

## “Quem entra com estupro é estuprado”: pluralismo jurídico, prisão, e a interpretação de juízes e promotores.<sup>1</sup>

*Gessé Marques Jr. (UNIMEP)*

Existe uma regra de senso comum entre os internos dos cárceres brasileiros que impõe: “Quem entra com estupro, é estuprado”. Embora seja uma regra interna e não tenha formalização jurídica, é recorrente e efetiva em sua violenta sanção sobre os estupradores, submetendo-os a um contexto de sujeição, mando e violência dos pares. Contexto este que se afasta das garantias legais e constitucionais de execução penal, de controle sobre a sexualidade e do direito de disporem do próprio corpo.

Embora tenhamos como ponto de partida essas condições a que estão sujeitos os estupradores, nosso interesse se volta, especialmente, à avaliação que juízes e promotores fazem desta regra não jurídica e de senso comum, e como, por meio das decisões judiciais, interpretaremos elementos desta violência que une positivismo e pluralismo jurídicos.

O trabalho de pesquisa e de coleta de dados foi realizado com o uso de questionários e entrevistas com juízes(as) e promotores(as) em comarcas da região de Campinas, Estado de São Paulo, entre os meses de julho a outubro de 2006. Inicialmente distribuimos questionários com perguntas fechadas, e após a apresentação e os contatos iniciais, realizamos entrevistas abertas, tendo como parâmetro as práticas violentas que ocorrem na fase de execução penal.

Atentando ao sigilo e reserva pessoal, não revelaremos as cidades onde realizamos a pesquisa, nem os nomes dos entrevistados que responderam ao questionário ou participaram das entrevistas. Por isto, nomeamos 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 exposição cria problemas metodológicos quanto à validação, à possibilidade de confrontação das fontes, e ao lugar social e profissional do entrevistado; por outro, tornar pública a identidade dos nossos entrevistados é uma dificuldade que surge – inclusive legalmente – dentro do campo de pesquisa. Como opção a estas dificuldades, recorreremos à metodologia dos estudos antropológicos na qual o pesquisador “cria” seus dados a partir da interação com o campo de pesquisa (CARDOSO, 1986; FELDMAN-BIANCO, 1987; ZALUAR, 1985; CALDEIRA, 1988).

---

<sup>1</sup> ENADIR II. GT 01. Antropologia e sistemas de justiça criminal.

Os questionários foram respondidos por 49 juízes e promotores. Como não nos orientamos para uma representação amostral da totalidade da população da região estudada, os dados coletados não satisfazem as metodologias de *survey* (BABBIE, 2001), mas servem como auxílio à análise qualitativa.

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 intermediária (PEREIRA, 1999, p. 65-69). Traduzimos esta escala em diferentes afirmações sobre o nosso tema, e a partir destas, as seguintes opções: “concordo totalmente”, “concordo”, “concordo parcialmente”, “discordo” e “discordo totalmente”. Com tal variedade de opções de resposta, avaliamos o grau valorativo – respectivamente, de 5 (cinco) até 1 (um) – na adesão às respostas, qualificando do mais ao menos intenso. Devido aos limites deste artigo, não exporemos as diferentes tabulações e porcentagens, mas apresentaremos somente os resultados finais. Finalmente, com tais limites metodológicos, os dados estatísticos não devem ser lidos com pretensão de generalidade, mas sim como um instrumento complementar aos dados qualitativos obtidos nas entrevistas.

#### **A REGRA INTERNA E O PLURALISMO JURÍDICO**

Um problema jurídico e sociológico que se apresenta é como avaliar uma ordem normativa existente entre os presos, mas ausente do ordenamento jurídico brasileiro, e até onde podemos reconhecê-la como uma forma de direito.

Se nos mantivermos sob uma perspectiva juspositivista, enquanto análise interna do ordenamento jurídico, esta questão não procede. Pois, mesmo que esta norma seja efetiva, e que a sua efetividade possa ser reconhecida pelos internos, pela administração carcerária, pela Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Poder Executivo, não sendo uma norma jurídica, não tem validade jurídica. De acordo com Dimoulis (2006, p. 194), “não devemos confundir a validade do direito com a sua avaliação nem a validade com seu grau de eficácia social”. Ou seja, embora a regra esteja no plano dos costumes, da cultura e das relações sociais, não pertence ao dever ser jurídico, pois o Estado não a reconhece como direito.

Em oposição parcial a esta perspectiva juspositivista, o Pluralismo Jurídico nos leva a repensar o que é direito, e permite interpretar as normas socialmente eficazes que estão no plano do ‘ser’, das relações sociais existentes, assim como “a presença de ordenamentos jurídicos concorrentes ao direito oficial-estatal”. Assim, o direito pode 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. (Ibid., p. 84).

Para o Pluralismo Jurídico o direito não depende da sanção estatal e, portanto, o Estado deixa de ser a fonte exclusiva de produção e imposição de direito. Neste sentido, “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” (SANTOS, 1986, p. 27).

Santos utiliza este conceito a partir de pesquisa de campo realizada em um conjunto habitacional no Rio de Janeiro, “Pasárgada”. O autor descreve os diferentes modos de juridicidade encontrados pela população para lidar com seus conflitos internos, e especialmente, analisa os mecanismos de 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, esta comunidade criou modos de juridicidade que estavam fora do direito formal e legal, mas que, ao mesmo tempo, tinham o direito “do asfalto” como parâmetro e referência para as suas decisões. Ainda que não pudessem recorrer aos critérios formais da lei oficial, “the official law are selectively invoked to protect a recongnized interest of community” (1977, p. 83).

Santos afirma que há uma “situação de pluralismo jurídico sempre que, no mesmo espaço geopolítico, vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica” (2001, p. 87). A noção fundamental é a possibilidade de haver direito mesmo que esteja em conflito com aquilo que o Estado reconhece como lei ou que nomeia como direito, tendo como parâmetro a sua efetividade enquanto norma e sanção de comportamentos em determinado contexto social.

A partir desta perspectiva, podemos afirmar 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. E o que nos interessa é mostrar o campo de relações e a articulação entre sua eficácia no cárcere e a reflexão dos juízes e promotores.

### **ENTRANDO NO SENSO COMUM: A “REGRA SOBRE O ESTUPRADOR”**

Enquanto esperávamos o fim de uma audiência para iniciar a entrevista com o “Juiz B”, ele mostrou um processo criminal envolvendo violência entre presos, que usaremos como um Caso representativo das relações analisadas.

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. (destaques nossos).

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

Em relação com este caso, o “Juiz C” – assim como todos os juízes e promotores entrevistados – afirmou que independente de ser condenado pelo crime, “na carceragem o estuprador já sofre”, e sendo colocado em contato com outros presos corre risco de vida. A violência não se restringe ao estupro, mas é acompanhada de agressões, humilhações, castigos e torturas, podendo chegar à morte.

Como forma de controle desta regra, os delegados e diretores de presídio costumam criar um espaço separado nas delegacias, cadeias e penitenciárias, denominado “celas de seguro”. O “Promotor O” explica este comportamento da seguinte forma:

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.

Os entrevistados reconhecem e entendem 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, ainda que isto ocorra de modo informal. Ao mesmo tempo em que afirmam esta necessidade, devido ao caráter informal e muitas vezes provisório das celas, afirmam que a criação do seguro pode implicar ilegalidades, e o não cumprimento da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

Quando relacionamos a criação de celas de seguro com as condições de cadeias superpovoadas, surge outro problema. A necessidade de 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. Além disso, “Juiz A” afirma 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 “sobrepêna” imposta ao indivíduo. Além destas práticas que atingem os direitos dos presos, “Promotor H” afirma que quando o preso está nesta situação, fica sem possibilidade de banhos de sol.

Indo ao encontro das entrevistas, os dados coletados nos questionários que passaremos a descrever reforçam, de forma mais ampla, o conhecimento dos operadores jurídicos sobre as práticas de violência dos cárceres que sujeitam os estupradores.

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 5 a 1) 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.

Nas entrevistas, devido ao contexto mais informal do diálogo, encontramos uma concordância total sobre a existência da regra, e uma imediata associação com a necessidade de celas de seguro para estes presos.

Na segunda afirmação – “É uma regra recorrente no ambiente carcerário” – há a mesma relação entre as porcentagens de discordância e concordância (10,8% e 89,10%), mantendo-se a mediana 3, e alterando-se a média de 3,51 para 3,64.

Embora não esteja prevista no ordenamento jurídico, juízes e promotores reconhecem a existência e a efetividade desta regra nos cárceres. 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 tem construído presídios voltados para crimes sexuais (GOVERNO do Estado de São Paulo, 2006), reconhecendo, deste modo, a existência e efetividade da regra.

A criação de celas de seguro e a expectativa de execução da regra mostram uma relação e articulação entre judiciário, executivo, cadeia e presos. Embora a efetividade da

regra não tenha validade jurídica, e por isso não possa entrar na esfera de decisões do judiciário, em termos concretos implica investimentos do executivo em prédios, e na orientação “informal” dos juízes para que haja uma separação desses condenados.

Há uma constante interação entre a vida na cadeia e as ações do executivo e do judiciário, embora estejam separados pela formalidade legal e 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.

Reafirmando o Caso que apresentamos inicialmente, 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, seja pela possibilidade de o estuprador ser colocado nela. Neste sentido, a segurança do estuprador, e a imposição da regra, dependem da relação entre o contexto social local e as características singulares da ação criminal realizada, o que nos leva a afirmar que este pluralismo jurídico se estende para além do cárcere.

O importante nestas afirmações é que o sistema carcerário e a punição ao estuprador formam um contexto relacional que envolve reação social ao crime, conhecimento dos operadores do direito, ação policial e punição informal. E, quando há este contexto, as atitudes dos presos respondem às necessidades de vingança social que, formalmente, o sistema de justiça penal deveria coibir. Mas, ao não impedir, o sistema de justiça penal informalmente transfere para os presos a “competência” punitiva que seria do Estado.

Voltando ao questionário. A terceira afirmação era que “a regra se aplica para acusados e para condenados por estupro”. Com uma média de 3,59 e mediana três, a maioria dos juízes e promotores entende que não há distinção entre acusados ou condenados por estupro, quando entram no cárcere.

Nas questões referentes à violência imposta ao estuprador, afirmamos que o estuprador é sempre maltratado pelos outros presos. Aqui também permanece um elevado índice de concordância, perfazendo 78,3%; as discordâncias acumulam um percentual de 18,9%, com média de 3,29, e mediana 3. Embora apresente 43,2% de concordâncias parciais, a somatória de “concordo” e “concordo totalmente” representam 35,1% das respostas.

“O estupro realizado no estuprador é sempre acompanhado de outras agressões físicas”. Nesta questão a somatória das discordâncias aumenta para 29,7%, e as concordâncias

diminuírem para 64,8%. Todavia, entre aqueles que concordam e concordam totalmente, a porcentagem é de 40,5%, estabelecendo uma média de 3,37 e mediana 3.

Aglutinando as informações das entrevistas com a tabulação dos questionários, concluímos que os juízes e promotores reconhecem a existência da regra “quem entra com estupro é estuprado”. Avaliam que ela é recorrente no ambiente carcerário; que a sua aplicação não faz distinção entre acusados ou condenados; que o estuprador é sempre maltratado pelos outros presos; e que o estupro é sempre acompanhado de outras violências. O modo de conter esta violência é por meio da criação informal de celas de seguro em delegacias, cadeias ou penitenciárias. Todavia, além de problemas quanto a direitos dos presos, o seguro nem sempre é um local de segurança. Situação esta que é salientada pelo “Juiz F”, ao afirmar 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”.

Por estar inserido em um tipo penal claramente definido, o “Promotor C” entende que o estuprador 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.

A violência sexual é esperada no sistema carcerário e esta violência pode ser dirigida a todos os internos. Não existe somente 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 Constituição Federal (BRASIL, 1988), e de modo mais específico, atinge as normas de alta densidade da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984).

Outro problema diz respeito ao Pluralismo Jurídico. Se, por um lado, estas regras 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 estuprador, estas elaborações normativas impõem formas de violência e de abuso que atingem direitos e garantias individuais juridicamente positivadas.

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” (2005, p. 130-131).

Embora estejamos fora dos limites teóricos e doutrinários do direito moderno, e fora das formalidades jurídicas que vêm sendo construídas como forma de aplicação do direito, a recorrência e a efetividade da regra sobre o estuprador, assim como o reconhecimento de sua existência por operadores do direito, revelam a sua importância na punição deste comportamento.

Finalmente, um problema maior emerge: enquanto pensamos em organizações comunitárias ou conjuntos habitacionais que criam regras de convivência internas, podemos dizer que estamos em uma esfera mais “autônoma” da sociedade, embora Santos (1977) a insira em uma análise sobre as desigualdades de classe da sociedade capitalista, e especificamente da sociedade brasileira. Entretanto, quando pensamos em sistema carcerário que, para sua efetivação depende das especificidades do direito penal moderno criado pelo Estado, como podemos pensar em autonomia e independência frente ao direito estatal?

Assim, ao contrário de uma separação e autonomia entre práticas de execução penal e direito estatal, 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 disto, por formas de controle da violência através da criação de “corpos-dóceis” nas prisões (FOUCAULT, 1986); e, enquanto sociedade ocidental, pelas formas sociais e culturais de controle das emoções e paixões criadas no “processo civilizador” (ELIAS, 1990; 1995). No plano do dever ser jurídico, estamos submetidos à racionalidade e ao controle da violência física, sendo o Estado o único a possuir legitimidade para exercê-la (WEBER, 1999). Contudo, quando entramos na esfera dos conflitos sociais, como podemos punir uma violência tão bárbara e intensa como aquela realizada pelo estuprador?

Pela Lei de Execuções Penais (LEP) e sua racionalidade de proteção ao preso, ainda que punitiva, estamos no plano da civilização e do controle das violências. Mas saindo do plano do dever ser normativo e, entrando no contexto da realidade carcerária, somos

remetidos ao plano da ‘masmorra’, dos suplícios e à Idade Média, impondo mecanismos de disciplina dos corpos pela expressão de violência interna e “sem controle” do Estado, ainda que com o seu conhecimento e consentimento.

Para analisarmos esta situação, entendemos que estamos num plano de nomeação que deriva do veredicto ao estuprador. Sendo que, atos de nomeação se referem ao poder do veredicto que não se limitam ao direito, mas que, por meio do veredicto, são criadas categorias de entendimento e de verdade socialmente reconhecidas (BOURDIEU, 1989. p. 209-254).

Enquanto categorias de entendimento e de verdade socialmente reconhecidas, o que se cria no contexto relacional estuprador e cárcere é: aquilo que, dentro do direito positivo, o Estado está legalmente e formalmente impedido de exercer sobre o estuprador, ele “permite” por meio do pluralismo jurídico expresso na regra informal entre os presos. Devido à racionalidade do direito penal moderno, o Estado não pode violentá-lo, matá-lo ou impor uma violência recorrente e somente vingativa. Como não pode, transfere esta ação para os presos; seja permitindo, tornando-se omissivo, ou afirmando que não tem controle, que é outro mundo, separado, Estado Paralelo, etc. E é este mundo ‘separado’, entendido como pertencente à barbárie, que assume esta responsabilidade. Afinal, não é isto o esperado e o imposto à população carcerária?

O sentido da nomeação e da violência simbólica atinge os presos e eles caem na armadilha. Fazem o que se espera 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 – do direito formal / legal - não permite, o ser – das relações internas e contexto social - reitera em forma de violência, exclusão e morte.

#### **A LIBERDADE SEXUAL DO ESTUPRADOR.**

Aglutinando outras respostas do questionário, concluímos que, de modo geral, os juízes e promotores sabem da existência, recorrência e violência na aplicação da regra sobre o acusado ou condenado por estupro. Também entendem que, apesar de ser efetiva, esta norma não cumpre as funções de “prevenção”, “controle social” ou “preservação da ordem social”, e a sua efetividade é contrária ao “princípio constitucional de dignidade humana”. Tendo como parâmetro a legislação, avaliam que as condições do cárcere e a violência imposta ao

estuprador são, de modo geral, contrárias às condições de dever ser previstas na Lei de Execução Penal. E, de modo específico, as práticas carcerárias contrariam as normas relativas a “bem-estar”, “classificação e individualização da pena” e a “assistência necessária”, inclusive jurídica (MIRABETE, 1992; NUCCI, 2005). Embora entendam que a violência atinge a dignidade humana, o reconhecimento como “punição extra” e “pena cruel” torna-se dividido, pois a violência interna não foi imposta por um juiz competente (MARQUES JR, 2007, p. 117-138; 2009).

O que nos interessa é que aqui 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 vagos (DIMOULIS, 2006, p. 62). Devido à baixa densidade normativa da dignidade humana – “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)” (Ibidem, p. 248) –, 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.

Enquanto lei, o ordenamento jurídico prevê para o estuprador uma pena que varia de seis a dez anos e, enquanto sentença, ela 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 estupro dentro da cela.

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

Tendo como referência estes diferentes planos de entendimento e realidade, e procurando por conflitos entre os planos do dever ser e do ser, especialmente no que se refere à decisão judicial, perguntamos se a fixação da pena na sentença condenatória seria mais importante do que as condições da execução carcerária. Ou seja, queremos saber até onde as

condições da execução deveriam entrar como critério na decisão judicial, já que, como dissemos, os operadores têm conhecimento destas condições.

Ao perguntarmos se “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 a relativização das diferentes fases do sistema penal fica mais clara quando fazemos a seguinte afirmação: “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, as respostas permitem afirmar que as condições vividas pelo estuprador no ambiente carcerário não podem influenciar a decisão judicial.

Embora os entrevistados avaliem que as condições de execução penal imponham estupros recorrentes, assim como 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 a decisão jurídica expressa pelo veredicto. Ou, ainda que a execução penal não cumpra os requisitos de dever ser juridicamente positivados na legislação ordinária, a pena imposta por meio da sentença não pode ser abrandada.

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 na fase processual não pode comprometer a autonomia e a competência da fase de execução, e vice-versa.

Esta leitura parte de um pressuposto juspositivista onde, de acordo com Kelsen (1998, p. 390-1), 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. 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” (DIMOULIS, 2006, p. 210).

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 pelo moldura das normas, não sendo possível outras categorias de entendimento que não aquelas que o 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.

Assim, 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 estuprador, 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 definir a sentença do estuprador, mas não na execução de sua pena.

No que diz respeito ao estupro, ao defender os direitos da mulher, Eluf afirma a necessidade de maior punição ao estuprador, estendendo para a mulher a possibilidade de reconhecimento de violência sofrida, mesmo dentro do casamento (1999, p. 23). O que a legislação e a doutrina jurídica procuram proteger – enquanto bem jurídico – ao penalizar o estupro é a autodeterminação sexual e a livre disposição do corpo (SABADELL, 1999, p. 93; também: MIRABETE, 2005; MONTEIRO, 2002; BRASIL, 1995; FRANCO, 1997; LEAL, 1996).

Frente a isto, podemos afirmar que a legislação determina o respeito aos 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 o Estado deve ser o responsável pela sua punição, não podendo atribuí-la aos presos, por meio de um pluralismo jurídico que afronta os direitos fundamentais.

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 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 quem cometeu o ato de estupro o mesmo bem jurídico não tem valor.

### **DOMINAÇÃO MASCULINA E O ESTUPRADOR.**

A partir dos dados apresentados, entendemos que os veredictos do sistema de justiça penal privilegiam uma interpretação do direito positivo no sentido de aplicação de regras de dever ser na fase de sentença, em detrimento das interpretações do dever ser voltadas ao ser, ao real, e, especialmente, à fase de execução penal. Neste 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 consequências 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”. Neste 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, ainda que presente na moldura jurídica.

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 transfere-se para os 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 outra ordem, que não a da civilização e do direito. 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 ou como um sistema separado e hediondo.

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

Ao analisar os processos de dominação masculina, Bourdieu (2002, p.7) inicia definindo o “paradoxo da doxa”, e dentro deste, como, na questão de gênero e nas formas de dominação masculina, a ordem do mundo é respeitada por meio de uma naturalização do mundo das relações sociais, onde a submissão das mulheres à dominação masculina é resultante de violência simbólica. Na dominação masculina somos inserimos 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 estuprador, podemos questionar: a situação vivida pelo estuprador também nos direciona para formas similares de dominação masculina que perpetuam a ordem do mundo?

Com certeza podemos afirmar a manifestação da dominação masculina na violência do estupro. Neste momento há uma negação do outro, enquanto mulher, que submetida a uma ameaça (seja física ou psicológica, concreta ou não, e mesmo dentro do casamento), sofre uma violência que penetra em sua intimidade, no seu corpo, com consequências para sua vida que vão muito além do “complexo” ato.

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

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 irão 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 (MARQUES JR, 1996, p. 301-302). É esperado e silenciado. Uma dor que não se reconhece, que não se ouve e sem lugar para acolhimento (SCARRY, 1985).

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.

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 estuprador não anula aquela da mulher, mas a reproduz, reforçando-a simbolicamente pela reatualização do ato de dominação masculina. Ao impor a violência sexual ao estuprador, refaz-se o caminho da dominação masculina, impondo, enquanto categoria de entendimento e verdade socialmente reconhecida, a reafirmação e a necessidade do ato de estupro. A punição ao estuprador nos cárceres não é defesa da mulher ou da liberdade sexual, mas é o fortalecimento da dominação e da virilidade masculina.

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 (BOURDIEU, 2002, p. 65-66).

## **BIBLIOGRAFIA.**

BABBIE, Earl (1999), *Métodos de pesquisas de Survey*. Trad. Guilherme Cezarino. Belo Horizonte: Ed. UFMG,.

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

\_\_\_\_\_. (1989), *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel.

BRASIL (2005), Constituição Federal 1988. In: BRASIL. *Código Penal; Código de Processo Penal; Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva.

\_\_\_\_\_. (1995), *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Alberto Silva Franco [et. al.]. 5a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. (2005) “Lei n. 7210, de 11-07-1984: Lei de Execução Penal”. In: BRASIL. *Código Penal; Código de Processo Penal; Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva.

CALDEIRA, Teresa (1988) “A presença do autor e a pós-modernidade em antropologia”. *Novos estudos: Cebrap*, 21:133-157.

CARDOSO, Ruth C. L. (1986), *A aventura antropológica: teoria e pesquisa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

DIMOULIS, Dimitri (2006), *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método.

ELUF, Luiza Nagib (1999) *Crimes contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira.

ELIAS, Norbert (1990), *O processo civilizador: uma historia dos costumes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

\_\_\_\_\_. (1995), *A sociedade de corte*. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa.

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

FOUCAULT, Michel (1986), *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Ed. Vozes.

FRANCO, Alberto Silva et. al.. (1997), *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*. 6ª ed. rev. e ampli.. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. (2006), Secretaria da Administração Penitenciária. *Mapa das Unidades Prisionais*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/>> Acesso em 26/10/2006.

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

LEAL, João José (1996), *Crimes hediondos: aspectos políticos-jurídicos da Lei n. 8.072/90*. São Paulo: Atlas.

MARQUES JR., Gessé (2009), *Estupro: uma interpretação sociológica da violência no cárcere*. Curitiba: Juruá.

\_\_\_\_\_. (2007), *Quem entra com estupro é estupro: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere*. Dissertação de mestrado. Universidade Metodista de Piracicaba.

\_\_\_\_\_. (1996), “Malandro: o personagem principal do crime”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 4, 16: 298-310.

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

\_\_\_\_\_. (2005), *Processo Penal*. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas.

MONTEIRO, Antonio Lopes (2002), *Crimes hediondos texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva.

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

PEREIRA, Julio César R. (1999), *Análise de dados qualitativos: estratégias metodológicas para as ciências da saúde, humanas e sociais*. São Paulo: EDUSP.

SABADELL, Ana Lucia (1999), “A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 27.

\_\_\_\_\_. (2005), *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 3ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1986), “Introdução à sociologia da administração da justiça”. *Revista crítica de ciências sociais*, n. 21.

\_\_\_\_\_. (2001), “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.

\_\_\_\_\_. (1977), “The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada”. *Law & Society*, 12.

SCARRY, Elaine (1985), *The body in pain: the making and unmaking of the world*. New York: Oxford University Press,.

WEBER, M. (1999), *Economia e sociedade: fundamentos de uma sociologia compreensiva*. Brasília: UNB.

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