



5º Congresso de Pós-Graduação

LEI DE EXECUÇÕES PENAIS: FORMALIDADE JURÍDICA E PRÁTICA SOCIAL

Autor(es)

GESSÉ MARQUES JR.

Orientador(es)

Dimitri Dimoulis

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é analisar algumas interpretações sobre a Lei de Execuções Penais, tendo como fonte de dados uma pesquisa realizada entre juízes e promotores, na região de Campinas, SP (MARQUES JR., 2007). Queremos pensar sobre alguns condicionantes sociais que envolvem a interpretação e a aplicação jurídicas no contexto brasileiro. Analisamos como estes operadores interpretavam a existência de uma regra de senso comum, e que é recorrente no ambiente carcerário brasileiro, que prevê que quem entra com estupro é estuprado. Ou seja, avaliamos a situação do estuprador no cárcere como sendo um conflito na ordem legal que, ao invés de criar condições efetivas de tutela do condenado, coloca-o num contexto em que fica sujeitado à força, mando e violência dos pares, onde são anulados a sua liberdade e o controle sobre a sexualidade, assim como o direito de dispor do próprio corpo. Embora não tratemos desta regra interna ao cárcere, é importante tê-la como pano de fundo da discussão que propomos agora, pois ela orientou a coleta de dados da pesquisa e permitiu analisar uma relação fundamental existente no sistema de justiça penal que queremos salientar, ou seja; aquela entre as normas previstas, a sua reflexão pelos juízes e promotores, assim como sua efetividade na execução penal. Os dados que apresentaremos foram obtidos por meio de aplicação de questionário com juízes e promotores, e especialmente, por meio de entrevistas abertas. Utilizando uma metodologia de pesquisa de campo com parâmetros antropológicos (CARDOSO, 1986; FELDMAN-BIANCO, 1987; ZALUAR, 1985; CALDEIRA, 1988), procuramos entender qual a lógica profissional que organiza a ação dos juízes e promotores quando interpretam a lei e a sua aplicação, ou ainda; quais variáveis compõem o sentido da interpretação da Lei de Execuções Penais (LEP), e como este sentido orienta e justifica a própria interpretação (GEERTZ, 1978). Enfim, como os operadores da justiça avaliam a LEP, e especialmente, como as condições sociais que envolvem as práticas na execução penal interferem na interpretação do ordenamento jurídico.

2. Objetivos

As idéias fora de lugar. Em termos normativos, a Lei nº 7.209, de 11.7.1984, Lei de Execução Penal 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 pena (BRASIL, 2005, p. 541-563; GRINOVER, 1987). 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. Estamos tratando de normas infraconstitucionais de ‘alta densidade’ – 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) (DIMOULIS, 2006, p. 248) –; ou seja, aquelas que restringem o cumprimento da pena à condenação jurisdicional e as que impedem que outros direitos possam ser restringidos. E, 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 LEP traz comandos com alta densidade normativa que restringem o quadro interpretativo, limitando a ação dos juízes e promotores (KELSEN, 1998). 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 difícil criar entendimentos divergentes quanto à ‘integridade física’. Para analisarmos a LEP, devemos ter presente a noção 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 determinada pelo Código Penal, se não pensarmos nos modos e direcionamentos da execução penal após a sentença dada pelo juiz. (1992, p. 31) 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 (MARCÃO, 2005, p. 1-4; ver também, NUCCI, 2005, 920). A LEP tem como bem jurídico a ser protegido ‘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 (BARROS, 2001, p. 60). Assim, nos limites de sua moldura semântica, o plano normativo das regras de dever ser teoricamente independe 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 (KELSEN, op.cit.; DIMOULIS, 2003; 2006). Se os limites de dever ser estão claramente definidos pela legislação, o nosso problema passa a ser, então, a reflexão dos juizes sobre a efetividade da lei e como interpretam este quadro normativo ao se depararem com o contexto social e, especialmente, com o contexto carcerário.

3. Desenvolvimento

A LEP ou As idéias fora de lugar. 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 juízes e promotores 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, podemos perceber que a LEP é interpretada pelos juízes e promotores como se fosse – parafraseando Roberto Schwarz (2000) – idéias fora de lugar. 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. 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. De modo geral, os entrevistados apresentam 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 juízes a criação de critérios mais específicos, além da falta de material doutrinário, de jurisprudência, e de regras claras de procedimento. Apesar de poucas obras jurídicas sobre execução penal – o que aumenta o poder de discricionariedade dos juízes –, o sentido simbólico do fora de lugar é recorrente em doutrinadores que analisam a LEP, conferindo um fortalecimento desta percepção que vai além das nossas observações de pesquisa, mas que se revela de forma explícita na própria doutrina. Assim, Mirabete descreve o que a legislação prevê, mas afirma a impossibilidade efetiva de classificação, de assistência, das condições dos estabelecimentos e, finalmente, assegura que esses mandamentos louváveis se defrontam com o abismo da realidade nacional, salientando a falta de integração entre normas jurídicas e os dados de realidade carcerária. Ou seja, a apresentação do real torna-se ausente enquanto reflexão sobre o valor jurídico, não sendo incorporado como dado de questionamento do ordenamento, e não alterando o quadro interpretativo da decisão judicial. Tomando como exemplo o trabalho de Mirabete, vemos que, em paralelo à descrição da estrutura normativa da LEP – e de todas as regras de dever ser –, o autor expõe na nota de rodapé no 29 – que iremos citar quase integralmente – a negação dos objetivos louváveis apresentados na sua doutrina. Queremos mostrar que, 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 pretende selecionar, mas que, segundo a Kelsen (1998), é sempre um ato de escolha. Há uma convicção quase unânime entre os que militam no exercício da aplicação do direito de que a Lei de Execução Penal é inexecutável 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 governantes quando não pela ausência dos recursos materiais e humanos necessários à sua efetiva implantação (MIRABETE, 1992, p. 39. *Itálicos nossos*). 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 deste caráter idealizado e idealizador da norma, há uma convicção generalizada de um grande abismo, de letra morta frente à realidade nacional, cujo responsável é o Estado (NUCCI, 2005, p. 919). Além de Nucci e Mirabete, os juízes e promotores também 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 sujeito, e fica vulnerável. Acredita que a cadeia tem uma

autonomia como se fosse um ecossistema, salientando seu 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. 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, 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, escolhendo dentro da moldura do ordenamento a não aplicação de regras positivadas de reinserção, reeducação na execução penal.

4. Resultados

A partir destas informações podemos tecer alguns comentários sobre a interpretação da doutrina e dos juízes e promotores 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. Em segundo lugar, ainda que queiram ficar no reino mítico do dever ser desejável, a realidade impõe uma relativização desta 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. Nas 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.

5. Considerações Finais

Da forma como o direito vem sendo interpretado e aplicado, especialmente em relação a Lei de Execuções Penais, existe direito, mas é direito ao contrário. Ou seja, é direito positivo, são decisões dentro da moldura da lei, mas são interpretações que escolhem as leis de acordo com a moldura social e doutrinária e que, portanto, recortam o ordenamento permitindo a manutenção de masmorras e condições de não dignidade humana dentro dos cárceres. Acompanhando Kelsen, também entendemos que as decisões devem ocorrer dentro do direito, sem o apelo às questões morais, e por isto, estamos afirmando a nossa opção por uma interpretação positivista do direito, e dentro desta, a possibilidade de leitura e interpretação que lhe retira a inocência técnica e burocrática e que se aproxima das condições efetivas da execução penal. O que se faz em relação à LEP é direito, mas é direito-ao-contrário. Ou seja, não se nega o direito, mas afirma-se uma interpretação que deixa de lado outros direitos claramente expressos na própria lei. Frente a isto; onde encontraremos um juiz que decida, e uma doutrina a fundamentar: Dado que as condições dos cárceres não atendem às regras de dever ser expressas na LEP, sejamos positivistas e libertemos os presos.

Referências Bibliográficas

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

BRASIL. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial.** Alberto Silva Franco [et. al.]. 5a. ed. Rev. E ampl. 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.

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.

FELDMAN-BIANCO, B. (org.) **A antropologia das sociedades contemporâneas.** São Paulo: Global, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal.** São Paulo: Max Limonad, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARQUES JR., Gessé. **Quem entra com estupro é estupro:** avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere. Dissertação em Direito. Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, 2007.183p.

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

_____. **Processo Penal.** 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

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

Schwarz, R. **Ao vencedor as batatas.** 5ª ed. São Paulo: Editora 34, 2000.

ZALUAR, A. **A máquina e a revolta**: as organizações populares e o significado da pobreza. São Paulo: Brasiliense, 1985.