

Homo sacer e Provocatio no pacote anticrime

Mariella Pittari

Resumo: O presente estudo visa conferir suporte ao instituto jurídico proveniente do Direito Romano denominado *provocatio*. Contudo, diversamente do disseminado *provocatio ad populum*, a *provocatio* da qual aqui se trata consiste na conclamação aos cidadãos para que insurjam-se diante da arbitrariedade estatal a ser perpetrada por agentes do Estado. A ressurreição do instituto presta-se a proteger a vida do *homo sacer*, contingente de cidadãos alijados da proteção à vida e desprovidos de mecanismos jurídicos para afirmar seus direitos. Será demonstrado que a tentativa de reinserção das excludentes de ilicitude no pacote anticrime, em discussão nas casas legislativas, reforça a crença de facções políticas alinhadas ao pensamento “vidas que não merecem ser vividas”.

Palavras-chave: *Homo sacer*. *Provocatio*. Expansão das causas excludentes de ilicitude.

1 Introdução

O Estado Brasileiro atravessa uma crise sacrificial ainda por ser resolvida, sem solução para o “excesso insuportável” decorrente da politização da existência mesma e da “rivalidade mimética” que a acompanha.⁽¹⁾ Em continuidade ao acirramento da tensão dialética do discurso político, encontra-se a expansão das excludentes de ilicitude no instituto da legítima defesa. Nesse aspecto, impõe-se algumas considerações acerca do projeto de lei apresentado pelo Ministério da Justiça e a emergência no âmbito jurídico de “vidas que não merecem ser vividas”.⁽²⁾ Sobretudo no que diz respeito à possibilidade de invocação da legítima defesa em caso de excesso doloso, durante a realização de “operações policiais”, com a subsequente não aplicação da pena.⁽³⁾

Trata-se de consolidar através de atos legislativos a emergência do *homo sacer*, figura ambígua entre o sagrado e o secular do Direito Romano.⁽⁴⁾ A configuração primitiva da condição de *homo sacer* remete à *lex Valeria* de 509 a.C., na qual dispunha-se acerca da sacralidade da pessoa e dos bens dos que atentassem contra os poderes monárquicos. Na definição de **Luigi Garofalo**: “La comunità cittadina, lungi dall’avvertire la necessità dell’uccisione dell’*homo sacer*, [...], limitandosi ad assicurare la liceità dela sua messa a morte attraverso il meccanismo dell’impunità”.⁽⁵⁾

Assim, uma das consequências advindas de alguém lançado à condição de sacralidade é a retirada de qualquer proteção jurídica, permitindo que qualquer um atente contra a vida daquele reputado *sacer esto*. O elo que une o *homo sacer* dos tempos mais remotos e a permanência de uma vida nua no critério *biopolítico*, *bare life*,⁽⁶⁾ incide na distinção entre diferentes categorias de pessoas gozando de diferentes status, naturalizando a politização de vidas sem direitos.

Como contraponto à tal exposição da “vida nua”, propõe-se aqui resgatar o instituto da *provocatio*, cujo alcance escapa àquele definido como *provocatio ad populum*, o de convocação popular para que as pessoas decidam pelo indivíduo.⁽⁷⁾ O

Abstract: This study aims to provide support to the legal institution from the Roman Law called *provocatio*. However, unlike the disseminated *provocatio ad populum*, the *provocatio* presented in this work involves calling on citizens to rise up against state arbitrariness to be carried by law enforcement officials. The rebirth of the institution is justified for protecting the *homo sacer*, a contingent of citizens who have been excluded from the protection of life and also deprived of enjoying their rights through legal mechanisms. It will be demonstrated that the attempt to expand the causes of justification on self-defense in the anticrime package – under consideration in the legislative houses – reinforces the belief of political factions aligned with the thought of “lives not deserving to be lived”.

Keywords: *Homo sacer*. *Provocatio*. Expansion self-defense justifications

sentido pouco comentado da *provocatio* consistiria em convocar o aglomerado de cidadãos para que saiam de suas casas e acompanhem a arbitrariedade estatal a ser praticada. Enquanto instituto vivo e em mutação, a *provocatio* possuía um arranjo bem diferente da compreensão à mera submissão ao tribunal popular.⁽⁸⁾ Nesse sentido, *quiritare* indicava um bramido para que a multidão viesse a oferecer ajuda ativa.⁽⁹⁾

2 Vox una vindex libertatis: uma só voz em defesa da liberdade

O intuito do ato performativo de provocar consistia em clamar à multidão, aos cidadãos, para que deixassem suas casas e fossem ao amparo do cidadão prestes a ser executado. Em uma das passagens dos livros de **Tito Lívio**⁽¹⁰⁾ narra-se um episódio no qual *Volero Publilius* conclama aos seus pares: “provoco et fidei imploro Adeste, cives; adeste commilitones; nihil est quod exspectetis tribunos quibus ipsis vestro auxilio opus est”.⁽¹¹⁾ Portanto, funcionaria a *provocatio* como um apelo para proteção física direcionada à multidão, para que partissem ao amparo do cidadão na iminência de ter sua vida vilipendiada por alguém agindo sob autoridade estatal.⁽¹²⁾ Já na passagem de **Horácio**, apresenta-se outra versão para o instituto da *provocatio*, na qual Horácio mata a própria irmã ao retornar da batalha e encontrá-la em lamento diante da morte do seu noivo e rival de Roma, iniciando-se o *duumviri*.⁽¹³⁾ O *duumviri* representa a necessidade de um duplo juízo quando se está diante de questões de jurisdição que envolvem parricídio e *perduellio*, em crimes de maior gravidade.⁽¹⁴⁾ Nesse caso, o apelo teria por intuito levar à plebe a decisão última acerca da manutenção da vida do acusado, quando ceifá-la comprometesse de algum modo a popularidade do governante. Justifica-se o resgate do pretérito instituto diante dos riscos da admissão do excesso doloso como causa justificadora, propondo-se o emprego da *provocatio* direcionada à multidão, para que qualquer um do povo funcione como agente investigador da pertinência da violência policial contra um cidadão. Porquanto, positivar um conteúdo semântico que escapa ao conceito de defesa legítima

resvala em liames não adstritos ao Direito Penal, vez que um processo penal que tem por paradigma “autos de resistência” não pode ser caracterizado por democrático. Por conseguinte, o processo penal teria seu deslinde ainda mais comprometido ao longo da instrução, diante da produção unilateral dos referidos “autos de resistência”, sem qualquer participação do povo em sua produção. Mesmo a previsão constitucional do tribunal do júri para crimes dolosos contra a vida resta afetada diante de entendimentos jurisprudenciais que admitem o arquivamento do inquérito ou o não recebimento da denúncia com suporte na justificante da legítima defesa.⁽¹⁵⁾

A razão do resgate do instituto proveniente do Direito Romano se deve à subversão da causa mesma de invocação da legítima defesa, qual seja, a de autorizar a tutela privada diante da ausência de Estado.⁽¹⁶⁾ O emprego da legítima defesa como mecanismo estatal de eliminação do outro requer um remédio à altura, pois são cenas que se desenrolarão nos becos, nos espaços escuros e contra um contingente populacional carente de voz. Por isso recorre-se à etimologia da palavra *provocare*, *quiritare*: “chamar para fora”.

O esvaziamento de direitos fundamentais no plano infraconstitucional é intransponível, a ponto de esvaziar não apenas o devido processo legal no âmbito penal, erodindo a própria missão estatal de proteção da vida como bem jurídico. O fenômeno jurídico não pode ser percebido isolado do contexto social que subjaz a ele. Não obstante as palavras generalizantes que a lei emprega, resta indubitável quem será o sujeito passivo da ofensa para qual o Estado elenca as hipóteses de excludentes de ilicitudes. É o *homo sacer*, são pessoas de cuja vida a proteção jurídica é eliminada, permitindo que qualquer um possa matá-las. Se agentes do Estado se deparam com tais indivíduos e lhes ceifam a vida, a consequência penal não sobrevém. Ao efetuar-se um estudo comparado acerca dos institutos do Direito Romano da *provocatio* e das origens remotas da legítima defesa, localiza-se a figura do *homo sacer* como peça central de um Estado de exceção, no qual fato e norma coincidem de maneira sincrônica. Pois para todas as exceções do sistema que então se impunha, abre-se uma nova regra para alocar a situação aberrante. Qualquer um do povo estaria autorizado a intervir diante do *provoco*; pois, estando-se diante de uma iminente agressão à vida sem a precedência de um processo, facultar-se-ia ao povo alguma forma de ação.

Como resultado da aplicação do instituto do *provoco*, o cidadão provocado sairia da condição de prova do processo para lançar-se à verdadeira condição de juiz dos fatos, oferecendo uma acurada descrição dos eventos em condição superior à de mera testemunha. O intuito de alterar a dinâmica do processo penal para compreender a figura do cidadão provocado se deve a várias razões. Como razão primeira, a de fazer cumprir o preceito constitucional de proteção da vida (art. 5º, *caput*, CF); além da proibição de submissão à tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF), cabendo ainda invocar a proibição da instituição de pena de morte salvo no caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, CF). A segunda justificativa consiste em conferir poderes equivalentes àqueles que autorizam que qualquer um do povo prenda quem se encontre em situação de flagrante delito (art. 301, CPP). Por

último, cumpre trazer um argumento lógico, caso ampliem-se as situações que comportam invocar legítima defesa. Quando o Estado passa a utilizar a legítima defesa de maneira transversa, ofendendo o cidadão ao invés de possibilitar a proteção de bens jurídicos em situações de excepcional ausência, necessário que alguém do povo possa controlar a perpetração da conduta. Portanto, tomando por empréstimo um instituto de Direito Romano, cujo uso destinava-se a deixar ao povo a decisão de controlar uma conduta entendida pelo cidadão como arbitrária, abre-se uma via de controle popular do fato típico por agentes do povo.

A propósito do tema, a primeira indagação que surge ao deparar-se com um estudo comparado cujas fontes apartam-se em séculos, senão milênios, consiste em responder pela necessidade de tal conexão.⁽¹⁷⁾ Justifica-se regressar aos primórdios do Direito Romano, pois o poder soberano de decidir sobre vida ou morte retroage à *patria potestas*, do qual também falava **Hobbes**, de transferir ao príncipe o direito natural sobre a própria vida.⁽¹⁸⁾ De **Beccaria** à **Foucault**, seja na vertente do controle psíquico do proletariado inservível, seja estabelecendo limites à barbaridade, pensou-se que o progresso de um sistema punitivo hermético e devidamente higienizado pelo discurso jurídico impediria o retorno à pulsão atávica de morte da sociedade. Todavia, tais expectativas do Iluminismo mostram-se frustradas pela erosão de conceitos aglutinadores de ideais jurídicos como o primado da dignidade humana e a imanência de direitos sociais dos quais todos os cidadãos seriam intitulados.

Em seu lugar, o posicionamento do inimigo como elemento de coesão social de um grupo em relação ao outro.⁽¹⁹⁾ Portanto, diante do tratamento que passa a ser conferido ao grupo eleito por inimigo impõe-se o retorno às categorias de pensamento que pareciam superadas pelo jogo democrático. Ao estabelecer-se uma Constituição, fixando preceitos mínimos de convívio social, erigidos em direitos e garantias fundamentais, em arranjo a compromissos internacionais de caráter cogente, parecia não ser possível o regresso a uma situação que precedesse o consenso mínimo. Entretanto, a disseminação do medo e do ódio incita o suporte a novos contornos no tratamento da vida humana, sobretudo no aspecto penal de proteção a bens jurídicos, impondo que categorias jurídicas esquecidas nos escaninhos do tempo sejam resgatadas.

As causas de justificação da legítima defesa remetem-se a passagens da própria bíblia, no Êxodo (22,1), bem como à compreensão de que a vida humana era o valor último a ser protegido. Logo, o núcleo central da legítima defesa constitui-se em agir para salvar a própria vida.⁽²⁰⁾ Não cabe aqui discorrer acerca de todos os aspectos que definem a legítima defesa, vez que tal trabalho doutrinário e jurisprudencial exigiria que se escapasse ao tema do qual ora se trata. Cumpre aqui ponderar se as políticas legislativas propugnadas condizem com o instituto penal ora em apreciação.⁽²¹⁾

A figura do *homo sacer* remonta às reminiscências da política teológica.⁽²²⁾ Uma vez que o vocabulário político deriva do vocabulário religioso, e que em algum momento a relação de não pertencimento situava-se em zona de indistinção, difícil era distinguir a *imolatio*, a *consacratio*, e outras formas de cerimônia, da mera punição. Necessário situar também a ideia

de pena, cujo sentido e fundamento se alteraram ao longo dos séculos. Da mera ordem de execução à morte, perpassando pelos suplícios e o encarceramento, punir recebe diversas concepções, a depender de como a vida é contextualizada para um dado grupo.

No método político de Foucault,⁽²³⁾ a *governamentalidade* requer um tratamento *biopolítico* do contingente humano, através da vigilância e da classificação do ser humano como categoria probabilística. A vida importa em números, em percentuais pautados no utilitarismo, na ideia de extração do máximo proveito. Contudo, é bem verdade que se elege quais são os agrupamentos classificados como descartáveis, e, portanto, tratados em frações de perdas no sistema de vigilância, daqueles que recebem o tratamento de exclusividade.

Conclusão

Para o êxito do programa de seleção dos indesejados elege-se alguns critérios: cor, classe social e localização geográfica. Para conferir a sutileza que os códigos jurídicos requerem, empregam-se enigmas de identificação e individualização. Assim, o preceito abstrato contido no tipo penal não pressupõe quais sujeitos praticam determinados crimes, tampouco o rito procedimental que lhes será imposto, medidas cautelares de prisão – são todos aspectos que serão delimitados quando o sujeito ativo do crime for identificado. Mesmo o tipo penal e o eventual conflito aparente de leis penais apenas serão definidos quando identificado o estamento social do qual provém o sujeito ativo. Assim, se alguém é surpreendido em posse de dez pedras de crack, sua condição de traficante ou usuário dependerá do quão estigmatizado é o agente, ainda que o art. 42 da lei 11.343/06 assim não o diga.

A crença de que o Direito Penal abandonou o conceito de Direito Penal do autor consiste em quimera positivista, pois o Direito Penal jamais se desprende do seu aspecto seletivo. Porém, é imperioso destacar que um retorno tão efusivo a um tratamento completamente díspar entre pessoas implica a manifestação de um Direito Penal totalitário. Mesmo a possibilidade de “negociar” a pena ignora a disposição assimétrica de poderes dos quais as pessoas dispõem para barganhar.⁽²⁴⁾ Por isso, retorna-se à relevância da compreensão de Agamben acerca do conceito de vida nua e da separação de duas categorias de vida, *zōe* e *bios*, para implementar em consonância com a Constituição o direito à *provocatio*.

Notas

- (1) O presente texto desenvolve-se tendo por premissa duas obras fundamentais no que diz respeito à crise sacrificial e ao excesso insuportável. Conferir GIRARD, René. *The scapegoat*. Trad. Yvonne Freccer. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986. Ainda SANTNER, Eric L. *The royal remains: the people's two bodies and the endgames of sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2012. p. 30.
- (2) BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. *Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*. Leipzig: Felix Meiner, 1920. A obra institui o conceito de vidas que não merecem ser vividas, tendo servido de inspiração às práticas médicas nazistas e sua expansão para abranger os judeus como merecedores da solução final. Conferir ainda ALEXANDER, L. Medical science under dictatorship. *The New England Journal of Medicine*, v. 241, n. 2, p. 39, 1949.
- (3) A inserção dar-se-ia através de mais um parágrafo no art. 23 do CP, no qual a pena poderia deixar de ser aplicada mesmo se o excesso for doloso. Além

disso, o art. 25 conteria a previsão de alongar o lapso temporal no qual o agente policial age sob o manto da legítima defesa. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nif-content-1550594052.63/pl-mj-sp-medidas-contra-corrupcao-crime-organizado.pdf>>.

- (4) Ver BENNETT, Harold. Sacer esto *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, v. 61, p. 6, Baltimore: Johns Hopkins University Press, American Philological Association, 1930.
- (5) GAROFALO, Luigi. *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*. 2. ed. Padova: CLEUP, 1992.
- (6) AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: Sovereign power and bare life*. Palo Alto: Stanford University Press, 1998. Na obra, traçando distinção entre os conceitos gregos *bios* e *zōe* delimita-se a politização da vida nua.
- (7) MOMMSEN, Theodor; DORADO MONTERO, Pedro. *El derecho penal romano*. Madrid: La España Moderna, 1898. p. 145-160.
- (8) Especial atenção foi dedicada ao estudo do professor BOJANIĆ, Petar D. *Violenza e convivenza*. Roma: Aracne, Atti sociali, atti non-sociali (nichtsoziale Akte), azioni negative e a-sociali, 2017.
- (9) OGLIVIE, Robert Maxwell. *A commentary on Livy*. Oxford: Clarendon Press, 1965. p. 300. Refere-se ao período 495 d.C., 2.23.8 em Tito Lívio.
- (10) LIVY, Titus. *The history of Rome*, Books 1-5 Trad. Valerie M. Warrior. Indianapolis: Hackett, 2006. p.151.
- (11) Passagens em latim retiradas de Cloud, Duncan. The origin of provocatio (L'origine de la provocatio). *Revue de Philologie, de Littérature et d'Histoire Anciennes*, v. 72, n. 1, p. 2.
- (12) LINTOTT, Andrew William. *Provocatio: From the Struggle of the Orders to the Principate*. Berlin: De Gruyter, 1972. p. 229-230.
- (13) Em BAUMAN, Richard A. *The duumviri in the Roman criminal law and in the Horatius legend*. n. 84. F. Steiner, 1969. Conferir ainda WATSON, Alan. The death of Horatia. *The Classical Quarterly*. v. 29, n. 2, p. 436-447, 1979.
- (14) Corroborando a linha de pesquisa de A. W. Lintott: “In this and other examples cited by Lintott a citizen appeals, not to the assembly, but to the crowd which in this case, though not invariably, supports the citizen.” CLOUD, op. cit.
- (15) REsp 1689804, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª turma, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017.
- (16) GALLO, Ignazio Marcello. *Diritto penale italiano: Appunti di parte generale*. v. 1, Turin: Giappichelli Editore, 2014. p. 320.
- (17) WATSON, Alan. *Roman law & comparative law*. University of Georgia Press, 1991. p. 97-110. Do mesmo autor, conferir ainda *Legal origins and legal change*. New York: A&C Black, 1991, p.115-128, sobre a origem do *perduellio*.
- (18) FOUCAULT, Michel. *The history of sexuality: an introduction*. v. 1. Trad. Robert Hurley. New York: Pantheon, 1978. p.135.
- (19) ŽIŽEK, Slavoj; SANTNER, Eric L.; REINHARD, Kenneth. *The neighbor: three inquiries in political theology*. Chicago: University of Chicago Press, 2013. p.11.
- (20) FLETCHER, George P. *Grammatica del diritto penale*. Bologna: Il mulino, 2004. p. 211-212.
- (21) MELOSSI, Dario. *Stato, controllo sociale, devianza: teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*. Milano: Bruno Mondadori, 2002. p. 215-238.
- (22) BURKET, Walter; GIRARD, René; SMITH, Jonathan Z. *Origini Violente: uccisione rituale e genesi culturale*. Milan: Giuffrè, 2018. p. 37.
- (23) FRANKENBERG, Günter. *Political technology and the erosion of the rule of law: normalizing the state of exception*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014.
- (24) BROWN, Darryl K. *Free market criminal justice: how democracy and laissez faire undermine the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 91.

Mariella Pittari

Mestranda em Direito Comparado, Economia e Finanças pela IUC, Universidade de Turim.

Master of Laws Cornell University.

Bacharela em Direito pela UFBA.

Defensora Pública do Estado do Ceará.

ORCID: 0000-0002-3170-1294

pittarimariella@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 03.06.2019

Versão final: 11.07.2019