

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo avaliar o papel do juiz na execução da pena, a partir da realidade vivenciada pelas mulheres privadas da liberdade na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. A instituição prisional referida situa-se na região metropolitana da cidade de Porto Alegre, localizada no Estado do Rio Grande do Sul, região sul do Brasil. A escolha desse estabelecimento prisional guarda vinculação com o trabalho de extensão universitária *Um olhar a partir da construção do acesso à justiça na comunidade Madre Pelletier: A consolidação do balcão da cidadania – A via entre a universidade e o cárcere feminino* desenvolvido pelas pesquisadoras no local, desde 2005. (SCHROEDER et al, 2010).

Através desses escritos, temos o objetivo de responder duas indagações: *primeiro*, delinear, a partir de uma leitura constitucional o papel do juiz na execução da pena; e, *segundo*, contextualizar esse parâmetro normativo com a realidade experienciada pelas mulheres na Penitenciária Feminina Madre Pelletier.

A discussão proposta se mostra relevante, pois, notório que a aplicação penal no Estado brasileiro vivencia diariamente diferentes crises de legalidade. Nas palavras de Batista (2003, p.54), “o sistema penal está estruturalmente montado para que não opere a legalidade processual e para exercer seu poder com o máximo de arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis”. Portanto, milhares de pessoas cumprem suas penas sem respeito aos parâmetros mínimos de proteção estabelecidos na Constituição Federal e nas normas internacionais de direitos humanos. Por outro lado, temos a predominância de um saber processual penal relacionado à aplicação estritamente legalista das normas processuais, esquecendo-se que à aplicação da pena relaciona-se com um universo extremamente complexo, o qual demanda preparação e exercício jurisdicional ético por parte dos julgadores vinculados à administração desses processos. Como ensina Santos (2007, p.75) “É necessário partir da ideia de que a dogmática jurídica é apenas um dos saberes jurídicos que vigoram na sociedade e de que todos merecem ser estudados nas faculdades para que se possa avaliar do seu relativo valor”.

Dessa forma, os objetivos propostos almejam debater os parâmetros constitucionais que estabelecem um determinado parâmetro de atividade jurisdicional, exercido de acordo com os limites constitucionais e internacionais de direitos humanos e, por outro lado, contextualizar as ilegalidades experimentadas por essas mulheres, na esperança de contribuir ao debate crítico da aplicação da pena, para fins de disseminar

elementos que contribuam à formação crítica dos operadores jurídicos responsáveis pelo funcionamento das engrenagens processuais.

Nesse sentido, três esclarecimentos metodológicos se fazem pertinentes.

Primeiro, o estudo fundamenta-se em análise qualitativa, na medida em que analisamos elementos vinculados à execução da pena de determinado grupo de mulheres, situadas em específica instituição prisional, com as quais dialogamos semanalmente e construímos medidas de empoderamento e acesso à justiça. Como leciona Becker (2014, p.188), trata-se de “[...] descrever um sistema de relações, mostrar como as coisas interagem dentro de uma rede de influência múltipla ou suportam uma relação de interdependência ou qualquer coisa, a fim de descrever as conexões entre as especificidades”. Segundo, além da abordagem qualitativa, usamos das técnicas de revisão bibliográfica e análise de documentos, uma vez que pontuamos determinações existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, fundamental esclarecermos o *local do qual falamos*, pois nenhuma pesquisa se desenvolve de forma neutra (LOURO, 2007, p.212). Partimos dessa constatação justamente porque falamos a partir de nossas experiências e vivências na penitenciária feminina Madre Pelletier. Falamos de mulheres, de pessoas concretas, com as quais dialogamos e convivemos semanalmente. Além disso, compartilhamos da percepção de Andrade (2012, p.136) ao referir que “[...] a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça)”.

Tais esclarecimentos explicitam nosso *ser pesquisadora* e nos identificam enquanto mulheres vinculadas a uma realidade concreta e comprometidas com a construção de um direito que não articule, apenas, percepções dogmáticas dissociadas da realidade, mas que procure amenizar sua distribuição seletiva.

Segundo Mendes (2014) a perversidade do sistema de justiça criminal para a mulher está no fato de que ele desconsidera as relações de poder que se desenvolvem no espaço privado, neutraliza as histórias de vida, as ameaças e as pressões responsáveis pelos ciclos de violência a que as mulheres são diariamente submetidas. Portanto, dirigimos nosso olhar para determinado grupo que não é ouvido pelo discurso latente e predominante de nossa academia. Trata-se também de darmos visibilidade a determinada experiência de sofrimento moral (HONNETH, 2003, p.216-217), que

compreendemos como a constatação de que em muitos momentos do processo penal - especialmente na execução da pena – tais mulheres não são vistas como pessoas detentoras da mesma condição de humanidade atribuída ao seu observador. Trata-se, de certa forma, da naturalização da burocracia processual, das injustiças e das próprias violações de direitos fundamentais e humanos.¹

Dessa forma, como salienta Freire (1996, p.78) “Não é na resignação mas na *rebeldia* em face das injustiças que nos afirmamos”. E esse estudo possibilita exatamente isso, uma rebeldia comprometida com os direitos humanos e com a necessidade de construção de um direito que objetive à efetivação das necessidades dos sujeitos privados da liberdade.

2 O DIREITO À GARANTIA DE UMA EXECUÇÃO PENAL DIGNA

Dentre regras formais e materiais, princípios, regras e postulados em um extenso artigo 5º da Constituição Federativa do Brasil, a atividade legislativa procurou garantir ao máximo o respeito à integridade física e moral das pessoas. Isto é, assegurar a todos o princípio da humanidade, mesmo que sob a égide de uma pena privativa de liberdade. Os direitos são assegurados a todos, inclusive no âmbito do cumprimento da pena privativa de liberdade. Em relação aos desviantes, aqueles que cumprem pena, buscou-se o mínimo sofrimento, abolindo qualquer tipo de pena cruel e forma de cumprimento desumano. A execução da pena passou a preservar garantias em relação aos possíveis abusos do poder. O Processo Penal, manifestamente inquisitório (CARVALHO, 2001, p.27-28), viu-se obrigado a rever conceitos em razão da instauração do Processo Acusatório, garantia constitucional implícita.

Desta nova leitura do Processo Penal Condenatório, constatam-se limitações ao poder punitivo do Estado, segundo padrões e normas, de origens constitucionais, que precisam ser revisadas na trajetória enfrentada na execução da pena privativa de liberdade. Tais limitações impostas ao Estado no cumprimento da pena levam em conta a efetivação dos direitos fundamentais que devem ser tutelados e excepcionalmente

¹ Ainda, segundo Honneth (2008, p.70), “[...] a reificação pressupõe que nós nem percebamos mais nas outras pessoas as suas características que as tornam propriamente exemplares do gênero humano: tratar alguém como uma 'coisa' significa justamente tomá-la(o) como 'algo', despidido de quaisquer características ou habilidades humanas”. A reificação consiste em não reconhecer no outro as características ou elementos que lhe conferem a condição de ser humano. É uma forma de agir pela qual se vê o sujeito como um objeto inanimado, coisificado, ao qual a violação de direitos é justificada.

restritos, sob o enfoque de um Processo Penal Democrático, cuja interpretação tenha valor maior em razão da preocupação da efetivação de normas válidas, interpretadas conforme a Constituição. Inclusive, a noção de Processo Penal Democrático, precisa ser atrelado à execução penal, estendendo-se aos presos privados da liberdade o reconhecimento de valores agregados à organização jurídica da sociedade, cujo Estado forneça suficiente garantia de respeito a esses direitos. É importante que o preso não fique à mercê do princípio da legalidade e nem atrelado à conveniência administrativa (SCHRODER, 2006).

Desta maneira, o garantismo parte da noção teórica da centralidade da pessoa e de seus direitos fundamentais bem como da anterioridade lógica da sociedade em relação ao Estado, que é visto como produto e servo daquela (FERRAJOLI, 1995). Esta teoria está alicerçada na idéia fundamental de que o Estado de Direito ainda pode ser eficaz (GIACOMOLLI, 2006, p.62).² Nesse sentido, PRADO (2001, p.281-282) aponta a relevância de um sistema acusatório, ou seja, conjugado na tutela da segurança de todos e da dignidade de quantos venham a submeter-se ao Processo Penal. Desta forma, é de suma importância o processo hermenêutico, cuja inserção dos princípios é condição de validade das normas ordinárias, inclusive, no âmbito da privação da liberdade.

Entretanto, para que sejam preservados os direitos dos indivíduos, não basta que a norma fundamental apresente um exausto elenco de direitos, liberdades e garantias e que o intérprete sirva “como via de resistência às investidas dos poderes Executivo e Legislativo, no qual representam um retrocesso social ou ineficácia dos direitos individuais ou sociais” (STRECK, 2002, p.34), pois, o Poder Judiciário não é uma solução mágica dos problemas sociais, mas é uma via de cumprimento da Constituição.

Não podemos trabalhar com o direito à garantia de uma execução penal digna sem mencionarmos o que sejam direitos, liberdades e garantias. Se as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias são dotadas de aplicabilidade direta, é porque os direitos por ela reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente, viabilidade de aplicação direta, bem como a determinabilidade constitucional de conteúdo, cuja função de defesa respalda-se no dever de abstenção ou

² GIACOMOLLI (2006, p.62) comenta que a eficácia do processo não representa unicamente a aplicação do *ius puniendi*, ou seja, uma condenação, com a consequente aplicação de uma sanção criminal, mas também a proteção de todos os direitos fundamentais, mais precisamente do *status libertatis* do cidadão, com aplicação de uma sanção adequada, voltada à funcionalidade do processo e da própria pena.

proibição de agressão por parte dos destinatários públicos e privados (CANOTILHO, 1993, p.376-377).

Desta maneira, a execução penal deve ser constitucionalizada, ou seja, deve ser submetida às normas de direitos fundamentais, no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, de forma que haja a sua maior incidência possível.³

SARLET (1998, p.328) assegura a necessidade de os detentores do poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, preservando os limites que lhes são inerentes. De outra parte, o autor comenta a possibilidade de os órgãos administrativos exercerem um controle dos atos legislativos que atentem contra os direitos fundamentais, ao referir que a problemática reside em conciliar a vinculação simultânea da Administração ao princípio da legalidade (a subordinação à lei) e ao da constitucionalidade (subordinação à Constituição e, de modo especial, aos direitos fundamentais).⁴ Tal problemática atinge de forma direta alguns incidentes na execução da pena, em que a administração penitenciária em alguns momentos deixa de observar não só a legalidade no curso da execução mas também a constitucionalidade que imprime o direito à execução digna.

De outra parte, a função exercida pelo Poder Judiciário também não pode estar afastada da vinculação aos direitos fundamentais, no cumprimento da pena privativa de

³ Entretanto houve um movimento de desjuridicalização da execução da pena - juridicalização que foi uma das conquistas de 1984. No editorial do IBCCRIM constava: “depois de estremecidas as ideias da individualização e de progressividade, voltam-se os olhos, agora, para privar não só os juízes e os processos judiciais da execução penal, mas, bem inversamente, para privar a execução penal dos juízes e dos processos”. Em realidade, face ao triste quadro deflagrado a partir da edição da Lei n. 10.792/03 que institui o regime disciplinar diferenciado (RDD), o instituto vem apontando o gradual processo de reinstitucionalização do sistema administrativo na fase final da persecução penal, cuja marca inquisitiva obsta o alcance mínimo dos direitos e garantias fundamentais. Neste sentido a publicação no editorial do Boletim de Ciências Criminais – IBCCRIM - entendeu em lutar pelos direitos e garantias fundamentais, devendo configurar a ação cotidiana dos operadores do Direito, comprometidos com a Constituição. Para além da denúncia, a assunção dos princípios garantidores deve forjar uma nova ética que possibilite transformar a crise em crítica, o ideal em ação. Ver: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.158, ano 13, editorial, jan. 2006.

⁴ WOLF (2205, p.165-166), em pesquisa realizada no Sistema Prisional do Estado do Rio Grande do Sul, comenta alguns aspectos em que foi possível delinear a respeito do próprio Direito e Justiça no que se refere às diferentes percepções de alguns princípios e procedimentos que norteiam a execução da pena, como é o caso da individualização da pena e da elaboração de laudos e pareceres. Um dos aspectos elucidados pela autora considera a pena como legalidade e conformidade ao Direito, e, por isto, a pessoa que infringir a lei penal deve ser alvo de uma pena de prisão. Tudo muito justo e linear sob o ponto de vista legal, se não fosse o fato de que a lei é parcialmente cumprida, com a previsão dos pareceres como resultado de um processo de acompanhamento que não se efetiva na realidade. No entanto, este fato não é questionado pelas instâncias administrativas e também não invalida a avaliação, que segue sendo exigida pelo Poder Judiciário e absorve a maior parte dos recursos humanos da área técnica do sistema prisional. O temor dos laudos, manifestado nas entrevistas da pesquisa efetuada pela assistente social, não foi o que se refere ao cumprimento da lei, mas sim ao da discricionariedade que seu cumprimento contempla e estende o poder de julgamento, ou melhor, de condenação, para outros atores, além da figura do juiz.

liberdade, exercendo não apenas o controle da legalidade mas ainda, o da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, com o intuito de afastar atos contrários à Constituição, de modo especial a fim de proteger os direitos fundamentais dos apenados, quer no processo, quer no conteúdo de suas decisões, como garantidores dos direitos fundamentais. Na mais alta acepção, é preciso ter presente o dever interpretativo, a qual se poderia denominar “interpretação conformadora, que FREITAS (2004, p.220) afirma ser o “dever de realizar a leitura da Constituição em pleno resguardo contra todas as interpretações conducentes à violação da rede de princípios, regras e valores”.

Exercitar o direito à execução digna consiste em conjugar os direitos fundamentais, a dignidade do apenado e uma leitura da Lei de Execução Penal, em conformidade com a Constituição. Cabe aqui levantar a crítica de SUANNES (1999, p.130-131) quando relembra que a verdade real, filosoficamente inalcançável, passou a ser a finalidade do processo judicial. Hoje o juiz criminal é alguém (ou deveria estar) comprometido com a regularidade do processo, com a garantia do processo igualitário das partes, sabedor de que, sem a certeza razoável a respeito da autoria do crime, a solução mais adequada às limitações humanas é a absolvição do imputado. Expressa-se o autor na “humanização do processo”, em que se procura a observância de regras éticas de comportamento por parte do julgador. Deste modo, o processo judicial deve ter cunho garantístico substancial, ou seja, é um processo que enfatiza os direitos sociais também reconhecidos na Constituição – esses são garantias efetivas e acessíveis a todos.

Para SUANNES (1999, p.219), o Processo Penal somente pode ser considerado, nos regimes democráticos, como garantia do acusado. Garantia, porque parte da necessidade de o autor (o Estado) provar a acusação que faz; garantia, porque substitui os processos inquisitoriais e os procedimentos sigilosos pelo processo público, em que o acusado tem até mesmo a garantia de inviolabilidade em relação ao seu corpo e à sua mente; garantia, porque o Estado se comprometeu em designar um técnico, para falar pelo réu; garantia, porque o Estado que acusa não é, por ficção jurídica, o Estado que julga, de onde ser ele obrigado a mostrar as razões de seu convencimento.

Neste sentido, BONATO (2001, p.125) anuncia ser imperiosa a observância de um Processo Penal, que garanta o acesso à Justiça, ou seja: mais do que a vítima ou do que o próprio Estado, o acusado tem direito ao processo, direito ao acesso à Justiça, pois é somente através de um processo justo, respeitados os princípios, regras e postulados que o norteiam, que se poderá dizer o direito ao caso concreto, pois

outro tipo de julgamento estará fadado a cometer injustiças, visto que não respeitou os direitos básicos do cidadão. Portanto, o papel do juiz é fundamental, como instrumento de efetivação dos direitos de acusados e apenados.

Concluimos ser imperiosa a observância de nosso Estado Democrático de Direito, mediante comprometimento com o sistema acusatório. Além disso, o preso não é mero objeto em um processo de execução penal: é sujeito de direitos frente à estrutura estatal, não lhe podendo ser negada a tutela jurisdicional, caso houver situação conflitual. Cabe ao intérprete superar o legalismo formal, neutralizar o subjetivismo dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador à norma, impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento, também na execução da reprimenda.

3 O JUIZ NO CONTROLE DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PENAL

A questão que se propõe está respaldada se na simples presença do juiz, já há garantias na preservação de direitos do condenado. Segundo alguns penalistas, tal presença pode oferecer vantagens políticas: tranquilidade da opinião pública em relação à censura aos procedimentos carcerários; no entanto, não alcança o equilíbrio em tratar o indivíduo condenado como sujeito de direitos, em razão (BUSTOS RAMÍREZ, 1988, p.45) do ranço - ainda pontuado nas decisões meritórias - que ocorrem no processo. Com acerto, CASTILHOS (1988, p.44) afasta tal concepção ao afirmar que

[...] a especial presunção de honestidade em favor dos juízes seria indecorosa para o Estado pelo desnivelamento moral a que, por lei, sujeitaria o funcionalismo. A via jurisdicional institui, não só os juízes, mas no indiciado, o melhor defensor de um dos pontos de vista de Justiça. Não está nas garantias pessoais do juiz, mas nas garantias processuais, o melhor meio de defesa da inocência.

Nesse enfoque existe a preocupação na moldura teórica, ao afirmar que, no cumprimento de pena, apesar da invasão do Estado na liberdade individual - situação legitimada “a priori” pela sentença penal condenatória e que mereça apreciação pela máquina repressiva -, é preciso adequação no cumprimento da reprimenda e limitação dos atos estatais, vinculados aos princípios constitucionais, levando-se em conta a análise das garantias aplicáveis à pena.

Tais princípios que fazem parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vinculam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delineado do Direito Penal (PALAZZO, 1989, p.23).

Ao mencionar acerca da exposição de motivos da Lei de Execução Penal, o ministro da Justiça Abi-Ackel afirmou que

Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal [...] A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um livro do código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito à Execução Penal.⁵

Apesar de reiterada crítica, foram trazidos argumentos que negam à execução o seu caráter jurisdicional. Neste sentido, FERNANDES (1993, p.84) afirma:

o juiz, exceto nos incidentes, durante toda a execução, exerce apenas atividade de vigilância, de controle sobre os atos da autoridade administrativa, ou toma medidas tendentes a permitir a ressocialização do condenado, atuando enfim o comando emergente, mas não decide, não resolve questões, o sentenciado é submetido à execução forçada, sendo obrigado a cumprir a pena independentemente de sua vontade, não lhe sendo em decorrência outorgados direitos subjetivos na execução, e mesmo que admitissem alguns direitos, quando devessem ser reconhecidos, ou quando houvesse de ser resolvida controvérsia a respeito deles, isto aconteceria em um incidente, onde se admite atividade jurisdicional.

Ao final, enfatiza que, agora, há outro entendimento, ao

[...] admitir como atividade jurisdicional não somente aquela consistente em declarar e atuar a vontade da lei ao caso concreto mas também a que leva o juiz a adotar, de ofício ou devido pedido da parte vencedora, providências para que o comando da sentença seja realidade, se torne efetivo. (FERNANDES, 1993, p.84)

A instrumentalidade do processo executório visa efetivar os direitos dos presos e fiscalizar quaisquer desvios no cumprimento da pena. Da mesma forma, FRANCO (1986, p.99) declara:

⁵ A exposição de motivos do Projeto do Poder Executivo remetido pelo presidente João Figueiredo ao Congresso Nacional. Execução Penal - Lei n 7.210, de 11-7-1984, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1985. p. 506.

[...] este espaço vazio de direito não pode, contudo, permanecer em aberto e necessita obrigatoriamente ser preenchido. Nem a administração penitenciária pode subtrair-se do princípio da legalidade, nem a posição jurídica do preso pode ser equacionada em termos de conveniência administrativa.

Neste sentido, é importante evidenciar que a relação estabelecida na fase de cumprimento da pena, antes de tudo, significa admitir a existência de um processo de execução, cercado de garantias constitucionais, marcado pela presença de sujeitos principais dotados de poderes, deveres, direitos, obrigações e, por fim, importa em aceitar a titularidade de direitos do condenado. Tal necessidade ultrapassa a feição jurisdicional e projeta-se nos reflexos decorrentes do fato de essa ser uma atividade que resguarda a garantia de um devido processo, respeitando o contraditório entre as partes e preservando, deste modo, a imparcialidade do julgador.

Além disso, uma das críticas de STRECK (2002, p.88-89) está atrelada à “importância da função judicial enquanto possível interpretação e aplicação progressiva e criadora do ordenamento jurídico na sua totalidade, colocando-se, nesse contexto, necessariamente, a Constituição como instância máxima para a aferição do sentido das normas”. O mesmo autor considera ainda, a necessidade da superação do formalismo jurídico, a partir de uma magistratura democrática, isto é, com dependência às leis e à Constituição no sentido de mudança de consciência, para superar a aplicação deformada e tradicional do Direito, adotando, deste modo, uma nova postura.

Portanto, é atribuída ao julgador a proteção aos direitos fundamentais, como garantidor, em razão do próprio enunciado em nossa Constituição Federal. Se se lhe reservam assegurar os direitos, como fazê-lo no cumprimento da pena, na seara do Processo Penal, buscando alcançar a instrumentalidade assegurada na Constituição?

É necessário ressaltar que há temores no sentido da intervenção desmedida do Poder Judiciário, assim como existe uma tensão permanente entre legislação e jurisdição. Por ter a Constituição uma força normativa, sua função está atrelada à defesa da implementação dos valores substanciais, cujo intérprete está limitado aos direitos fundamentais, à dignidade e à proporcionalidade. Além do mais, a motivação das decisões é o corolário do princípio do Estado de Direito. Sob este ângulo, ela representa uma garantia fundamental ao jurisdicionado e à sociedade, que visa impedir o juiz de decidir de modo arbitrário ou caprichoso, impondo-lhe o respeito à ordem jurídica (SARMENTO, 2000, p.117).

Nas palavras de FERRAJOLI (1995, p.22):

su investigación jurisdiccional se produzca a través de aserciones sujetas a la verificación de la acusación y expuestas a la confutación de al defensa y no a través de opiciones y valoraciones como tales no verificables ni refutables. Em esta perspectiva em el modelo penal garantista equivale a um sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, em cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones.

CARVALHO (2001, p.216) sustenta que, mesmo que houvesse o cumprimento da Lei de Execução Penal na sua integralidade, os direitos dos apenados não estariam garantidos em razão da estrutura processual existente, chamada de sistema inquisitivo, que reduz o acesso à jurisdição aos apenados. O mesmo autor assevera ser improdutivo jurisdiccionalizar o processo de execução se este sistema for concebido por premissas inquisitoriais. O autor também afirma que

[...] somente podemos atingir determinados graus de garantias se concebermos o processo de execução penal com feição acusatória, visto que somente este otimiza a ampla defesa, o contraditório, a oralidade e a livre apreciação probatória que fundamenta o convencimento imparcial do julgador (CARVALHO, 2001, p.216).

Portanto, apesar de a Constituição asseverar um regime democrático, ser considerada uma carta aberta, cidadã, prevendo um elenco de direitos e a observância de inúmeros princípios fundamentais, o condenado fica à mercê de um modelo inquisitório, formalmente garantista e efetivamente autoritário, o qual FERRAJOLI (1995, p. 923) o denomina de “falácia garantista”. Mas aqui, mais do que nunca, é relevante o papel do julgador como instrumento, como guardião da garantias constitucionais. Nas palavras de HERRERA, (1996, p.13) “[...] cuando se defienden los principios constitucionales no se hace política sino defensa jurisdiccional de la Constitución”.

Se a execução penal quer a efetividade da sentença penal condenatória, esta efetividade merece o respaldo constitucional, pela própria ordem fundamental, cujo sistema de hierarquização resguarda-se na justa medida, afastando qualquer ato arbitrário, limitador e excessivo, dissonante da manifesta ordem constitucional. Desta maneira, faz-se necessário utilizar mecanismos para efetivar o direito à execução penal, fazendo dela um direito efetivo, e não um retrato de lei simbólico.

Ademais, se o legislador se excedeu na criação da lei, não é dado ao julgador acompanhá-la, chancelando os abusos trazidos na Lei de Execução Penal. Se o preso,

vinculado ao sistema de garantias, deve ser respeitado como sujeito de direitos, cabe resguardar o fundamento maior da Constituição Federal, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

4 UMA EXPERIÊNCIA A PARTIR DA VIVÊNCIAS DAS MULHERES NO CÁRCERE

Para contextualizar esse estudo resgatamos elementos da história de projeto extensionista que se desenvolve desde 2005 na penitenciária Madre Pelletier, em Porto Alegre/RS, cuja denominação é *Um olhar a partir da construção do acesso à justiça na comunidade Madre Pelletier: A consolidação do balcão da cidadania – A via entre a universidade e o cárcere feminino* (SCHROEDER et al, 2010). O objetivo dessa prática consiste em contribuir ao acesso à justiça das mulheres aprisionadas na Madre Pelletier, mediante mecanismos que viabilizem a interação entre a universidade e a prisão. Dessa forma, o projeto investe em mecanismos viabilizem o acesso ao direito de informação e o empoderamento feminino. Por meio de diferentes ferramentas visamos práticas que permitam a compreensão dos direitos e deveres que guarnecem o cumprimento da pena privativa de liberdade, que ampliem o acesso à justiça e estabeleçam diálogos entre a comunidade e a universidade.

A partir dessa construção, iniciamos as atividades junto à penitenciária feminina Madre Pelletier. Pensávamos no seguinte sentido: se a execução da pena vincula-se aos princípios e às garantias do Estado de Direito⁶ e à política criminal definida na Constituição Federal, os direitos fundamentais devem ser preservados (GOMES FILHO, 2001, p.23). Seguindo Canotilho (1998, p.376), entendíamos que as garantias traduziam-se no direito dos cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção de seus direitos, inclusive reconhecendo meios processuais adequados a exigí-los.

Diversas ideias surgiram, bem como grupos de discussão de variados temas, conversas sobre as trajetórias de vidas das presas, discussões em grupo com os filhos das mulheres aprisionadas, diálogo com os técnicos do local, entre outras. Porém, como o projeto de extensão busca uma construção a partir de diversas atividades e não uma resposta simultânea em cima da percepção de uma via, ou seja, na perspectiva de uma

⁶ Nas palavras de Gomes Filho (2001, p.23), “A moderna concepção de Estado de Direito traduz, basicamente, uma ideologia de limitação de poder, onde esse se exercia de forma despótica e arbitrária”.

comunidade em relação à outra, houve a necessidade de alterar a metodologia e buscar novas alternativas.

Assim, foi necessário conhecer o público-alvo, criar outros mecanismos de intervenção para evitar algumas formas de interlocução com a comunidade, na medida em que se entendia que uma ação isolada atrelada a uma só percepção poderia reproduzir uma lógica puramente assistencialista. Além das possibilidades de trabalho serem bastante diversificadas, tínhamos que lidar com os constantes pedidos da direção do local e com as expectativas do direito, da psicologia e, sobretudo, das presas. Em diversos momentos questionamos como construir uma atividade em conjunto com as apenadas, possibilitando que elas fossem, também, construtoras desse processo?

A partir do diálogo entre as comunidades prisional e acadêmica decidimos conhecer as necessidades, as vulnerabilidades e as expectativas das mulheres aprisionadas para que tivéssemos um novo olhar. Isto é, não bastava o esclarecimento dúvidas processuais, apresentar informações de processos ou explicar institutos jurídicos, tampouco construir encontros a partir de relatos e expectativas pessoais, privadas de um direcionamento que englobasse todos os saberes em disputa. O projeto somente seria construído se houvesse uma investigação sobre as necessidades da (e na) comunidade envolvida.

Hoje nossa metodologia envolve o levantamento bibliográfico, leitura e debate de pesquisas que tenham como objeto de discussão o aprisionamento feminino, desde o aporte criminológico até contribuições que advenham de outras áreas do conhecimento (psicologia, filosofia, sociologia, pedagogia); debatemos essas leituras previamente com o grupo de alunos participantes, de forma que possam problematizar epistemologicamente o universo dessas mulheres e munir sua formação com saberes que não são articulados nos bancos universitários. Desenvolvemos pesquisas empíricas para identificar o perfil das mulheres encarceradas na Madre Pelettier com o objetivo de identificar as fragilidades do jurídico nessa realidade (CASTILHOS, SCHROEDER, 2016; MELLO, 2016). Dessa forma, conseguimos projetar nossas atividades a partir do ensino, da pesquisa e da atuação na comunidade.

Traçamos o perfil das detentas, do delito cometido, o conhecimento que possuem referente ao seu processo, a relação com a família, o conhecimento sobre as regras da casa prisional, o conhecimento sobre o direito à saúde, o conhecimento sobre as sanções aplicadas no âmbito da execução da pena e os efeitos dali decorrentes. Através dos dados coletados (SCHROEDER; RUDNICKI, 2012, p.120) verificamos

que a grande maioria das detentas privadas da liberdade cumprindo pena na unidade é jovem, na faixa etária entre 19 e 29 anos, onde vislumbramos o desconhecimento em relação ao que são faltas graves, mas que entendem a aplicação das sanções, a constatação da carência de defesa técnica, a ineficiência quanto à questão da saúde, bem como a ausência das visitas íntimas.

Ressalte-se que grande parte das entrevistadas está detida sem sentença, isto é, são presas provisórias. As detentas revelaram que o retorno em relação às suas postulações jurídicas é moroso. Também, se verificou que não há um atendimento efetivo em relação à assistência jurídica. Ademais, o direito à informação no curso da execução da pena é desconhecido, mais de cinquenta (50%) por cento responderam que tinham informações a respeito dos atos considerados faltas graves e das sanções previstas. E, na maioria dos casos, 60%, as mulheres na penitenciária Madre Pelletier, estão envolvidas com o tráfico de entorpecentes, 13,5% em relação ao roubo, 10% em relação ao furto, sendo que os homicídios são 5,8% e o latrocínio chega a 3,2%.

Nos encontros com o grupo de extensão e com as detentas há questionamentos e percepções confusas e desconhecidas sobre a reincidência, delitos hediondos e aspectos envolvendo o sistema progressivo, além do indulto. Algumas por desconhecem, e outras, com o intuito de auxiliar, costumam opinar nas situações processuais de outras, mas acabam criando uma rede de informações infundadas, gerando insegurança e maior ansiedade no encarceramento. Esses resultados foram analisados com as comunidades acadêmica e prisional e apontamos possíveis alternativas de intervenção entre a academia, a comunidade e o poder público, com o objetivo geral de contribuir com atividades que facilitassem verificar como acontece o acesso à justiça e o papel do intérprete na execução da pena.

Em relação aos juízes, algumas presas comentam o distanciamento e a intolerância em ouvi-las, contextualizam hiato quanto ao aspecto estabelecido em lei e o que se consolida na realidade. Nesse sentido, segue relato da presa A. “Às vezes, me pergunto o que seria justiça? Aí só consigo ver invisibilidades e intolerância”. No mesmo sentido, relato de B. “Espero que um juiz me escute na audiência, o que falamos, porque parece que estamos em um movimento de surdez geral, ninguém escuta, ninguém decide de acordo com a realidade, parece que estamos em movimento de cegueira”. Por outro lado, outra detenta questiona: “Será que a venda da justiça também esconde dos juízes os nossos direitos na execução dessa pena?”

Os valores insculpidos constitucionalmente necessitam orientar à interpretação processual penal, pois como leciona Prado (2001, p.50): o processo penal é muito mais do que um instrumento de composição do litígio penal mas, sobretudo, um instrumento político de participação, com maior ou menor intensidade, conforme evolua o nível de democratização da sociedade. Inúmeros princípios constitucionais devem ser observados no cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo inquestionável ao intérprete a observância dos marcos penais que direcionem a aplicação da pena e sua execução.

Porém, na prática, observamos o distanciamento do julgador em relação à realidade concreta da execução penal dessas mulheres. É comum ouvirmos das presas que, embora o juiz responsável pelo atendimento tenha comparecido na casa prisional, não prestou nenhum atendimento pessoal. As presas também relatam que os atendimentos normalmente são prestados pelos assessores do respectivo juiz; ou que o julgador atende pessoalmente apenas as mulheres que estejam alocadas em unidade materno infantil. Mesmo que o relato das mulheres aprisionadas sejam objetados por argumentos contrários, é indiscutível que, para além dos sentimentos de ansiedade, agonia e desrespeito moral, existe verdadeiro sentimento de desprestígio em relação à justiça, ao seu funcionamento e ao papel desempenhado pelos operadores jurídicos, especialmente quando falamos do juiz da execução.

Por conseguinte, em pesquisa empírica realizada na mesma penitenciária feminina, de todas as mulheres ouvidas nenhuma delas atribuiu ao juiz o dever de proteger direitos. Vejamos:

Conforme declaração de V. “o juiz nem lê, nem juiz nem desembargador, ninguém. Pra isso eles têm estagiários, os estagiários que leem, fazem as coisas e o juiz só assina. Porque senão não teria vindo tanta coisa errada aqui na execução”. No mesmo sentido, para C., “O juiz tá ali pra prender os viciado. Só tão prendendo os viciado. Os grande nem tão ali”. Tais relatos indicam que a percepção das presas sobre os juízes também está pautada em uma imagem negativa, como aquele operador jurídico que não está interessado em entender detalhes de suas vidas particulares, que privilegia a palavra dos policiais no âmbito do processo e desconsidera a versão delas quanto ao fato. Trata-se de profissional interessado em punir pequenos delinquentes, em vez de pautar sua atuação aos importantes. São muitos os relatos que colocam o juiz como operador jurídico impregnado de preconceitos, descomprometido com a proteção de direitos e com acesso à Justiça (MELLO, 2016, p.94).

Segundo Zaffaroni et al. (2003, p.40), “a mais óbvia função dos juízes penais e do direito penal como planejamento das decisões judiciais é a contenção do poder

punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial), o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república”. No entanto, por mais que se queira estabelecer que os procedimentos processuais penais foram desenvolvidos para impedir que as agências criminais assumam traços autoritários e arbitrários, o fato é que os próprios julgadores são impregnados por tais valores, são influenciados pela atuação de outras agências sociais (comunicação, política, etc), mostrando-se inviável sustentar que o julgador é neutro e que, em sua atuação, aplicará as regras jurídicas mediante cálculo racional dos argumentos apresentados pelas partes envolvidas.

Segundo LOPES JR (2013, p.167),

“[...] ao magistrado cabe a defesa da lei e da constituição, nisto consiste a sua legitimidade democrática, que deriva do caráter democrático da Constituição e não da vontade da maioria, o juiz tem uma nova posição dentro do Estado de direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais, é uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial”.

Em uma democracia constitucional, o processo penal é uma garantia do cidadão e, por isso, deve ser devido (devido processo legal). O povo para poder buscar a democracia, deixa como inalienável ao indivíduo, a sua liberdade e o Estado não somente não pode nesta penetrar de forma indevida, como é o seu principal garante, através dos meios pertinentes, como o devido processo legal (COUTINHO, 2004, p.90).

Na realidade concreta, a partir da experiência na penitenciária feminina Madre Pelletier, ainda observamos juízes vinculado aos pedidos do ministério público, cuja homologação revestida de decisão vem sendo reiteradamente exarada. Existe uma dissociação da fundamentação das decisões, na medida em que há um mero homologador de pedidos exarados pela acusação, dissociados do equilíbrio processual, exigível no Estado de direito, cujas presunções na execução da pena, estão vinculados aos delitos cometidos pela sua gravidade, do que pelos modelos processuais exigidos nas garantias do apenado. Ao sintetizar as mazelas e o distanciamento do julgador na execução dessas mulheres verificamos “uma ilusão garantidora de direitos”, sustentada no “mito do controle da legalidade” e dissociada do direito ao pertencimento de uma legalidade substancial.

Portanto, em uma era democrática, se o processo penal deve seguir certos valores, haja vista que a “[...] estrutura do processo penal de uma nação nada mais é do que termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição (GOLDSCHIMIDT, 2002, p.71) que juízes queremos na execução da pena?”

Sabemos que não há uma solução exclusiva, porém existem mecanismos que podem minimizar as mazelas ocorridas no cumprimento da pena, pois o Poder Judiciário é instrumento que deve efetivar as garantias do apenado frente à ordem constitucional, desde que considere a execução penal como um direito à execução digna. E mais, desde que se comprometa com a formação contínua de seus operadores, para fins de reformular um quadro onde o julgador “[...] conhece bem o direito e sua relação com os autos, mas não conhece a realidade. Não sabe espremer os processos até que eles destilem a sociedade, violações de direitos humanos, pessoas a sofrer, vidas injustiçadas”. (SANTOS, 2007, p.70).

CONCLUSÃO

Concluimos ser imperiosa a observância de nosso Estado Democrático de Direito, mediante comprometimento com o sistema acusatório. Além disso, o preso não é mero objeto em um processo de execução penal: é sujeito de direitos frente à estrutura estatal, não lhe podendo ser negada a tutela jurisdicional, caso houver situação conflitual. Cabe ao intérprete superar o legalismo formal, neutralizar o subjetivismo dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador à norma, impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento, também na execução da reprimenda.

Além disso, só se alcançará a efetividade de direitos, se as decisões deixarem de ser centradas em discursos simbólicos, sujeitas a questões disciplinares e migrarem ao campo decisório, vinculadas aos princípios constitucionais, cujos argumentos possam se aproximar das garantias fundamentais, ao abrir o espaço ao direito à dignidade, no curso da execução criminal. Além disso, as decisões devem ser fundamentadas, em verdadeiro compasso com o modelo de sistemas de garantias, contudo sem subordinação a um mero critério vinculado a meros tratamentos, ou melhor, sujeitos a técnicas pedagógicas e impositivas de comportamento corroborado por um modelo de disciplina e de poder.

Sabemos que não há uma solução exclusiva, porém existem mecanismos que podem minimizar as mazelas ocorridas no cumprimento da pena, pois o Poder Judiciário é instrumento que deve efetivar as garantias do apenado frente à ordem constitucional, desde que considere a execução penal como um direito à execução digna. E mais, desde que se comprometa com a formação contínua de seus operadores, para fins de reformular um quadro onde o julgador “[...] conhece bem o direito e sua relação com os autos, mas não conhece a realidade. Não sabe espremer os processos até que eles destilem a sociedade, violações de direitos humanos, pessoas a sofrer, vidas injustiçadas”. (SANTOS, 2007, p.70).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia, Criticismo e Crítica do controle penal. In: _____. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012. p.47-177.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECKER, Howard. A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa. *Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, p. 184–198, 2014.

BONATO, Gilson (org.). *Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Salo de. Execução da pena e sistema acusatório: leitura desde o paradigma do garantismo jurídico penal In BONATO, Gilson (org.). *Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTILHOS, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTILHOS, T. O.; SCHROEDER, S. . Motivação e Cárcere: um diálogo crítico. In: AZEVEDO E SOUZA, Bernardo; LAZZARI, Felipe da Silveira. (Org.).

DEMOCRACIA E(M) SISTEMA PENAL. 1ed.Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016, v. 1, p. 13-30.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito*. In: Revista de Estudos Criminais Ano 4 Nº 14. Sapucaia do Sul: Notadez, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos relevantes de um Processo de Execução Penal jurisdicionalizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 3, ano 1, p. 84, jul./set. 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal: breves anotações sobre a Lei 7209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 30.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 30.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal: na perspectiva das Garantias Constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOLDSCHIMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo penal*, Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HERRERA, Garcia. Prólogo a la segunda edición. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. **Civitas Revista de Ciências Sociais**, v.8, n.1, 2008. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/civitas/article/view/4322>>. Acesso em 01 dez. 2015.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação: as afinidades políticas às tensões teórico-metodológicas. *Educação em Revista* (46), 2007, pp. 201-218.

MELLO, Priscila Vargas. *As mulheres presas e o acesso à justiça penal: ignorância de quê(m)* / Priscila Vargas Mello. – 2016.146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre - RS, 2016.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RUDNICKI, Dani; SCHROEDER, Simone. Uma Visão Contemporânea da Pena de Prisão. In: RUDNICKI, Dani. (Coord.). *Sistema Penal e Direitos Humanos (im)possíveis interlocuções*. Porto Alegre: Uniritter, 2012. p.104–131.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHROEDER, Simone et al. Penitenciária Feminina Madre Pelettier: Uma Construção Interdisciplinar para o Acesso à Justiça. *Direito e Psicologia*, p.171–192, 2010.

SCHROEDER, Simone. *A Execução Penal: um olhar a partir da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana*. Dissertação (Mestrado). 2006. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

STRECK. Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WOLF, Maria Palma. *Antologia de vidas e histórias na prisão: emergência e injunção de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Vol I. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.