

Reflexões Filosóficas e Utópicas sobre o Tempo Jurídico de Punição

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Introdução. 2. O Tempo Jurídico de Punição. 2.1. O Tempo Jurídico como Simples Medida da Punição. 2.2. A Pena-Castigo como Regra. A Tentativa de Recuperação do Apenado como Exceção. 2.3. A Prisão como Sinônimo do Tempo de Punição. A Hipocrisia do Sistema Penitenciário. A Lucidez de Foucault. 3. O Tempo Ético-Jurídico de Punição. 3.1. O Ideal de Conciliação do Tempo Jurídico com o Tempo Subjetivo: o Tempo Ético-Jurídico de Punição. 3.2. A Pena de Duração Indeterminada como Sugestão para Essa Conciliação. 4. Conclusão. Nota. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A questão do *tempo* vinculado à punição pode passar despercebida se ficarmos intelectualmente restritos aos lindes estreitos da conceituação jurídica. Ao percorrermos o código penal brasileiro, por exemplo, fica patente a opção do legislador pela fixação da pena privativa de liberdade, tendo por supedâneo o *tempo*: crime de furto = um a quatro anos de reclusão. Vislumbramos, entretanto, a possibilidade de uma reflexão mais abrangente do sentido filosófico dessa escolha do *tempo como medida de punição*. Assumimos a perplexidade de constatar a presunção do legislador e dos aplicadores do Direito em lidarem com o *tempo* como algo concreto e mensurável, como uma realidade que pode ser estabelecida no presente e projetada para o futuro, destinada ao sujeito infrator. Delimitar o tempo, com a certeza de sua aplicação (integral ou não) é uma forma de tentar dominar um fenômeno impalpável e de difícil conceituação. Pode-se constatar, de pronto, o binômio tempo-castigo que recai num ser humano, cuja existência recebe, antecipadamente, uma rotulação jurídica para viger naquele prazo fixado por uma sentença de condenação. O *tempo jurídico* é, a princípio, sinônimo de castigo. A privação da liberdade entra em cena para formar o conteúdo essencial do punir. Mas o punir não pode ter, por conteúdo, apenas o castigo. O castigo, como algo isolado, destrói *existências* com a ajuda inexorável do tempo. É preciso atentar, portanto, para o fluir de um tempo subjetivo concomitante – a ser vivenciado pelo condenado – que possa lhe propiciar uma oportunidade de reflexão sobre o seu *existir* durante o cumprimento da pena e, talvez, apontar-lhe um caminho de recuperação em termos de reinserção no corpo social.

* Especialista em Filosofia e Existência pela UCB. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RJ. *Visiting Scholar* na *Harvard Law School* no ano acadêmico 1980/1981.

Por força de nossa experiência profissional na área do Direito como membro do Ministério Público, conhecemos a trágica realidade de nosso sistema penitenciário. Trabalhamos, na década de oitenta, durante quase seis anos, como promotor de justiça titular da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, constatando, mormente através das visitas de inspeção obrigatórias a estabelecimentos prisionais, que vidas humanas – constituídas na sua maioria absoluta de indivíduos pobres – são enjauladas por períodos de tempo diversos para cumprimento do castigo imposto pela sociedade.

A grande mentira da *ressocialização* do preso, como paradigma-mor do sistema, é uma fantasia insustentável. Quando focalizamos, na memória, a última visita de inspeção realizada no Instituto Penal Ary Franco (Água Santa), no Rio de Janeiro, enxergamos, novamente, uma cela de trinta metros quadrados, povoada por trinta internos que disputavam, para suas necessidades fisiológicas, um buraco fétido num canto do recinto. O cheiro reinante no ambiente e o ruído de vozes nervosas, descontraídas e indecifráveis provocaram-nos uma náusea súbita e, no mesmo instante, uma dúvida existencial assomou em minha mente: “e se fosse eu a vítima deste absurdo?” Lembramo-nos, também, com muita tristeza, da última visita de inspeção feita no Manicômio Judiciário Heitor Carrilho, que batizamos de “Casa dos Mortos”, homenageando o livro do grande Dostoiévski, e que ensejou um relatório, em cuja conclusão fizemos o seguinte apelo-desabafo:

Voltamos para o mundo dos vivos chocados com tudo o que vimos. O Manicômio Judiciário não existe. Aquilo não é um hospital. Aquilo é uma miniatura de campo de concentração. Ali não se recupera ninguém. Ali se degenera. Ouso apresentar uma sugestão apesar de ter plena consciência de que não será acatada: *vamos fechar o Manicômio Judiciário Heitor Carrilho*; vamos transferir os doentes para um lugar decente, para um verdadeiro hospital. Vamos construir um novo Manicômio Judiciário Heitor Carrilho. Pode ser sonho, mas como diz MILAN KUNDERA, “o sonho é a prova de que imaginar, sonhar com aquilo que nunca aconteceu, é uma das mais profundas necessidades do homem”.

Não nos convence, portanto, uma visão puramente jurídica para o tempo de punição. Nosso espírito pede mais; ele busca, na verdade, um conteúdo *ético* para esse tempo. Esperamos que o presente artigo possa superar a mera catarse pessoal e que se constitua numa espécie de estímulo para novas reflexões focadas numa mudança de paradigma na área jurídica do punir.

Em suma: tentaremos demonstrar que *o tempo jurídico de punição* pode se conciliar com o *tempo subjetivo filosófico*, através de um conteúdo ético, convolvendo-se num *tempo ético-jurídico de punição*. Sem, obviamente, a pretensão de Michel Foucault quando afirma que:

Escrever não me interessa senão na medida em que o que é escrito se incorpore à realidade de um combate, a título de instrumento, de tática, de esclarecimento. Gostaria que meus livros fossem como bisturis, coquetéis *Molotov* ou galerias de minas e que eles se carbonizassem depois de seu uso do mesmo modo que fogos de artifício. (Foucault *apud* Boullant 2003:10).¹

2. O Tempo Jurídico de Punição

2.1. O Tempo Jurídico como Simples Medida da Punição

O “tempo de punição” nasce com a lei e se baseia na gravidade do delito. Quanto mais lesiva a infração, maior o tempo de punição. Em determinados países, a prisão perpétua figura como sendo o tempo máximo da permanência do condenado afastado da sociedade. Na verdade, ela não deixa de ser um eufemismo da pena de morte. Uma morte em vida. O que se pretende com a fixação do tempo jurídico de punição é o estabelecimento do “medo da prisão” como forma principal de prevenção da criminalidade. O tempo de punição, como concretização do medo de ser preso, é o tempo cronológico, aquele tempo que impacta a consciência do potencial delinquente. A própria mídia dá ênfase ao “tempo da punição” quando noticia a ocorrência de determinado delito. É o tempo com todo o seu peso, com toda a sua carga de negatividade, significando o encurtamento da vida com a perda ou a restrição da liberdade. Enquanto norma em abstrato, esse “tempo” permanece escrito na lei e perdura indefinidamente até que outra lei sobrevenha, seja para abolir o crime, seja para alterar a pena. A norma concreta é ditada por uma sentença condenatória e individualiza o tempo para um determinado sujeito que passa a ter o seu próprio “tempo de punição”.

Interessante é que o próprio Estado, pretendo portador de uma vontade oriunda da sociedade, parece temer esse “tempo de punição”. Tanto assim que criou a “prescrição da pena” como meio indireto de favorecer o delinquente, caso o sistema penal demore na investigação de um crime ou retarde o próprio processo judicial dentro de um determinado tempo que varia, também, de acordo com a gravidade do delito: quanto mais grave o delito, maior o tempo para que se alcance a prescrição. Neste caso, é a sociedade que se vê diante de uma espécie de “angústia” causada pela impunidade do infrator. De qualquer forma, o “tempo cronológico” entra em cena como regulador desse instituto jurídico.

O tempo serve também como pressuposto básico para a decretação das determinadas prisões cautelares: a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva. São medidas processuais que podem ocorrer antes do trânsito em julgado da

¹ “Écrire ne m’intéresse que dans la mesure où cela s’incorpore à la réalité d’un combat, à titre d’instrument, de tactique, d’éclairage. Je voudrais que mes livres soient des sortes de bistouris, de cocktails Molotov ou de galeries de mines, et qu’ils se carbonisent après usage à la manière des feux d’artifice” (Foucault *apud* Boullant 2003:10).

decisão condenatória. Percebe-se que essas medidas processuais, ditas acautelatórias, são reguladas pelo “tempo” e significam tão somente o afastamento provisório do suspeito do meio social onde vive. O tempo de punição é antecipado e se baseia, também, no tempo cronológico, sem qualquer preocupação com a subjetividade do “preso”. E essa privação da liberdade, em muitos casos, acaba convolada em definitiva no caso de a “prisão cautelar” se estender durante todo o processo.

2.2. A Pena-Castigo como Regra. A Tentativa de Recuperação do Apenado como Exceção

O que chama a atenção é justamente essa presunção de que aquele tempo fixado pela lei será de fato cumprido pelo infrator. O tempo de punição é amedrontador; ele se impõe à sociedade como algo que possui a força de encurtar a existência ou, aparentemente, de alongá-la por meio do *tédio*. Pela letra fria de um código penal, lança-se alguém num cárcere por trinta anos com a certeza de um “dever estatal cumprido”. O tempo de punição se caracteriza, portanto, como um *tempo de castigo*.

O tempo de punição é demarcado pelos ponteiros do relógio. O “aqui e agora” de determinados excluídos deve se prolongar o máximo possível nos cárceres para que a aparente “normalidade social” não seja perturbada. A responsabilidade pelo passado do delinquente e, como consequência lógica, pela possibilidade de sua recuperação, não entra em cena nessa economia do tempo porque se houvesse de fato um interesse na reinserção do infrator, a experiência histórica acumulada – ensejando estudos e pesquisas de alto nível intelectual – teria propiciado uma mudança de paradigma; o que de fato não ocorreu, a não ser como isoladas exceções. Por outro lado, constata-se, atualmente, um recrudescimento da criminalidade violenta, reforçando a ideia do aprisionamento do criminoso temporalmente alargado. A “garantia” de um tempo de afastamento maior produz uma falsa sensação de segurança para os que estão do lado de fora do sistema penitenciário.

Como bem assinalado por Michel Foucault:

A duração intervinha, sem dúvida, no antigo sistema das penas: dias de pelourinho, anos de banimento, horas passadas a expirar na roda. Mas era um tempo de prova, não de transformação concertada. A duração deve agora permitir a ação própria do castigo:

Uma série prolongada de privações penosas, poupando à humanidade o horror das torturas, afeta muito mais o culpado que um instante passageiro de dor... Ela renova sem cessar aos olhos do povo que serve de testemunha a lembrança das leis vingadoras e faz a todos os momentos reviver um terror salutar.

O tempo, operador da pena. (Foucault 1977: 96-97).

2.3. A Prisão como Sinônimo do Tempo de Punição. A Hipocrisia do Sistema Penitenciário. A Lucidez de Foucault

A prisão se apresenta como consequência lógica do tempo de punição. Ela tem como arquétipo o medo e o seu desenho no imaginário coletivo é de uma cela com grades onde o indivíduo marginalizado é lançado para cumprir o seu castigo. A penitenciária, o presídio, a cadeia e o xadrez só se tornam agradáveis nas situações excepcionais de visita que os familiares de um preso, por exemplo, realizam no final de semana. Talvez esse *tempo* de permanência “agradável” ainda caia melhor para uma turma de estudantes universitários visitando, pela primeira vez, uma penitenciária. É possível que, mesmo para os que trabalham como agentes penitenciários, aquelas instalações, depois de algum tempo, se tornem lugares insuportáveis, tornando-se um mal necessário nas suas existências. Mas, para o preso, o *tédio* é inexorável e, ao mesmo tempo, paradoxal. Paradoxal porque, aparentemente, o tempo se alonga em virtude do aprisionamento forçado; no entanto, esse falso alongamento representa, de fato, um encurtamento de sua própria existência.

O que é dado, em termos de mundo, ao preso? Numa visão otimista, temos, como exemplo, a penitenciária com o seu conjunto arquitetônico característico: celas individuais e coletivas, solitárias, ala administrativa, biblioteca, quadra de esporte e oficinas de trabalho. Fato é que o sentimento de *tédio* permanece durante o tempo em que o interno cumpre sua pena no sistema. Essa rejeição está diretamente relacionada com a própria estrutura física do local destinado ao cumprimento da pena. É ali onde o preso se submete ao *tempo* de espera nos limites impostos pelo Estado-Juiz. Quanto mais rigoroso o castigo, quanto mais exasperado o confinamento, mais acentuado se torna o sentimento de *tédio* do condenado. O olhar para o relógio se transforma num olhar para o calendário e, no caso de uma pena de prisão perpétua, o olhar pode se dirigir para a própria morte. Ousamos imaginar que o ser humano condenado à prisão perpétua, para não descambar no abismo da loucura, procurará sempre nutrir o seu imaginário com o desejo de uma fuga espetacular que o retire daquele “inferno”, devolvendo-lhe a própria existência. O que fazer durante esse longo tempo de espera? Cremos que o sofrimento imposto por essa espera extrapola o *tédio*, engendrando a irresignação e o ódio.

Mesmo no interior de uma cela, isolado dos demais presos, a situação pode variar de acordo com a formação profissional ou intelectual do condenado. A leitura, ainda que censurada, pode ser um *passatempo*. A decisão de escrever um livro autobiográfico ou de realizar um estudo de determinado autor podem ser saídas para o *tédio*. O trabalho penitenciário é, na realidade, uma espécie de *passatempo* que se oferece ao preso como forma de atenuar-lhe o *tédio* e de mantê-lo ocupado com “algo positivo” que seja, inclusive, eficaz na prevenção de eventual plano de fuga. Obviamente, como já assinalamos acima, o maior desejo de um preso mentalmente é o de buscar sempre uma saída para aquela situação de *tédio*.

Michel Foucault, ao ser indagado sobre o “trabalho penitenciário” respondeu que:

(...) a partir dos anos 1835-1840, tornou-se claro que não se procurava reeducar os delinquentes, torná-los virtuosos, mas sim agrupá-los num meio bem definido, rotulado, que pudesse ser uma arma com fins econômicos ou políticos. O problema então não era ensinar-lhes alguma coisa, mas, ao contrário, não lhes ensinar nada para se estar bem seguro de que nada poderão fazer saindo da prisão. O caráter de inutilidade do trabalho penal, que está no começo ligado a um projeto preciso, serve agora a uma outra estratégia. (Foucault 1981: 133-134)

O grande pensador social, psicanalista Hélio Pellegrino, desabafou:

A ordem social brasileira é intrinsecamente perversa. Ela é concentradora de renda e excludente, no mais alto grau. Na favela, tal como está organizada, reproduz-se semelhante estrutura. Há uma socialização da delinquência. Esta deixa de ser propriedade privada do capitalismo selvagem e passa a ser modelo da miséria, seu projeto estruturante. (Pellegrino 1988: 177-178)

O que sobra para o sistema penitenciário brasileiro? O lixo dos lixos, evidentemente. Em processo cível, referente à indenização por morte de preso em penitenciária desta cidade do Rio de Janeiro, escrevemos o seguinte:

A execução penal (do pobre) no Brasil começa na concepção. O filho da miséria é condenado à pena de vida marginalizada, desde que consiga vencer as desgraças da infância. Quando consegue ser “homem de bem”, sobrevive de subemprego. Pode também se transformar num mendigo ou num doente mental. Mas o destino mais cruel é a criminalidade. Nesse último campo, pode acabar morrendo na rua, abatido que nem um animal selvagem. Pode ser recolhido a uma unidade do sistema penitenciário, onde se aperfeiçoará na delinquência ou encontrará a morte pela AIDS ou pelas mãos de colegas de infortúnio. Hipocritamente, se apregoa a ressocialização do “bandido” preso. Como ressocializar o que nunca foi socializado? Hipocritamente, se prega a pena de morte quando ela já existe, aberta e informalmente.

O Mestre ROBERTO LYRA descreveu a prisão como sendo:

rotura, de ofício, do chamado contrato social. O preso passa, compulsoriamente, a vegetar, noutra sociedade. Prisão é morte moral, morte cívica, morte civil, morte mesmo pela consumição da vida. RUI BARBOSA considerou a prisão por 30 anos eufemismo da pena de morte. É pior do que a pena de morte. Eliminação lenta. “Mofando”, “apodrecendo”, dizem as vítimas. É “pena perpétua” – inconstitucional – prisão do velho e do doente que vai morrer preso. As mulheres morrem mais depressa. Toda pena encurta a vida. A pena é sempre longa, por mais curta, pela memória, pela imaginação, pelo desgaste, pelo estigma. Todos reconhecem a nocividade de prisões curtas ou longas, recorrendo, aliás, inutilmente, para umas à suspensão da execução, para outras, livramento condicional e vários expedientes inoperantes contra umas e outras. (Lyra 1971: 108)

A lucidez de Foucault reside justamente no fato de haver capturado a real imagem do sistema carcerário, desvendando a sua inutilidade como meio de a sociedade cuidar do ser humano marginalizado. Por outro lado, destacou que o próprio sistema acaba se transformando numa espécie de “fábrica de delinquentes”:

A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não “pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa”; queremos que a prisão eduque os detentos, mas um sistema de educação que se dirige ao homem pode ter razoavelmente como objetivo agir contra o desejo da natureza? (Foucault 1977:235)

Conclui-se, portanto, que o *tempo jurídico* é, em tese, frio e impiedoso. Ainda que se estabeleçam penas mitigadas ou alternativas para a execução da sentença, na maioria quase absoluta das vezes – e este fenômeno tem se acentuado à medida que a população aumenta e o número de condenados cresce – a prisão continua sendo o modelo *preferencial* de resposta do Estado ao delito praticado. A prisão como isolamento, como condenação a uma solidão duradoura ou a uma promiscuidade assustadora. Seres enjaulados ou trancafiados em celas inóspitas. O tempo é o castigo, por excelência.

3. O Tempo Ético-Jurídico de Punição

3.1. O Ideal de Conciliação do Tempo Jurídico com o Tempo Subjetivo: o Tempo Ético-Jurídico de Punição

O tempo jurídico de punição é objetivo e medido, dia após dia, pelo calendário. Trata-se de um tempo cronológico onde a databilidade entra em cena, oferecendo, por exemplo, os marcos de início e de fim do cumprimento da pena. Seria o *tempo público* heideggeriano:

§80. Se a ocupação do tempo pode realizar-se, a partir de dados do mundo circundante, no modo caracterizado da datação, isso, no fundo, só acontece no horizonte de alguma ocupação do tempo que conhecemos como a *contagem do tempo*, própria da astronomia ou do calendário. (Heidegger 2007: 506/507)

Há, também, uma preocupação do legislador em definir *prazos temporais*, proporcionais ao tamanho da pena, para a obtenção de benefícios progressivos, até a extinção da expiação. O sujeito condenado fica à mercê do Estado durante um lapso temporal. A sua liberdade de ir e vir é obrigatoriamente restringida durante um determinado tempo fixado pela lei e ratificado pela justiça humana. Não importa o que, *subjetivamente*, aquele ser-condenado vivenciará. O que importa é que se afastará compulsoriamente do convívio social por um tempo fixado e delimitado pelos dias, horas, minutos e segundos. Será que ele viverá o suficiente para cumprir aquele tempo? Será que ele aproveitará aquele tempo para uma mudança de rumo na sua existência? O que será que o espera por detrás daquele muro, no interior daquela prisão? O importante é o *tempo*. O tempo objetivo na sua sucessão contínua de dias, meses, anos. O tempo do calendário e do relógio. E, em determinados países, onde a prisão perpétua é legalmente prevista, a morte será o *dies ad quem* desse tempo. Prevalece, assim, *o tempo como mera punição*. No Código Penal brasileiro existem artigos que exemplificam tal assertiva:

Contagem de prazo

Art. 10. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

Frações não computáveis da pena

Art. 11. Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.

Limite das penas

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

Falar-se em *tempo subjetivo* do preso, em termos jurídicos, é entrar numa espécie de abstração. Independentemente de qualquer investigação filosófica, o tempo cronológico de punição, sob a ótica da existência humana, se torna necessariamente um tempo subjetivo e, assim, portador de um *conteúdo* que pode ser trágico ou restaurador. No momento em que a liberdade de alguém é coarctada, aquele tempo objetivo se transforma e se subjetiva, passando a ter um *conteúdo existencial*. Heidegger analisou com bastante profundidade o *tédio* que, a nosso juízo, passa a ter um lugar de destaque na psique de um *ser* submetido ao encarceramento forçado. Diz o grande filósofo:

Tédio (o tempo longo) – o *tempo* torna-se *longo*. Que tempo? Um tempozinho qualquer? Não, mas o tempo durante o qual o ser-áí enquanto tal é, o tempo que mensura a perduração acordada ao ser-áí, o tempo durante o qual ele deve ser em meio a este ente, havendo-se com ele e, assim, consigo mesmo. É todo este tempo – e, contudo, um tempo curto. Assim, cada ser-áí é uma vez mais um pequeno tempo. (Heidegger 2006: 180)

O tempo jurídico de punição pode, portanto, abrigar um conteúdo ético que o libere da pecha de um mero tempo-castigo, propiciando, assim, uma conciliação entre os dois tempos, convolvendo-se num *tempo ético-jurídico de punição*. Este “novo tempo de punição” decorreria, por sua vez, de uma *conscientização* da própria sociedade livre, independentemente de qualquer iniciativa estatal, acerca dos *direitos humanos fundamentais* que se aplicam, indistintamente, a todos os cidadãos. Conforme assinalado por Lévinas: “O cuidado com os direitos humanos não é uma função estatal, é no Estado uma instituição não estatal, é o chamado da humanidade ainda não realizado no Estado”. (Poirié, 2007:111)

3.2. A Pena de Duração Indeterminada como Sugestão para Essa Conciliação

A *equidade* pode ser o ponto de partida na busca de um conteúdo ético para o tempo jurídico de punição. No ensinamento de Fábio Konder Comparato, a equidade:

Consiste na correção do que há de excessivamente genérico na norma legal. Por isso, a equidade tem sido qualificada como a justiça do caso concreto. Toda lei (*nómos*), frisou Aristóteles, tem um enunciado necessariamente geral, pois o legislador leva em

consideração, tão-só, os casos mais frequentes. Nesse sentido, a lei se distingue do decreto (*psephisma*), que atende a situações específicas e concretas. Ao surgir um caso não incluído de modo explícito no texto da lei, é de justiça interpretá-la num sentido mais preciso e concreto, a fim de estender a norma genérica à hipótese em questão, atendendo-se, assim, mais o espírito do que à letra da lei. (Comparato, 2006: 528)

A partir do veredicto: “A responsabilidade pelo outro”, no juiz, “é uma exigência que aumenta à medida que se lhe responde, uma impossibilidade de se quitar da dívida, e assim uma impossibilidade de adequação: uma excedência sobre o presente” (Levinas 1993: 210).

E nessa linha de raciocínio, parece-nos que a adoção da denominada *sentença indeterminada*, no nosso sistema processual-penal, pode contribuir, em muito, para essa mudança de paradigma, já que ela trabalha com o fenômeno *tempo* de uma forma mitigada e mais favorável à recuperação do apenado.

O grande jurista brasileiro, Professor Alípio Silveira, escreveu um precioso artigo intitulado “A Sentença Indeterminada nos Estados Unidos”, publicado na *Revista Justitia* do Ministério Público do Estado de São Paulo (*vide*: www.revistajustitia.com.br/revistas/xwb872.pdf), estabelecendo os contornos teóricos e práticos desse instituto jurídico que ora gizamos. Destacamos do artigo os excertos transcritos nas linhas que seguem.

A sentença indeterminada surgiu, modernamente, como uma experiência destinada a melhorar os métodos penais de prevenção ao crime. Substitui as noções de expiação, punição e retribuição pelas de correção e tratamento protetor. Como o tratamento não pode ser prefixado, resulta que sua duração deve adaptar-se aos vários casos, isto é, deve ser fixada posteriormente à sentença.

A sentença indeterminada pouco ou nenhum valor teria se fosse apenas um castigo de duração indeterminada.

E, mais adiante, prossegue o eminente jurista:

A expressão “sentença indeterminada” parece ter sido lançada por Brockway, o norte-americano que introduziu o sistema e foi o fundador do famoso Reformatório de Elmira em Nova York. Ele a propôs no Congresso da *American Prison Association*, celebrado em 1870 em Cincinnati. A expressão pegou, mas tem sido frequentemente e no

todo justamente criticada. As objeções acentuam que a pena, e não a sentença, é indeterminada; e pode-se mesmo acrescentar que, de fato, a pena, ela própria, não é e não pode ser indeterminada. Com efeito, mesmo em se tratando do sistema de indeterminação absoluta acima definido, o juiz, em sua sentença, terá de especificar a medida aplicável, entre aquelas que lhe são oferecidas pela lei. A indeterminação, uma vez proferida a sentença, se refere apenas à duração da pena, e existe só quando tal duração deve ser determinada a posteriori, à vista do tratamento proporcionado e dos seus efeitos. Esta é a razão pela qual Jiménez de Asúa propôs que os únicos termos a serem usados devem ser “pena determinada a posteriori”, ou “pena de duração indeterminada”. Todavia, o fato é que a expressão tornou-se hoje parte do vocabulário comum dos criminólogos, passou a todas as línguas, e deve, assim, ser adotada.

O artigo 88 da Lei de Execuções Penais pátria estabelece o seguinte:

Artigo 88. O condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único: São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores da aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de seis metros quadrados.

Observe-se que a preocupação principal do legislador, no dispositivo legal supracitado, se relaciona à estrutura da “prisão”, como local de confinamento. Fica claro que o “cuidado” diz respeito à integridade física do apenado que não “deve” sucumbir enquanto estiver *existindo* naquele cubículo. Existem indivíduos, condenados por crimes violentos, que devem ser afastados do convívio social por um tempo mais longo, prefixado pela própria lei: *e.g., até 20 anos de reclusão*. O advérbio “até” serve para revelar a indeterminação da pena, impondo-lhe, ao mesmo tempo, um limite máximo.

Fato é que esse *isolamento social* deve ser decidido e executado com *responsabilidade*, respeitando-se os *direitos humanos fundamentais do apenado* e atentando-se para suas necessidades essenciais de corpo e mente. O seu mero confinamento, ainda que numa cela que se alinhe aos contornos legais, certamente não contribuirá para sua recuperação. Importante ressaltar que a construção de estabelecimentos industriais e agrícolas já possui previsão na própria Lei de Execuções Penais conforme se pode ler no seu artigo 91:

Artigo 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

Entretanto, pouco se tem feito, em termos concretos, para implementar novos projetos que se coadunem com a vontade do legislador. Na verdade, com o aumento da criminalidade nos grandes centros, a preocupação dos governantes se volta para a construção de novas unidades de segurança máxima capazes de abrigar um maior número de presos, nos moldes da pena de prisão tradicional, como mero *tempo-castigo*. E o que se constata, na prática, é a superlotação desses estabelecimentos, animalizando-se, de maneira cruel, seres humanos.

Na época em que exercíamos uma das promotorias de justiça na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, constatamos, presencialmente, o que significava, para um interno, o cumprimento de pena num estabelecimento prisional humanizado. O Instituto Penal Vieira Ferreira Neto, em Niterói, ganhou o apelido de “sítio do pica-pau amarelo” pelo fato de estar situado num local ameno, com pavilhões de celas individualizadas, amenizados pela existência de área verde onde se cultivava uma horta e se criavam porcos. Havia, também, salões para trabalho de marcenaria e produção de artigos artesanais. Deparamo-nos com um caso *sui generis*: um egresso daquele instituto, por ter mais de cinquenta anos, não conseguira qualquer oferta de emprego de volta à sociedade; sem família e sem meios de subsistência, acabou virando morador de rua. Dirigiu-se, então, à direção da penitenciária solicitando o seu retorno ao sistema. A solução encontrada foi readmiti-lo no “sítio do pica-pau amarelo” como empregado, na função de faxineiro. E ele passou a dormir na ala da administração do instituto, ficando obviamente livre para sair quando bem entendesse. Acabou-se chegando a uma espécie de consenso informal (juiz, promotoria e defensoria pública), no sentido de beneficiá-lo com esse esdrúxulo *direito à moradia* até que conseguisse uma ocupação *extramuros*.

O “sítio do pica-pau amarelo”, mesmo com algumas deficiências estruturais, acabou permanecendo no nosso imaginário, traduzindo uma espécie de projeto embrionário do que seria o estabelecimento ideal para o cumprimento da pena de *isolamento social*: uma grande fazenda, cercada de muros altos e protegidos, com alojamentos arejados, higiênicos, mobiliados, onde o interno pudesse produzir, levando-se em conta suas aptidões: cultivando a terra, realizando serviços burocráticos ou criando peças artísticas, por exemplo. E é óbvio que o trabalho seria obrigatório e o fruto desse trabalho reverteria, em primeiro lugar, para o sustento do próprio interno e em segundo lugar para a composição dos danos causados à vítima do crime ou a sua família.

A *indeterminação da pena* se vincula, portanto, ao tempo de “isolamento social” que seria imposto ao apenado. Como calcular, de forma precisa, quanto tempo um ser humano deverá ficar afastado do convívio social para se recuperar? Ora, se o isolamento social tem por finalidade oferecer ao apenado uma possibilidade de reflexão e de recuperação, faz-se mister o respeito à “*diferença do Mesmo e do Outro*” que é tão bem pontuada por Lévinas ao se referir ao *tempo*:

O tempo significa a diferença do Mesmo e do Outro. E esta diferença é não indiferença do Mesmo pelo Outro e, de certo modo, o Outro no Mesmo. Mas este não pode destruir a diferença: se o Mesmo puder conter o Outro, então o Mesmo sem nele estar, está “nele”, inquietando-o. (Levinas 1993: 156)

Portanto, cada indivíduo teria o seu *tempo subjetivo* próprio e a indeterminação da pena realçaria essa diferença, estabelecendo-se, assim, uma espécie de copropriedade do tempo: de um lado, o *tempo jurídico*, propriamente dito, relativamente indeterminado; do outro lado, o *tempo subjetivo* do apenado, com a sua possibilidade de escolha voltada ou não para uma futura reinserção social. Uma equipe multidisciplinar avaliaria, periodicamente, a situação do interno antecipando-lhe ou não a liberdade plena. Em resumo: ao apenado, como *sujeito de direitos* e não como mero objeto de punição, seria dispensado um tratamento penitenciário humanitário cujo objetivo principal seria a sua reinserção no convívio social.

4. Conclusão

Na verdade, enquanto o Estado, através de governantes inescrupulosos, ignora os reclamos da cidadania, descambando para a corrupção generalizada e desconhecendo o seu dever de responsabilidade para com o Outro, esse mesmo Estado deixa clara a sua incapacidade de administrar uma justiça séria e atuante. Consoante assinalado por Francis Guibal:

Enquanto se faz absolutamente indiferente e surda à responsabilidade ética pelo outro, a organização sociopolítica não pode preservar nem manter a própria justiça que ele reivindica tomar conta. E a história do século XX está aí para nos lembrar que o Estado de César, apesar de sua participação na essência pura do Estado, é também o lugar da corrupção por excelência e, talvez, o último refúgio da idolatria. (Guibal, 2005: 176)²

Como dar início a essa mudança de paradigma numa sociedade tão injusta? Através da própria *Justiça* na forma em que ela é concebida por Lévinas. Na síntese de François Poirié:

² “Lorsqu’elle se fait absolument indifférente et sourde à la responsabilité éthique pour l’autre, l’organisation sociopolitique ne peut pas préserver ni maintenir la justice même dont elle revendique la prise en charge. Et l’histoire du XXe siècle est là pour nos rappeler que ‘l’État de César, malgré sa participation à l’essence pure de l’État, est aussi le lieu de la corruption par excellence et, peut-être, l’ultime refuge de l’idolâtrie” (ADV, p. 216) (Guibal, 2005:176).

A Justiça rompe a relação Eu-Tu que começava a instaurar privilégios e preferências, ela é “a entrada do terceiro – entrada permanente – na intimidade do face a face”, *Totalidade e Infinito*, ela me obriga a ocupar-me de um outrem que nada é para mim, e obriga outrem a ocupar-se do terceiro que é o outro de *meu* outro. “O terceiro me olha nos olhos de outrem”, *Totalidade e Infinito*. (Poirié, 2007: 46-47)

No seu precioso artigo, *O Uso da Dialética Erística na Argumentação Jurídica: o que se Faz e não se Deveria Fazer* (Garcia, 2016: 17), o jurista Emerson Garcia assinala que:

Não é preciso lembrar ou explicar o quão complexo é o conceito de verdade. O seu caráter absoluto ou relativo, temporal ou atemporal, objetivo ou subjetivo são apenas alguns aspectos que têm ocupado os estudiosos dessa temática. Apesar da multiplicidade de feições que pode assumir, que variam conforme o paradigma de análise, a dialética erística, por certo, não se afeiçoa ao sincero objetivo de alcançá-la. É um vírus, que contamina e macula a verdade, podendo chegar ao extremo de fazê-la sucumbir.

Quando se fala em “sistema penitenciário”, observa-se um tipo de discurso que tende quase sempre ao academicismo, alcançando, no máximo, o patamar legislativo sem consequências práticas na realidade. Esse discurso se assemelha ao de determinadas campanhas político-partidárias onde as promessas falaciosas de certos candidatos não se inserem, sequer, na sua eventual e futura área de competência. Daí o falsear a verdade, com a indispensável ajuda da denominada “dialética erística”.

De qualquer forma, a etiologia de muitas reformas estruturais, surgidas na sociedade, tem raízes utopistas. Nessa linha de pensamento, a ideia sugerida neste artigo, além de não ser nova, já é praticada em poucos países socialmente desenvolvidos. A conscientização, inimiga da hipocrisia, desconstrói máscaras que a maioria de nós carrega durante longos períodos da existência. O importante é saber escutar os clamores por mudanças; e esse escutar está negativamente comprometido, como nos mostra o grande escritor moçambicano Mia Couto:

Me entristece o quanto fomos deixando de escutar. Deixamos de escutar as vozes que são diferentes, os silêncios que são diversos. E deixamos de escutar não porque nos rodeasse o silêncio. Ficamos surdos pelo excesso de palavras, ficamos autistas pelo excesso de informação. A natureza converteu-se em retórica, num emblema, num anúncio de televisão. Falamos dela, não a vivemos. A natureza,

ela própria, tem que voltar a nascer. E quando voltar a nascer, teremos que aceitar que a nossa natureza humana é não ter natureza nenhuma. Ou que, se calhar, fomos feitos para ter todas as naturezas. (In: "Pensatempos")

Nota: Todas as traduções são feitas pelo autor.

Referências Bibliográficas

- BOULLANT, François. *Michel Foucault et les prisons*. Paris: Philosophies PUF, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*. Trad. Ligia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado, 3ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1981.
- GARCIA, Emerson. O Uso da Dialética Erística na Argumentação Jurídica: o que se Faz e não se Deveria Fazer. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 62.
- GUIBAL, Francis. *Emmanuel Levinas ou les intrigues du sens*. 1ª ed. Paris: PUF, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 2ª edição. Petrópolis. Editora Vozes, 2007.
- _____. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica – Mundo, Finitude, Solidão*. Trad. Marco Antônio Casanova, 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2006.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Deus, a Morte e o Tempo*. Trad. Fernando Bernardo. Coimbra: Almedina, 1993.
- LYRA, Roberto. *Novo Direito Penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- PELLEGRINO, Hélio. *A Burrice do Demônio*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989.
- POIRIÉ, François. *Emmanuel Lévinas: Ensaio e Entrevistas*. São Paulo: Perspectiva, 2007.