

TODA VINGANÇA É CONTRA O TEMPO: a contração do poder punitivo contra a irracionalidade da pena como alternativa à mudança civilizatória

ALL REVENGE IS AGAINST TIME: the contraction of punitive power against the irrationality of punishment as an alternative to civilizing change

José Rafael Fonseca de Melo¹

Resumo

Oferecidas como resposta maior ao drama penal revelado nos conflitos sociais, as penas no Brasil apresentam incongruências de todas as ordens e em todos os níveis. Elevadas em extensão e, principalmente, em intensão, o insumo passível de subtração é sempre o mesmo: o tempo. Alcançar a liberdade e limitá-la ocasionalmente é a única forma neoliberal de punir alguém, vingando em forma de dor e prometendo ora a estabilização social e a dissuasão, ora a correção terapêutica e a promoção do bem por meio do mal, ou – o que é pior, levando ao limite do cinismo – unificando ambas as ideias. Verificada a ineficácia, o legislador ignora o insucesso dos modelos justificacionistas e usa novamente o tempo para a revindita: eleva para 40 anos o máximo de período do cárcere, além de aumentar e, por vezes, dobrar a aflição prevista para alguns delitos. Diante desse cenário paradoxal e do pífio desempenho destacadamente nas últimas décadas, propõe o presente ensaio a limitação do poder punitivo ao confronta-lo por meio da oposição entre as teorias legitimantes e o fenômeno empírico da punição, renunciando imediatamente ao formato de sequestro do tempo em face da discrepância oriunda dos discursos oficiais e a realidade na qual operam.

Palavras-chave

tempo; penologia; poder punitivo; sistema penal; dosimetria.

Abstract

Offered as a major response to the criminal drama revealed in social conflicts, the penalties in Brazil present inconsistencies of all orders and at all levels. High in extension and, mainly, in intensity, the subtractable content is always the same: time. Achieving freedom and bounding it occasionally is the only neoliberal way to punish someone, thus avenging in the form of pain and promising either social stabilization and deterrence, or therapeutic correction and the promotion of good through evil, or even - what is worse, leading to the limit of cynicism - unifying both ideas. Once ineffectiveness is verified, the legislator ignores the failure of the justificacionist models and again resorts to time for the retaliation: he raises to forty years the maximum period of imprisonment, in addition to increasing and sometimes doubling the predicted affliction for some offences. Faced with this paradoxical scenario and the poor performance in recent decades, the present essay proposes the limitation of punitive power by confronting it through the opposition between legitimating theories and the empirical phenomenon of punishment, renouncing immediately to the format of time sequestration in face of the discrepancy arising from the official speeches and the reality in which they operate.

Keywords

time; penology; punitive power; penal system; dosimetry.

1. INTRODUÇÃO

De todas as conclusões possíveis em relação ao tempo, nenhuma é tão irrefutável quanto a sua condição insuscetível de restituição. Independentemente da perspectiva adotada, aqui toma-se por empréstimo a nota gramatical que distingue o termo “tempo”

¹ Mestre em Direito – UFPE. Doutorando em Direito – UERJ.

quando usado com diversos significados interligados, porém distintos: i) O fenômeno geral de sucessão de eventos (*‘o tempo é inexorável’*); ii) A indicação de um intervalo ao longo dessa sucessão (*‘no tempo florido da primavera’*); iii) A sua duração (*‘quanto tempo você esperou?’*); iv) Um momento particular (*‘é tempo de migrar’*); e v) A variável que mede a duração (*‘a aceleração é a derivada da velocidade em relação ao tempo’*)². Baseado na própria etimologia que remete à ideia secular de divisão do tempo em dias – onde a palavra ‘tempo’ cuja radicação indo-europeia *di* ou *dai* indica ‘dividir’ e, sendo nossa a cultura de fatiar o dia em horas, não se ignora que há outras com um sentido do tempo profundamente diferente³ – o que sobra do esforço punitivo após o infortúnio pelo confisco de temporadas de liberdade é apenas o remorso ou a indiferença, o arrependimento ou a repetição, a vergonha ou o orgulho. Sempre em oposição haverá emoções distintas, todas elas signos pretéritos do que não se devolve.

Atribuir às funções proclamadas pelas teorias legitimantes da pena alguma expectativa positiva é acreditar no tempo em si mesmo e creditar a ele esperança – afinal, apenas no futuro estão os desejos, as escolhas e, no fim desses sentimentos, as idealizações e os anseios de possibilidade de mudança. Eis a forma aristotélica tradicional de pensar o tempo e condicionar as expectativas humanas: lançar sobre ele as transformações. Assim são as estações, os ciclos lunares e o que eles promovem, as oscilações de um pêndulo e a quantidade de viradas de uma ampulheta. O futuro é o espaço das possibilidades e, como nele tudo é crível, caminha-se no movediço terreno da incerteza com esteio na fé. Ou seja: todo olhar para frente, por mais realista que seja, será o espaço da esperança.

No entanto, enquanto na gramática punitiva estão as promessas miraculosas parametrizadas em expectativas estanques cuja base é sempre uma perspectiva míope da realidade, o léxico consistente no acervo linguístico utilizado a reforçar a inflição de sofrimento é transmitido entre gerações de forma a ignorar a infrutividade das soluções apresentadas (*vexatio questio*), de modo a não fazer vê-la. O que um estudante brasileiro de direito do século XXI que almeje se dedicar a pesquisar os fundamentos do poder de punir, por exemplo, tem à disposição para expressar as ideias penais no contexto do seu tempo é algo perturbador: na sua formação jurídica, a ele é lecionada uma promissora ideia – contra a qual não é desafiado a se insurgir e na qual precisa acreditar, para não que não seja interrompido o ciclo e a crença onipotente hereditária e nem estremecidos os alicerces sobre os quais está construído o edifício punitivo, tudo na expectativa que ela possa um dia se cumprir – onde nada mais é possível como solução que não a limitação temporal de frações da liberdade.

Essa doutrinação solipsista e egocêntrica reduz a realidade flagrante a uma única percepção latente centrada no “eu empírico” que nega o que se vê e afirma apenas aquilo que se quer. E em face dos filtros de realidade redutores da complexidade do fenômeno punitivo acrescidos de adjetivos enaltecendo de suas funções indemonstradas (e indemonstráveis), torna-se quase proibida (ou herética, dada a crença religiosa correcional da pena) a preocupação sobre a contradição descortinada e então visível a olhos nus, cuja ascensão nas últimas três décadas brasileiras é vertiginosamente assustadora.

2. DOGMÁTICA PENAL E A NATUREZA POLÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO: OS EFEITOS DA ALIENAÇÃO TÉCNICA DO POLÍTICO E DA ALIENAÇÃO POLÍTICA DO TÉCNICO

A proliferação quantitativa de condutas criminalizadas disparadas pela metralhadora legiferante – ou beligerante – oportunista que ricocheteia e atinge milhares de inocentes, ao

² ROVELLI, Carlo. *A ordem do tempo*, p. 22.

³ EVERETT, Daniel L. *Don’t sleep, there are snakes*, *apud* ROVELLI, Carlo. *Op. cit.*, p. 53.

lado da complexidade qualitativa pretensamente regulatória e protetiva, escancaram a irracionalidade quando se fala de punição, mas, ainda mais, quando se a aplica. Os gradientes punitivos esculpidos nos tipos penais não possuem qualquer linearidade ou base científica que os sustente e nem encontram balizas minimamente coerentes – sejam internamente (em confronto com os diferentes aspectos de lesividade), sejam externamente (ao cotejar a métrica utilizada em outros ordenamentos) – permanecendo inexplicáveis a imprecisão dos motivos determinantes do desvalor da ação e do resultado e a elástica oscilação na margem punitiva.

Isso só reforça a desnecessidade de previsão da pena mínima cominada aos crimes, o que garantiria maior segurança jurídica, menor arbítrio punitivo e a vinculação do julgador, já que – apesar dos critérios úteis a orientar valorativamente o delito, mesmo que insuficientes e imprecisos – o crime jamais será quantificável como a pena o é. A ética racional do tipo utilitarista que inspira a mitigação e a minimização das penas, como bem observa Ferrajoli, é talvez o “traço mais característico do movimento penal reformador desenvolvido pelo Iluminismo”⁴. Aqui se revela um aspecto que merece observação: há uma enorme discrepância entre a pena ficta (cominada abstratamente na legislação penal) e a pena real (executada concretamente) – sobretudo na realidade brasileira, onde o sistema carcerário é mantido na base do terror e nutrido com torturas diárias, grande parte com a conivência com poder judiciário e das instituições de administração penitenciárias. Além disso, a incongruência na utilização de soluções diferentes para o mesmo problema fica evidente, pois “os argumentos utilitaristas da defesa social e da prevenção dos delitos, enquanto servem para sugerir o *limite mínimo*, são, contudo, escassamente aptos para fundar o limite máximo das penas”⁵.

Esse raciocínio funciona tanto no seletivo processo de criminalização primária, quanto na técnica de exercer o *potestas puniendi* que resulta na criminalização secundária, independentemente das orientações adotadas quanto à noção de *gravidade* do delito: se *objetivista* (que estabelece a pena pelo mal causado) ou *subjetivista* (medida pelo grau da culpabilidade), cujo problema precípua está no peso que se atribui a cada um dos dois critérios em relação ao outro⁶. E como o momento da legalidade traduz na essência que é a autoridade legislativa que dá ao fato valor jurídico quando o distingue como um ato criminoso, dizer que o crime é uma entidade jurídica – como fez Carrara – equivale ao simplismo de dizer que a doença é uma entidade médica⁷.

Essa ideia americana de orientação objetivista de que a pena é estabelecida em função da entidade do dano e como conseqüência da gravidade do delito, muitas vezes exaltada no Brasil por ausência de informação, diz que o crime implica em um dano e que este deve ser auferido economicamente. Logo, as sanções criminais têm um custo e que, ao final, devem ter um custo menor do que o crime praticado. Como a função da lei passa a ser vista sob o aspecto econômico, se impõe um custo adicional à conduta ilícita – estabelecendo, assim, a relação entre direito penal/economia e provocando o limiar de erosão do estado democrático.

Essa referência ideológica se espalhou no Brasil quando diversos dispositivos pretendem vincular crime e sanção a um sistema de custo-benefício, superando o funcionalismo de Luhman e a verificação dos códigos entre lícito e ilícito. Com a adesão aos programas de eliminação do princípio da culpabilidade por meio da *suspensão condicional do processo* e da aceitação da *aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas* (arts. 89 e 76 da lei nº 9.099/95), dos *acordos de não persecução penal* (art. 28-A do CPP) e de *delação premiada* (art. 3º-A da lei nº 12.850/2013) acaba-se antecipando a indagação acerca da própria culpabilidade

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 363.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 363.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 367.

⁷ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos ao estudo do direito criminal**, p. 70.

com uso da confissão que, sem ser apreciada, é desde logo afirmada e presumida. O beneplácito, inclusive, uma vez homologado, substitui a própria sentença condenatória – que é, conseqüentemente, prolatada sem o exame de culpabilidade. Eis a relação de custo (repassado ao sujeito compelido a pagar sem que haja dívida constituída) e de benefício (creditado ao punitivismo que convenientemente se exime da obrigação de precisar empreender esforços em demonstrar o débito).

Ademais, o sistema de justiça criminal negocial confessa sua saturação ao utilizar de eufemismos como “acordo”, “transação” e “composição” que presumivelmente denunciam um processo penal cujo modelo fracassou, na clara intenção de aliar bonança e apaziguamento ao conflito penal. Não apenas ao processo, mas, sobretudo, pode-se creditar a falência à hipertrofia do direito material e as matérias apontadas legislativamente como passíveis de serem objeto da negociata. O certo é que na atualidade é impossível prever quantas dentre essas formas de antecipação de punição de forma consentida não cairá no descrédito – seja pela desconfiança geral que nelas se instalam, seja pela incerteza quanto ao melhor formato, momento e viabilidade que delas emana.

Alguns traumas político-legislativo já podem ser identificados pelo caminho: se de um lado os acordos desformalizam o processo penal, abreviando-o, tornando-o mais barato e aumentando a capacidade do judiciário de processar um maior número de casos, de outro criam mortais inimigos constitucionais com a *publicidade* sacrificada com o sigilo e a discrição exigidos, o *juiz natural* substituído pelas figuras do juiz leigo e dos membros do Ministério Público que dão as cartas, a *legalidade* mitigada pelo afastamento das orientações dogmáticas materiais e aplacada pela avaliação oportunista das perspectivas de desfecho processual, a flexibilização do *acusatório* – já que o principal trunfo é elidir investigações inevitáveis, o *nemo tenetur se ipsum accusare* que retira as possibilidades do sujeito que nada tem a oferecer e, por fim, a *igualdade de tratamento* quando o investigado indisposto ou incapaz de cooperar é submetido a um tratamento mais rigoroso⁸.

Por sua vez, quando se depara com a falência discursiva, o legislador brasileiro, ao invés de confessar e reconhecer os reiterados fracassos e envidar empenho em virar a chave do “punir/vingar” para o “responsabilizar” como uma saída honesta ao problema apresentado, insiste na obsessão em negar a realidade como forma de escapar do desconforto de encara-la, não obstante já empírica e indubitavelmente desacreditada. Exemplo recente disso é a lei nº 13.964/2019, narcisamente autoproclamada *lei anticrime* (sic) e que, a despeito de anunciar um pretense *aperfeiçoamento* (sic) da legislação penal e processual penal e ambicionar o combate à corrupção, confirmou as velhas peças de um museu de grandes novidades, ratificando a regra aqui anunciada: o paradoxo das penas dos delitos de concussão e corrupção passiva que se arrastava insolúvel por quase duas décadas.

Comparativamente, é inquestionável a maior gravidade do delito de concussão em relação ao de corrupção passiva – revelada desde os núcleos dos tipos que, conceitualmente, expressam uma conduta e usam para isso, invariavelmente, um verbo como instrumento linguístico que situa eventos no tempo em relação ao momento em que o discurso se produz. Desde a edição do Código Penal de 1940, no entanto, foram muitas as mudanças, sempre malogradas. A pena privativa de liberdade para a corrupção passiva passou de reclusão de um a oito anos para dois a doze com a lei 10.763/2003, criando uma incongruência cuja emenda se tornou pior que o soneto dezessete anos depois: para pôr fim à incompreensão de reprovar a “exigência” da *concussão* de forma menos grave que o “solicitar”, “receber” ou “aceitar promessa” da *corrupção passiva*, a “solução” encontrada, claro, foi de aumentar a pena para o delito de concussão que, de reclusão de dois a oito anos passou a ser idêntica da corrupção passiva – o que prorroga a desarmonia na equivalência da gravidade, já que desde então passou a ser indiferente determinar algo a alguém por meio de uma

⁸ HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*, p. 69.

ordem/intimidação/imposição ou simplesmente rogar/obter/assentir promessa, todos com fito na vantagem indevida.

Essas incoerências são frutos do “arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam, adotando critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa”⁹. Assim como não existe uma lei da gravidade no Brasil e outra na Bolívia – para tomar como referencial o país limítrofe com maior proximidade divisória em extensão, com mais de três mil quilômetros de interligação fronteiriça – também não há qualquer sentido lógico que as penas em abstrato do delito patrimonial de *roubo* sejam tão díspares¹⁰, podendo chegar ao quádruplo de tempo a mais por uma mesma conduta praticada aqui ou lá, mesmo que a poucos metros de distância. É dizer: considerando que 6,79% dos presos atuais brasileiros respondem ou foram condenados pela prática do crime de *roubo simples*¹¹, cada mês aplicado como sanção pela legislação boliviana equivale a quatro meses por fato idêntico no Brasil¹² – o que implica dizer que, em situação hipotética, existe aí no mínimo um saldo de 16.812 anos a mais de sofrimento humano sem qualquer racionalidade para tanto. É a consagração da criminalização e reprodução de uma estrutura social essencialmente injusta e a vingança instrumentalizada pelo tempo.

Ao tomar outro grupo de casos já acertadamente denunciado na literatura brasileira¹³, em uma ordem de situação que converge no aspecto material da tipicidade “a falta de preparo do técnico e político do aplicador”, identifica-se um cenário real e contundente de inflicção de sofrimento – o que despe a suposta segurança jurídica do conceito hermético da tipicidade. Senão vejamos: considerando o critério diferenciador dos crimes de *roubo* (art. 157, CP) e de *extorsão* (art. 158, CP) a partir do núcleo dos tipos correspondentes – ‘subtrair’ e ‘constranger’, respectivamente – enquanto naquele há a exigência de iniciativa do sujeito ativo de capturar a *res*, neste a obtenção da vantagem econômica só é satisfeita com a entrega pelo sujeito passivo após compelido a fazê-la. Se de um lado a violência ou o perigo objetivo¹⁴ que emanam da grave ameaça são similares aos delitos, assim como as penas da modalidade simples, de outro a conduta da vítima (omissiva no roubo e comissiva na extorsão) distingue-os.

Mesmo sutil a diferença no que tange à *aprehensio* do objeto material, não é exagero dizer que, com raríssimas exceções que percentualmente se aproximam à zero, as acusações e condenações por roubo nos processos penais brasileiros padecem de um vício na origem da tipificação, o que se perpetua e corrompe a própria teoria do fato punível, revelando um saldo de sofrimento por poucos percebido: considerando que, das nove causas específicas de aumento de pena descritas nos §§ 2º, 2º-A e 2º-B do art. 157 do Código Penal, apenas quatro – cuja *ratio* alcança a capacidade de resistência da vítima, sendo a intimidação resultado provável, mas desnecessário¹⁵ – são comuns ao delito do art. 158 do Código Penal (concurso de duas ou mais pessoas e emprego de arma), bem como existindo 310.109 presos por roubo

⁹ TAVARES, Juares. **Critérios de seleção de crimes e cominação de penas**, p. 84.

¹⁰ Enquanto na Bolívia a sanção é de 1 a 5 anos, no Brasil a máxima é o dobro (10 anos) e a mínima o quádruplo (4 anos). Diz o código penal boliviano: “*Artículo 331. (ROBO). El que se apoderare de una cosa mueble ajena con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cinco (5) años.*”. No Brasil, prevê o código penal: “**Roubo** – Art. 157 – Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa”.

¹¹ Segundo os dados mais recentes fornecidos pelo INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional, em dezembro de 2019 existiam 67.248 presos por roubo simples no Brasil.

¹² Usando esse comparativo e fundado na mesma base indutiva reduzida, apesar de usar paralelos europeus e, geográfica e socialmente, assim também já concluiu semelhantemente: GRECO, Luís. **Quanto vale a vida de um brasileiro?** p. 3.

¹³ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**, p. 19-24.

¹⁴ VON LIZST, Franz. **Tratado de Direito Penal**, p. 238.

¹⁵ BATISTA, Nilo. **Decisões Criminais Comentadas**, p. 47.

majorado no Brasil¹⁶, pode-se dizer que há em média um ilícito sobrepujamento de 620.218 anos de agrura real excedente ou iminência da sua imposição¹⁷. É esse “vácuo” que desvela a injustificável violência da pena privativa de direitos fundamentais causada pelo método penal, concluindo-se, nas palavras de Zaffaroni, que “as mais perigosas combinações tem lugar entre fenômenos de alienação técnica de políticos com outros de alienação política dos técnicos, pois geram um vazio que permite dar forma técnica a qualquer discurso político”¹⁸.

No entanto, ao indagar os motivos pelos quais o discurso oficial que confessa sua incapacidade ser o mesmo que se autolegitima, conclui-se que esta é a tradução da experiência cultural acumulada por um meio social que viu crescer, nas mesmas proporções, as desigualdades e a população carcerária. Isso não é fruto do acaso. Nesse sentido, o patrimônio vocabular adquirido pelo trabalho desse discurso amplamente difundido na comunidade acadêmica tem, inevitavelmente, contornos característicos de contradição. Aí está a explicação – ou a causa – da insólita difusão das teorias deslegitimantes da pena que, com exceção de destacadas e contramajoritárias produções que assim enfrentam o tema¹⁹, são esquecidas e preteridas com a constante propagação das teorias idealistas absolutas (*Punitur, Quia Peccatum Est*²⁰), relativas (*Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*²¹) e unificadas/mistas que disseminam, em tom panglossiano, virtudes civilizatórias e que ocultam a manifestação concreta do poder político, ao mesmo tempo em que omitem a esterilidade em forma do modelo de justificação jurídica.

Prova disso é que comumente os surrados verbetes jornalísticos gestados nos editoriais infectados por jargões policialescos medíocres são repetidos na academia sem qualquer filtro científico. Fala-se de impunidade ao mesmo tempo em que se ensina sobre prevenção, ou de ineficácia e reincidência no mesmo instante em que se crê, moral ou religiosamente, em correção ou dissuasão. Mais: sem saída para essas questões suscitadas que se transformam em problemas insolúveis, alguns – a quem Tobias Barreto denominou de *metafísicos do direito* – sabem dar as mais diversas definições e creem-se obrigados a propor aos discípulos axiomas que rapidamente se convertem em um enigma da esfinge, ficando todos

¹⁶ Que, registre-se, corresponde a 31,34% dos presos brasileiros – o que coloca esse crime na liderança isolada e muito à frente do segundo lugar, que é o tráfico de drogas com 169.093 – ou 17,09% dos presos.

¹⁷ A matemática é simples, mesmo que casuística, hipotética e aritmeticamente ponderada: para cada três anos de condenação, tem-se o acréscimo de outro, de metade ou de dois terços por força do *quantum* de majoração. Se existem 310.109 presos provisórios (na iminência) ou condenados (em cumprimento) nas penas do crime de roubo majorado, a esse número aumentam-se as frações citadas. Claro que aqui se consideram figuradamente todos os réus como condenados à pena *mínima* de 4 anos, mas, sabendo que o número de absolvições é consideravelmente menor que o de condenações e que também as penas médias se distanciam mais do mínimo abstratamente cominado do que dele se aproximam, além das hipóteses de pluralidade de crimes que implicam em exasperação ou acumulação de penas, não parece ser tal conclusão exagerada ou tendenciosamente elevada. Como média ponderada deste subscritor, se de um lado não possui precisão cirúrgica, por outro igualmente não parece estar distante da realidade.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. **En torno de la cuestión penal**, p. 77. Ver também BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**, p. 21.

¹⁹ Exemplos de CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva JUR, 2020; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005. JOFFILY, Tiago. **Direito e Compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011; CACICEDO, Patrick. **Pena e Funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. Rio de Janeiro: Revan, 2017; RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das Ideias Penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. São Paulo: Saraiva, 2014; GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2017; GIAMBERARDINO, André e PAVARINI, Massimo. **Curso de Penologia e Execução Penal**. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018.

²⁰ “Pune-se e deve se punir porque foi cometido um delito”.

²¹ “Ninguém que é prudente, pune porque foi cometido um delito, mas pune (sim) para que no futuro não sejam cometidos delitos”.

no mesmo estado de ignorância. Ao final, de posse das soluções convencionadas, sentem-se felizes e orgulhosos assim como os padres do Egito a respeito dos seus hieróglifos²².

Com a falta de criatividade redutora desse direito penal funcional, maior protagonista dentre os instrumentos de solução de conflitos e maior propagandista das concepções idealistas da pena, mais facilmente ele se adapta e se ajusta aos demais fins políticos. Os autores que se ocupam das atividades científicas que discutem criticamente as teorias penais tocam em um ponto incontroverso e que destrói as estruturas punitivas irracionais: a única forma de ocupar o centro do interesse teórico é contestar os setores funcionais do sistema, eliminando suas disfunções e trazendo ao debate os ignotos modelos negativos pois, se “somente as funções do sistema podem assegurar a funcionalidade do conjunto e oferecer os critérios do que seja adaptado e do que seja inadaptado, do que reproduza e do que perturbe o sistema”²³, ao negar seus alicerces – embora a tradicional concepção do direito penal ainda finja desconhecer a distinção entre *função* e *fim* da pena – acaba com a aspiração de uma situação futura e factual possível trazida pela prevenção convertida em fim de uma preocupação funcional.

Logo, àquele estudante de direito que inicia suas lições acerca das teorias da pena são apresentadas as formulações teóricas idealistas e a linguagem punitiva legitimante sem que ele se aperceba que o modo como interpreta os fatos e age perante a comunidade dependem dos significados atribuídos a eles. Como o significado, porém, é resultado da construção dos processos de interação social e que esses podem sofrer mudanças ao longo do tempo, conforme as três premissas formuladas por Herbert Blumer no seu artigo intitulado “*Man and Society*”, no instante em que passa a ocupar funções públicas e integrar determinados grupos sociais cujas regras e normas de conduta são validadas e aceitas pelos indivíduos que a compõem, parecem se distanciar socialmente do cerne da questão criminal e passam a modificar as próprias significações linguísticas – ou, nesse caso, a conservá-las, já que a manutenção integra a ideologia corrente e estabilizada – além de desvincular o interesse científico penal do seu ambiente político-criminal, dando origem ao desenvolvimento da práxis segundo suas próprias leis e resultando em um direito penal funcional e acrítico.

Nesse aspecto, a gramática punitiva talvez seja a única que transita sem qualquer regularidade entre *causa* e *efeito*. Essa assimetria é inadmissível nas demais ciências – e tal assertiva não se limita às naturais, mas, inclusive, às sociais. As consequências nefastas dos excessivos períodos de encarceramento não dependem do olhar dos cientistas criminólogos – elas simplesmente acontecem – nem tampouco dos corifeus e dependentes químicos da pena criminal que se encarregam de dissolver seus paradoxos. E existem, ainda que muitos prefiram ignorá-las. O inverso é que, sendo indemonstrável, é inaceitável. Aqui se descortina “a intrínseca diferença entre passado e futuro” como a perda de uma peça crucial pelo tempo, ou seja, quando “Boltzmann compreendeu que não há nada de intrínseco no fluxo do tempo, apenas o reflexo desfocado de uma misteriosa improbabilidade do universo num ponto do passado”²⁴.

3. HEIDEGGER E O CONCEITO DE TEMPORALIDADE COMO SENTIDO ONTOLÓGICO DE CURA

A decisão da prática sádica de antecipar sofrimento por meio das penas contínuas e permanentes de prolongados períodos de privação de liberdade, mesmo que travestida de uma humanidade inexistente faticamente, alcança os corpos tal qual o formato cruel dos açoites, à míngua de uma precisa medida de culpa. E quando Heidegger denominou

²² BARRETO, Tobias. *Fundamento do direito de punir*, p. 161.

²³ HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*, p. 73.

²⁴ ROVELLI, Carlo. *A Ordem do Tempo*, p. 35.

temporalidade como o “fenômeno unificador do porvir que atualiza o vigor de ter sido”, ele ofereceu um interessante sentido circular do tempo e desentranha-a como o sentido da cura propriamente dito²⁵. Isso porque, a seguir, esclarece que a terminologia empregada deve se manter distantes todos os significados impostos vulgarmente de tempo como futuro/passado/presente.

Dentre tantos malabarismos retóricos, as criações judiciais brasileiras que vão desde rotulações indefiníveis como “personalidade voltada para o crime” até aporias como punir mais severamente pela reincidência alguém sobre o qual inutilmente monopolizou a liberdade em momento anterior revelam um dado interessante: com a eliminação de qualquer relação empírica na construção do conceito de culpabilidade e a extensão desse conceito exclusivamente à personalidade do sujeito, a pena – que desde a época de Beccaria estava voltada para o sentido preventivo – sofre um retrocesso e passa, inclusive, a incorporar agora não um caráter preventivo, mas se volta para a inocuidade da pessoa. A partir daí as decisões punitivas ingressam na esfera do sentimento moral do julgador sobre o qual o direito não tem qualquer ingerência.

A ideologia curativa da pena fundada no porvir, como um ente que ocorre e transcorre no tempo, tem um traço jactante de projetar em si ou, como diz Heidegger, de “projetar-se em função de si mesmo” uma compreensão transcendental (existenciária) originária. E a tentação de superar a limitação impostas pela finitude do porvir tem sua gênese na contínua imposição da compreensão vulgar do tempo²⁶, não sendo razoável sustentar a recuperação humana quando se submete alguém ininterruptamente à dor, trocando o antídoto por uma dose maior de veneno no anseio pela convalescência. Como referencial brasileiro nesse tema, instituído pela lei nº 10.792/2003 e em flagrante violação no tocante à vedação de penas cruéis e de banimento, o Regime Disciplinar Diferenciado, a partir do embuste *anticrime*, passou a despojar inclusive suspeitos – ferindo pluralmente de morte com um só disparo duas interdições constitucionais: a já tão castigada e politicamente manipulada presunção de inocência e a perpetuação da punição devido às sucessivas prorrogações possíveis inovadas *in malam partem* pela lei nº 13.964/2019.

Ainda que pré-estabelecidas, abstrata e ao final concretamente, para que a pena criminal seja compreensivamente apreendida segundo a intenção de que a elabora e a aplica, ela precisaria considerar a finitude humana que raramente supera um século de vida, considerando a sua imprescindível intranscendência. Mais: isso só se torna(ria) plenamente visível a quem a sofre quando há um contexto de tempo sem fim para contrapô-lo àquela finitude ou parâmetro estabelecido de subtração de liberdade. Quando se considera a expectativa de vida média do brasileiro, demovendo um pouco menos de duas décadas relativas à incapacidade de culpabilidade pela menoridade, o aumento da régua de alguns tipos penais – bem como a nova redação do art. 75 do Código Penal que elevou para 40 anos o máximo de tempo de privação de liberdade a ser cumprido – começa a provocar quase um ano depois da sanção legislativa o surgimento de escalas de condenações que passam da pessoa do condenado e vilipendiam o texto maior de que ninguém pode morrer estando preso, tornando Rui Barbosa dez anos ainda mais certo quando emparelhava três décadas de prisão a um eufemismo de pena de morte.

Com o achatamento do ciclo vital e a ampliação em uma década da possibilidade de se manter alguém privado da sua liberdade, a mesma premissa utilizada na temática previdenciária de que, utilizando-se dos avanços da medicina e da tecnologia, hoje se vive mais tempo do que há 80 anos, ignora que a métrica utilizada foi a expectativa de vida do *brasileiro* e não do *brasileiro preso* – distinção importante quando se separam as configurações de envelhecimento dentro do cárcere (idades cronológica, biológica, psicológica e social) – bem como parece desconhecer que o número de presos com mais de 60 anos saltou de 3.328

²⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**, p. 120.

²⁶ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, p. 125.

em 2008 para 4.856 em 2011 segundo o DEPEN, o que representa um aumento de 45,91% em apenas três anos. Ou seja: o envelhecimento prisional dessa parcela vulnerável da população deveria ser fundamento para o caminho inverso do adotado pela novel legislação penal.

Ademais, a utilização da perspectiva do tempo individual não pode contradizer o dispositivo constitucional que impõe ao estado o dever de amparar a pessoa idosa e defender a sua dignidade, nem tampouco criar mais uma antinomia infraconstitucional: ao atenuar a pena do idoso, suspender a sua aplicação ou reduzir o prazo prescricional pela metade, indica-se que o passar dos anos é fundamento para abrandar e não agravar a punição. Já que nunca se vê alguém sair de um cárcere melhor do que entrou²⁷, a única pior forma é não sair dele vivo. Vê-se que a proposição desse aumento, em si mesma, deveria ser obstada ao ser defrontada com a proscrição constitucional da crueldade (art. 5º, XLVII, “e”, CF/88) – o que confirma ser o princípio da humanidade o “mais ignorado pelo poder criminalizante” e que “igualmente cruéis são as consequências jurídicas que se pretendam manter até a morte da pessoa, porquanto impõe-lhe um sinete jurídico que a converte em alguém inferior (*capitis diminutio*)²⁸.

O processo de “secularização” das práticas punitivas, nesse sentido, retira a explicação do fenômeno punitivo das doutrinas eclesiais e reage humanisticamente contra o estilo inquisitório, desvinculando as categorias do direito e da moral e dissociando *delito* e *pecado*²⁹. A matriz postulada por Salo de Carvalho aqui por meio do princípio da secularização é oriunda dos valores de tolerância e respeito às diversidades e ao pluralismo, merecendo destaque por reorganizar o sistema de garantias individuais em face do inquisitorialismo, bem como por desnudar o estilo que consagrou uma “espécie híbrida de ilícito”: parcialmente eclesial (pecado) e parcialmente civil (delito), representada pelo conceito de *heresia*³⁰.

4. OS FUNDAMENTOS DO PODER DE PUNIR, A ESPADA DO GLÁDIO E O PODER SOBERANO

Na contemplação da *evolução* (melhor seria dizer *percurso*, já que não houve cessação de sofrimento) da penologia, identifica-se no centro da crise do sistema punitivo a determinação do sentido e do fim da pena. Nas palavras de Heleno Fragoso, “parece claro que a justificação da pena se encontra na própria função do Estado, como tutor e mantenedor da ordem jurídica, destinada à consecução e à preservação do bem comum”³¹. A convergência do direito penal e da política criminal (como ciência política do direito penal) está, portanto, no problema de justificação do poder punitivo.

As narrativas justificacionistas das teorias legitimantes da pena oferecidas pelos processos de racionalização sucumbem às críticas criminológicas no instante em que são confrontadas, empiricamente, com a exibição do formato da sua aplicação. É certo que aqui não se pressupõe superado o questionamento acerca da legitimidade do *potestas puniendi* estatal, nem tampouco se aceita de forma impassível o exercício da violência por meio da pena. O que ocorre é que, enquanto a política criminal se dedica à questão da (i)legitimidade do poder, quando a dogmática o racionaliza, habilitando-o ao exercício do controle social, percebe-se como historicamente o direito penal se instrumentalizou a partir do fins da pena.

²⁷ LINS E SILVA, Evandro. **De Beccaria a Filippo Gramatica**, p. 40.

²⁸ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 233.

²⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**, p. 241.

³⁰ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 242.

³¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 546.

O avanço percebido com a teoria do fato punível que subiu no trem e, em alta velocidade, se associou às discussões filosóficas mais aprofundadas, contrasta com a estagnação da teoria da pena, que ficou paralisada na estação até hoje nas formas concretas de punição e práticas penais específicas.

As respostas acerca dos fundamentos do direito de punir, portanto, oscilam entre a metafísica e a mitologia porque atendem a perguntas retóricas ou mal formuladas. Isso porque, ao indagar se eles (os fundamentos) *existem*, atende-se a uma questão *gramatical* cuja experiência é limitada e não da *natureza* e da interminável experiência humana. Assim como, igualmente, o questionamento sobre a finitude e a infinitude precisam ser esclarecidos à luz de um questionamento apropriado. Na busca por alguma credibilidade que garanta minimamente sua validade, as teorias que difundem a prevenção, por exemplo, respondem às perguntas acerca dos efeitos práticos que são produzidos com o sofrimento de maneira retórica e se socorrendo aos malabarismos discursivos, o que revela sua desonestidade ao tentar varrer para debaixo do tapete a dor que promove e a penúria que fomenta. Em suma: o uso inadequado da gramática dos fundamentos punitivos é fruto do esforço preguiçoso – para encerrar uma contradição – de adaptação da linguagem e da intuição às várias formas de dizer que algo existe sem que seja real, assim como à pergunta “existe um boneco cujo nariz cresce quando mente?” tem-se duas respostas antagônicas e igualmente corretas, considerando os diversos significados no uso do verbo existir: “Claro que existe! É o Pinóquio!” ou “Não, não existe, é apenas uma fábula inventada pelo Carlo Collodi...”³².

E se a evolução da ciência indica a mudança (e não a permanência) como melhor gramática para pensar o mundo, há de se repensar o formato de infligir castigo usando o tempo como medida de mudança, como sugeriu Aristóteles. Por isso, sistematizar o processo punitivo em um conjunto organizado de eventos, cerimônias e rituais é o que possibilita descreve-lo, apreende-lo e fazer compreende-lo – sem, contudo, pô-lo à prova de suas próprias contradições. No final está a punição em forma de tempo. Assim acontece: o fato naturalístico é rotulado como típico, antijurídico e praticado por um sujeito culpável que, inelegível às cifras ocultas, uma vez escolhido – fato e sujeito – será investigado, acusado, processado e julgado. Sobrevindo condenação, aplica-se a punição quantificada em função da subtração do tempo. Mas os rituais não cessam aí, na verdade até começam: é quando vem a execução e todos os seus incidentes que pretendem domar as rédeas temporais de propriedade do seu alvo, em forma de infortúnio. Insolúvel, por sua vez, é a incapacidade de restituir os longos períodos de cárcere provisório sucedidos de absolvição.

Aqui é preciso observar que não se dissocia severidade de intimidação simplesmente, mas sobretudo se questiona o aumento desproporcional: uma pena não intimida na mesma intensidade em que se a aumenta. Ou ainda, nas palavras de Luís Greco, não se sabe o que a coletividade ganha, mas apenas o que o apenado perde exponencialmente com a elevação da punição e, “se estamos dispostos a trocar o certo pelo duvidoso, é porque implicitamente o certo é tido por pouco valioso”. É dizer: o muito seguro não importa, uma vez que vale menos que o pouco incerto que se ganha³³.

E se o centro gravitacional do direito penal está na pena³⁴ e esta é sempre medida em função do tempo, a vingança expressa na privação ou na limitação da liberdade é sempre contra o tempo, mesmo que em função dele. Mas, se é certo que o Direito não integra as ciências da natureza (*Naturwissenschaften*), mas se baseia em realidades sociais e históricas (*Geisteswissenschaften*) – portanto, irredutíveis a modelos causalistas, faz-se necessário procurar outras “verdades jurídicas” sob as quais se possa erigir o fundamento da punição e abandonar a ficção epistemológica positivista que dá significação em descompasso com a realidade.

³² A ilustração do personagem ficcional do final do séc. XIX é tomada por empréstimo de ROVELLI, Carlo. **A ordem do tempo**, p. 90.

³³ GRECO, Luís. **Quanto vale a vida de um brasileiro?** p. 4-5.

³⁴ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**, p. 110.

O pioneiro a perceber que o percurso contínuo em direção ao futuro retorna inevitavelmente ao evento de partida foi Kurt Gödel, considerado o grande matemático do último século e último amigo de Einstein. Talvez essa percepção seja suficiente para se interpretar a reincidência criminal como algo natural e, por vezes, estimulada. Não fosse política a pena e fruto de vingança (como é) mas jurídica (como se diz ser), reincidir deveria ser algo favorável a quem sofre nova punição após cometer outro crime. Mas como a impossibilidade de se mover em direção ao futuro projeta nele expectativas frustradas antecipadas (porque incontrolláveis), equivocado também é forçar a descrição do mundo com o fim de adequá-la às próprias intuições. Se, *a contrario sensu*, a adaptação for das intuições em relação às descobertas, cria-se uma concepção negativa. Negar as funções declaradas das teorias positivas, então, é revelar o seu horizonte improficuo a partir dos dados da realidade sobre a qual operam e que excedem a simples inversão de sinal – o que forçosamente leva à conclusão que a reincidência deve ser uma circunstância atenuante genérica, e não agravante como atualmente funciona no processo dosimétrico de aplicação da pena no Brasil.

As teorias deslegitimantes da pena são retiradas do debate por tratarem do fenômeno punitivo se afastando dos seus engodos e se aproximando da realidade em que opera, contrariando a definição positiva da pena como coerção direta e negando toda a pirâmide do sistema penal desde a base até o topo, trazendo à consciência ética e chamando à responsabilidade os julgadores e sentenças que habilitam o poder punitivo e promovem agrura – e que por isso não podem dizer que não sabem. Nesse sentido, o horizonte teleológico proposto por Tobias Barreto e que encontrou olhares atentos e sensíveis ao tema mais de um século depois³⁵, denuncia a derrota das funções proclamadas e a irracionalidade das funções ocultas, utilizando-se da redução de danos como percurso e projetando como destino a extinção da pena em qualquer formato ou espécie que inexoravelmente inflija dor, tolerando nesse caminho os casos extremos – e inclusive nesses – gradativamente até o momento em que, já bem distante do infortúnio e enxergando-a pelo retrovisor, todos entendam e se envergonhem “daquela época” em que se separavam humanos por muros, grades e trancas.

Em relação à condição natural da humanidade em Hobbes, quando apontadas as três causas da guerra trazidas no capítulo XIII do *Leviatã* (*competição, desconfiança e glória*)³⁶, necessário se faz esclarecer que o motivo que leva os homens a ferir-se mutuamente nem sempre é a escassez das coisas pelas quais nutrem apetite, mas também o poder oriundo da posse do que não podem desfrutar em comum ou dividir³⁷. Nessa disputa há um poder mais perigoso e danoso do que o da espada visível (o gládio da justiça e da guerra empunhada): a reunião no comando do soberano do poder temporal e espiritual, civil e eclesiástico – a espada invisível da fé e da religião sustentada pelo clero com o objetivo bem definido de destruir a paz, maquinando a sedição.

A ideia de que a dependência do poder punitivo é gerada pela necessidade de fazer valer a lei em caso de descumprimento dos compromissos sociais (“*os pactos sem a espada não passam de palavras*”³⁸) traz consigo uma aparente contradição que confirma a desnecessidade do poder punitivo e esvazia de sentido a sua expansão. A ilusória associação de dependência de validade dos pactos à existência de um poder punitivo estatal é revelada: (i) na antecedência fundacional do Estado sem qualquer espada soberana para garantir o cumprimento/validade contratual (se nenhum pacto tem valor na ausência estatal, como forçar obediência ao primeiro contrato pelos futuros cidadãos sem a espada indispensável à fundação do poder?); (ii) na assertiva hobbesiana que indistintamente trata o homem em sua

³⁵ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 97-113; CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança**, p. 143-238.

³⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, cap. XIV, p.126.

³⁷ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*, cap. I, § 6, p. 30.

³⁸ Tradução livre de “*Covenants without the sword are but words*”, frase que inicia a Parte II do *Leviatã*.

condição natural ou organizado civilmente que, ao mesmo tempo que inviabiliza a existência do próprio Estado (cujo nascedouro é um pacto que, em tese, não poderia existir à mingua de uma espada do soberano), coloca em rota de colisão o itinerário argumentativo sobre a garantia de cumprimento do pacto (se os vínculos das palavras são demasiados fracos para conter os impulsos e as paixões humanas, como defender que o medo de algum poder coercitivo pode inibir a conduta delituosa?); e (iii) quando ao associar a belicosidade humana à sua ambição e busca de posição privilegiada por primazia e superioridade, Hobbes estabelece o estado de guerra que desnuda o fundamento jurídico da pena (se não é a escassez de recursos mas a expansão do poder por meio das conquistas que leva à necessidade de adoção de medidas preventivas de proteção voltadas para a dissuasão, a mera possibilidade de ampliação alheia do poder leva à imperatividade de precaução e cautela defensivas – cujo estímulo é a desproporção entre a quantidade de bens e as necessidades humanas).

Isso demonstra que a concepção humana – sempre em conflito com os demais – percebida em Hobbes, é o que fundamenta a guerra como uma “continuação da economia burguesa por seus próprios meios, desmedidos”³⁹ e que cria o conflito do qual se utiliza a pena para se legitimar. Como precisa escolher entre combater o inimigo (ora criação da mente, ora criatura humana materializada) entre aqueles que são seus semelhantes ou o soberano a quem se deve obediência, cria-se uma ambiência individualista e de competição onde qualquer diferença é estopim para o conflito. Assim, percebe-se o encontro entre as três causas da guerra apontadas inicialmente: a desconfiança como desdobramento da competição que se entrelaça à glória como motivos da discórdia entre os homens.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se por um lado o discurso jurídico-penal tem dentre as funções determinadas tornar previsível a função do julgador, por outro virá sempre associado a um programa político – o que leva à conclusão que pena é sempre política⁴⁰, e não jurídica. Afastando qualquer fragmentariedade, apresenta-se a pena como remédio para todos os problemas sociais e, uma vez ministrada e sem antídoto que a reverta, aumenta-se a dose: eis a síntese confidente da insuspeita conclusão do ciclo que encerra com fidedignidade o retroalimentado sistema penal. Como a expectativa do lançar o pão nas águas e a simbiose punitiva entre o remetente e o destinatário da punição. Assim, se compreender o mundo é estudar suas mudanças (eventos) – e não as coisas, em relação à pena entender sua desnecessidade implica o inverso: ignorar a ausência de mudança sobre quem recai a punição deve ser suficiente para abandonar essa forma primitiva de enjaular pessoas como medida de justiça, em face da descrição do fenômeno punitivo como acontece, não como é. Assim como Pinóquio existe como personagem literário, mas não no registro civil italiano, as funções declaradas da pena criminal (dissuasão, intimidação, consenso/estabilização social, correção, terapêutica, dentre outras) estão espraiadas e acreditadas no imaginário (com a exceção do retributivismo e da incapacitação/neutralização, por óbvio, que mesmo sendo veladas e ocultas, são reais), mas inexistem na realidade social.

Apresentada como uma relação desconexa e em descompasso quanto à causa e efeito, crime e pena vivem incongruentemente em constante desconfiança recíproca. E essa desconexão expõe um receio científico que se estende ao campo social, quando contradiz o domínio dos fenômenos tão exigido para qualquer formulação. Nasce então uma inquietação aos espíritos mais relutantes e que fogem das soluções mais simplistas numa fuga-prisão que é a luta pela liberdade como o domínio que se conquista sobre si mesmo (Goethe).

³⁹ RIBEIRO, Renato Janine. **Ao Leitor sem Medo: Hobbes escrevendo contra o seu Tempo**, p. 24.

⁴⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Pena é política**, p. 49

Adiante, já na experiência carcerária, o tempo não é aquele determinado na sentença condenatória, mas o elástico ou lento processo de percepção do que se desperdiçou na liturgia sequencial sob a qual se estrutura o processo punitivo. E a ideia inicial da divisão do tempo em dias, assim, acaba por tornar-se poética, bíblica, física e até meteorológica – mas não traduz o ideal de justiça de sua utilização na privação da liberdade. Ao tomar os sinais das coisas pelos seus significados, a continuidade da teoria do fato punível orientada para as consequências não pode mais prosperar. Em prol de uma suposta modernização e de uma funcionalização do direito penal, identifica-se uma paulatina perda da importância da produção científica e a sua subliminar substituição pela produção da política e das práxis, levando a uma erosão de princípios inegociáveis do direito penal.

Sob a ótica do eficientismo, do interesse na produção de efeitos desejáveis e do impedimento de efeitos indesejáveis, são implementados com êxito os sinais distintivos de realidade e amplitude autônomos, com vida própria e condutores do direito penal a uma fronteira onde são desvirtuados. Uma vez orientados para as próprias consequências, o sistema penal vê rachada as estruturas ao abandonar o trajeto consolidado construído pelos princípios, passando a servir de ferramenta de política interna de segurança pública e rejeitando sumariamente a indagação crítica acerca da aptidão instrumental. Desvencilhando-se gradativamente dos grilhões e das garantias fornecidos pelos princípios, ficam abertos os caminhos que tradicionalmente e com boas razões eram seguros e mantinham o sistema penal no lugar, ajustado ao conjunto de instrumentos políticos disponíveis para o controle de conflitos.

Quando Mário Quintana exprimiu a sua visão madura e sábia sobre a passagem do tempo ao discorrer sobre a vida e os deveres quando se olha para os ponteiros, ficou estupefato. E perplexo, ao enxergar a passagem de seis décadas, conclui que “era tarde demais para ser reprovado” e que se tivesse outra oportunidade ignoraria o relógio e seguiria em frente, “jogando pelo caminho a casca dourada e inútil das horas”⁴¹. A impiedosa velocidade de medição fora dos muros da prisão contrasta com o vagar ocioso e improdutivo da subtração temporal do cárcere, são cascas douradas jogadas fora. É a vida fugaz contra a adiada, a efemeridade versus a destruição. Como o tempo sempre continua – mesmo nem sempre estando mais o homem presente – sempre é tarde demais para ser reprovado.

6. REFERÊNCIAS

BARRETO, Tobias. **Fundamento do direito de punir**. In: *Estudos de Direito*. Publicação póstuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 161-179.

_____. **Estudos de Direito**. Tomo II. São Paulo: Record, 1991.

_____. **Prolegômenos ao Estudo do Direito Criminal**. In: *Estudos de Direito*. Publicação póstuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 44-81.

BATISTA, Nilo. **Decisões Criminais Comentadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

_____. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan ICC, 2002.

⁴¹ QUINTANA, Mário. **Seiscentos e sessenta e seis**. In: *Esconderijos do Tempo*, p. 38.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Sobre as Possibilidades de uma Penologia Crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento**. In: *Revista Polis e Psique* v. 3, n. 3, p. 143-164, Porto Alegre, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Luís. **Quanto vale a vida de um brasileiro? Um apelo à comissão de reforma do Código Penal**. In: *Boletim IBCCrim*, nº 236, julho/2012, ano 20, p. 3-5.

HASSEMER, Winfried. **História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo – Parte II**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Leviatã**. Org. Richard Tuck. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

INFOPEN, junho/2019. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen.

LINS E SILVA, Evandro. **De Beccaria a Filippo Gramatica**. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.

QUINTANA, Mário. **Esconderijos do Tempo**. Rio de Janeiro: L&P, 1980.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao Leitor sem Medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

ROVELLI, Carlo. **A Ordem do Tempo**. Trad. Silvana Cobucci. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Pena é política**. In: *Discursos Seditiosos* (Rio de Janeiro), ano 19, números 21/22, p. 49-59, 2014.

TAVARES, Juarez. **Critérios de seleção de crimes e cominação de penas**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, dez. 1992.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal**, t. II. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: B de F, 2005.