

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL: A NÃO REINserÇÃO DO DETIDO COMO MANUTENÇÃO DA ORDEM DE EXCLUSÃO

THE INDIVIDUALIZATION AS A SOCIAL CONTROL MECHANISM: NOT REINTEGRATING THE PRISONER FOR THE PURPOSE OF KEEPING THE ORDER OF EXCLUSION

Marina Perini Antunes Ribeiro¹

Josué Justino do Rio²

RESUMO: O presente texto tem como objetivo analisar o paradigma clássico do direito penal como violência instituidora e mantenedora do próprio direito, do encarceramento como forma de controle social e a manipulação do princípio da individualização da pena como forma de justificar a exclusão, socorrendo-se, para tanto, dos argumentos articulados pelo filósofo italiano Giorgio Agamben. Buscar-se-á, nesta perspectiva, trazer a lume os pensamentos centrais sobre o estado de exceção moderno e as dificuldades encontradas em conceituá-lo no plano político ou do terreno jurídico do direito, bem como, o fato deste paradigma ter sido tratado em um primeiro momento pelo filósofo Michael Foucault fazendo uso do que ele convencionou chamar de biopoder, e na sua teoria baseado no fazer viver e deixar morrer, tendo os avanços tecnológicos como seus mecanismos de uma sociedade de controle. Sem a pretensão de esgotar o assunto, se propõe uma breve análise dos argumentos deste filósofo quanto ao controle social promovido com as novas formas proporcionadas pela tecnologia e a utilização do princípio da individualização da pena, que deveria ser uma garantia constitucional, e o que tem se mostrado é uma verdadeira manutenção da ordem de exclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Violência; Estado de exceção; Controle social.

ABSTRACT: This text aims to analyze the classic paradigm of criminal law as violence and founding sponsor of the law itself, incarceration as a form of social control and manipulation of the principle of individualization of punishment as a way of justifying the exclusion, bailing up to Therefore, the arguments articulated by the Italian philosopher Giorgio Agamben. Will pick up in this perspective, bringing to light the central thoughts about modern state of exception and the difficulties encountered in classifying them in the political sphere or the legal grounds of the law as well as the fact that this paradigm have been treated in initially the philosopher Michael Foucault making use of it conventionally called biopower, and his theory based on making live and letting die, and technological advances such as its mechanisms of a society of control. Without pretending to exhaust the subject, proposes a brief analysis of the arguments of the philosopher and social control promoted with the new forms offered by the technology and the use of the principle of individualization of

¹ Advogada e pós-graduada em Direito Contemporâneo pela Opet, mestranda em Teoria do Estado e do Direito pela UNIVEM. Integrante do Grupo de Pesquisa “Constitucionalização do Processo”, vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. Professora da ETEC- Antonio Devisat.

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, desenvolvendo pesquisa sobre Ensino Jurídico e Projeto Pedagógico. Bolsista CAPES. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Constitucionalização do Processo” e “Reflexões sobre o Ensino Jurídico Brasileiro”, ambos vinculados ao Programa de Mestrado do UNIVEM. Professor de Processo Penal do IMESB e da ETEC – Ídio Zucchi, Advogado.

punishment, it should be a constitutional guarantee, and what has shown is a true law enforcement exclusion.

KEYWORDS: Violence; The State of exception; System law.

INTRODUÇÃO

Ao se analisar a população que se encontra no cárcere, o que se constata ser composta essencialmente por afrodescendentes, por desempregados e marginalizados, se verificando que isso coincide com a progressiva demolição do Estado social e consequente desamparo social por parte do Estado com relação a esses grupos. Este quadro demonstra que ocorreu uma mudança da política e das estratégias de controle, e nem tanto em razão da criminalidade de forma direta. Citados grupos estão inseridos nas novas metas de controle social, sendo suas vítimas.

O que se tem é o gerenciamento de populações “problemáticas” por meio da repressão penal do desvio, e cada vez menos pela regulação social: transição do Estado social ao Estado penal.

Com isso se tem uma nova racionalidade de controle onde dispositivos de gestão de risco e de repressão preventiva, atua sobre populações que portam algum risco. Isso ocorre não na forma individual (encarceramento de determinados criminosos), mas sim envolvendo populações inteiras que representem qualquer forma de “perigo”, não se tendo por fim sua disciplina, mas sim sua neutralização na forma de racionalidade atuarial: o cárcere passa a ser um lugar de alocação de indivíduos componentes de determinadas classes de risco, sem fins de reeducação, correção. O princípio da individualização da pena é o principal mecanismo para excluir essa população, uma vez que é facilmente manipulado pelo soberano, com a finalidade de atender a “anseios” da sociedade.

1 BIOPODER: PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO CRIME

Nessa vertente de controle social como disciplina populacional filósofo francês Michael Foucault, especificamente, cria a expressão biopoder. E na teoria o biopoder determina sua atuação no fazer viver e deixar morrer, ao contrário do poder soberano que era voltado ao fazer morrer e deixar viver.

Essa disciplina populacional só foi possível quando o homem deixou de se reconhecer somente como um indivíduo, e passou a se reconhecer como membro da coletividade, e essa

inserção na vida política, na polis, é que fez surgir o biopoder, controlando assim, a vida *bios* e não a vida natural (*zoé*) por meio de dispositivos, o que dá origem a uma sociedade submetida a normatividade.

Isso envolve um novo elemento, fora os já conhecidos indivíduo e sociedade, “a população”, e como cuidar desta no campo político, biológico e de poder, “em suma, aos acontecimentos que ocorrem numa população considerada em sua duração” (FOUCAULT, 2005, p. 293). A população vista como mão-de-obra deixa de obedecer apenas à vontade do soberano, exigindo sua administração, sendo os avanços tecnológicos indispensáveis para tanto.

Foucault (2008b, p. 103) afirma que “a partir do momento em que, ao contrário, como vis-à-vis, não da soberania, mas do governo, da arte de governar, teve-se a população”, creio que podemos dizer que o homem foi para a população o que o sujeito de direito havia sido para o soberano.

É um momento em que se busca prolongar a vida de forma controlada, a fim de se assegurar um equilíbrio biológico de vida, uma regulamentação, e não disciplina. Fala-se em vida, e não em morte.

Diverso do poder soberano, o biopoder trata de formas de gestão da vida, substituindo o “fazer morrer ou deixar viver” pelo “fazer viver e deixar morrer”: o biopoder tem a função de gerar a vida, tendo por suporte as ciências do homem, como a demografia e a medicina social, uma tecnologia da população (passa-se de um Estado territorial a um Estado de população). Tem-se a substituição do “fazer morrer ou deixar viver” pelo “fazer viver e deixar morrer”, então a vida passa a ser a forma de atuação desse poder.

Procedimentos de poder saber, com o auxílio dos avanços tecnológicos, procuram controlar e modificar os diversos processos relacionados à vida:

Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no caso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder (FOUCAULT, 1988, p. 155).

Por outro lado se tem a separação dos indivíduos em grupos dignos ou indignos de viver, grupos com importância política de permanecerem vivos e os sem importância (sujeito até a eliminação/exclusão). Na biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal (AGAMBEN, 2010, p. 137).

Desta forma, o campo biológico foi dominado pelo Estado, como forma de atuação social:

[...] o investimento da bio-política sobre a vida se faz por meio do exercício normalizador, pela inclusão/exclusão de indivíduos e grupos nos processos econômico, pelo ajustamento dos corpos aos aparelhos de produção, por meio de novas estratégias de gestão e administração de recursos, do capital, dos meios de produção, procedimentos e métodos de intensificação e majoração das forças produtivas, que naturalmente incidem também sobre as forças do corpo. Todo esse grande agenciamento incluía tanto o corpo global da população como os corpos dos indivíduos, na forma de um bio-poder que constituiu um elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo (GIACÓIA, 2005, p. 622).

Nessa atuação social vem a ocorrer a luta entre a proteção da vida e seu “inimigo”, em que a polícia vem a se confundir de certa forma com a política, podendo se falar em um verdadeiro estado de exceção no qual se encontra o “inimigo”, submetido a um ordenamento diverso dos demais, excluído do todo do qual faz parte. Se tem, então, um estado de exceção permanentemente gerido pelos que possuem o poder.

Portanto atualmente a sociedade é controlada pelo biopoder e pela biopolítica, a qual encontra como forma de controle social a Criminologia da Vida Cotidiana ou Atuarial, a qual substitui o social pelo econômico, com a identificação de grupos inteiros considerados inimigos da ordem social, vistos como a multidão, um grupo de risco, de irrecuperáveis, e que deve sofrer neutralização, incapacitação, ocorrendo uma gestão do risco que oferecem aos demais indivíduos, uma vez que se admite a insuficiência do Estado no controle criminal e social. Tal forma de criminologia tem por enfoque situações e atitudes propícias ao comportamento criminoso, e não mais a questão da culpa em condutas já praticadas. O que importa são as pessoas, e não os fatos.

A criminalidade seria um dado ontológico preconstituído, e a realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social; o criminoso não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos relacionados ao sistema penal. A criminalidade não seria simples comportamento violador da norma, mas realidade social.

Notamos a atuação do biopoder em diferentes campos e momentos do mundo atual, e que se fundamenta em dados estatísticos, os quais elencarão os normais e os que devem ser excluídos como forma de controle de acordo com os interesses do poder, o qual já ultrapassa o Estado, estando nas mãos daqueles que controlam o capital já em escala global.

Quando se fala em multidão, estamos falando em classes inteiras de indivíduos, de forma que a supervisão na forma do Panóptico não é possível, tendo que se pensar em uma supervisão em alta escala, tratando do público (Synopticon e Oligopticon), não existindo possibilidade de controle total, direcionando-se o controle para o internamento, a vigilância, para a possibilidade de acesso aos mais diversos bens.

Deve ocorrer um controle sobre a vida e sua manutenção, com privilégio do grupo em detrimento aos que não se enquadram nele. Aqui se encontram aqueles que estão fora do mercado de trabalho e de consumo, tendo em vista a grande quantidade de mão-de-obra, a qual gera um grande número de classes sem qualquer tipo de poder aquisitivo, as subclasses (ou os inimigos). Quem se sobressai são os com maior qualificação e poder econômico, e que são aqueles que o poder fará viver. E neste contexto, localizamos o criminoso, que não tem nenhuma finalidade ao Estado ou para a sociedade, ou seja, não faz parte do rol dos que o poder fará viver.

A vida cotidiana se manifesta não apenas na forma de transferir responsabilidades, mas também em novas formas de políticas de intimidação, voltada para o aspecto prático: crime é visto como algo normal, decorrente de comportamentos da vida econômica e social da atual sociedade, não se exigindo uma predisposição ou anormalidade psicológica. E como é visto atualmente em uma perspectiva social e econômica, o crime não tem mais relação com a aplicação da lei. O Estado é então limitado nessa capacidade de controlar o crime.

O controle social se dá então nesse sentido, diminuindo ou até excluindo direitos dos menos favorecidos, e aqui se inclui os encarcerados, sendo que com isso não coloca fim em sua vida de forma direta, mas o deixa morrer na forma de omissão. Essa é a biopolítica atual.

Verificando assim, a população que se encontra no cárcere, o que se constata é ser ela composta essencialmente por afro-descendentes, por desempregados e marginalizados, isso coincide com a progressiva demolição do Estado social e conseqüente desamparo social por parte do Estado com relação a esses grupos.

Essa mudança de paradigma demonstra que ocorreu uma inversão da política e das estratégias de controle, e nem tanto em razão da criminalidade de forma direta. Citados grupos estão inseridos nas novas metas de controle social, sendo suas vítimas, o que pode remeter ao nazismo praticado por Hitler, mas em escala superior.

Assim, observamos uma nova racionalidade de controle em que dispositivos de gestão de risco e de repressão preventiva atuam sobre populações que portam algum risco. Isso ocorre não na forma individual (encarceramento de determinados criminosos), mas sim envolvendo populações inteiras, conforme já referido, que representem qualquer forma de

“perigo”, não se tendo por fim sua disciplina, mas sim sua gestão, sua neutralização na forma de racionalidade atuarial: o cárcere passa a ser um lugar de alocação de indivíduos componentes de determinadas classes de risco, sem fins de reeducação, correção (que em contrapartida é a finalidade da pena aplicada).

Não existe mais a necessidade da prisão como forma de treinamento para o trabalho, mas sim como local de alocação daqueles sem serventia na sociedade.

As cidades modernas, dentro de tal visão de controle, constituem mais um mecanismo para tanto, pois sua arquitetura se volta a possibilitar a vigilância, que em termos de avanço tecnológico, nunca se manifestou tão presente por meio dos mais diversos aparatos como as câmeras espalhadas pelos mais diversos locais, com a distribuição da população por setores dentro da cidade de acordo com suas possibilidades financeiras, a exemplo dos condomínios fechados, com a permissão de acesso ao comércio, em especial aquele concentrado em shopping centers, cujo objeto constitui classes inteiras de sujeitos.

A multidão fica concentrada em determinados locais controlados, como os conhecidos guetos (lembre-se dos campos de concentração nazistas): o que não se pode resolver, se exclui, se neutraliza, restringe seus direitos, deixando claras as diferenças sociais e não possibilitando interações.

Em tintas Agambenianas a forma de atuação da criminologia atual pode levar aquilo que o filósofo denomina de Estado de Exceção, a tornar-se uma exceção perpétua, devido à neutralização. O que se busca é manter a segurança de alguns, e não um ordenamento jurídico democrático. Isso é feito por meio da biopolítica e do biopoder.

Com o biopoder, o Estado moderno inclui a vida biológica, tanto ao nível individual dos corpos adestrados e disciplinados, como nas penas, nos registros genéricos das populações, cujos ciclos vitais de saúde e morbidez, natalidade e mortalidade, reprodução, produtividade e improdutividade, devem ser calculados em termos de previdência e assistência social.

O racismo neste particular, aos encarcerados ou apenados é condição para que se possa exercer o controle social. Um poder que tem o direito de vida e de morte, para funcionar com os instrumentos, com os mecanismos, com a tecnologia de normalização, ele também tem de passar pelo racismo.

Nesse sentido, a constituição de uma população criminosa como minoria marginalizada pressupõe a real assunção, a nível de comportamento, de papéis criminosos por parte de um certo número de indivíduos, e a sua consolidação em verdadeiras e próprias carreiras criminosas, ou seja, a definição que ele dá de si mesmo e que os outros dão dele.

A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantemente em relação as diferenças nacionais, e que permitiram a construção de um verdadeiro e próprio modelo. E por tudo isto, dizem os especialistas que os institutos de detenção produzem efeitos contrários a reeducação e a reinserção do condenado, e favoráveis a sua estável inserção na população criminosa.

O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o auto respeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, por outro lado, tem um caráter repressivo e uniformizante.

As prisões refletem assim, sobretudo as características negativas da sociedade. As relações sociais e de poder da subcultura carcerária tem uma série de características que a distinguem da sociedade externa, e que dependem da particular participação do universo carcerário, mas na sua estrutura mais elementar elas são mais do que uma ampliação das características pura de uma sociedade capitalista, uma vez que são relações baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior do qual indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papeis de submissão e de exploração.

Notamos que estas relações sociais de poder e da subcultura carcerária são relações de quem exclui (sociedade) e de quem é excluído (condenado), e por este motivo toda a técnica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão.

Isso ocorre pois, a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade, as classe subalternas, por outro lado, estão interessadas em uma luta radical contra os comportamentos socialmente negativos, isto é, na superação das condições próprias do sistema socioeconômico capitalista.

As estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração da população de baixa renda, das zonas socialmente marginalizadas como exército de reserva do sistema capitalista.

E neste contexto social de exclusão, temos paralelamente o princípio constitucionalmente consagrado: a individualização da pena, que mais se apresenta como um mecanismo de controle social e de manutenção da exclusão social do que propriamente uma garantia constitucional do apenado.

Necessário se fazer nesta oportunidade um aparato do conceito e finalidade do referido princípio para que se possa, futuramente, fazer uma análise crítica da sua função.

2 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E AS SUAS FASES DE OBSERVÂNCIA

Com a finalidade de contrapor a tirania medieval, no plano do Direito Constitucional, o princípio da individualização da pena foi objeto de regramento próprio, sendo erigido inclusive a princípio constitucional.

Formulado a partir de 1946, este prôemio estabeleceu que cada sanção aplicada deveria sempre levar em conta o sujeito ativo do crime, em todos os seus aspectos, seja antes, durante ou depois da prática criminosa.

No sistema jurídico brasileiro, em poucos anos, passou-se a referendar a individualização da pena como princípio do direito penal constitucional, colocando-a como garantia da liberdade individual e limite do poder punitivo do Estado.

Contudo, somente na Constituição brasileira de 1988 no artigo 5º, inciso XLVI, é que o princípio da individualização da pena foi consagrado, especificando que “a lei regulará a individualização da pena”.

A finalidade e importância do princípio da individualização da pena, em um primeiro momento, é a fuga da padronização da pena “mecânica” ou “carimbada” na aplicação da sanção penal.

Deste modo, o princípio da individualização da pena precisa ser juridicamente relevante para evitar-se a aplicação de uma reprimenda pré-estabelecida, e por consequência, injusta. Perceba que esta é a finalidade do referido princípio, entretanto o que podemos observar no atual ordenamento jurídico é que ele é manipulado e utilizado com a finalidade de manutenção da ordem de exclusão, ou seja, é um instrumento poderoso do que Foucault chamou de biopoder.

O princípio da individualização da pena incide em três momentos distintos: individualização legislativa, individualização judicial e individualização executória.

Com o intuito de melhor esclarecer estas fases de incidência do princípio da individualização da pena escreve Nucci (2005, p.33):

Cabe ao legislador fixar, no momento da elaboração do tipo incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus primas e efeitos. É a individualização judiciária. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizador

da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus, co-réus de uma infração penal recebam a mesma pena, sabe-se que o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um deles pode obter a progressão do regime fechado para o semi-aberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício.

Vale destacar ainda o ensinamento de Bitencourt (2006, p. 698):

Os três estágios na concreção e individualização penal, ainda que diversos, estão presididos e mediatizados pela finalidade que se persiga, com a imposição da pena. Desse modo, dependendo de quais sejam os fins que se atribuem à pena nos três momentos- cominação, imposição e execução da pena- a determinação da mesma variará de forma substancial. Isso evidencia que o pressuposto prévio para o sistema e para o conteúdo da determinação da pena é a postura que se mantenha a respeito dos fins da pena, porque somente a partir desse prévio posicionamento poder-se-á desenhar o modelo de determinação penal.

Denota-se, pois, que a individualização da pena é um princípio constitucional expresso (art. 5º, XLVI), representando, ainda, um direito humano fundamental e, concomitantemente, uma garantia fundamental. Trata-se do direito do acusado de obter, em caso de condenação a pena justa, livre de qualquer padronização, decorrência natural da condição individualizada do ser humano, cada qual com ávida e personalidade ímpares, este é o ideal legislativo do princípio.

Estuda-se e analisa-se como garantia individual das partes na relação processual contra o arbítrio excessivo ou mesmo abusivo do Estado-Juiz na eleição da pena cabível, mas esta garantia é ao mesmo tempo utilizada para punir com mais rigor ou menos rigor, segundo a vontade do Estado em deixar viver ou fazer morrer.

Se quer, com ele, convencer que é uma garantia identicamente contra o mau uso do poder de elaborar leis penais, impedindo que o Estado-legislador construa tipos incriminadores com sanções standardizadas ou imponha um regime de cumprimento ou execução no mesmo sentido. Mas é exatamente o contrário, ele é manipulado de acordo com a situação do momento e para a manutenção da ordem de exclusão, o que realmente se pretende é manter os excluídos, excluídos.

Nesta senda, individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém quer dizer particularizar o que antes era genérico, enfim, possui o enfoque em distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.

Para Nucci, a individualização da pena tem o significado de eleger a pena justa e adequada sanção penal, quanto ao quantum da pena, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores (2005, p.03).

Assim, vê-se que a individualização da pena para se efetivar necessita ser observada em três momentos distintos, quais sejam legislativo, judiciário e executório, tornando-se imperioso o respeito ao princípio constitucional em todas estas etapas.

Nos tempos atuais denota-se que os juízes não se preocupam em individualizar a pena, empreendendo análise minuciosa dos elementos fornecidos pelo legislador, nem tampouco o fazem fugindo ao mínimo, padrão estabelecido por inércia.

Em outras palavras, a individualização da pena caracteriza-se por ajustar a pena cominada, considerando dados objetivos e subjetivos da infração penal, não somente no momento da aplicação da pena no caso concreto, mas também no momento da sua efetiva execução.

Sendo assim é este princípio mais que mera quantificação, indicando também qual é a quantidade de bens jurídicos de que o condenado pode ser privado.

Portanto, como assevera Souza (2006, p.53), a individualização mostraria a medida dessa privação, o tratamento ressocializador que deve sofrer o condenado, e a razão concreta em se fazer do delinqüente um objeto dessa privação; todavia a individualização abarcaria a quantificação, a seleção e a execução da pena.

Assim, o princípio da individualização da pena integra o rol dos princípios constitucionais penais e a idéia de Estado Democrático de Direito, encontrando-se em harmonia com os valores constitucionais, se firmando como uma garantia importante, sobretudo relacionada com a cominação, aplicação e execução das penas.

Tudo isso pressupõe uma certa preocupação e avanço de técnica por parte do legislador constitucional, merecendo o referido princípio, observância fiel, a fim de que não se resulte inerte ou desviado do seu objeto central, qual seja, circunscrever e limitar a atuação punitiva do Estado. Podemos observar diante do até aqui analisado que referido princípio, mais tem uma versão romântica e idealizada e que em nada se aproxima do ideal ressocializador e sim somente mantém e estimula a ordem de exclusão.

Predomina o entendimento segundo o qual a atividade individualizadora opera em três níveis diferentes, corriqueiramente denominados pela doutrina como fases ou etapas de individualização da pena, isto é: legislativa, judicial e executiva.

A ampla conexão do princípio da individualização da pena com o ideal de Estado Democrático pressupõe composição afinada entre as atividades consideradas individualizadoras, ou seja, uma completa individualização da pena, momentos que combinados, convergem em uma mesma tarefa individualizadora, pretendendo a realização da vontade da lei a um caso específico.

Apesar de se manifestarem em momentos distintos da coerção penal, as três atividades encontram-se conectadas, dependendo uma da outra.

Conseqüentemente a individualização da pena não se satisfaz com uma estrita interpretação, ao contrário, comporta a idéia de individualização ampla, interpretada como atividade que se desdobra em três momentos sucessivos, porém integrados, que conjuntamente materializam o verdadeiro conteúdo do princípio da individualização da pena, visando permitir a maior eficácia do princípio como instrumento de garantia da liberdade individual, atentando à filosofia do Estado Democrática que buscou inspiração no ideal do Estado Democrático de Direito e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se discorda que sim é necessário que a conduta seja individualizada, assim como a punição para determinado delito também deve ser individualizada, contudo a sutileza com que este princípio é utilizado para a manutenção da ordem de exclusão é que deve ter cautela, e me parece não ser notado pelos juristas.

Cumprindo observar preliminarmente, que na fase legislativa, de elaboração da lei, a individualização da pena tem por finalidade selecionar especificar qual o bem ou valor objeto da tutela constitucional, a partir das quais, diante da importância individual ou social deste bem ou valor, torna-se necessária a proteção penal, com a indicação das condutas suscetíveis de incriminação e cominação abstrata e proporcional de uma sanção em caso de violação levando-se em conta a magnitude do bem jurídico violado ou exposto à risco.

Neste sentido, ensina Souza (2006, p.44):

A atividade legal individualizadora caracteriza-se pela tarefa indeclinável do legislador em reconhecer que a conduta humana somente pode ser considerada um injusto punível quando lesiona um bem jurídico, devendo o legislador penal medir suas decisões com critérios justos e claros, ao mesmo tempo, utilizando sua justificação e crítica, para excluir do âmbito do Direito Penal tudo o que não diga respeito à proteção desses bens.

Ainda segundo Souza, considerando que a determinação das conseqüências jurídicas do delito supõe a passagem pelos estágios legal, judicial e executivo e, pressupondo que todas elas devam preceder-se por uma espécie de “primeiro filtro”, que pode ser chamado de individualização ou determinação constitucional da pena, na primeira atividade de individualização, tanto o legislador constitucional como o legislador ordinário, no campo das competências que lhes são atribuídas, devem adotar um processo seletivo esquematizado.

Além disso, deve o legislador também levar em conta a proporcional gravidade abstrata do delito e critérios preventivos, o legislador constitucional deve de antemão,

explicitar que espécies de penas estão proibidas, os bens ou valores relevantes carecedores de proteção penal, podendo ainda, selecionar os comportamentos que devem ser criminalizados de forma prioritária. Em conjunto, esses momentos traçam uma linha que o legislador deve seguir para criminalizar certas condutas.

Verifica-se que a Constituição Federal é um excelente referencial para a identificação de critérios de determinação dos bens jurídicos relevantes (a vida, o patrimônio, a liberdade etc), possibilitando assim, ao legislador ordinário, selecionar e priorizar os bens ou valores sociais ou individuais a serem protegidos penalmente, bem como os comportamentos que devam ser criminalizados, conforme destaca Souza.

Um exemplo a título de ilustração foi o cuidado que o legislador teve ao elaborar o Código Penal, dedicando-lhe um capítulo especial intitulado “Da aplicação da pena”.

O legislador ao elaborar uma norma deve ter grande preocupação com o bem jurídico a ser tutelado (vida, integridade física, liberdade, honra) e principalmente observar o princípio da dignidade da pessoa humana, que significa respeitar a integridade da pessoa, a fim de evitar atentado concreto à dignidade da pessoa.

Além deste princípio deve o legislador, observar o postulado da taxatividade que exige que as leis penais sejam claras, certas e precisas, sendo que são vedadas expressões ambíguas, equivocadas ou vagas, que possibilite dupla interpretação, impedindo o princípio da legalidade de alcançar o seu destino.

Pontua Souza que (2006, p. 65):

Não é suficiente para a consecução da atividade legislativa de individualização, a mera indicação de condutas e penas abstratas, mas esta depende sempre de um prévio processo seletivo, tanto condicionante como condicionado à necessidade e a vital importância individual ou social de proteção de determinado bem ou valor.

Entretanto, o legislador sendo impotente para fixar em linha geral e abstrata todos os aspectos dos valores e desvalores do singular episódio criminoso, viu-se obrigado a delegar para o juiz a tarefa de valorar todas as facetas dos fatos relevantes aos fins de um tratamento penal suficientemente individualizado.

Esta é a primeira, das três fases, de incidência do princípio da individualização da pena, sendo que cada uma destas fases, tem a finalidade de filtrar, tanto quanto possível, a criminalização e a penalização, regradando o quantum da cominação penal abstrata, a medição desta no caso concreto e a sua execução, devendo-se sempre levar em consideração os

princípios da legalidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, a utilidade e a necessidade da pena.

Este é o próximo passo da atuação do princípio constitucional da individualização da pena, que compartilhando do entendimento de Souza, consiste na atividade na qual o juiz ou o Tribunal, na sentença penal condenatória, aplica uma ou mais penas cominadas em abstrato pelo tipo penal, dentro dos marcos mínimo e máximo fixados, atendendo às condições, às circunstâncias e às peculiaridades do delito e de seu autor, visando à reprovação e à prevenção dos crimes.

Neste particular, a individualização da pena é indispensável para que haja o impacto certo ao delinqüente, levando-se em conta suas condições pessoais e o risco que representa para a sociedade, além de se considerar a gravidade da infração cometida e o seu reflexo na opinião pública, merecendo em qualquer situação, haver sempre proporcionalidade entre o crime e a pena aplicada.

Sentenças padronizadas tendem a serem injustas, porque cada réu é uma individualidade e como tal deve ser considerado.

Para Souza (2006, p. 68):

A aplicação ou a medição da pena implica um processo em que devem ser classificados e ponderados distintos tipos de informação acerca do fato e de seu autor, objetivando alcançar a resposta mais equilibrada possível frente à conduta do delinqüente, o que geralmente ocorre em sistemas jurídicos que não admitem- ao menos expressamente-, o castigo como única forma de reação penal contra o delito e seu autor.

Desse modo, a atividade judicial de determinação da pena é de capital importância no sistema de individualização, pois é por meio desta que a reação penal contra o delito e seu autor se torna concreta, perceptível e individual, dependendo a intensidade da pena aplicada da gravidade e extensão da lesão produzida ao bem jurídico, das exigências de reprovação e prevenção, e condições subjetivas do delinqüente.

Para cumprir a tarefa de individualizar a pena o juiz-penal, visando à suficiência para a reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente em lei.

Destarte, no limites estabelecidos pelo legislador – mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena - elege o magistrado o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento, embora com fundamentada exposição de seu convencimento.

O juiz está amarrado aos parâmetros que a lei estipula. Dentre eles o juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo as exigências da espécie concreta, isto é as suas singularidades, e principalmente a pessoa a qual a sanção se destina.

Todavia é forçoso convir estar habitualmente presente nesta atividade do julgador um coeficiente criador, e mesmo irracional, em que inclusive inconscientemente, se projetam a personalidade e as concepções de vida e de mundo do juiz, e neste particular é que mora o perigo e o biopoder se materializa.

Assim, diz o preceito que deve-se o juiz partir da regra que os indivíduos não são iguais, e não pode dispensar tratamento igualitário para pessoas que são sumariamente diferentes. E mesmo os fatos sendo objetivamente semelhantes não são perfeitamente idênticos, requerendo, portanto, valoração única, individual e distinta, situação que concorre para dificultar a atividade judicial de individualização da pena. E individualizar neste sentido, significa escolher quem vive e deixar morrer quem deve morrer, mantendo-se a exclusão.

Há, pois, um duplo grau neste processo de individualização judicial da pena: a fixação do tipo e o quantum da pena.

Para Nucci (2006, p. 242) a “Pena-base, o quantum da pena, é a primeira escolha do juiz no processo de fixação da pena, sobre a qual incidirão as agravantes e atenuantes e, em seguida, as causas de aumento e diminuição da pena”.

A eleição do quantum inicial, a ser extraído da faixa variável entre o mínimo e o máximo abstratamente previstos no tipo penal, faz-se em respeito às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

A observância deste artigo pelo juiz não se trata de uma opção arbitrária e caprichosa do julgador, ao contrário, deve calcular-se nos elementos expressamente indicados em lei. É indispensável que haja a devida justificação, pelo juiz, da eleição do quantum no mínimo ou no máximo legal.

Para a fixação da pena base o juiz leva em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, sendo que a primeira destas circunstâncias é a culpabilidade.

A culpabilidade leva o juiz à conclusão de que o réu merece ser condenado, ou seja, quando o juiz encontra-se no momento de fixar a pena, ele leva em conta a culpabilidade e a reprovação social que o autor do fato merece. Segundo Souza (2006, p. 116):

[...] a culpabilidade comporta um conceito dogmático (estrito) e outro político-criminal (lato), este mais adequado quando referente aos limites do *ius puniendi*, como um conjunto de pressupostos necessário para responsabilizar alguém pelo evento motivador da imposição da pena e, num

sentido estrito, condiciona a possibilidade de atribuir um fato antijurídico a seu autor, acepção que rege a teoria jurídica do delito.

Desse modo a pena-base, deve ser dosada, proporcionalmente, ao grau de culpabilidade do autor, portanto, se a censura é graduável, seu maior ou menor índice será refletido na quantidade e no limite da pena aplicada.

A medida da culpabilidade implica em juízo de valores objetivo e subjetivo feitos pelo juiz, ou seja, ainda que calcado em elementos objetivos, palpáveis, constante do autor, não deixa o juiz, de observar também os elementos subjetivos; conduta do autor do delito, sem deixar de levar em consideração as suas convicções, cultura, experiência de vida.

Estabelecida a culpabilidade como elemento definidor do delito, renova-se o juízo de censura em diferentes estágios da fixação da pena como para análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de regime semi-aberto).

Como se percebe a tarefa do magistrado é árdua exigindo dele, colheita minuciosa da prova (autoria e materialidade do delito).

Pode-se assim observar que antecedentes, mais conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do delito, conseqüências do crime, comportamento da vítima, equivale à culpabilidade do agente.

Dando seqüência às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a que se levar em consideração no momento da fixação da pena, além da culpabilidade, os antecedentes do autor do delito.

No geral, os antecedentes do autor, como circunstâncias judiciais, representam tudo àquilo que existiu ou aconteceu com o agente antes da prática do delito, isto é seu comportamento anterior ao crime, sua vida pregressa em matéria criminal.

Tratando-se de matéria criminal, a vida pregressa do agente pode ser observada através dos maus antecedente ou da reincidência.

Sendo que os maus antecedentes, assim como a reincidência, são levados em consideração com a finalidade de majorar a pena a ser aplicada ao autor do delito.

Não menos importante, a conduta social do réu também é uma circunstância judicial a ser levada em consideração pelo magistrado.

Ao contrário dos antecedentes, pelos quais se analisa a vida anterior do autor do delito, para a avaliação da conduta social, deve-se ter em conta o presente do cotidiano, sua vida e o seu comportamento na comunidade social, que podem ser avalizados por meras conjecturas.

Em outras palavras, é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, e não somente a conduta antecedente, mas, sobretudo o ambiente o qual está inserido são capazes de determinar a justa medida de reprovação que seu ato criminoso possa merecer.

O magistrado precisa conhecer a pessoa que julgará a fim de saber se merece reprimenda maior ou menor. Uma pessoa de excelente conduta anterior ao crime, por exemplo, merece censura menor do que outra acostumada a incomodar, provocar arruaças.

O artigo 59 do Código Penal refere-se também à personalidade do autor como circunstâncias judiciais, entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo.

Personalidade do agente é o conjunto de características exclusivas daquele agente, parte herdada e parte adquirida.

O juiz ao fixar a pena, deve levar em consideração os aspectos positivos (calma, honestidade, franqueza, maturidade) e os aspectos negativos (agressividade, frieza emocional, maldade, insensibilidade) da personalidade do agente, não necessitando ser um técnico, bastando o seu natural bom senso, utilizado sempre inclusive para descobrir a própria conduta do réu. Merece destaque os motivos do crime como circunstância judicial para a fixação da pena-base.

Os motivos do delito dizem respeito àquilo que motivou a atitude interna ou a determinação do sujeito em cometer o crime, elemento considerado essencial na medida da pena, que realçam a necessidade efetuar um perfil psiquiátrico do delinqüente e da causa do delito para uma correta imposição da pena.

Em consonância com o que pontua Nucci (2005, p.220), o legislador ao elaborar o artigo 59 (atividade legislativa da individualização da pena), fazendo referência a motivos de crime foi muito feliz, pois o juiz deve buscar as razões de ser da conduta bem como os objetivos a serem alcançados pelo agente em qualquer delito.

Conhecer o motivo do crime leva-nos por consequência a análise da personalidade do agente, tendo em vista que a ação ou omissão do ser humano toma forma a partir de inclinações afetivas ou sentimentais.

As circunstâncias do delito também merecem observância, na atividade judicial de individualização da pena, e conseqüentemente são circunstâncias judiciais para a aplicação da pena.

Segundo Nucci, estas circunstâncias do delito são elementos residuais, ou seja, quando não prevista a circunstância qualificadora/causa de aumento ou privilégio/causa de diminuição, pode o juiz considerá-las como circunstância judicial (2005, p.176).

Compreende circunstâncias do delito o meio como o crime foi cometido, o que levou o autor do fato a cometê-lo.

As consequências que o delito cometido pelo autor do fato podem causar, também foram acauteladas pelo legislador no artigo 59 do Código Penal.

O mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico, é a consequência a ser considerada para a fixação da pena.

Esta transcendência acima narrada pode ser notada em um crime de homicídio, por exemplo, no qual um indivíduo assassina a esposa na frente de seus filhos pequenos, causando-lhes um trauma sem precedente, este indivíduo merece ser severamente apenado, pois se trata de uma consequência não natural do delito.

E por último, o comportamento da vítima também a que ser levado em consideração, para as circunstâncias judiciais de fixação da pena-base.

Em certos casos a vítima pode contribuir decisivamente para a prática na consecução do ilícito penal, ou seja, o modo de agir da vítima pode contribuir a levar o agente à prática do crime. Pontua Nucci (2005, p.229) que:

Ao aplicar a pena, o juiz deve considerar a possibilidade de elevação da pena-base quando a vítima se encaixa no perfil da 'vítima ideal', que em nada contribui para a realização do delito. Por outro lado, deve computar, para equilibrar a pena, a atitude imprudente da vítima parcialmente culpável, bem como aquelas que agem com escassa culpabilidade e as que são voluntárias. Quando às vítimas culpáveis, no caso de provocadoras, o agente será absolvido, o mesmo ocorrendo com o caso envolvendo a falsa vítima. Resta a análise da conduta da vítima que propicia a concretização do delito. Nesse caso, deve o juiz voltar-se à redução da pena-base, quando possível.

O comportamento da vítima é de total relevância na atividade judicial de individualização da pena, influenciando na avaliação no tocante ao maior ou menor grau de reprovação da conduta criminosa do autor, conseqüentemente, devendo ser ponderada como circunstância relevante na fixação da pena-base.

Denota-se que o legislador quis ao elaborar o artigo 59 do Código Penal, que o magistrado leve em consideração na hora da fixação da pena-base, todas as circunstâncias judiciais, como uma tentativa de buscar-se a pena justa.

Contudo, o artigo 59 do Código Penal constitui uma diretriz, um roteiro, fixa critério de orientação, indica caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinquente.

Os elementos do artigo 59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a critério do magistrado a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente.

Assim, tomando por apoio as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, em seguida o magistrado deve aplicar as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) para então apor as causas de diminuição de pena.

As agravantes e atenuantes são chamadas de circunstâncias legais porque vêm expressamente relacionadas no texto legal: as agravantes nos artigos 61 e 62 e as atenuantes nos artigos 65 e 66 todos do Código Penal.

Na análise das agravantes e atenuantes deve o juiz observar sempre se não constituem elementares, qualificadoras, ou causas de aumento ou diminuição de pena.

Não deve-se confundir estas causas de aumento e de diminuição da pena com as qualificadoras, pois as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais, com novos limites, enquanto que as causas de aumento ou diminuição da pena são simples causas modificadoras da pena, sendo assim, só estabelecem a sua variação.

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou diminuição das agravantes e atenuantes legais, deixando a escolha do magistrado.

Além das agravantes e atenuantes, há outras causas modificativas da pena, que o Código denomina causas de aumento e de diminuição da pena.

Observa-se diante do todo acima exposto que o legislador abre um grande critério aos juizes na hora de realizar o cálculo da pena, ampliando sua atividade discricionária. Contudo, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, nosso Código Penal estabelece limites a serem observados para a fixação da pena. O que se pretende é a individualização racional da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do autor do fato, e não o arbítrio do juiz.

Dessa forma, as operações realizadas para se chegar à dosagem da pena, não se resumem as operações aritméticas, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o juiz como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita as partes entender os critérios utilizados nesta valoração.

O cálculo da pena, nos termos do artigo 68 do Código Penal, deve-se operar em três fases distintas: a pena-base que deve ser encontrada pelo juiz analisando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal; a pena provisória que deve o juiz analisar as circunstâncias legais, que são as agravantes e as atenuantes; e por último, para chegar-se o juiz a pena definitiva analisando as causas de aumento e de diminuição da pena.

A atividade de individualização judicial da pena não se exaure com a determinação quantitativa e qualitativa da pena, conforme as regras dos artigos 59 e 68 do Código Penal, completando-se com a aplicação do regime carcerário inicial de cumprimento da pena

privativa de liberdade, fixado pelo julgador antes da análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou pela suspensão condicional da pena ou sursis.

Após esta fase judicial de individualização da pena, o autor do fato já foi condenado e já tem uma pena fixada, e passará a cumpri-la até o seu término.

O cumprimento de pena exige também a individualização, que será observado na fase executiva de individualização da pena.

Denota-se de uma leitura dos clássicos do direito penal, que o princípio da individualização da pena nasceu como uma vertente do princípio da igualdade, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades, e por este motivo, somado ao fato do princípio da vedação do retrocesso é que não se observa o caráter exclusivo do referido princípio que somente serve, para ainda mais dificultar a reinserção do apenado na sociedade, quando parecer ser exatamente este o desejo do Estado-soberano.

Já atividade executiva é o derradeiro momento da atuação do princípio constitucional de individualização da pena, entretanto, não é menos importante do que as atividades antecedentes, por tratar-se do último estágio da realização do Direito Penal.

Neste estágio, as consequências jurídicas do delito se materializam, segundo o direito penal clássico, podem ser sentidas pelo condenado, que em regra deverá cumprir a pena fixada pelo juiz ou Tribunal na sentença penal condenatória definitiva.

A individualização da execução deve voltar-se para o futuro do recluso, não se operando por meio de fórmula única e inflexível.

Desse modo, institutos como progressão de regime carcerário, livramento condicional, remição de penas, indulto e comutação, saída temporária, são mecanismos valiosos que impedem a inércia da atividade executiva e o cumprimento integral da pena de uma única forma e em único regime institucional, ao menos em tese.

3 ENTRE A REGRA E A EXCEÇÃO: O NOVO PARADIGMA (BIO) JURIDICO-POLÍTICO MODERNO

Continuando com o pensamento de Foucault e o biopoder, e com a finalidade de embasar teoricamente a situação de exclusão, ou exceção que vivem os encarcerados, o filósofo italiano Giorgio Agamben, como núcleo de seus estudos, se preocupa e traz luzes importantes para a compreensão das relações entre o Direito e a Política.

Alerta para o fato de que o paradigma clássico do direito, renovado pelo normativismo que, por sua vez, perdurou durante todo o século XX e continua sólido nos dias de hoje,

impede os juristas de visualizar a violência instituidora e mantenedora do direito e do estado de exceção, este ademais, convive com o direito desde sempre.

Neste sentido Agamben coloca a questão sobre o que significa agir politicamente, uma vez que o estado de exceção se coloca como paradigma de governo dominante na política contemporânea ou como técnica de governo nos dias atuais. Portanto, torna-se mais fácil entender os diversos elementos políticos, inclusive do próprio direito penal brasileiro, que inviabiliza o governo das pessoas, mesmo postando-se em confronto, com o ordenamento jurídico.

Em referência ao direito penal nacional, abre-se um parênteses para se destacar que este tem sido visto e empregado como se fosse a única forma de controle social, com uma inflação legislativa diante da falsa ideia de que quanto mais leis penais maior será o controle e a redução da criminalidade, quando a realidade é justamente o contrário, os crimes aumentam e se tornam mais violentos, e diante de tantas leis, em sua grande maioria feitas às pressas para atender clamor público, a efetividade deixa de existir, sendo citado ramo jurídico banalizado.

Os atos administrativos excepcionais, as medidas provisórias, os decretos de toda ordem jurídica, justificados nos casos de perigo à segurança pública e de necessidade de defesa da ordem, concedem poder de regulamentação ao Poder Executivo, fazendo pouco, ou quase nada, do retórico princípio da tripartição de poderes.

Tomando o pensamento de Carl Schmitt, que afirma que o presidente da nação é o guardião da constituição, portanto é quem decide sobre as situações de exceção criando, de forma paradoxal, condições para que as normas tenham vigência, para o filósofo italiano, o estado de exceção não se coloca nem dentro e nem fora do ordenamento jurídico, mas se constitui como uma anomia, ou seja, um espaço vazio de direito, e exatamente neste contexto é que se observa o princípio da individualização da pena, como uma situação de exceção.

Urge ressaltar que nos regimes democráticos, os juízes, costumeiramente, decidem sobre as situações não previstas no ordenamento jurídico. Por essa razão, as Cortes constitucionais assumem nominadamente, o papel de guardiãs das constituições, decidindo sobre a legitimidade ou ilegitimidade jurídica de tais situações e sobre a força de lei, mesmo na ausência da lei, sendo que esta lacuna a ser preenchida é uma das possibilidades de aparição da exceção soberana para Schmitt.

Não obstante, salta aos olhos a presença cada vez mais cotidiana da exceção e da violência no Estado contemporâneo, a conviver com o eterno silêncio dos juristas. Por isso, é considerável a retomada de Carl Schmitt, com quem Agamben dialoga, “como um inimigo”,

para melhor compreender o conceito de soberania, no sentido de aplicação do direito e, pois, da própria situação de normalidade.

A exceção está fora do ordenamento jurídico, mas mantém relação viva com a norma, que se suspende em virtude da primeira. O próprio Agamben explica que a teoria da exceção não constitui patrimônio exclusivo da tradição antidemocrática, e isso se revela como um perigo. O estado de exceção, assim, se constitui um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei. Por outro lado, ao suspender-se a regra, dá lugar à exceção, estruturando as relações entre o direito e a vida, sendo objeto da decisão soberana.

A exceção, é o dispositivo e a forma da relação entre o direito e a vida, Agamben retoma a definição de Carl Schmitt do soberano como aquele que decide acerca do estado de exceção, quer dizer, da aplicação ou não da lei. A decisão acerca da aplicação ou não da lei e, em suma, uma decisão acerca do caso normal ou, melhor, o “soberano, por meio da exceção cria e garante a situação”, da qual tem necessidade o direito para a própria vigência, mais uma vez se justifica a utilização do referido princípio da individualização da pena como exceção pois ele cria e garante a situação de exceção.

No entanto, exceção e soberania são conceitos e realidades paradoxais. A exceção estabelece uma relação, ao mesmo tempo de inclusão e exclusão. O soberano está a um tempo dentro e fora da lei, em outros termos, a soberania da lei não elimina o paradoxo; sem violência, ela carece de potência. E por isso, o estado de natureza não é uma etapa que haja sido superada com a instauração do estado civil. A pessoa do soberano de fato, conserva o direito de exercer a violência.

Para Agamben, de fato, no curso do sec. XX, assistimos a um fato paradoxal, ao que se denominou uma “guerra civil legal”.

Para compreender o conceito de estado de exceção, resultam significativos alguns desenvolvimentos da abundante literatura sobre o conceito de “ditadura constitucional”, que teve lugar entre 1934 e 1948, em razão da crise e desmoronamento das democracias europeias. A partir de então, nas democracias ocidentais, é frequente que o poder legislativo limite-se só a ratificar os decretos provenientes do executivo (Agamben, 2012, p. 77).

Segundo o referido filósofo, há um instituto do direito romano, o *iustitium*, que nos permite observar o estado de exceção em sua forma pragmática e compreender também sua relação com a ditadura e com o cumprimento da pena.

Por estes motivos explanados é que a soberania finalmente pode ser compreendida enquanto exceção soberana, ou seja, não é externa à ordem jurídica, mas é a estrutura original

pela qual o direito refere-se à vida e a inclui em si mesmo pela própria suspensão. É essa terra de ninguém, entre o direito público e o fato político, e entre a ordem jurídica e a vida, que se localiza a atual situação carcerária.

A discussão se dá numa zona de anomia, que, de um lado deve ser mantida a todo custo em relação com o direito e, de outro, deve ser libertada dessa relação. O que está em questão na zona de anomia é a relação entre direito e violência. Neste contexto, o estado de exceção não é um direito especial, como o direito de guerra, por exemplo, mas enquanto suspensão da própria ordem jurídica define seu patamar ou conceito limite.

Notamos assim, que Agamben pretende, seguindo os passos de Foucault alertar para essa inversão de paradigmas do Estado moderno no qual estamos inseridos, e que o “delinquente”, infrator tem cara, face e classe social.

Assim, na exceção, de fato, um determinado caso é excluído do ordenamento jurídico, localizando-se fora dele. Porém, está excluído só na medida da relação com a norma jurídica. Por isso, pode-se dizer que, nesse caso, a norma *aplica-se desaplicando-se*. Como explica Agamben:

Não é a exceção a que se subtrai, mas a regra que suspendendo-se, dá lugar à exceção e só desse modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com ela. O particular “vigor” da lei consiste nessa capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade. Chamamos relação de exceção a essa forma extrema de relação que inclui algo só por meio de sua exclusão.

Por estes motivos explanados é que a soberania finalmente pode ser compreendida enquanto exceção soberana, ou seja, não é externa à ordem jurídica, mas é a estrutura original pela qual o direito refere-se à vida e a inclui em si mesmo pela própria suspensão.

Desta forma, o regime carcerário, local de cumprimento da pena é por excelência a figura paradigmática do espaço de instituição e funcionamento de uma política cuja lógica é a exceção, e a exceção torna regra e nele vige soberanamente um poder de decisão perante o qual toda vida é matável e sacrificável e o princípio da individualização da pena serve para legitimar essa ordem, e com o argumento de que trata-se de uma garantia constitucional.

CONCLUSÃO

Faz-se pertinente tais colocações tendo em vista o fato do incessante avanço da ordem de exclusão dos encarcerados e, assim, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. E essa

passagem de uma medida excepcional e provisória para uma técnica de governo ameaça radicalmente a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. Nesta perspectiva, o estado de exceção se apresenta como um patamar de indeterminação ou de “intima solidariedade” entre democracia e absolutismo, e nesta mudança se encontra o princípio da individualização da pena, que nasceu como uma garantia constitucional, mas na prática o que se observa é que ele não passa de mais um mecanismo do Estado de exceção.

Forçoso convir que hoje tem-se claramente diante dos olhos, ou seja, que a partir do momento em que o estado de exceção tornou-se a regra, ele não somente se apresenta mais como técnica de governo e medida excepcional, mas deixa aparecer a sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica. Ao que tudo indica tem-se hoje que uma ditadura constitucional (isto é estado de exceção) tornou-se de fato, um paradigma de governo, e a ferramenta utilizada no âmbito da execução da pena é o princípio da individualização da pena.

Assim como, o biopoder e a biopolítica também são instrumentos indispensáveis ao estado de exceção, como forma de seu estabelecimento e de sua atuação.

Mais um sinal desse Estado é que o princípio democrático da divisão dos poderes está efêmero e que o poder executivo absorveu, ao menos em parte, o legislativo. O parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o exclusivo poder de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do poder executivo e, em sentido técnico, a República não é mais parlamentar e sim governamental. E é significativo que semelhante transformação da ordem constitucional, que hoje ocorre em graus diversos em todas as democracias ocidentais, apesar de bem conhecida pelos juristas e pelos políticos, permaneça totalmente despercebida por parte dos cidadãos.

Na verdade, o problema do estado de exceção não é nem exterior e nem interior ao ordenamento jurídico, e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. Desta maneira, a compreensão do problema do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o local que lhe cabe no ordenamento jurídico.

Neste contexto, o estado de exceção não é um direito especial, como o direito de guerra, por exemplo, mas enquanto suspensão da própria ordem jurídica define seu patamar ou conceito limite.

A questão de saber quem merece ser tratado humanamente pressupõe que tenhamos primeiro estabelecido quem pode e quem não pode ser considerado humano. E aqui o debate

entre civilização ocidental e a sua pena não é apenas um debate acadêmico, uma espúria persistência no orientalismo.

O fato gira em torno da efetiva questão, não é apenas que alguns humanos sejam tratados como humanos e outros sejam desumanizados antes, e que essa desumanização se torna uma das táticas pelas quais uma civilização “ocidental” supostamente distinta busca se definir em relação e por oposição a uma população compreendida, por definição, como ilegítima, mas uma vez o fazer viver e deixar morrer, e seus mecanismos de uma sociedade de controle.

Do que se percebe, os meios atuariais descontroem pessoas, eliminando sua intersubjetividade, individualidade, identidade, capacidade crítica, não tendo o sujeito em seu centro. Se procura evitar danos futuros ou o perigo dos mesmos, coibindo qualquer forma de risco. O conceito do estado exceção, sob esta ótica, ainda é um dos temas mais tormentosos, uma vez que a sua definição, como afirma Agamben, esta situada entre o limite da política e do direito. Não obstante, a sua relação com a guerra civil, por exemplo, é também um dos elementos que dificulta ainda mais a sua conceituação.

No entanto, a pena ao que tudo indica tem evoluído a um viés ideológico e não somente mais de caráter punitivo e repressor, se entendermos que vivemos hoje o estado de exceção de forma claro em nosso ordenamento jurídico e também no plano internacional.

O biopoder está presente no controle da sociedade atual, delimitando o que se pode ou não fazer, quem pode ou não fazer, quem deve ser excluído, quem deve ou não viver com dignidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Tortura e maus tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal**. Brasil: Nova Prova, 2001. 96 f.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

_____. **Em defesa da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **História da sexualidade I: a vontade de saber.** Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. **Microfísica do poder.** Organização e Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. **Nascimento da biopolítica.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. **Segurança, território, população.** São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

_____. **Vigiar e punir.** Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Direitos humanos e bio-poder. Anais...** XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI, 2006: A construção do saber jurídico no século XXI. Florianópolis, Santa Catarina: Fundação BOITEUX, 2005.

GIACÓIA, Gilberto. **Histórico luso-brasileiro e perspectivas criminológicas da reação penal.** 2001. 426 f. Grau: Pesquisa em nível de Pós-Doutoramento – Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 2001.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PAIXÃO, Antônio Luiz. **Recuperar ou punir? : como o Estado trata o criminoso.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 1991. (Coleção Polêmica do nosso tempo, v. 21).

PRIESTO, Evaristo. **Poder, soberania e exceção: uma leitura de Carl Schmitt.** Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. N. 105, pp. 101-150. jul./dez. 2012.

SCHMITT, Carl. **Teologia política.** Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **La dictadura.** Traducción del alemán por José Días García. Madrid: Educaciones de la Revista de Occidente., 1968.