “a primeira ação do Estado na vida destas pessoas foi para reprimir. Não teve saúde, educação...” Todavia, frente às obrigações de sua profissão, não podia deixar de cumprir a lei, de condenar, utilizando uma base considerada não legal.

Se o direito se impõe por meio de normas de dever ser, esse juiz relativiza a noção de dever, criando um entendimento sobre o juridicamente desejável. Esse entendimento se impõe por meio da relação com o socialmente possível, fazendo da decisão jurisdicional uma atividade mais complexa do que a simples formalidade objetiva. No seu discurso, relativiza a norma ao afirmar que as condições sociais não permitem uma aplicação objetiva; por outro lado, ainda que sofra, entende que a ação do Estado(?) não condiz com o juridicamente desejável, mas retoma a noção de legalidade que o impede de deixar de cumprir a lei. Frente a esse descompasso, que localiza preferencialmente nas decisões criminais, prefere atuar no Cível, pois acredita que o socialmente possível é mais próximo ao juridicamente desejável.

A relação entre “juridicamente desejável” e “socialmente possível”, especialmente quando discutimos as questões relativas à Execução, também aparece com o “Promotor H”: “O dever ser é relativo! Depende da situação e de consciência social. Sei que direitos não são preservados, pois esses dependem de outros fatores que não somente a norma. Se fosse só a norma... Mas, a efetivação dos direitos também estão ligados ao Estado(?)”.

Dentro do que analisamos sobre Direito Positivo, o Promotor e o Juiz expõem uma contradição fundamental; ou seja, se é dever ser, como pode ser relativo, como pode ser desejável? Ainda que a norma imponha “deve ser”, a sua

relativização é possível na Execução, atribuindo ao Estado (na forma de Executivo) a sua implementação.

Da mesma forma que apareceu na análise sobre a LEP, o “Juiz T” também a elogia, mas utiliza-se de uma interpretação crítica:

As garantias legais não se realizam. E, embora a LEP seja uma das legislações mais bem feitas, não há possibilidade de realização. Há uma idéia de exclusão no sistema penal, de que devem ser afastados. Há um comprometimento ideológico que se direciona à ordem e não à justiça. E, nesta imposição de ordem, tem a idéia de que somos neutros, mas não somos... Não existe juiz neutro! Finge serem técnicos. Há um tecnicismo a serviço da ideologia, onde o juiz se veste com a capa da imparcialidade.

Questionando o posicionamento tecnicista “da magistratura”, comenta um Caso julgado por outro juiz numa Comarca da Região. Fundamentando-se na Lei dos Crimes Hediondos, o juiz não soltou uma mulher de 80 anos condenada por tráfico, com câncer e em estado terminal, sustentando que tinha que cumprir a lei. Em oposição a essa decisão, afirma que esse juiz “poderia fazer outra leitura. Nesse caso, a vida humana”.

Embora essa leitura não fuja da técnica jurídica, da moldura das normas, ela busca por um princípio constitucional de baixa densidade normativa, que valoriza a “dignidade da pessoa” em oposição a uma interpretação mais restrita à Lei dos Crimes Hediondos.

O importante nesse discurso, como tratamos anteriormente, é o reconhecimento de um lugar não neutro do juiz. Mas, ainda que seja um lugar composto de opções normativas que se relacionam com o social construído, as escolhas aparecem como técnicas simples e objetivas.

As entrevistas nos defrontaram com as ambigüidades e os conflitos entre o “juridicamente desejável” e o “socialmente possível”, entre o dever ser jurídico e o contexto social onde as normas devem se realizar, e frente a isto, podemos perceber alguns reflexos que atingem o papel profissional dos(as) juizes(as) e promotores(as).

Como tratamos acima, uma palavra que se repetia espontaneamente entre vários(as) juizes(as) e promotores(as) entrevistados era “frustração”. Frustração com a profissão, estar frustrado com a sua atuação frente ao real, estar frustrado na intersecção entre ser e dever ser.

Na entrevista com o “Juiz K”, perguntamos “como se via”, sendo Juiz de Execução.

Frustrado!. Tinha ideais... fiquei mal, tive que procurar psicólogo, tomar antidepressivo... Tudo foi frustrado! Pelo Poder Judiciário, pela Secretaria de Administração Penitenciária, pelo Sistema Carcerário. Não há vontade que funcione... Enquanto juiz, não consegue fazer porra nenhuma... Frente a isto, depois de 3 anos comecei a ver de outra forma, de forma contemplativa. Se fizer alguma coisa a mais, esbarra em objeções.

O “Juiz K” sintetiza a questão da frustração de um modo que é recorrente no campo. Quase todos os entrevistados falaram espontaneamente de uma sensação pessoal de frustração na profissão. Embora a frustração tenha diferentes matizes, se imaginar frustrado é uma característica muito forte na composição das variáveis que envolvem estas atividades profissionais. No caso desse juiz, este sentimento se materializa em conflitos psicológicos e pela necessidade de psicotrópicos. O que nos interessa é que, ainda que apareça e se volte para o indivíduo, isto não é um problema individual, mas faz parte do campo de relações envolvidas na atuação profissional.

Frente à frustração, e como resposta às impossibilidades de uma atuação juridicamente desejável, cria-se uma postura de contemplação. E aqui, notamos a

existência de uma avaliação da atividade como sendo burocrática e mecânica, que não exige envolvimento ou paixão, mas somente o preenchimento de formulários e procedimentos. Ou, como dissemos, benefícios, comida, tempero, tempo de pena etc.; ou, como dizia “Juiz R”, ao avaliar a LEP, a separação da execução – como administrativo, do Executivo, e impedimentos efetivos na atuação dos juízes – é, ao mesmo tempo, desconforto e conforto para os juízes.

Ao analisar a LEP como atividade jurisdicional, “Juiz K” afirma que também teve restrições na alocação de condenados, e só ficou sabendo do “bonde”¹⁴⁷ meses depois. Conta um Caso que entende ainda pior, e que se tornou divisor de águas, de idealista para contemplativa. Como Juiz de Execução, teve informações que um estabelecimento de menor segurança, para presos com possibilidade de ressocialização, estava sendo usado para fugas, pois estavam sendo alocados presos graves. Quando impediu que isto ocorresse, levou representação.

O meu Tribunal me deu respaldo? Nada! Recebi telefonema do [...] dizendo que isto não era minha atribuição. Fui humilhado! Como vou lidar com isto senão de forma contemplativa?

Entrei por idealismo. Não queria a respeitabilidade do juiz, dinheiro... Mas sofre muito! Tinha idealismo, não tenho mais.

Ao avaliar as condições da execução, “Juiz N” entende que “deveria ter estrutura para receber o preso, e assim pudessem aprender ofícios como marceneiro, funileiro... que recebessem salário”. Todavia, frente ao que acontece, “se sente um otário, atuando em uma estrutura viciada”.

“Juiz B” não se sente frustrado, mas acredita fazer o que é possível, e, dentro dos limites, tenta fazer o que pode. Fala da sua sala e que muitos móveis são dele,

¹⁴⁷ “Bonde”. Gíria de presos que denomina as transferências dos indivíduos entre as instituições carcerárias. De modo geral, pegar o bonde é utilizar a viatura de transporte para qualquer tipo de deslocamento.

que o computador – até chegar um novo – era dele também. Afirma que investiu muito do seu dinheiro particular para aperfeiçoar e criar condições melhores de trabalho, tais como, ar condicionado, mesa, cadeira e tapete.

De modo similar, “Juiz T” afirma:

É frustrante para quem acredita na justiça criminal. Qual é a função da justiça penal? Eu não me frustro! É um sistema de controle, seletivo, irracional. Todavia, o sistema penal pode ser visto como sistema de garantias, e neste caso não é frustrante. Se você consegue efetuar as garantias tem sentido, se o juiz no penal consegue se pensar tendo como função efetuar as garantias. Nesse sentido, o papel do juiz é conter o Estado para que o Estado não abuse. Isto me mantém como juiz criminal.

Vamos resolver os problemas sociais? O Sistema Penal serve para que? Ele só cumpre uma função simbólica. Cria uma estrutura para enganar ‘trouxa’ [não escreva isto], não soluciona problema nenhum e é ineficaz para resolver os problemas postos. Se você acreditar que vai resolver [...] se frustra mesmo.

- E você neste sistema?

Meu papel é garantir para que direitos não sejam invadidos, além daquilo que é previsto. Meu papel é não deixar que o Estado ultrapasse os limites. O Estado quer prender o sujeito, mas antes tem que passar por mim, esta é a minha função.

Agora, como ser humano, como cidadão... Estou vendo violência.

A função é não deixar que o Estado ultrapasse [...] o devido processo legal [...] o contraditório, defesa suficiente. Dentro do que pode ser minha função. Não estou lavando as mãos, mas são os limites da função.

- Papel do juiz e olhar humanitário? Como separar?

Tenho que saber até onde vão seus limites. Tenho que procurar as garantias e maximizá-las. Não posso mudar o sistema, mas fazer muitas coisas para aproximar ao ideal humanitário e constitucional.

- Existe o Júri, a sentença e as garantias. Mas quando o condenado vai para execução?... É outro juiz. Não posso me desesperar. Isto não me faz passível. Porque tenho que pensar nos meus limites.

Quando expusemos a questão da frustração na ação profissional na área criminal, e que os “Juizes N, C e R” entendiam que no civil ainda era possível fazer justiça, o “Promotor C” discordou.

No civil é ainda pior. No processo criminal existe um tempo que dura no máximo um ano, e nesse período a pessoa vai saber se é culpada ou inocente. Agora, tem processo civil de 20, 30 anos.

Conta um Caso de falência de uma empresa onde os bens viraram sucata. “Se fosse crime, já tinha cumprido a pena, pois no crime tem prescrição. Agora, o civil tem o tempo que for”. E continua:

Isto é postura hipócrita! No crime tem começo, meio e fim. A vítima e o réu vão saber do fim. E se não tiver feito, o réu vai ser solto [...]. O criminal dá uma resposta: bem ou mal, dá. O criminal quer saber se é culpado ou inocente. Ele dá uma solução. Pelo menos até a sentença.

O “Juiz R” disse que prefere trabalhar na Vara de Família em oposição à Criminal.

Eu estou na Família. É onde se está mais próximo e causa um impacto efetivo pela atuação. Tem contato pessoal, sempre. São questões humanas onde a conciliação é importante e a efetivação da decisão é mais visível: casamento, interdição e desinterdição [sic] de pessoas. As pessoas também odeiam juiz de família, pois impõe direito de visita, manda o cara para fora de casa. Diferente do civil, que demora anos e falta efetividade. Quando há consenso é uma delícia! Na família fico mais gratificado.

Nesse debate entre diferentes competências, afirma que no criminal a atividade é ouvir testemunha, analisar provas e confirmar a investigação da polícia, julgando-a procedente ou não. Entende a Criminal como mais confortável, pois seu

papel é controlar as legalidades. Conforto no sentido de ação burocrática, como a ação de prescrição e de adequação à norma legal.

Inserindo-se no quadro mais amplo de frustrações, o “Juiz A” salienta o viés de classe social que percorre as decisões e a atuação na Justiça:

Crime tributário, de colarinho branco, a legislação não pega. É difícil condenar alguém, pois o esquema permite. No caso dos pobres fica difícil usar os recursos, pois, se quiser entrar com recurso especial tem que mandar para Brasília. Todavia, não posso e nem devo deixar de condenar a classe mais baixa porque não consigo condenar a classe alta. Isto gera frustração!

E, de modo mais específico:

Eu sofria muito no crime. Se, encontrava alguém mal defendido, eu voltava e mandava refazer a instrução. Agora, como pode fazer isso com 10.000 processos? O Juiz que tem processo em dia é porque trata o caso concreto com muita superficialidade, porque tem pressa de chegar no fim.¹⁴⁸ Na verdade, dão uma solução para o processo, não para o problema

Segundo o “Juiz S”, “a justiça é para pobre, pois o rico tem condições”. Também se vê frustrado com o crime, pois “é uma bola de neve. Trabalho pontual. Põe o cara na cadeia e só”. Como se fosse uma produção de novos criminosos, sem o papel de recuperação.

Ao falar sobre o sofrimento que acompanha sua ação profissional, o “Promotor H” entende que “tem muito juiz e promotor que acabam em psiquiatras: a justiça não consegue cumprir a sua missão e se torna muito parecida com o Estado(?)”. E, a partir de sua atuação profissional, entende que no cível a frustração

é maior, pois, quando se trata de recuperação de dano, o processo não se encerra. “Vários anos julgando, entra impugnação, não executa. O Penal, bem ou mal, chega ao fim. Às vezes, o Cível é mais relevante do que penal, pois se há negação de direito no cível, se atinge família ou necessidades familiares, a situação pode ser ainda mais grave”.

“Juiz C”, fala que atuar no crime é horrível, pois, com o encarceramento, o indivíduo sai da prisão pior do que entrou. Acredita que há uma falência do sistema prisional e que a recuperação através da pena não existe, pois ficam ainda mais marginalizados. Se sente frustrado, como se não estivesse cumprindo papel nenhum.

Na questão da Execução Penal, “Juiz A” reafirma que é uma função frustrante. “Nada é bom. Nada do que deveria ser, pois a lei não é seguida. Só atua se alguém estiver batendo em preso. Qualquer coisa que se faça, aparece como sendo ingerência do judiciário no executivo”. Faz referência à uma pesquisa publicada na **Folha de São Paulo** que afirmava que, segundo população, 40% entendiam que judiciário era culpado pela situação dos presos. “Todavia, o juiz vai, olha. Pode até encaminhar cópia para o MP se, por exemplo, houver abuso de autoridade. Mas, do ponto de vista prático, não pode fazer nada”.

Podemos perceber que se dizer frustrado faz parte do discurso de alguns juízes(as) e promotores(as). Frente às dificuldades de suas atuações, e daquilo que se constrói como juridicamente desejável, é criado um sentimento de impotência frente ao socialmente possível.

¹⁴⁸ A partir de uma pesquisa realizada na Vara de Execução Penal de São Paulo, Guilherme de Souza Nucci procura mostrar, apesar de problemas metodológicos sérios em sua pesquisa, que os(as) juízes(as) não fundamentam a aplicação da pena. O problema é que o autor não define o que entende por pena fundamentada. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 413-431.

Os limites do socialmente possível surgem por meio de uma percepção da atuação numa estrutura que se direciona de forma desigual para as diferentes classes sociais, mas que, mesmo assim, os limites profissionalmente construídos do dever ser, impede-os de atuar de forma contrária ao que é entendido como aplicação da lei.

Entre as diferentes áreas de atuação, como civil e crime, há uma “disputa” de quem estaria cumprindo de forma mais adequada o juridicamente desejável. Aqueles que estão no civil, afirmam que conseguem resolver os conflitos por meio de conciliação, atingindo o ideal de justiça, em oposição às formas degradantes da execução penal, e de uma atuação mecânica e burocrática.

Aqueles que estão no crime salientam a morosidade do civil, da falta de prestação jurisdicional e de descompasso temporal frente às necessidades processuais. Afirmam sua posição de legalidade, e cumprimento da lei, voltando-se à forma processual que restringe o tempo de processo criminal, e que não se atrasam como no civil, mas conseguem dar respostas dentro do tempo previsto.

Os constrangimentos da prática fazem com que os(as) juízes(as) e promotores(as) sofram, frustrem-se com os limites do socialmente possível. Frente a isto, podem tomar atitudes de distanciamento e insensibilidade com os problemas que enfrentam, podem reconhecer os limites da competência, atuando de forma positiva; ou ainda, como resultante do descompasso entre dever ser e ser, sofrerem de problemas psicológicos.

9. Conclusão.

Sobrevoando urubus no meio do lixo urbano, sobrevoando conflitos, confusões e problemas psicológicos, em uma cabeça que ferve como se contivesse Sonrisal, Estamira.

A minha missão, além d'eu ser Estamira, é revelar a verdade, somente a verdade. Seja mentira, seja capturar a mentira e tacar na cara, ou então ensinar a mostrar o que eles não sabem, os inocentes... Não tem mais inocente, não tem. Tem esperto ao contrário, esperto ao contrário tem, mas inocente não tem não.¹⁴⁹

Frente aos dados teóricos e a partir da pesquisa que realizamos, apresentaremos algumas conclusões possíveis.

Retomando Estamira, no sistema de justiça penal, na forma como o direito vem sendo aplicado, especialmente em relação ao estuprador, tem direito, mas é direito ao contrário.

Reafirmamos nossa opção por uma interpretação positivista do direito, e dentro dessa, algumas possibilidades de leitura e interpretação que lhe retiram a inocência técnica e burocrática, inserindo-a no contexto de tomadas de posição jurídicas frente aos conflitos sociais. Dentro do direito-ao-contrário estamos inseridos na legalidade, mas propomos uma leitura possível, e quem sabe divergente, dentro do próprio ordenamento jurídico.

¹⁴⁹ **ESTAMIRA**. Direção: Marcos Prado. Rio de Janeiro: Riofilme, 2005. 115 min. Português. Estamira conta a história de uma mulher de 63 anos que sofre de distúrbios mentais e vive e trabalha há mais de 20 anos no Aterro Sanitário de Jardim Gramacho [...] Com um discurso eloquente, filosófico e poético, a personagem central do documentário levanta de forma íntima questões de interesse global [...] e os subterfúgios que a mente humana encontra para superar uma realidade insuportável de ser vivida. **ESTAMIRA**. Disponível em: <www.estamira.com.br>. Acesso em: 12/03/2007.

O nosso tema não é fácil. Como apresentamos inicialmente, é possível uma defesa do estupro? É possível a defesa de uma pessoa cujo ato atinge frontalmente a liberdade sexual, lhe impondo conseqüências nefastas?

Não pretendemos uma defesa, mas uma defesa-ao-contrário cuja questão principal não é o estupro no ambiente carcerário, mas como, a partir dessa situação, somos levados a múltiplas conexões e contradições sobre o sentido do direito, especialmente entre (as) juízes(as) e promotores(as).

Inicialmente, comprovamos que o tratamento dispensando ao estupro dentro dos cárceres, cuja regra “quem entra com estupro é estupro”, é um conhecimento generalizado entre os(as) juízes(as), promotores(as), Polícia e Secretaria de Administração Penitenciária.

Ainda que não seja formalmente reconhecida – afinal, o que queremos reconhecer? –, a aplicação e recorrência dessa regra fere, de modo objetivo, legal e doutrinário, a liberdade sexual da pessoa humana em termos de Código Penal, Lei de Execuções Penais e Constituição Federal.

Na proteção do bem jurídico liberdade sexual, o sistema de justiça faz uma leitura diferenciada de quem tem esse direito, protegendo a mulher ao aplicar a sentença, e dentro do ordenamento, simultaneamente impõe um direito-ao-contrário na condenação efetiva do réu.

Frente a isto, entendemos que o sistema de justiça penal não se implementa como um sistema integrado, mas compartimentaliza-se em procedimentos e competências sem vinculação efetiva, instalando uma hierarquia entre as diferentes áreas jurídicas. Ainda que as normas de dever ser hierarquicamente constituídas a partir da Constituição Federal forneçam um quadro de opções, e ainda que Direito Penal e Execução Penal estejam num mesmo nível na hierarquia normativa, aquelas

que se direcionam para a fase de sentença são favorecidas em detrimento daquelas da execução penal.

Na questão do ambiente prisional, da sua população e da regra sobre o estuprador, a regra pode ser entendida como uma forma de direito plural. Todavia, o direito plural é sempre relacionado e dependente do direito do Estado, que o alimenta e lhe dá efetividade.

Esse direito plural, barbaramente aplicado pelos presos, é decorrência de uma nomeação do sistema de justiça que, concreta e simbolicamente, volta-se contra a população carcerária como um todo. Tornando-se os responsáveis pela aplicação de violência e barbárie contra o estuprador, fortalecem o estigma de ausência de civilização, de selvageria e barbárie, e tornam “natural” o que foi socialmente construído pelo sistema.

E, como o Estado formalmente não reconhece estas ações, nem a legalidade dessa regra, os presos são eleitos para impor uma violência ilícita e exemplar, assegurando ao Estado o papel legal e formal de mantenedor da ordem, e intensificando, assim, a separação entre cadeia e sociedade.

Ao contrário de um ato de defesa da liberdade sexual da mulher, a ação dos presos não somente materializa o espaço de violência da cadeia, mas reforça a necessidade do estupro como atributo de virilidade. O ato de vingança sobre o estuprador é um reforço, é uma reatualização das formas de dominação masculina presentes na sociedade.

Limitados por um sistema que não integra sentença e execução penal, a ação dos(as) juízes(as) e promotores(as) torna-se marcada pelo confronto com o Poder Executivo. Nomeado recorrentemente como Estado(?), ele limita e ao

mesmo tempo salvaguarda o ideal de lei positiva que não precisa – teoricamente – de contato com a realidade.

Apesar da potência institucional do dever ser jurídico, eles se defrontam com os limites do real que impedem a aplicação das normas jurídicas de execução penal, ficando restritos à decisões voltadas à punição por meio do cárcere.

A partir de um juridicamente desejável, se defrontam com o socialmente possível. E na relação entre um dever ser ideal, e seletivo, e às possibilidades do ser, surge um sentimento, real, retórico e evasivo de frustração.

Como a atuação na área criminal ocorre no início da carreira, o sistema de justiça impõe um “choque de realidade” social e institucionalmente construída, que promove e fortalece a necessidade de distância entre dever ser e ser, institucionalizando a frustração.

Frente a isso, sofrem e frustram-se. E, como reação, podem elaborar este sentimento por meio de depressão, sofrimento pessoal e impotência, de distanciamento burocrático e impessoal, ou ainda, podem reconhecer os limites institucionais de sua ação, lutando para transformá-la.

10. Bibliografia.

ARAÚJO, João Marcelo. Os grandes movimentos atuais de política criminal, **Fascículos de Ciências Penais**, n. 9, 1988

ASSOCIAÇÃO dos Magistrados Brasileiros. **Pesquisa AMB 2005**. Disponível em: <www.amb.com.br/portal/docs/noticias/PesquisaAMB2005.pdf>
Acesso em: 20/10/2006.

BABBIE, Earl. **Métodos de pesquisas de Survey**. Trad. Guilherme Cezarino. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999. 519 p.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 913 p. vol. 1.

BONELLI, Maria da Gloria. A competição profissional no mundo do direito. **Tempo Social**, Revista de Sociologia USP, São Paulo, 10(1), 185-214, maio de 1998.

_____. Ideologias do profissionalismo em disputa na magistratura paulista. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan/jun 2005, p.110-135

_____. Os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a construção do Profissionalismo: 1873-1997. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 2, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22/09/2006. doi: 10.1590/S0011-52582001000200002;.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Banco nacional de dados do poder judiciário – BNDPJ. **Justiça comum de 1º grau**. Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj/justicacomum/Jcomum7A2003.asp> Acesso em: 13/11/2006.

BRASIL. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. Alberto Silva Franco [et. al.]. 5a. ed. Rev. E ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CALDEIRA, Teresa. A presença do autor e a pós-modernidade em antropologia. **Novos estudos: Cebrap** (21):133-157, jul 1988.

CARDOSO, Ruth C. L.. **A aventura antropológica**: teoria e pesquisa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo**: crise e conflito no Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Espaço e Tempo, IUPERJ, 1987.

COSTA JUNIOR, P. J. da. **Comentários ao código penal**. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

DELMANTO, C; DELMANTO, R.; DELMANTO JR., R. **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 4A ed. Atul. E ampli. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito:** definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes, interpretação e ramos do direito; sujeito de direito e fatos jurídicos; relações entre direito, justiça, moral e política; direito e linguagem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Positivismo Jurídico:** introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 301 p. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.2).

_____. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais.** Mimeo. 2006.

ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e assédio sexual:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1999.

FELDMAN-BIANCO, B. (org.) **A antropologia das sociedades contemporâneas.** São Paulo: Global, 1987.

FERREIRA, Aurélio B de H. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 2ª ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte especial. 3. ed.. São Paulo: Forense, 1959

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos:** notas sobre a Lei 8.072/90. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FRANCO, Alberto Silva et. al.. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial:** parte especial. 6A ed. Rev. E ampli.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. vol. 1. tomo 2.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Petrópolis: Ed. Vozes, 1986.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** São Paulo: Perspectiva, 1999. Col. Debates 91.

GOULD, S.J.. **The mismeasure of man.** New York: Norton, 1981.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria da Administração Penitenciária. **Mapa das Unidades Prisionais.** Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/>> Acesso em 26/10/2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal.** São Paulo: Max Limonad, 1987.

HOUAISS, A. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001. 1 CD

IRWIN, John. **The Jail: managing the underclass in american society.** Berkeley: University of California Press, 1987.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2002. V.3

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUPER, A. **Antropólogos e antropologia.** Rio de Janeiro: F. Alves, 1978.

LEAL, João José. **Crimes hediondos: aspectos políticos-jurídicos da Lei n. 8.072/90.** São Paulo: Atlas, 1996. 152 p.

MALINOWSKI, B. K.. **Argonautas do Pacífico ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia.** 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-07-84. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos** texto, comentários e aspectos polêmicos. 7ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2002. 187p.

NOBRE, Marcos et. alii. **O que é pesquisa em direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005. 208 p.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 66, p. 145-154, julho de 2003.

NORONHA, E. M. **Direito penal**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. III.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código penal comentado**. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi! In: _____. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167.

PEREIRA, Julio César R. **Análise de dados qualitativos**: estratégias metodológicas para as ciências da saúde, humanas e sociais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

PRADO, L. R. **Comentários ao código penal**: doutrina: jurisprudência: leitura indicada. 2a ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMALHO, José Ricardo. **O mundo do crime**: a ordem pelo avesso. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª ed. Lisboa: Vega, 1998.

SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, IBCRIM, v. 27, 1999, São Paulo 1999, p. 98.

_____. Reflexões sobre a metodologia na história do direito. **Cadernos de direito**: cadernos do curso de mestrado em direito da Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, vol. 2, n. 4, p.25-39, 2003.

_____. A tutela ambiental entre estado e mercado: competitividade e bem-estar no estado social. In: SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. **Direito social, regulação econômica e crise do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 271 p.

SADEK, Maria Tereza. Estudos sobre o sistema de justiça. In: MICELI, Sergio (org.). **O que ler na ciência social brasileira**. São Paulo: ANPOCS: Ed. Sumaré; Brasília, DF: CAPES, 2002. p. 233-265.

_____. (org.). **Justiça e cidadania no Brasil**. São Paulo: Ed. Sumaré/ Idesp, 2000. 304pp.

_____. (org.). **O ministério público e a justiça no Brasil**. São Paulo: Sumaré: Idesp, 1997.

_____. (org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. São Paulo: Idesp/ Ed. Sumaré; Rio de Janeiro: Fundação Ford; Nova York: Fundação Mellon, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 21, 1986.

_____. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J.. **Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica**. 2ª ed. atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 87-95.

_____. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. **Law & Society**. 12, Fall 1977.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. 5ª ed. São Paulo: Editora 34, 2000.

VIANNA, L. W. et. al.. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 272 p.

VIANNA, L. W. et. al.. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. 336 p.

WEBER, M. **Economia e sociedade: fundamentos de uma sociologia compreensiva**. Brasília: UNB, 1999. vol. 2.

ZALUAR, A. **A máquina e a revolta**: as organizações populares e o significado da pobreza. São Paulo: Brasiliense, 1985.