

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**ANÁLISE DOS DISCURSOS CONSTITUINTE,
LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO SOBRE CRIMES
HEDIONDOS QUE POSSIBILITARAM DESPIR
VIVENTES DE SEUS DIREITOS
FUNDAMENTAIS.**

RODRIGO ABRÃO FERREIRA MENDES

Brasília

2014

RODRIGO ABRÃO FERREIRA MENDES

**ANÁLISE DOS DISCURSOS CONSTITUINTE,
LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO SOBRE CRIMES
HEDIONDOS QUE POSSIBILITARAM DESPIR
VIVENTES DE SEUS DIREITOS
FUNDAMENTAIS.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do
título de bacharel em Direito pela Universidade de Brasília –
UnB

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

Brasília
2014

RODRIGO ABRÃO FERREIRA MENDES

**ANÁLISE DOS DISCURSOS CONSTITUINTE, LEGISLATIVO
E JUDICIÁRIO SOBRE CRIMES HEDIONDOS QUE
POSSIBILITARAM DESPIR VIVENTES DE SEUS DIREITOS
FUNDAMENTAIS.**

O graduando foi considerado pela banca examinadora

Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira

Orientador

Professora Doutora Cristina Zackseski

Membro

Professor Doutor Juliano Zaiden Benvindo

Membro

Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende

Membro Suplente

Brasília, 21 de novembro de 2014.

Para minha mamãe,
por todo carinho e dedicação.

Agradecimento

A monografia que se segue foi possível graças ao apoio inigualável de meus amigos, de minha família, principalmente de minha mãe e de meu amor.

Não poderia contudo ter escrito estas singelas páginas sem a inesgotável orientação daquele que desde as primeiras cadeiras fez-me refletir o direito como algo além de lei ou de jurisprudência e que por isso faz necessária uma visão crítica do direito.

Por fim, não poderia nominar todos que me ajudaram sem incorrer em injustiça, por isso prefiro oferecer um eterno agradecimento àqueles que com certeza sabem que fizeram diferença em minha vida.

O amigo é, de fato, um outro si mesmo. E como, para cada um, o fato mesmo de existir é desejável, assim é para o amigo.

(Agamben)

Resumo

Como resposta aos clamores para diminuir a impunidade e a injustiça, o poder constituinte, o legislativo e o judiciário trouxeram e discutiram a figura do Crime Hediondo. O dispositivo constitucional foi regulamentado pelo legislador com um rigor inquietante.

Esperou-se que a lei trouxesse 1) uma diminuição da impunidade através da supressão de diversos direitos, 2) uma diminuição de práticas criminosas consideradas como monstruosas, ou mesmo, 3) um aumento nos índices de correção dos condenados pelo cumprimento da pena em regime integralmente fechado, em primeiro momento, ou pela concessão mais rigorosa da progressividade, em momento posterior.

Esta pesquisa tem como intuito demonstrar que esta disposição constitucional regulada em lei, apesar de ter esperanças cínicas de que um maior rigor na pena pudesse melhorar a sociedade, não tem natureza de uma disposição normativa penal ou mesmo carcerária, mas pelo contrário e de forma intrigante, ela se constitui como uma regra de exceção.

Será examinado como esta norma pôde tomar lugar em uma democracia. Trazendo ao tema reflexões sobre soberania, estado de exceção, biopolítica. Com estas reflexões, só poderá sondar a compatibilidade do abandono de uma parcela da população às mais diversas privações de direito com uma democracia constitucional, se for possível compreender que a implicação da vida nua na esfera política, e com mais razão em um contexto de biopolítica, constitui o núcleo originário do poder soberano.

Após analisará uma resposta a esta situação através do discurso crítico em uma possível revogabilidade dialética, que permitirá que o próprio direito, de modo que não deixe de ser Soberano, se critique ou mesmo não se aplique quando não for coerente.

SUMÁRIO

Contents

Introdução.....	9
Quadro I: Da Constituinte e da regulação dos Crimes Hediondos.....	12
Como se constituiu a exceção.....	12
Da regulamentação da exceção.....	14
Poder Biopolítico, disciplina e regulamentação.....	16
O paradoxo da soberania na Constituinte.....	21
Quadro II. Da alteração da lei 8.072 de 1990.....	23
Da exceção à regra.....	23
O campo como o paradigma.....	25
Quadro III: Do Julgamento de inconstitucionalidade.....	29
Do Julgamento de inconstitucionalidade.....	29
A tensão entre o discurso de exceção e sua crítica em sede Habeas Corpus.....	32
Limiar.....	35
Referências Bibliográficas.....	36
ANEXOS.....	39

Introdução

Com a constituição federal, de 5 de outubro de 1988, a figura do criminoso hediondo apareceu no ordenamento jurídico brasileiro sem qualquer definição.

O dispositivo constitucional, o inciso XLIII do artigo 5º, determinou apenas que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os *definidos como crime hediondos*.

Uma leitura superficial deste dispositivo remete-nos a uma restrição de direitos fundamentais a tipos como a tortura, o tráfico e aqueles considerados crimes hediondos, assim definido por lei. A lógica deste enunciado daria meios ao legislador fazer qualquer tipo penal em um crime hediondo, retirando assim inúmeros direitos concedidos a qualquer nascido em território brasileiro.

Pretende-se analisar os discursos constituinte, legislativo e judiciário que legitimaram a figura do crime hediondo em nosso ordenamento. Como há um vasto material para se estudar e a análise de todo este matéria extrapolaria a intensão deste que vos dirige, ou pior, poderia enfastiar o leitor, decidi expor os seguintes quadros que podem mesmo que provisoriamente nos responder algumas inquietações:

1) Durante a constituinte, quando se modificou o texto do dispositivo de maneira que o legislador ficaria no encargo de regulamentar o que seria um crime hediondo. Na Constituinte, pouco se falou do dispositivo que restringia direitos a quem cometesse crimes definidos por lei como hediondos. Na época, crime hediondo se tratava de um conceito novo. Mais intrigante nesta situação é a intenção dos constituintes de se negar direitos concedidos a todos, pelo simples fato de ter nascido, de aqueles considerados monstros sem nem ao menos saber qual seria o conceito hediondo, isto fica claro na Ata da 2ª Reunião Ordinária, em 13 de setembro de 1988, da Assembleia Constituinte. (BRASIL. 2014b, 20) Também se pretende analisar nesse quadro o período seguinte em que se discutiu a respeito do projeto de lei nº 5.405, que posteriormente foi transformado na lei 8.072 de 25 de julho de 1990 – Lei dos Crimes Hediondos. Entre 28 e 29 de junho de 1990, a Câmara dos deputados, no intuito de votar projetos aprovados em regime de urgência urgentíssima, trouxe a mesa de discussões o projeto de lei sobre extorsão mediante sequestro e sequestro e o seu substituto que não tratava apenas destes dois tipos, mas de uma regulação mais ampla do dispositivo

constitucional sobre restrições de direito àqueles que cometessem crimes hediondos. (Id. 1990a, 8035)

2) O momento em que se teve as discussões a respeito do projeto de lei que conjuminou novos tipos como crimes hediondos, atendendo ao apelo popular. Pois naquela época os grupos de extermínio estavam amedrontando população. Além desta ocorrência, em 28 de dezembro de 1992 um crime comoveu a sociedade brasileira e reuniu parcela significativa da população para enviar uma proposta popular no intuito de emendar a lei 8.072/1990, para arrolar o homicídio qualificado. (Id. 1994a, 8035, 4297)

3) O julgamento do HC 82.959-7/SP no qual se declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da lei 8.072/90 que impunha o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, negando o direito de progressividade àqueles condenados por crimes considerados hediondos sob o fundamento de que este direito se baseava na função ressocializadora da pena de que a progressividade se funda na própria individualização da pena e na possibilidade do juiz determinar e se o preso tem ou não possibilidade de progredir seu regime de pena. (Id. 2014f, 510)

A intenção deste trabalho não é de proporcionar sugestões de políticas públicas relacionadas aos sistemas penal e carcerário, ou mesmo de criticar de forma valorativa determinada opção político-judiciária. A intenção desta pesquisa é compreender como que este discurso pode tomar lugar em nossos ambientes democráticos.

Podemos verificar que as discussões a respeito do *homo sacer*, do fundamento da soberania, da linguagem, do poder disciplinar, do poder regulamentar e da *biopolítica* propostas por Agamben e por Foucault podem lançar luz a tese de que a lei de crimes hediondos não é uma regra penal ou carcerária, mas, sim, uma regra de exceção e então sondar um esboço de hipótese tal qual este discurso só foi possível devido à evolução das tecnologias de governabilidade até chegar ao que hoje se chama biopolítica. Mais contemporaneamente, e para minutar algo a respeito, faz necessário um esforço de enxergar os escuros diante das luzes do presente, pode-se dizer que os dispositivos que subjetivam/dessubjetivam (a própria linguagem deve ser considerada como um dispositivo) possibilitaram a sujeição de viventes mediante dispositivos e revolucionam, de forma messiânica (AGAMBEN, 2009, 10), viventes acusados de tipos considerados hediondos em vida nua. Este processo não é só tolerado ou absorvido pelo direito, como também é sua

estrutura e seu núcleo originário. Após este processo, estes viventes, que deixam de ser humanos para tornarem monstros ou *homo sacer*, veem-se despidos de seus direitos, tornando-se vida impolítica em um campo, permitindo-se que sejam abandonados à livre vontade de quem quer que seja – que poderá ser o policial, o juiz, o legislador – sem que nem uma conduta contra estes viventes seja considerada ilícita. (AGAMBEN, 2002, 181)

Adiante pretendo analisar cada um dos três quadros que se inscrevem no debate que permitiu a figura do Crime Hediondo em nosso ordenamento jurídico.

Quadro I: Da Constituinte e da regulação dos Crimes Hediondos

Como se constituiu a exceção.

Neste primeiro quadro visualizará dois momentos, o primeiro sobre a comissão de redação da constituinte que discutiu a respeito do dispositivo sobre Crimes Hediondos e o segundo sobre a câmara dos deputados discutiu o projeto que versava sobre a regulamentação desse dispositivo. Após a exposição desses dois momentos, pretende-se enxergar estes dois instantes sob a ótica de conceitos como a Biopolítica e Paradoxo do Soberano, para compreender como que foi possível caracterizar um crime de hediondo. E então questionar qual o fundamento que possa ser evocado para afirmar que um crime é hediondo. Mesmo que haja algum qual é seu lugar em uma democracia com a qual compactuamos?

O primeiro momento ocorreu aos treze dias do mês de setembro de 1988, no plenário da Comissão de Constituição e Justiça, Anexo II da Câmara dos Deputados, onde se reuniu a Comissão de Redação da Assembleia Nacional Constituinte, sob a presidência de Ulisses Guimarães ao analisar a seguinte emenda de redação no texto constitucional:

Parece conveniente a inserção da expressão “e os definidos, como antes, de crimes hediondos”. Ainda que a expressão possa ser tomada como restritiva, não há como recusá-la, uma vez que se faz indispensável para a boa compreensão do texto referência à lei definir o comportamento humano que se possa ter por hediondo. (BRASIL, 2014b, 20)

Ao examinar a sugestão da Relatoria acima sobre o artigo 5, XLIII de intercalar a expressão “e os definidos como” antes de crimes hediondos, o presidente da comissão assim abriu o diálogo:

Eu confesso que não fico muito tranquilo com essa modificação num assunto da maior importância. Parece que no caso do hediondo preciso uma outra lei que o separe dos demais casos. Eu ficaria, *data venia*, com o texto original. (Id. Ibid.)

Logo em seguida o Sr. Constituinte Vivaldo Barbosa observou que o conceito de crime hediondo era inteiramente novo no ordenamento e por isso careceria de definição:

O SR. CONSTITUINTE VIVALDO BARBOSA: – Eu me permitiria observar, Sr. Presidente, que essa categoria de crimes hediondos uma

expressão inteiramente nova no Direito brasileiro. Porém, quando o Relator propõe que eles sejam definidos como tais, realmente a uma expressão tecnicamente adequada, porque carece a legislação penal de definição do que sejam crimes hediondos. E ao Constituinte não passou despercebido. Ele está alertando que carece dessa definição e impõe, ao legislador ordinário, em matéria penal, que defina os contornos e a natureza dos crimes hediondos. Parece-me muito adequada a sugestão do Relator. (Id. Ibid.)

Repara a seguir certa normalidade na fala dos senhores constituintes Ulysses Guimarães, Vivaldo Barbosa e Nelson Jobim, como se a discussão sobre restrição de direitos tais como a proibição da fiança, de graça ou de anistia para crimes ainda não definidos como hediondos fosse uma discussão do que seria servido em uma refeição, e como tal, necessitaria apenas de uma definição sobre alguns aspectos.

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – É um texto importante, relativo ao art. 5º, inciso XLIII. “A lei considerara crimes inafiançáveis e insuscetíveis de grata ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo a os crimes hediondos...” Então, seriam duas. Primeiro, dentro da sua interpretação, precisaria a lei definir crime hediondo, porque ele terá que ser considerado inafiançável. Esse é outro problema. (Id. Ibid.)

O SR. CONSTITUINTE VIVALDO BARBOSA: – Tão logo definido ele será inafiançável e insuscetível de grata. Mas carece de uma definição preliminar. (Id. Ibid.)

O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – Sr. Presidente, parece evidente que tem razão o Relator, porque crime hediondo a juízo de valor sobre conduta. Então, haverá necessidade de a lei estabelecer quais os crimes já definidos na tipificação penal que forem considerados hediondos para efeito de serem inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. (Id. Ibid.)

Como se poderia despir diversos direitos, tais com fiança, graça e anistia. Além disso, exigir um tratamento penal mais rigoroso um rol de tipos que nem se conhece? Não se conhece por que não se elencou e não o fez, porque não se tinha definido o que seria um Crime Hediondo. Deixou a cargo de o legislador definir o que deveria ser considerado Hediondo.

Da regulamentação da exceção

O segundo momento deste quadro tem lugar na Câmara dos Deputados em uma reunião plenária quando se analisava requerimento de urgência para votação imediata do projeto de lei nº 5.405 de 1990 do senado federal que estabelecia novas disposições penais e processuais penais, os crimes de sequestro e extorsão mediante sequestro e dava outras providências. (Id, 1990b, 8229)

O Relator Roberto Jeferson iniciou a discussão, dizendo que o poder legislativo não poderia perder a oportunidade de oferecer concreta contribuição a legislação penal ainda mais porque se trata de crimes de natureza tal que *abala a sociedade, causa indignação e repulsa na sociedade*. Além disso, haveria um débito de regulação de dispositivo constitucional que *demandava definição de crimes hediondos*. (Id. Ibid., 8230)

Antes de discutir uma lei sobre crimes hediondos, o projeto de lei inicial enveredava para regulação de dois tipos penais: extorsão mediante sequestro e o sequestro. Neste primeiro projeto não se definia o que seria um crime hediondo, apenas acrescentaria um parágrafo 5º no artigo 159 do Código Penal, reputando hediondo o crime de sequestro quando qualificado pelos eventos morte, lesão corporal de natureza grave ou estupro. (Id, 1990a, 8035)

Ocorre que depois de diversas discussões, decidiu-se enumerar mais tipos penais que abalaria a sociedade e não apenas os tipos penais que atingiria apenas a parte mais abastada da sociedade. (Id, 1990b, 8233)

A ideia inicial era criar uma legislação especial e específica para crimes de extorsão mediante sequestro. Surgiu-se então a tese de que a extorsão mediante sequestro seria um crime hediondo e que este tipo atingiria as famílias mais abastadas. Haveria contudo um clamor nacional para o enrijecimento do tratamento de outros tipos que atingia camadas mais abrangentes da sociedade como o latrocínio e o estupro. (Id. Ibid.)

Por meio de acordo entre os Líderes, decidiu-se que seria necessária a definição de todos os crimes hediondos para dar proteção as diversas camadas da população brasileira. Todas as lideranças anuíram em ampliar e elaborar uma legislação, esclarecendo quais os crimes hediondos, as agravantes na espécie e as penas para tais crimes. (Id. Ibid.)

Após a exposição do substituto do relator. Houve a intervenção do Senhor Deputado Lysâneas Maciel no sentido de questionar a prioridade de votação dos projetos de lei a serem discutidos. Intriga o fundamento utilizado. (Id. Ibid., 8231)

O Senhor Deputado Lysâneas indagou se a discussão do projeto de lei nº 5.405 poderia ocorrer antes de outro projeto lei sobre Políticas Salariais, pois a seu ver esta deveria ter prioridade. Para tanto argumentou que era preferível falar de vida a falar de apenas punição. A essa requisição, o Sr. Deputado Presidente Inocêncio Oliveira não contra-argumentou, apenas se certificou que ambos os temas seriam tratados no mesmo dia e continuou a discussão sobre o projeto de lei dos crimes hediondos. (Id. Ibid.)

Outro aspecto interessante surgiu quando uma dúvida a respeito da aplicação da presunção de violência ficta ensejou um possível alongamento da discussão a respeito do projeto de lei. Neste instante o Sr. Deputado Domingos Leonelli levantou uma questão de ordem, na qual argumentou que o prolongamento da discussão sobre o tema estaria inviabilizando a votação da Lei Salarial que teria primazia absoluta. (Id. Ibid., 8234)

Quanto a esta questão de ordem, o Sr. Deputado Amaral Neto esclareceu que o Regimento Interno colocaria a frente, inclusive de qualquer urgência todo projeto considerado – pela maioria da Casa ou pela maioria dos Líderes que representam essa maioria – de interesse imediato da população. (Id. Ibid.)

Pretende-se demonstrar que esta discussão a respeito da regulação dos tipos que serão considerados hediondos, longe de ser trivial, representa uma instituição de uma regra de exceção que se caracteriza pela inversão de hierarquia normativa, pela exclusão de direitos a vivos e pela estipulação de penas mais rigorosas.

Este quadro é inquietante, pois demonstra a possibilidade de uma norma infraconstitucional poder determinar quais os tipos seriam valorados como hediondos e conseqüentemente quais vivos deveriam se manter excluído de garantias constitucionais. Mais intrigante é perceber que ao legislador foi autorizado arrolar mais tipos ao rol de crimes hediondos ou mesmo retirar direitos destes vivos (a restrição absoluta ou relativa do direito de progressão do regime penal ou mesmo a determinação de um prazo muito superior para o decreto de prisão temporária, por exemplo). Nota-se que virtualmente abre-se uma possibilidade de uma inversão normativa em que a exceção a cada inovação legislativa se aproximaria do estado de regra.

Poder Biopolítico, disciplina e regulamentação.

As ideias expostas só fazem sentido em um contexto Biopolítico, no qual a vida, tanto relacionada ao indivíduo quanto à população, passa tomar um lugar principal nos mecanismos e nos cálculos do poder. A vida, a *zoé*, nem sempre manteve este estado, uma vez que no mundo clássico, ela “é excluída (...) da *pólis* propriamente dita e resta firmemente confinada, como mera vida reprodutiva, ao âmbito do *oîkos*.” (AGAMBEN, 2002, 10).

Quando o Senhor Deputado Lysâneas questionou a preferência de votar questões de vida remeteu ao fundamento que é central em um contexto biopolítico. Ocorre que o Senhor Deputado não compreendeu que ao discutir a regulação da lei de crimes hediondos estaria discutindo uma questão de vida tão importante quanto à de Política Salarial.

Em seguida, o Senhor Deputado Lysâneas argumentou:

Sr. Presidente, há poucos dias, aprovamos proposição que regulamentava o presunto. Que outros projetos serão colocados antes do referente à política salarial? Será que existem outros presuntos para protelar a questão salarial que o Parlamento não consegue aprovar? (BRASIL, 1990b, 8231)

É interessante a justaposição de temas como regulação de presunto, política salarial e a regulação de crime hediondo. Neste sentido é possível notar que se tratam de temas diretamente ligados à vida, a população. Questões que antes poderiam ser consideradas restritas ao âmbito do *oîkos*, passam assumir um papel de relevo no contexto biopolítico.

Entende-se que os temas estavam diretamente ligados a vida. Intrigante é como os debates ligados aos direitos à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades podem ser pauta tanto de democracias quanto de Estados Totalitários. Esta questão é interessante, pois explicita que tanto nas democracias quanto em Estados Totalitários é possível utilizar das mesmas pautas políticas para seus projetos de governo, questões ligadas à vida podem muito bem garantir a preponderância de direitos individuais sobre os deveres coletivos, como também podem restringir direitos e garantias por meio de decisões soberanas. Neste sentido:

O fato é que uma mesma reivindicação da vida nua conduz, nas democracias burguesas, a uma primazia do privado sobre o público e das liberdades individuais sobre os deveres coletivos, e torna-se, ao contrário, nos Estados totalitários, o critério político e das liberdades individuais sobre os deveres coletivos, e torna-se, ao contrário, nos Estados totalitários, o critério político decisivo e o local por excelência das decisões soberanas. E apenas porque a vida biológica, com as suas necessidades, tornara-se por toda parte o fato

politicamente decisivo, é possível compreender a rapidez, de outra forma inexplicável, com a qual no nosso século [século XX] as democracias parlamentares puderam virar Estados totalitários, e os Estados Totalitários converter-se quase sem solução de continuidade em democracias parlamentares. (AGAMBEN, 2002, 127)

Compreende-se também que “A biopolítica lida com a população, e a população como poder político, como problema a um só tempo científico e político, como um problema biológico e como um problema de poder, acho que aparece nesse momento.” (FOUCAULT, 1999, 292) e que “a biopolítica vai se dirigir, em suma, aos acontecimentos aleatórios que ocorrem numa população considerada em sua duração”. (Id. Ibid. 293)

As análises históricas que Foucault executou em seus cursos no Collège de France e em seus livros são interessantes, pois demonstram uma evolução do poder disciplinar que se exercia nos indivíduos, conforme se vê:

A disciplina produz, a partir dos corpos que controla, quatro tipos de individualidade, ou antes, uma individualidade dotada de quatro características: é celular (pelo jogo da repartição espacial), é orgânica (pela codificação das atividades), é genética (pela acumulação do tempo), é combinatória (pela composição das forças). E, para tanto, utiliza quatro grandes técnicas: constrói quadros; prescreve manobras; impõe exercícios; enfim, para realizar a combinação das forças, organiza “táticas”. A tática, arte de construir, com os corpos localizados, atividades codificadas e as aptidões formadas, aparelhos em que o produto das diferentes forças se encontra majorado por sua combinação calculada é sem dúvida a forma mais elevada da prática disciplinar. (Id. 2014, 192)

O objeto das disciplinas era o corpo do indivíduo, e seu objetivo era o seu adestramento, por meio de uma espécie de contradireito:

Aparentemente as disciplinas não constituem nada mais que um infradireito. Parecem prolongar, até um nível infinitesimal das existências singulares, as formas gerais definidas pelo direito; ou, ainda, aparecem como maneiras de aprendizagem que permitem aos indivíduos se integrarem a essas exigências gerais. Constituiriam o mesmo tipo de direito fazendo-o mudar de escala, e assim tornando-o mais minucioso e sem dúvida mais indulgente. Temos antes que ver nas disciplinas uma espécie de contradireito. Elas têm o papel preciso de introduzir assimetrias insuperáveis e de excluir reciprocidades. (Id. Ibid., 245)

A partir do conceito de Panóptico, criado por Bentham para identificar plantas arquitetônicas para prisões, hospitais, escolas em que idealizava uma visão ampla da torre central a todos outros cômodos, ao mesmo tempo em que impedia que os outros cômodos tivessem visão de quem estivesse na torre, Foucault diferencia o programa disciplinar do regulamentar:

Cidade pestilenta, estabelecimento panóptico, as diferenças são importantes. Elas marcam, com um século e meio de distância, as transformações do programa disciplinar. Num caso, uma situação de exceção: contra um mal extraordinário, o poder se levanta; torna-se em toda parte presente e visível; inventa novas engrenagens; compartimenta, imobiliza, quadricula;(...) O Panóptico ao contrário deve ser compreendido como um modelo generalizável de funcionamento; uma maneira de definir as relações do poder com a vida cotidiana dos homens. (Id. Ibid., 229s)

Então demonstra a mudança de objeto de uma anátomo-política do corpo humano para uma biopolítica da espécie humana:

Logo, depois de uma primeira tomada de poder sobre o corpo que se fez consoante o modo da individualização, temos uma segunda tomada de poder por sua vez, não é individualizante, mas que é massificante, se vocês quiserem, que se faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie. Depois da anátomo-política do corpo humano, instaurada no decorrer do século XVIII, vemos aparecer, no fim do mesmo século, algo que já não é uma anátomo-política do corpo humano, mas eu chamaria de uma “biopolítica” da espécie humana. (Id, 1999, 289)

Enquanto as disciplinas atuam sob o indivíduo, o poder regulamentar atua sobre a população:

Administrar a população não quer dizer simplesmente administrar a massa coletiva dos fenômenos ou administrar simplesmente no plano dos seus resultados globais; administrar a população quer dizer (...) administrá-la igualmente em detalhes (Id, 2008a, 142).

Deu-se conta que a população possuía suas próprias regularidades:

De fato, essa estatística que havia funcionado até não no interior dos marcos administrativos e, portanto, do funcionamento da soberania, essa mesma estatística descobre e mostra pouco a pouco que a população tem suas regularidades próprias: seu número de mortos, seu número de doentes, suas regularidades de acidentes. (Id. Ibid., 138)

É sobre estas regularidades inerentes ao campo da população que o poder regulamentar atua direta ou indiretamente:

E o instrumento que o governo vai se dar para obter, esses fins, que, de certo modo, são imanentes ao campo da população, será essencialmente a população, agindo diretamente sobre ela por meio de campanhas ou também, indiretamente, por meio de técnicas que vão permitir, por exemplo, estimular, sem que as pessoas percebam muito, a taxa de natalidade, ou dirigindo nesta ou naquela região, para determinada atividade, os fluxos de população. (Id, 2008a, 140)

Pode-se afirmar que esse poder regulamentar, que age de forma biopolítica tem certa semelhança com o poder do pastor, como se pode ver:

Assim, o poder do pastor se manifesta num dever, numa tarefa de sustento, de modo que a forma (...) que o poder pastoral adquire não é,

inicialmente, a manifestação fulgurante da sua força. O poder pastoral se manifesta inicialmente por seu zelo, sua dedicação. (Id. Ibid., 170s)
 Vê-se também que se age sobre uma multiplicidade ao invés de um território e que se preocupa, ao mesmo tempo, com em todos (população) e com cada um (indivíduo). (Id. Ibid., 173)

É relevante notar que o poder regulamentar age de maneira diferente ao poder disciplinar:

E trata-se sobretudo de estabelecer mecanismos reguladores que, nessa população global com seu campo aleatório, vão poder fixar um equilíbrio, manter uma média, estabelecer uma espécie de homeostase, assegurar compensações. (Id. 1999, 293)

Mas de qualquer forma, as disciplinas não foram substituídas pelos regulamentos, mas, sim, complementadas:

Esses dois mecanismos, um disciplinar e outro regulamentador, não estão no mesmo nível. Isso lhes permite, precisamente, não se excluírem e poderem articular-se um com o outro (Id. Ibid., 299)

Ao focar a passagem do Estado Territorial para o Estado População pode se dizer houve um aumento da importância da vida biológica e da saúde da nação como problema do poder soberano:

Vai aparecer, nesse momento, a ideia de uma guerra interna como defesa da sociedade contra os perigos que nascem em seu próprio corpo e de seu próprio corpo; e, se vocês preferirem, a grande reviravolta do histórico para o biológico, do constituinte para o médico no pensamento da guerra social. (Id. Ibid., 258)

Neste sentido, é interessante analisar o poder soberano sobre a vida e a morte de seus súditos, e entender que esses fenômenos, ao invés de ser naturais, estão no âmbito do poder político:

Em certo sentido, dizer que o soberano tem o direito de vida e de morte significa, no fundo, que ele pode fazer morrer e deixar viver; em todo caso, que a vida e a morte não são desses fenômenos naturais, imediatos, de certo modo originais ou radicais, que se localizam fora do poder político. (Id. Ibid., 286)

Observa-se que há uma mudança no direito público do século XIX no sentido de complementar o antigo direito de soberania, um direito exatamente inverso: um poder de “fazer” viver e de “deixar” morrer. (Id. Ibid., 287)

Parece que há um contrassenso falar de exceção e de restrição de direitos em um estado democrático, contudo pode dizer que essa contradição é ainda mais marcante quando se fala em um contexto biopolítico, uma vez que neste contexto questões sobre a vida deveriam ser a tônica:

Um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi, é o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder; se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico. (Id. Ibid., 286)

Foucault vai responder que foi o racismo que permitiu ao biopoder estabelecer o uma série de cortes que possibilitou recolocar o princípio da guerra no sistema do “fazer viver”. Desta forma, “o que inseriu o racismo nos mecanismos do Estado foi mesmo a emergência desse biopoder.” (Id. Ibid., 304)

A morte do outro deixa de ser apenas a sobrevivência, fundamentada na segurança pessoal, para ser a morte da raça ruim ou inferior. O que permitirá a vida em geral mais sadia, mais pura. (Id. Ibid., 305)

Sobre o racismo como uma forma de utilizar o “fazer morrer” em uma Biopolítica é interessante o desenvolvimento que AGAMBEN propõe:

A cesura fundamental que divide o âmbito biopolítico é aquela entre *povo* e *população*, que consiste em fazer emergir do próprio seio do povo uma população, ou melhor, em transformar um corpo essencialmente político em um corpo essencialmente biológico, no qual se trata de controlar e regular natalidade e mortalidade, saúde e doença. (AGAMBEN, 2008, 90)

Na biopolítica, o poder soberano de matar é estranho e para que se possa usar deve haver uma separação. FOUCAULT entende que esse poder de matar passa necessariamente pelo racismo. AGAMBEN aprofunda a análise de forma que a cesura ocorre entre *povo* e *população*. Assim o poder soberano em um contexto biopolítico exerce seu poder *abandonando* viventes que podem ser considerados despidos de direitos e que por isso qualquer um pode matá-lo sem que se cometa homicídio, qualquer um pode privá-los de garantias constitucionais sem que seja considerado ato ilícito ou mesmo ato inconstitucional.

AGAMBEN se inspira em Jean-Luc Nancy para explicar a relação de abandono, o poder de remeter algo a si mesmo e entrega-lo à mercê de quem o abandona:

A relação de abandono é, de fato, tão ambígua, que nada é mais difícil do que desligar-se dela. O bando é essencialmente o poder de remeter algo a si mesmo, ou seja, o poder de manter-se em relação com um irrelato pressuposto. O que foi posto em bando é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluído, dispensado e, simultaneamente, capturado. (AGAMBEN, 2002, 116)

O paradoxo da soberania na Constituinte

Este capítulo tem intenção de compreender como foi possível a supressão de direitos pela própria constituinte em uma Democracia, em um contexto biopolítico. Primeiramente, é interessante analisar qual é o *locus* da Exceção soberana em relação ao ordenamento jurídico. Esta questão já foi objeto de estudo de diversos autores. Entre eles, SCHMITT propõe o paradoxo da soberania da seguinte maneira:

“Although he stands outside the normally valid legal system, he nevertheless belongs to it, for it is he who must decide whether the constitution needs to be suspended in its entirety.”¹ (SCHMITT, 1985, p. 34)

A chave desse problema proposta por AGAMBEN é compreender que o que está em questão na exceção soberana é a própria condição da validade da norma jurídica e o próprio sentido da autoridade estatal (AGAMBEN, 2002, 25)

Neste mesmo sentido, é intrigante perceber que o dispositivo que excepciona direitos aos que cometam Crimes Hediondos se situe dentro do próprio artigo 5º inciso XLIII da Constituição Federal² (BRASIL, 2014a), lugar topográfico onde se localizam diversos direitos e garantias constitucionais. É como se as regras, os direitos e garantias só pudessem vigorar se o poder soberano suspendesse sua validade em casos de exceção, neste sentido:

A afirmação segundo a qual “a regra vive somente da exceção” deve ser tomada, portanto ao pé da letra. O direito não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *exceptio*: ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta. (AGAMBEN, 2002, 34)

Se esta hipótese é verdadeira, essa disposição no texto constitucional faz algum sentido. Nada mais coerente que a exceção esteja em um lugar em que estão expostos direitos e garantias constitucionais, estando ela capturada fora (exceção, *ex capere*) no ordenamento jurídico. Assim:

A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a

¹ NT: Embora ele esteja fora do sistema legal válido, ele, no entanto, pertencerá a ele, pois ele é quem deve decidir se a Constituição precisa ser suspensa em sua totalidade.

² Art. 5º, inciso XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não suplemente excluída. (Id. Ibid., 25)

O autor então prossegue indicado que esta situação mencionada não se trata de “uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença.” (Id. Ibid., 26)

Entende-se que aquele que é capturado na categoria de criminoso hediondo é um *Homo Sacer*, a vida matável e insacrificável, que possui função essencial na política moderna, pois “O soberano, através do estado de exceção, “cria e garante a situação” da qual o direito tem necessidade para própria vigência”. (Id. Ibid., 23)

Quadro II. Da alteração da lei 8.072 de 1990

Da exceção à regra

O segundo quadro começa na Exposição de Motivos nº 397, de 25 de Agosto de 1993, na câmara dos deputados, onde se submeteu projeto de lei que deu nova redação ao artigo 1º da lei 8072 de 1990 (BRASIL, 2014c).

Proposta que fora fruto de Indicação Legislativa número 1 aprovada por unanimidade Conselho de Defesa da Criança e do Adolescente Estado do Rio de Janeiro sob o fundamento de que o legislador teria se esquecido de elencar delito especialmente repulsivo e suscetível de trazer singular abalo à paz pública e a ordem social de grupos de extermínio (Id. Ibid.)

À proposta foi conjuminado um dispositivo que atendia a preocupação de uma comissão de advogados, artistas e familiares de vítimas da violência liderada pela escritora Glória Perez, que entregou um anteprojeto com mais de 1 milhão e 300 mil assinaturas. Este dispositivo arrolava o tipo de homicídio qualificado (art. 121, §2º, inciso I, II, III, IV e V) a lei dos Crimes Hediondos. (Id, 1994a, 4297)

Ao discutir a matéria o Sr. Deputado Nelson Trad ponderou que é normal a sociedade querer enquadrar todos os crimes que a abalam de forma individual como hediondo. Afirmou-se, contudo que os legisladores não poderiam agir emotivamente pelos traumas individuais vivenciados por um grupo de pessoas. (Id. Ibid.)

Ressaltou que qualquer crime pode ser considerado hediondo. Em seguida, criticou a justificativa do Ministro de Justiça, por não ser científica e por ser avessa à política criminal implantada no país. (Id. Ibid.)

Depois, ressaltou que a definição de Crimes Hediondos extraída da justificativa da Exposição de Motivos seria qualquer ato ilegal, violento, contrário à determinação de um procedimento civilizado da sociedade. (Id. Ibid., 4298)

Finalizou ao orientar que a matéria necessitaria de mais reflexão e sobretudo, de uma representatividade que pudesse tranquilizar a sociedade brasileira, porque ninguém seria a favor da violência. (Id. Ibid.)

Ao tomar a palavra, o Sr. Deputado Edmundo Galdino defendeu o projeto. Para tanto, alegou que este projeto fora fruto de um trabalho de uma comissão considerada mais qualificada no assunto. (Id. Ibid.)

Após isso, afirmou que em suas investigações em Comissão de Inquérito de pistolagem, em toda a parte havia um clamor para se oferecer meios para acabar com a impunidade. Depois de demonstrar diversos dados sobre a impunidade daqueles que transformam o homicídio em profissão, concluiu que neste caso, este tipo de crime deveria ser considerado crime hediondo. (Id. Ibid.,4299)

Neste instante o Deputado Sr. Vital do Rego afirmou que a proposta nivelaria tanto legislador com os acusados de crimes hediondo quanto estes acusados com os condenados. (Id. Ibid.)

A emenda do nobre Deputado José Luiz Clerot, como está redigida – e antes de vir a esta tribuna eu disse isto ao próprio Relator- deixa todos nós nivelados por baixo, iguais à marginalidade e ao criminoso de mão paga a que se reporta, na sua incontida decepção, o Deputado Edmundo Galdino. (Id. Ibid.)

(...) Uma denúncia formulada por um promotor qualquer classificando como homicídio simples, o acusado seria imediatamente nivelado àqueles que praticaram crimes hediondos de fato e privado dos benefícios – não são favores, mas sobretudo aquiescência científica da lei – que dizem respeito à primariedade e aos bons antecedentes. (Id. Ibid.)

(...) Quando ele [Deputado José Luiz Clerot] faz um ponto no homicídio qualificado e deixa que todos aqueles que venha a ser denunciado como autores, como agentes desse tipo de crime percam a dignidade da sua primariedade, que é m cultivo de vida, uma história de vida, e dos seus bons antecedentes, a vida comportamental do cidadão em sociedade. (Id. Ibid., 4300)

Por sua vez o Sr. Deputado José Luiz Clerot defendeu que o projeto só veio adicionar o homicídio qualificado. Acrescentou que qualquer homicídio qualificado é praticado com requinte de crueldade. Devido esta característica que a política criminal de ressocialização deve ser mais rigorosa. (Id. Ibid., 4301)

Entendeu-se que não se devia aplicar a lei de execuções pois a correção dessa gente quando se realiza, é a longo prazo. (Id. Ibid.) Após isso acrescenta:

E sei o que é violência, sei como se deve coibi-la, sei como se deve tratar essa gente. Por isso estou convencido, mais do que nunca, de que precisamos de políticas sócias. Na realidade, precisamos enfrentar o problema com seriedade, partir da criança, esperança e futuro de todos nós. Só assim vamos propiciar condições para que a delinquência não se alastre. (Id. Ibid.)

Uma das últimas falas do Sr. Deputado Vital do Rego afirmou de forma diplomática a não discordância em relação aos estudos do Deputado Sr. José Luiz Clerot, mas que lhe causava estranheza a inclusão sumária do homicídio qualificado no rol dos Crimes Hediondos. (Id. Ibid., 4302)

Ao mencionar uma possível emenda. O Sr. deputado José Luiz Clerot, sob o argumento de ganhar tempo, propôs aprovar o projeto do jeito que estava e se comprometeu levar a consideração para ser analisada no Senado. Repara-se a insistência para se avançar etapas mais rápido possível. (Id. Ibid.)

Após o projeto ser mandado para o Senado dois pontos causaram espécie: 1) não houve debates e só houve uma emenda de redação. 2) As galerias do Senado estavam fechadas, o que impediu diversos cidadãos de assistir à votação. (Id., 1994c, 4950 e 4952)

Outro detalhe que não foi comentado no primeiro quadro, mas que será interessante para análise a seguir diz respeito a prisão temporária que pode ser entendida como uma prisão para fins processuais em casos imprescindível para investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tenha residência fixa ou que não tenha fornecido dados necessários a sua identificação. Instiga que a lei 7.960 de 1989 que dispõe sobre prisão temporária arrole, no artigo 1º, inciso III, tipos penais considerados graves como fundamento para que se decreta prisão temporária, boa parte destes tipos foram posteriormente considerados hediondos pela Lei dos Crimes Hediondos, que além de definir quais crimes seriam considerados hediondos aumentou o prazo da prisão temporária de 5 dias prorrogáveis por mais 5 dias para 30 dias prorrogáveis por mais 30 dias nos crimes hediondos. Vê-se com certa inquietação que viventes considerados inocente pelo princípio constitucional da presunção da inocência possa ter sua liberdade restringida por até 60 dias por um decreto judicial que deveria se fundamentar em aspectos processuais. (Id., 2014e)

O campo como o paradigma

Neste quadro, almeja-se identificar uma generalização do estado de exceção e dessa forma constatar uma potencial forma de campo surgindo da lei dos Crimes Hediondos. Pode-se dizer que o “campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra. (AGAMBEN, 2002, 175)

No debate que foi exposto acima, percebe-se uma tendência em acrescentar cada vez mais tipos dentro do rol dos crimes hediondo, pois como o Sr. Deputado Nelson Trad ressaltou, é normal querer ampliar a cada momento os crimes que provocam repulsa na população, pois “a fratura que se acreditava ter preenchido eliminando o povo se reproduz assim novamente, transformando o inteiro Povo em vida sacra votada à morte e em um corpo biológico que deve ser infinitamente purificado.” (Id. Ibid., 186)

É possível ver essa transformação de exceção à regra no momento em que há um anseio da população em elencar mais tipos ao rol dos crimes hediondos. O estado de exceção neste momento passa a ser desejado. Nesse instante “na medida em que o estado de exceção é, de fato, “desejado”, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção. (Id. Ibid., 177)

Verifica esse anseio na fala do Sr. Deputado Edmundo Galdino ao afirmar que em suas investigações em Comissão de Inquérito de pistolagem, em toda a parte havia um clamor para se oferecer meios para acabar com a impunidade. (BRASIL, 1994a, 4298)

Para corroborar com a tese de que a cada alteração legislativa um estado de exceção se transmuta em regra, pode-se perceber que por meio do decreto de prisão temporária é permitido que seres humanos tenham sua liberdade, seus direitos e de suas garantias constitucionais restringidas.

Não estou dizendo que a conduta analisada em abstrato não seja grave, contudo tratar um indivíduo (que ainda não teve o devido processo legal) como uma grave ameaça de maneira a restringir, de modo temporário que seja, a sua liberdade por trinta dias (seis vezes mais do que disposto para outros tipos penais) prorrogáveis por mais trinta dias mediante um instrumento que deveria garantir apenas a devida instrução do inquérito policial não é coerente com uma política criminal amparada por princípios e garantias constitucionais.

Parece que esta disposição não se aproxima a uma regra de direito penal ou carcerário, mas, pelo contrário, de uma regra fora do direito ordinário. E é dessa forma que “os campos nascem, portanto, não do direito ordinário (e menos ainda, como se poderia inclusive crer, de uma transformação e um desenvolvimento do direito carcerário), mas do estado de exceção e da lei marcial.” (AGAMBEN, 2002, 173)

A respeito da prisão temporária, percebe-se que ela se aproxima do instituto jurídico da Schutzhaft, que permitia uma custódia de indivíduos a fim de evitar um perigo para a segurança do Estado e seu fundamento jurídico era a proclamação o estado de sítio ou do estado de exceção, com a suspensão dos artigos da constituição alemã que garantias as liberdades pessoais: (Id. Ibid., 174)

É sabido que a base jurídica do internamento não era o direito comum mas a *Schutzhaft* (literalmente: custódia protetiva), um estatuto jurídico de derivação prussiana que os juristas nazistas classificam às vezes como medida policial preventiva, na medida em que permitia “tomar sob custódia” certos indivíduos independentemente de qualquer conduta penalmente relevante, unicamente com o fim de evitar um perigo para a segurança do Estado. (Id. *Ibid.*,)

Desta forma é possível verificar que o campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis. (Id. *Ibid.*, 177)

Há quem pergunte como é possível que se pratique tamanha monstruosidade com esses vivos, atitudes como a retirada de direitos e garantias, aumento de pena privativa de liberdade, quando é sabido por todos que a prisão não reabilita. A estes AGAMBEN retruca:

A questão correta sobre os horrores cometidos nos campos não é portanto, aquela que pergunta hipocritamente como foi possível cometer delitos tão atrozes para com seres humanos; mais honesto e sobretudo mais útil seria indagar atentamente quais procedimentos jurídicos e quais dispositivos políticos permitiram que seres humanos fossem tão integralmente privados de seus direitos e de suas prerrogativas, até o ponto em que cometer contra eles qualquer ato não mais se apresentasse como delito. (Id. *Ibid.*, 178)

Pode verificar que o sistema político deixou se ordenar formas de vida e normas jurídicas em um espaço determinado, para interiorizar em si uma localização deslocante, na qual toda forma de vida e toda norma são potencialmente capturáveis. (Id. *Ibid.*, 182)

Se isto é verdadeiro, se a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e na conseqüente criação de um espaço em que a vida nua e a norma entram em um limiar de indistinção, deveremos admitir, então que nos encontramos virtualmente na presença de um campo toda vez que é criada uma tal estrutura, independentemente da natureza dos crimes que aí são cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica. (Id. *Ibid.*, 181)

Como se pode ver, desde a regulação dos Crimes hediondos, abriu-se uma possibilidade de exceção que a cada inovação legislativa vai se generalizando e se tornando regra, sendo possível dizer que a cada instante pode se formar um campo no qual vivos podem ser indiciados ou condenados por crimes hediondos, e conseqüentemente ser submetido a vontade de qualquer autoridade, seja legislador, juiz ou mesmo qualquer cidadão ao fazer uma denúncia. Desse modo, a sorte desses vivos não poderá contar com o direito e dependerá só do senso ético de quem se comporta como soberano. Neste sentido:

Em todos esses casos, um local aparentemente anódino delimita na realidade um espaço no qual o ordenamento normal é de fato suspenso, e que aí se cometam ou não atrocidade não depende do

direito, mais somente da civilidade e do senso ético da polícia que age provisoriamente como soberana. (Id. Ibid.,)

Quadro III: Do Julgamento de inconstitucionalidade

Do Julgamento de inconstitucionalidade

Pretende-se analisar nesse quadro o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82959-7 – SP do Relator Ministro Marco Aurélio. (BRASIL, 2014f, 510)

Neste Julgamento, os ministros acordaram por maioria em deferir o pedido do *Habeas Corpus* e declarou declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. (Id. Ibid.)

Ao proferir seu voto o Sr. Ministro Marco Aurélio, relator do *Habeas Corpus em tela*, citou suas razões proferidas em outro processo em que alegou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da lei 8.072 de 1990. Justificou com base nos princípios da isonomia em *lato sensu*, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. (Id. Ibid., 514)

Atentou-se da possibilidade de o legislador, em não mais que uma linha, colocar diversos viventes em uma condição despojada de direitos.

“Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.” (Id. Ibid.,515)

Entendeu-se que a progressão do regime integral fazia parte da própria individualização da pena.

“A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social.” (Id. Ibid.)

Vê-se a incompatibilidade da negação de um regime de progressão no cumprimento da pena com o princípio da individualização da pena.

Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. (Id. Ibid.)

Verifica-se, na passagem a seguir, que o Relator deixa claro que a Lei dos Crimes hediondos continha dispositivos que destoaria com qualquer política criminal:

Conforme salientado na melhor doutrina, a Lei nº 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade. (Id. Ibid., 516)

Ao concluir, o Relator ressalta que o que a constituição restringiu foi “tão-somente” a fiança a graça e a anistia e por isso não poderia o legislador impedir que houvesse a individualização da pena ao restringir absolutamente a progressão de regime.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas aqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8 072/90 e dentre elas não e dado encontrar a relativa a progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais - artigo 5º - afasta, tão-somente a fiança a graça e a anistia para em inciso posterior (XLVI) assegurar de forma abrangente sem excepcionar esta ou aquela pratica delituosa a individualização da pena. Como então entender que o legislador ordinário o possa fazer? (Id. Ibid., 517)

Passo a análise do Voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes. Logo após explanar o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e diferenciar a teoria absoluta da relativa, prossegue no sentido de que independentemente da filiação a uma das teorias postas em questão o modelo adotado na Lei nº 8.072/90 não levaria em consideração o direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. (Id. Ibid., 602)

Em seguida, demonstra como o cumprimento de pena integralmente em regime fechado afeta o núcleo essencial da individualização da pena, pois elimina qualquer possibilidade de o juiz verificar as peculiaridades do condenado. (Id. Ibid.)

Chama atenção como o Sr. Ministro Gilmar Mendes desenha o conceito de Crime Hediondo: um conceito indeterminado que permite ao legislador interpretar a constituição segundo uma lei ordinária:

No caso dos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ampla liberdade, o que permite quase a conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei. (Id. Ibid.,603)

Verifica-se que as constantes adições legislativas ao rol de Crimes Hediondo poderia antever uma situação em que uma exceção se torna a regra:

A ampliação dos crimes considerados hediondos torna ainda mais geral a vulneração do princípio da individualização, o que, em outras palavras, quase que transforma a exceção em regra. Todos os crimes mais graves ou que provocam maior repulsa na opinião pública passam a ser tipificados como crimes hediondos e, por conseguinte, exigem o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Os direitos básicos do apenado a uma individualização são totalmente desconsiderados em favor de uma opção política radical. (Id. Ibid.)

Há a descaracterização de uma garantia fundamental pois não leva em consideração as particularidades de cada indivíduo. O que poderia ser considerada uma carta em branco conferida ao legislador para fazer o que bem entendesse contra aqueles viventes acusados ou condenados pela prática de crimes considerados hediondos:

Não é difícil perceber que fixação in *abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental. (Id. Ibid.)

No voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes deixa claro da possibilidade, a seu ver, em adotar um critério de progressividade mais rigoroso para crimes hediondos:

Ressalto, que não sou refratário à ideia de que se possa adotar um diferente critério de progressividade para os crimes hediondos. Não preconizo a aplicação do princípio da igualdade em toda a sua extensão, tal como defendido pelo Min. Marco Aurélio, porque, a rigor, foi a própria Constituição que os distinguiu em relação aos demais crimes. O que não encontra amparo constitucional, a meu ver, é a vedação, geral e abstrata, da progressão. Como demonstrado, essa proibição não passa pelo juízo de proporcionalidade. (Id. Ibid., 606)

É possível verificar no próprio julgamento do *Habeas Corpus* uma corrente a favor da constitucionalidade do dispositivo que restringe absolutamente a progressão de regimes àqueles que cometessem crimes considerados hediondos. Destaco um dos argumentos que foi exposto pela Sra. Ministra Ellen Grace, o qual considera a progressão de regime

apenas um dos direitos que integram o instituto da individualização da pena e da sua execução. Por isso não haveria lesão se restringisse a progressão por escolha legítima do legislador.

É difícil, portanto, admitir, dentro desse grande complexo de normas que constituem o arcabouço do instituto da individualização da pena e de sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto. E mais, que possa essa restrição representar afronta à norma constitucional que instituiu a individualização da pena, ou seja, imaginar que o todo ficaria contaminado porque uma determinada parcela foi objeto de restrição. Por isso, com a devida vênia, não considero eivada de inconstitucionalidade a norma que restringiu a aplicação da regra da progressividade no regime prisional.

Vê que, mesmo em sede de *Habeas corpus*, o discurso garantista teve êxito apertado contra o discurso de exceção em uma votação de 6 votos a favor e 5 contra.

A tensão entre o discurso de exceção e sua crítica em sede Habeas Corpus

Antes de adentrar a questão da tensão entre os discursos, é interessante perceber que esse quadro tem lugar em um julgamento de um *habeas corpus*, um dos procedimentos direcionados à proteção da liberdade individual que recebeu forma de lei e ficou marcado na história da democracia ocidental. Mais interessante do que saber como o *Habeas Corpus* foi institucionalizado, é saber que as nascentes democracias europeias colocavam no centro de sua luta com o absolutismo não a vida qualificada de cidadão, mas a vida nua apanhada no bando soberano. (AGAMBEN, 2002, 130)

Pode-se afirmar que *Corpus* é um ser bifronte, pois ao mesmo tempo em que era portador tanto da sujeição ao Poder soberano, quanto das liberdades individuais. (Id. 2002, 130)

Passo então a análise desse quadro, percebe-se que em uma situação na qual a exceção cada vez mais se aproxima da regra, o paradoxo do poder soberano (soberano é aquele que define a exceção) torna-se um mecanismo que não funciona mais. Uma vez que a exceção já é a regra, assim a política entraria em uma catastrófica zona de indeterminação entre a anomia e o direito, em um cenário em que se torna difícil discernir o que seria a observância ou a transgressão do direito. (Id. 2005b, p. 105).

A condição para que haja regra de exceção é a vida em si que ela excepciona, desta forma se “a regra vive somente da exceção (...). O direito não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *excpetio*: ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta.” (Id. 2002, 34)

Até o segundo quadro, via-se um caminho sem volta para um discurso que cada vez mais generalizava a exceção, corroborado pelo fundamento de validar poder soberano pela exceção em um estado biopolítico. Passa analisar que mesmo que esse discurso seja majoritário e possa ser explicado, ele apresenta a possibilidade de deslegitimar o direito quando se caminha para uma generalização da exceção.

Para evitar essa generalização da exceção, é possível visualizar um discurso crítico, ainda que minoritário, que não aceita este tratamento de exceção dentro de uma realidade democrática.

No julgamento apresentado, através de uma construção argumentativa, associou-se à progressão do regime com a própria individualização da pena. E identificou incompatibilidade da negação de um regime de progressão no cumprimento da pena com o princípio da individualização da pena e a inadequação com qualquer política criminal. Esta argumentação foi um importante marco para o discurso crítico.

De fato a constituição possibilitou o legislador, em não mais que uma linha, colocar diversos viventes em uma condição despida de direitos. Contudo não se pode ler a constituição de modo isolado, mas, ao contrário, de modo integrado.

Nesse julgamento, nota-se a tensão discursiva entre um discurso que pretende conservar o estado de exceção e outro discurso voltado para o futuro que pretende através da crítica propor um modo diferente de se encarar os Crimes hediondos.

Não é ignorado que esta voz garantista ainda é minoritária e que através de instituições em que se prevalecem a maioria, ela não seja escutada. Não se pode ignorar, contudo, que essa voz existe e que ela tensiona diuturnamente de diversas formas, seja no discurso acadêmico, seja no dia-a-dia em julgamentos nos tribunais.

Para tentar entender como essa crítica pode ter lugar dentro de discussões como Biopolítica, Soberania, Estado de Exceção, uma leitura possível de AGAMBEN realizada por GARRISON sugere que a revogabilidade dialética é um ponto ao qual o conceito de segredo se encontra com sua própria desabilitação (unworking) representada por figuras como o crítico ou o escriba:

I suggest, is its dialectical reversibility, the point at which the concept of the secret is met by its own immanent unworking by the critic and

scribe (...), and subject to abandonment through the work of here, different species of the secret are thrown against one another, one order undoing the other. The secret founded upon the sacred is displaced by Agamben's critical orientation toward the immanent: what is immanent is both potential and hiddenness. (GARRISON, 2014, 281)

Para se entender esta leitura é preciso compreender que o pressuposto da exceção e da decisão é a linguagem. “A linguagem é o soberano que, em permanente estado de exceção, declara que não existe um fora da língua, que ela está sempre além de si mesma. A estrutura particular do direito tem seu fundamento nesta estrutura pressuponente da linguagem humana “(AGAMBEN, 2002, 29)

O segredo da soberania pode ser entendido, em sua forma de lei, como se contivesse nela sua própria crítica, funcionando por dentro do conceito para desativá-lo. Desta forma, o que move contra si próprio é sua própria revogabilidade dialética. O segredo da soberania que se apresenta como um enigma a se pensar pode ser satisfeito por figuras como o crítico, o hipócrita e o escriba, que através de seus derivados não, nada, nihilismo, suspende ou torna inoperante o direito que continua operando em sua Soberania. (GARRISON, 2014, 293)

Esta leitura se aproxima do que AGAMBEN disse quando escreveu que a sociedade na qual a profanação é praticada não é aquela em que não há exceção, mas aquela que aprendeu dar um novo uso a exceção. (AGAMBEN, 2005a, 68)

Visualiza-se então uma tensão entre dois discursos: um que critica o estado de exceção regulado pelo direito e se esforça em não deixar viventes em condição desumanas e o outro que se vale do discurso conservador de exceção e que usa de todos argumentos para privar direitos de viventes considerados indignos de garantias. Essa tensão será contínua, pois o papel da crítica deve ser uma dinâmica que tem como objetivo mostrar o ponto de reversibilidade na linha de falha do próprio conceito de Crime Hediondo. (GARRISON, 2014, 295)

Após esse quadro pode-se dizer que apesar do estado de exceção poder ser considerado fundamento da soberania e do direito e que a lei dos crimes hediondos ser mais próxima a leis de exceção do que leis de direito penal ou carcerário, faz-se cada vez mais presente a defesa de viventes por meio de uma crítica da palavra, do direito pela própria palavra, pelo próprio direito. Essa crítica pode ser percebida seja no âmbito legislativo, judiciário ou mesmo acadêmico. Há de observar que esta crítica, ainda que minoritária, tem fortes argumentos para que se suspenda esta generalização do estado de exceção ou mesmo para que a torne inoperante.

Limiar

Três pontos podem sintetizar conclusões de alguma forma provisórias, nesta monografia.

- 1) A categoria crime hediondo pode ser considerada um estado exceção e que esta exceção de alguma forma mantém a soberania jurídica.
- 2) Ao aproximar o estado de exceção de um estado genérico, abrem-se meios para que se manifeste o campo.
- 3) Uma saída dessa situação de exclusão de direitos de seres vivos é através da linguagem que critica a própria linguagem. Trata-se de uma constante tensão entre o discurso de exceção e o discurso de afirmação de direitos,

Entende-se que determinados conceitos que podem responder questões inquietantes de forma brilhante dentro do arcabouço conceitual dos autores. Ao confrontar com a realidade, contudo, parece que não há um encaixe que possa legitimar a categorização de diversos tipos como hediondos e conseqüentemente a exposição de indivíduos a uma série de privações de direitos e a um enrijecimento de penas restritivas de liberdade que, como é sabido, não reabilita, mas, perpetua a delinquência. Apesar dessa aporia, a utilização desses conceitos nos auxilia a explicar o inexplicável e a dar uma resposta mesmo que incompleta e provisória a questão de legitimidade dos crimes hediondos em um Estado Democrático. Além de explicar como se estabeleceu o estado de exceção e sua generalização, pode tentar dar uma resposta a esta situação através do discurso crítico em uma possível revogabilidade dialética, permitindo que o próprio direito, de modo que não deixe de ser Soberano, se critique ou mesmo não se aplique quando não for coerente.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *A Linguagem e a Morte: Um lugar sobre o lugar da negatividade*. Trad. Herique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

_____. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004

_____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Herique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. *O que é contemporâneo? e outros ensaios*. Trad. V.N. Honesko. Chapecó: Argos. 2009.

_____. *O que resta de Auschwitz: O arquivo e a testemunha*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. *Profanações*. Trad. Silvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2005a

_____. *The time that remains*. Stanford: Stanford University Press 2005b

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acessado em 11 nov. 2014a

_____. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”). 27 de abr. 1988. Disponível em http://www.senado.gov.br/publicacoes/_anais/constituente/redacao.pdf Acessado em 11 nov. 2014b

_____. Exposição de Motivos nº 397, de 25 de ago. 1993. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 26 ago. 1993. Seção 1, p. 12597. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/expmot/1993/exposicaodemotivos-397-25-agosto-1993-490046-norma-mj.html>. Acessado em 11 nov. 2014c

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acessado em 11 nov. 2014d

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acessado em 11 nov. 2014e

_____. Projeto de Lei nº 4.146-B, de 1993. (Do Poder Executivo) Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de março de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, ano XLIX, n. 43, 25 mar. 1994. Seção I, p. 4297-4304. 1994a

_____. Projeto de Lei nº 5.405, de 1990. Estabelece novas disposições penais e processuais penas os crimes de sequestro extorsão mediante sequestro, e dá outras providências. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, ano XLV, n. 77, 28 jun. 1990. Seção I, p. 8035, 1990a

_____. Projeto de Lei nº 5.405, de 1990. Estabelece novas disposições penais e processuais penas os crimes de sequestro extorsão mediante sequestro, e dá outras providências. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, ano XLV, n. 78, 29 jun. 1990. Seção I, p. 8229-8235, 1990b

_____. Projeto de Lei da Câmara. Discussão, em turno único, do Projeto de Lei da Câmara nº 113, de 1994 (nº 4.146/93, na Casa de origem), que dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que "dispõe sobre crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências". (Dependendo de parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.). Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, ano XLIX - Nº 103, 31 ago. 1994. Seção II, p. 4950-4952, 1994c

_____. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959-7. São Paulo. PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Oseas dos Campos e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Dj. 01 set. 2006 PP-00018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor/obterinteiroteor.asp?Id=79206>, Acessado em 11 nov. 2014f.

GARRISON, Alysia. Agamben's Grammar of the Secret under the Sigh of the Law. *Law Critique* (2009) 20:281–297. Springer Disponível em: <http://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs10978-009-9057-y.pdf>, acessado em 11/11/2014.

FOUCAULT, Michael. *A ordem do discurso*. Trad. Laura Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

_____. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. Rev. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008 a.

_____. *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. Rev. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. Disponível em: http://minhateca.com.br/cesz/Livros+de+Hist*c3*b3ria/Vigiar+e+Punir-+Michel+Foucault.35283064.pdf, acessado em 08 nov. 2014.

SCHMITT, Carl. *Political theology*; Trad. George Schwab. Baskerville: MIT Press Computergraphics Departament.1985

ANEXOS

- Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”). Página 20
- Exposição de Motivos nº 397, de 25 de ago. 1993. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 26 ago. 1993. Seção 1, p. 12597
- Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.
- Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária.
- Projeto de Lei nº 4.146-B, de 1993. (Do Poder Executivo) Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de março de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, ano XLIX, n. 43, 25 mar. 1994. Seção I, p. 4297-4304.
- Projeto de Lei nº 5.405, de 1990. Estabelece novas disposições penais e processuais penas os crimes de sequestro extorsão mediante sequestro, e dá outras providências. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, ano XLV, n. 77, 28 jun. 1990. Seção I, p. 8035, 1990a
- Projeto de Lei nº 5.405, de 1990. Estabelece novas disposições penais e processuais penas os crimes de sequestro extorsão mediante sequestro, e dá outras providências. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, ano XLV, n. 78, 29 jun. 1990. Seção 1, p. 8229-8235, 1990b
- Projeto de Lei da Câmara. Discussão, em turno único, do Projeto de Lei da Câmara nº 113, de 1994 (nº 4.146/93, na Casa de origem), que dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que "dispõe sobre crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências". (Dependendo de parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.). Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, ano XLIX - Nº 103, 31 ago. 1994. Seção II, p. 4950-4952, 1994c
- Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959-7. São Paulo. Oseas dos Campos e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Dj. 01 set. 2006 PP-00018.