

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

RODRIGO DE ARAUJO ALCÂNTARA BARBIERI

A QUESTÃO DA PENA E O RITO SACRIFICIAL

São Paulo

2020

RODRIGO DE ARAUJO ALCÂNTARA BARBIERI

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR(A): Dr. Guilherme Madeira

São Paulo

2020

RODRIGO DE ARAUJO ALCÂNTARA BARBIERI

A QUESTÃO DA PENA E O RITO SACRIFICIAL

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovad(o)a em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

DEDICATÓRIA

Aos meus pais. A minha mãe, minha maior professora, que com muita paciência e amor incondicional me auxiliou em todos os momentos de fraqueza. Ao meu pai, sempre ao meu lado, coração maior não seria suportado em um só corpo.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Professor e orientador, Doutor Guilherme Madeira, meu mestre, que me apoiou desde a seleção do tema, o desenvolvimento até a finalização do trabalho e por tudo que me ensinou dentro e fora da sala de aula.

À Professora Patrícia Vanzolini por esclarecer todas as minhas dúvidas mesmo com uma agenda tão sobrecarregada.

Aos meus amigos do Mackenzie que me apoiaram durante o percurso desta caminhada e me ensinaram o significado da amizade.

Aos meus amigos do Colégio Poliedro que me deram o pontapé inicial e me motivaram a escrever esse trabalho.

À minha namorada Melina Brianez que me apoio durante o desenvolvimento deste trabalho. As mãos do cupido que me fizeram mal hoje me trouxeram mel.

Dado que o tribunal decidiu me condenar, Deus sabe como, eu agora irei me permitir livrar a minha mente no que se refere a presente acusação de insubordinação frente às vontades do rei. A acusação é firmada em uma lei do parlamento, que é diretamente repugnante perante a lei de Deus que, por sua vez, chefia de maneira suprema e nenhuma pessoa temporária pode por nenhuma lei presumir tentar alcançar. A chefia foi determinada pela boca do nosso Salvador, o próprio Cristo a São Pedro e aos bispos de Roma, enquanto eles viviam (...) É, portanto, insuficiente pela lei escrita pelo homem obrigar qualquer cristão a obedecer-lhe. Além disso a imunidade da igreja é prometida tanto pela Magna Carta quanto no próprio juramento do rei. (..) Não é verdade, eu sou o verdadeiro súdito do rei, eu rezo por ele e por todo o reino. Eu não pratico mal algum, eu não digo mal algum, eu não penso o mal de nada nem de ninguém e se isso não é o suficiente para manter um homem vivo, então de boa-fé, eu não desejo mais viver. Entretanto, não é pela supremacia que vocês desejam o meu sangue, mas porque eu não me curvei a sua lei.

Thomas More

A QUESTÃO DA PENA E O RITO SACRIFICIAL

Rodrigo de Araujo Alcântara Barbieri

Resumo: O presente artigo versa sobre a pena frente à figura do “inimigo” e o sacrifício como uma forma de apaziguamento social. As teorias das penas buscam a justificação e legitimação da pena. A pena mantém o aspecto de retribuição e a função de controle de comportamento para manutenção da ordem. A figura do “inimigo” surge no âmbito do direito penal como uma figura de um ser perigoso e danoso, cujos direitos como os personalíssimos podem ser retirados. O inimigo ressurge no rito sacrificial. É na crise mimética que a figura do bode expiatório é usada com potencialidade de apaziguar os ânimos sociais.

Palavras chaves: Pena, Controle, Ordem, Inimigo, Rito sacrificial.

Abstract: This article learn about the penalty forefront the figure of the “enemy” and the sacrifice as a form of appeasement social. The theories of penalty search the justification and the legitimation of penalty. The penalty maintains the spectrum of the retribution and the behavior control function to maintaining the order. The “enemy” figure arise in the criminal sphere as a figure of a dangerous and harmful being, whose rights, such as those personality can be withdrawn. The “enemy” rise in the sacrificial rite. Is in the mimetic crisis that the scapegoat figure is used as the potential to appease the social animosity.

Key words: Penalty, Control, Order, Enemy, Sacrificial rite.

Sumário: um. Introdução. 2. Da finalidade e fundamentação da pena. 2.1. A pena como controle. 2.2. Das teorias da pena. 2.2.1. Da teoria absoluta. 2.2.2. Da teoria relativa. 3. O inimigo dentro da esfera jurídica. 3.1. O inimigo hostil. 3.2. Conceito de inimigo no mundo jurídico. 3.3. Uma visão contratualista. 3.4. O direito penal entre o inimigo e o cidadão. 4. O rito sacrificial e a expiação como potencial apaziguador. 4.1. O sacrifício. 4.2. A crise mimética. 4.3. O bode expiatório. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No direito penal, a questão da pena é algo que se impõe e a busca de sua legitimação e justificativa uma constante interminável de teorias. Um traço comum da pena é o seu caráter retributivo e sua função de controle de comportamentos para manutenção de uma ordem, necessária ao convívio social. O caráter retributivo da pena tem uma de suas mais antigas raízes

na lei de talião. Entretanto, se mantêm criações de teorias marcadas pela defesa da pena para fins de prevenção do crime e da manutenção da ordem.

O direito penal, desde a antiguidade até a contemporaneidade do constitucionalismo e da garantia de direitos inalienáveis e irrenunciáveis aos seres humanos, como o direito à personalidade, mantém a presença do inimigo, perturbador da ordem, perigoso e danoso. É este inimigo que se transforma na figura de bode expiatório, se lançando da figura perturbadora para a figura que restaura a ordem pelo sacrifício.

O presente artigo analisa o poder punitivo do estado sob o viés de um restabelecimento de uma ordem com finalidade de apaziguar a sociedade. Para tanto, se percorreu o seguinte caminho: 1. Análise das teorias da pena e a tentativa de fundamentação do poder punitivo do Estado. 2. A constatação que o direito penal sempre utilizou e continua utilizando, mesmo frente aos Estados de Direito, a figura do inimigo. 3. A análise do rito sacrificial como forma de expiação da violência e da manutenção da ordem e da paz, onde o bode expiatório é o inimigo eleito que é alçado à figura de sacrifício. Seguem as considerações finais.

2. DA FINALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO DA PENA

2.1 A pena como controle

Antes de adentrar nas principais teorias penais, cabe destacar a definição de pena, mas alertando que conforme ensinamentos de Raul Zaffaroni o horizonte e a projeção do direito penal são problemáticos, porque não existe um conceito generalizado e pacífico do que seja a pena¹. A pena pode ser entendida como a resposta do Estado para a conduta do infrator que viola uma ordem normativa. Ainda, como finalidade, a pena pode ter como intuito inibir futuras condutas delituosas.

A pena surge dentro da estrutura normativa do direito penal como forma de controle do comportamento humano para que haja um padrão de conduta em sociedade moldado pela ordem jurídica. O controle induz a uma adequação de um parâmetro. Nas palavras de Maria Celeste

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. 2a ed. - Ia reimp. - Buenos Aires: Ediar, 2007. P. 33.

Cordeiro Leite dos Santos “exerço controle quando pressiono para que aja na forma prescrita pelo padrão.”²

A autora destaca quatro formas de controle de comportamento humano. A primeira, verificando a adequação daquilo que foi feito ao que deveria ser feito. Uma segunda forma, é premiando a adequação, oferecendo um bom motivo para adequação ao padrão. A terceira forma é a indução e a pressão para adequação a um parâmetro. E por fim, “controlando na medida em que puno a inadequação.”³ A sanção penal é a forma de controle dos indivíduos por meio da punição.

Para Damásio de Jesus, a pena é sanção aflitiva imposta pelo Estado, “mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.”⁴

2.2 Das teorias da Pena

2.2.1. Da teoria absoluta

A teoria absoluta ou retributiva é uma das mais antigas, mas não por isso tem seu mérito desqualificado. De fato, existem diversos autores que coadunam com essa teoria penal, tais como Emanuel Kant. Na visão de Emanuel Kant, a defesa da pena como bem para a vida social é embasada em deduções, garantindo o imperativo categórico, que se materializa pela pena de talião, sendo, deste modo, necessária para garantia do estado social. Ao contrário, se poderia voltar ao estado natural⁵. A concepção retributiva da pena está associada ao velho princípio de talião, conforme defendido por Claus Roxin.

A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. Detrás da teoria da retribuição se encontra o velho princípio do Talião”.⁶

² SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Poder Jurídico e Violência Simbólica*. São Paulo: E. Cultural Paulista. 1985. P. 172.

³ *Ibidem* P. 173

⁴ JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 563.

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*. 2a ed. - 1a reimp. - Buenos Aires: Ediar, 2007. P. 38.

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madri: Thomson Civitas, 2003., p. 81-82

Apesar de autores como Emanuel Kant enxergarem na retribuição da pena uma forma de garantia do estado social, outros autores não encontram o sentido da pena em um fim útil, mas, apenas um sentido de que mediante a imposição de um mal necessário se retribui o mal, equilibrando as partes e expiando a culpabilidade do autor do delito⁷. A teoria retributiva trata a pena como uma “recompensa” natural que um indivíduo recebe pela sua conduta delituosa.

2.2.2 Da teoria Relativa

A teoria relativa, também denominada de teoria preventiva, diverge da teoria retributiva. No primeiro caso, a pena é imposta sem uma expectativa de prática de utilidade, beirando a uma ideia consequência natural do delito. Já no caso da preventiva, a pena teria funções práticas e verificáveis sobre os delinquentes e a sociedade, sendo uma maneira de inibir delitos futuros. Nas palavras de Haroldo Caetano da Silva:

“Para a teoria relativa ou preventiva, a sanção penal tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção terá então caráter geral, na qual o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da lei penal, objetivando inibir as pessoas da prática criminosa; e caráter especial, visando o autor do delito, de maneira que, afastado do meio livre, não torne a delinquir e possa ser corrigido”⁸

Na visão geral da teoria relativa, a pena provoca reações da sociedade e seus membros, se subdividindo em duas subteorias, a prevenção geral e a prevenção especial. Na teoria de prevenção geral, a pena tem um efeito abstrato e geral incidindo em todos os membros da comunidade ou da sociedade como um todo e não apenas no delincente.

Ainda, a teoria da prevenção geral subdivide em teorias de prevenção geral positiva e prevenção geral negativa. No primeiro caso, a pena busca prevenir o crime pelo viés intimidador alicerçada na provocação de sentimentos como o medo. Já a teoria da prevenção geral positiva a tônica está em reforçar padrões e valores positivos da sociedade, como reforçar e gerar confiança no ordenamento jurídico⁹.

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003., p. 81-82

⁸ SILVA, Haroldo Caetano da, *Manual de Execução Penal*, 2ª edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2002: P. 35.

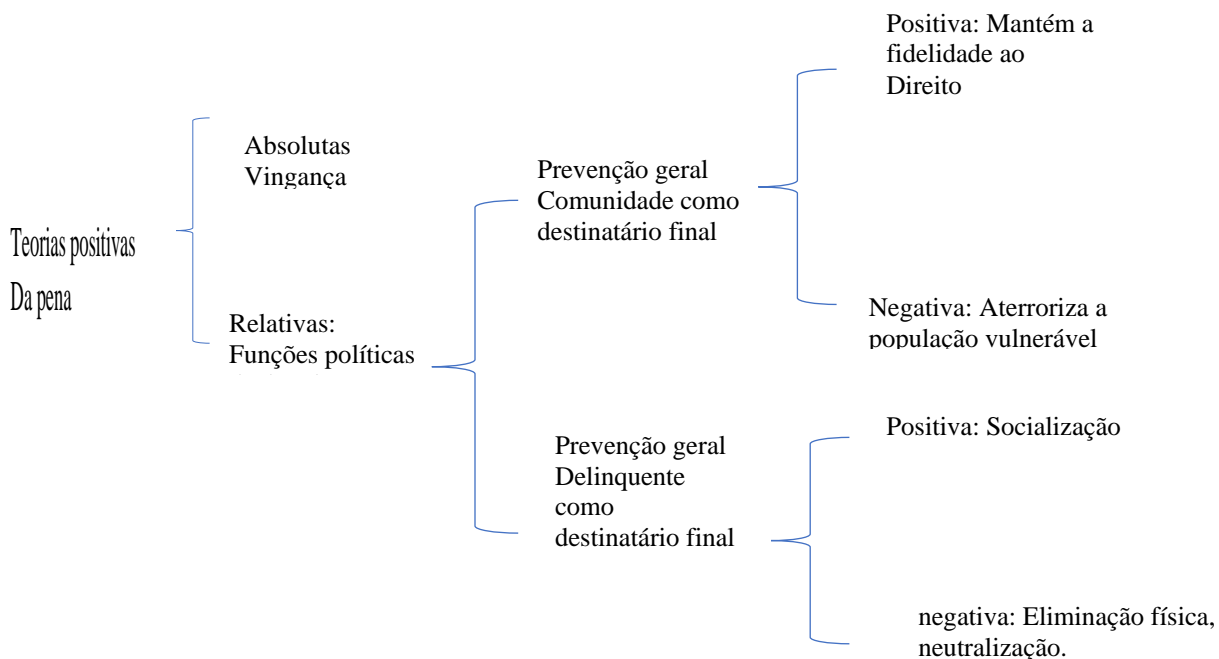
⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*. 2a ed. - 1a reimp. - Buenos Aires: Ediar, 2007. P. 38

Assim, enquanto a teoria da prevenção geral positiva aposta que é possível a prevenção do delito reforçando a confiança dos membros da comunidade; a teoria da prevenção geral negativa aposta que a pena tem a capacidade de trazer à tona nos indivíduos o sentimento de medo, afastando a capacidade dos membros da sociedade de promoverem ações delitivas.

A teoria da prevenção especial centra suas atenções na intimidação do delinquente ocasional, na reeducação dos praticantes habituais de crimes que são corrigíveis ou em tornar inofensivo o delinquente habitual incorrigível¹⁰.

A teoria preventiva especial, deste modo, visa o indivíduo que transgrediu a norma penal vigente, para que este não volte a cometer a mesma conduta. Nesta visão, não há intimidação de um determinado grupo social, muito menos a ideia retributiva da pena, mas, apenas “aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”.¹¹

Na teoria preventiva especial, a prevenção conquistada pela pena repercute apenas nos delinquentes. Ela se subdivide em negativas e positivas. No primeiro caso, há uma neutralização até mesmo com a eliminação física. Já no segundo caso (a positiva), se tenta reproduzir um valor positivo na pessoa. Para fins didáticos, Raul Zaffaroni¹² produz em sua obra o seguinte quadro ilustrativo com as principais teorias:



¹⁰ CARVALHO NETO, Inacio, *Aplicação da Pena*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 15.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, 17ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo (SP), 2012 p. 61.

¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*. 2a ed. - 1a reimp. - Buenos Aires: Ediar, 2007. P. 38

Atualmente, dificilmente encontrará alguém que defenda uma dessas teorias de forma isolada, ocorrendo uma mescla nas teorias¹³ na busca da legitimação da pena em um misto de teorias, como se a pena servisse para tudo.

Entretanto, essas teorias não inovam em um sentido real, sendo, por exemplo, as aditivas aquelas “formadas da mera soma ou justaposição das propostas anteriores”¹⁴. Já nas teorias mistas ou ecléticas (dialética) há uma “composição de finalidades da pena (...) na proposta dialética, por exemplo, é eleita uma finalidade preponderante e destacado o peso que cada finalidade poderá ter na fixação da pena.¹⁵”.

De qualquer forma, busca-se nestas teorias uma forma de legitimar e justificar a aplicação da pena, mesmo teorias como a garantista, que mantêm aspectos de revisão crítica da

¹³Cabe advertir que hoy casi nadie sostiene cualquiera de estas teorías en forma pura y para obviar su falsedad, se pretende combinarlas, en la creencia más absurda todavía de que una suma de varias proposiciones falsas produce una verdadera. Además esa suma requiere la mezcla de presupuestos filosóficos absolutamente incompatibles, en especial antropológicos (conceptos de lo humano) que no pueden compatibilizarse: es igual a querer legitimar la pena cortando páginas sueltas de Darwin, Spencer, Aristóteles, Platón, Tomás de Aquino, Kant, Hegel y algunos sociólogos, y esto cuando la legitimación todavía no ha perdido la compostura, porque a la hora de legitimar castigo la autoridad no dudó en recurrir a páginas de discursos abiertamente genocidas. Con semejantes mezclas se obtienen pretendidas fórmulas combinadas de legitimación de la pena, sosteniéndose que sirve para prevención general, positiva y negativa, y para prevención especial, también positiva y negativa, y que también tiene carácter retributivo, o sea, que sirve para todo. Estas yuxtaposiciones hacen de la pena algo parecido a los tónicos que se venden en algunos mercados populares, supuestamente útiles para curar cualquier cosa. Pero estas mezclas tienen un objetivo de poder (práctico) que es permitir a los jueces imponer la pena que quieran con total arbitrariedad, porque cuando se usan todos los elementos legitimantes y de ellos se deduce la cantidad de pena a imponer en cada caso, siempre habrá un elemento que sirva como criterio indicador del mínimo y otro del máximo (si no es necesaria la prevención general, pueden basarse en ella para imponer el mínimo o bien, apelar a la prevención especial para imponer el máximo). Cabe advertir que hoje quase ninguém sustenta quaisquer destas teorias de forma pura e para evitar seu falsear, se pretende combiná-las, na crença absurda de que uma soma de várias proposições falsas produz uma verdadeira. Ademais essa soma requerer a mescla de pressupostos filosóficos absolutamente incompatíveis em especial antropológicos (conceitos de humano) que não podem compatibilizar-se: é igual a querer legitimar a pena cortando páginas soltas de Darwin, Spencer, Aristóteles, Platão, Tomás de Aquino, Kant, Hegel e alguns sociólogos, e isso quando com a legitimação, todavía, não se perde a compostura, porque na hora de legitimar o castigo a autoridade não dúvida em recorrer a páginas de discursos da pena, sustentando que serve para prevenção geral, positiva e negativa, e para prevenção especial, também positiva e negativa, e que também tem o caráter retributivo, ou seja, serve para tudo. Estas justaposições fazem a pena algo parecido aos tónicos que se vendem em alguns mercados populares, supostamente úteis para curar qualquer coisa. Mas, essas mesclas têm um objetivo de poder (práctico) que é permitir aos juízes impor a pena que querem com total arbitrariedade, porque quando se usam todos os elementos legitimadores e desses se deduzem a quantidade da pena a impor em cada caso, sempre haverá um elemento que serve como critério indicador do mínimo e outro do máximo (se não é necessária a prevenção geral, podem se basear nela para impor o mínimo ou bem, apelar a prevenção especial para impor o máximo). Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*. 2a ed. - 1a reimp. - Buenos Aires: Ediar, 2007. P. 39

¹⁴ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 2014. P 476.

¹⁵ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 2014. P 477.

teoria do Direito, o objetivo é um parâmetro de racionalidade para intervenção punitiva do Estado¹⁶.

3. O INIMIGO DENTRO DA ESFERA JURÍDICA

3.1 O Inimigo hostil

Para compreender a ideia de um inimigo dentro da sistemática do direito penal, é importante entender como o termo inimigo foi inserido no mundo jurídico. A palavra inimigo é de origem latina (*inimicus*). Do latim, em sentido próprio é o inimigo particular¹⁷. Em um sentido mais atualizado, os dicionários portugueses como Michaelis e Housaiss¹⁸ definem o inimigo como aquele que em posição hostil, o opositor ou alguém hostil¹⁹.

Carl Schmitt, ao buscar o conceito do político, faz uma imersão nas distinções entre amigos e inimigos e encontra o conceito de inimigo no direito romano. O inimigo não é o sujeito infrator comum, mas, o outro, o estrangeiro²⁰.

A distinção do inimigo particular, pessoal (*inimicus*) entre os romanos e o hostil, inimigo político²¹ abre a possibilidade da negação e da hostilização absoluta. O hostil está na negação absoluta do estrangeiro, que carece de direitos em termos absolutos, pois se encontra sempre fora da comunidade²².

O termo hostil, segundo Raul Zaffaroni, vem da língua sânscrita (*hostis*), aludindo ao comer, portanto estalagem. Mas, *hostire* também significa matar e *hóstia* significa “vítima”. Ao

¹⁶ “(i) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (ii) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e (iii) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política) (...) teoria geral do garantismo como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva” (CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 96.)

¹⁷ FARIA, Ernesto. *Dicionário Escolar Latino – Português*. Brasília: Ministério da Educação. 1962.p. 501.

¹⁸ “inimigo que se encontra em oposição se mostra hostil; contrário, funesto, adverso. HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Objetiva. 2009. P. 1085.

¹⁹ Inimigo. i-ni-mi-go adj 1 Que é contrário; adverso, hostil. 2 Relativo ou pertencente a grupo oposto; adversário. Sm 1 Pessoa que tem inimizade, hostilidade a alguém e quer seu mal. 2 Nação, tropa, cidadão com que se está em guerra. 3 Adversário político, religioso, ideológico etc. 4 POR EXT Aquele que sente aversão a certas coisas: Para conservar-se magra, declarou ser a inimiga dos doces. 5 POR EXT Aquilo que prejudica, que é destrutivo, nocivo: “O maior inimigo do amor é a civilidade” (JMM). 6 POR EXT, COLOQ Vdiabo, acepção 2.” Disponível (<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/inimigo>). Acessado em 21.04.2020.

²⁰ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Buenos Aires: Editorial Struhart. 2003.p. 23 e ss.

²¹ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Buenos Aires: Editorial Struhart. 2003.p. 23 e ss.

²² SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Buenos Aires: Editorial Struhart. 2003.p. 30 e ss.

assumir nas antigas sociedades, algumas condições, o sujeito se tornava o estranho, o inimigo, excluindo da comunidade, lançado ao exílio e desprovido de direitos²³.

O emprego do uso de hostil e suas subclassificações vem do direito romano, como *hostis alienígena* e *hostis iudicatus*. No primeiro caso, o *hostis alienígena* estava protegido pelo *jus gentim*, enquanto no segundo, *hostis iudicatus* se mantinha uma suspensão de direitos.

Giorgio Agamben explica a declaração de *hostis iudicatus* em função *auctoritas* do Senado romano. A *auctoritas* do Senado romano era uma espécie de poder excepcional em razão de situações excepcionais. O senado declarava um indivíduo *hostis iudicatus*, podendo até mesmo um cidadão romano assim ser declarado quando ameaçasse, por meio de conspiração ou traição, a segurança da República. O *hostis iudicatus* era declarada *um inimigo público*. O *hostis iudicatus* era, antes, radicalmente privado de todo o estatuto jurídico e podia, portanto, em qualquer momento, ser destituído da posse de seus bens e condenado à morte²⁴.

3.2 Conceito de inimigo no mundo jurídico

Se em autores como Carl Schmitt o termo inimigo é empregado como estrangeiro, vinculando a ideia de política, Estado,²⁵ Jakobs emprega o termo “inimigo” como sendo uma condição da personalidade, da pessoa ou direito da personalidade.

Para Jakobs a pessoa é o “*titular de direitos e deveres em determinada ordem social*”²⁶, portanto, o cidadão, aquele que se pode esperar que conheça a estrutura normativa da sociedade e se comporte dentro de uma expectativa normativa. É importante destacar que o inimigo, apontado por Jakobs, não acarreta na perda da sua figura como ser humano, sua humanidade, embora não receba o tratamento de pessoa na esfera social e jurídica.

O inimigo, deste modo, ao não receber tratamento de pessoa na esfera jurídica mantém uma subjugação de seus direitos frente à sociedade, pela peculiar natureza do inimigo. Essa condição justificaria o emprego do direito penal do inimigo e segundo Jakobs o “*incremento das proteções penais e processuais penais*”²⁷.

²³ ZAFFARONI, Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2007.p. 22.

²⁴ AGAMBE, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo. 2004. P.122-123.

²⁵ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Buenos Aires: Editorial Struhart. 2003.p. 23 e ss.

²⁶ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.p. XXII.

²⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.p. XXII.

Desta forma, a aplicação da terminologia “inimigo” pode ser inadequada para uma teoria puramente jurídica dentro do recorte de Estado de Direito. Nos dizeres de Raul Zaffaroni “o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoa (inimigos da sociedade) é próprio de um Estado absoluto.”²⁸ Assim, segundo Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira:

“A expressão inimigo parece-nos inadequada, particularmente no âmbito de uma teoria essencialmente jurídica como ocorre no sistema penal. Aliás, pode-se estimar que a força beligerante de seu sentido mais usual é responsável pela maioria das objeções que suscitou. Dai a associação do não-cidadão à guerra, ao totalitarismo e outras intolerâncias”.²⁹

Jakobs, ainda destaca a alienação, no sentido de separação, entre o autor de uma determinada conduta delituosa e seus direitos personalíssimos. Segundo Jakobs:

“Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança. Assim, pois, seria totalmente incorreto condenar o que se está chamando aqui de Direito Penal do Inimigo; isso não resolve o problema de como se deve tratar os indivíduos que não se deixam coagir a uma constituição civil. Como já se mencionou, Kant reivindica o afastamento desses indivíduos, o que não quer dizer senão que é preciso se proteger contra inimigos. (...) *Por outro lado, nem todo criminoso é um adversário por princípio do ordenamento jurídico*”³⁰.

A ideia de negação da personalidade é, ao mesmo tempo, a retirada de direitos consagrados pelos Estados constitucionais e tratados internacionais como direitos inalienáveis. Por direito de personalidade na doutrina jurídica clássica se entende como sendo “*direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes*”³¹.

Jakobs ainda utiliza o termo inimigo dentro do contexto da distinção entre a teoria do direito penal do inimigo de cidadão e não cidadão, sendo o não cidadão o que está desprovido de plenos direitos. Entretanto, não seria qualquer autor de delito um não cidadão, mas apenas aquele que possuiu um comportamento delituoso recorrente. Assim, um sujeito que comete um delito de forma esporádica não pode ser comparado aos chefes quadrilha gângsteres ou aos terroristas

²⁸ ZAFFARONI, Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2007. P11.

²⁹ *Ibidem*. P. XXII

³⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.p. 17

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 2.a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 1995.p. 11.

convicto, pois é conduta de vida criminosa que predomina, e eles (delinquentes convictos e recorrentes) se tornam inimigos³².

Para o autor, a conduta social do infrator deve ser analisada no momento do cometimento da sua transgressão penal. Neste sentido, um indivíduo que comete uma das causas de excludente de ilicitude, como legítima defesa³³, por exemplo, não pode receber o mesmo tratamento de um indivíduo que atenta contra a ordem social, ou já possui um histórico íntimo com a criminalidade.

Assim, os adeptos (ao direito penal do inimigo) acreditam que um inimigo ao tirar a máscara³⁴ se mostra tal como inimigo e, ao mesmo tempo, a retirada da máscara o elimina de seu teatro, nas palavras de Raul Zaffaroni, “*de seu carnaval*”.

O que se torna difícil é dissociar a condição humana de seu caráter de pessoa, persona. Diferentemente, entretanto, seria a cidadania, pois neste caso, não se privaria da condição de pessoa, ou seja, da qualidade de portador de direitos que todos os humanos possuem, considerando a ideia de personalidade e pessoa pactuada nos Estados constitucionais e nos tratados internacionais.³⁵

3.3 Uma visão contratualista

No plano jurídico, é mister salientar a utilização do entendimento de diversos autores sobre o monopólio da força para com aqueles que infringem a normativa penal. Os autores que defendem o monopólio da força pelo Estado são de modo geral de vertente contratualista. Assim, o Estado é fundamentado em um contrato, ganhando, o crime uma característica de violação do contrato pelo infrator, que será excluído dos benefícios advindo do contrato, é como, o infrator fosse afastado da relação jurídica.

Jakobs explica que em Rousseau, o malfeitor agride o direito social, portanto, deixa de ser membro do Estado, porque, ao optar por realizar a agressão, o infrator declara guerra contra o Estado. Neste sentido, a sentença se pronuncia contra o agressor, assim sintetiza Rousseau “*Faz-*

³² JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.p. XXVI.

³³ Sobre antijuridicidade ver. FULLER, Paulo Henrique Aranda, MADEIRA, Guilherme, JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. *Prática Penal*. São Paulo: Saraiva. 2019.p. 104.

³⁴ Do latim, persona era a máscara do ator. Corominas. *Diccionario crítico Etimológico*. Joan Corominas, Madri. Ed Gredos S.A. Lá 3º edición 1987. P. 454.

³⁵ ZAFFARONI, Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2007. P19.

se o culpado morrer menos como cidadão do Estado (citoyen) do que como inimigo (ennemi)”.

Citando o filósofo alemão idealista Johann Gottlieb Fichte, Jakobs³⁶ concluiu que:

“quem, por vontade ou imprudência, abandona o contrato civil numa parte em que, no contrato, contava-se com sua ponderação, perde, a rigor, todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, quedando-se destituídos de direitos”.

O filósofo alemão Gottlieb Fichte mostra como um indivíduo acusado de um crime deve ser conduzido em sua ação penal frente ao Estado, para apontar o resultado da perda de direitos. Assim, para Fichte *“por falta de personalidade, a execução do criminoso não é uma pena, mas apenas um meio de asseguramento”*.

Jakobs discorda dos dois autores pois considera abstrata a distinção de cidadão com o seu direito de um lado e de outro lado o injusto do inimigo, pois a princípio todo o ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito o criminoso, portanto, o delinquente sempre terá o direito de acertar com a sociedade. Assim, o Estado não teria como excluir de forma definitiva o indivíduo da sociedade.

O contratualista Thomas Hobbes aponta como eixo, essa responsabilidade. Em sua teoria contratualista, Hobbes considera o contrato em sentido real, sem metáforas *de que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em sua auto-organização*³⁷. Assim, Thomas Hobbes não retira o papel de cidadão do criminoso, pois o cidadão não pode, por si mesmo, invalidar o seu *status*, salvo em caso de *rebelião, ou seja, de alta traição: “pois a natureza desse crime está na recusa da submissão, o que significa um retorno ao estado de guerra (...) E aqueles que delinquem dessa forma são punidos não como súditos, mas sim como inimigos*³⁸.

Assim, como na teoria retributiva da pena é natural que a pena tenha a mesma intensidade com a gravidade do delito³⁹, para os contratualistas, parece ser praticamente natural que retribua com exclusão e retirada de direitos, aqueles que lesionaram o pacto (contrato social).

³⁶ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.p. 4.

³⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.p. 4.

³⁸ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.p. 6.

³⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición a lemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madri: Thomson Civitas, 2003., p. 81-82

3.4 O direito penal entre o inimigo e o cidadão

Por fim, o tema tratado perpassa pela separação dos indivíduos que gozam de plenos direitos e os indivíduos que não gozam de plenos direitos devido a sua condição de serem vistos como de entes perigosos e danosos ao Estado. O tratamento penal diferenciado para grupos ou pessoas está na consequência da individualização de um ser humano como inimigo. Esse tratamento de inimigo pode manter a ideia de guerra permanente

A divisão entre inimigo e cidadão faz com que o direito penal navegue em dois polos de regulamentação, segundo o próprio Jakobs. Em um primeiro polo, o direito penal regula o trato com o cidadão *“no qual se espera até que este último exteriorize seu fato, para, então, reagir de modo a validar a forma normativa da sociedade”*⁴⁰.

No segundo polo, o inimigo é o ente perigoso e danoso que lesionou o contrato social e cuja máscara caiu, neste ponto, para Jakobs, o inimigo receberá do direito penal o trato *“que é remotamente interceptado no campo preliminar e combatido por sua periculosidade”*⁴¹.

No cortejo proposto no presente trabalho, não se pretende a aplicação imediata de teorias contratualistas do século XVII, nem uma visão quase taliônica naturalista de caráter retributivo da pena. Também não se pretende utilizar os conceitos de inimigos discutidos no direito penal contemporâneo para criticar a visão dos contratualistas do século XVII, pois tal situação pode levar aquilo que os historiadores denominam como o pecado entre os pecados, ou a aplicação de conceitos contemporâneos em situações de momentos passados, o anacronismo.⁴² Ao mesmo tempo, a visão dos contratualistas contribuem para o entendimento da ideia de inimigo dentro da arquitetura do mundo jurídico.

Aqui, o conceito de inimigo não pode ser alocado apenas em uma visão estrita do direito penal no marco dos Estados constitucionais, embora o direito penal sempre tenha aceitado o

⁴⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.p. 14.

⁴¹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.p. 14.

⁴² *“Também merece nova reflexão a afirmativa, que acabaria por se tornar postulado, segundo a qual para todo historiador o anacronismo é “o pecado dos pecados, entre todos os pecados o irremissível”. Entretanto, o próprio Febvre parece reconhecer que nenhum historiador pode escapar daquele “pecado”, tanto que, constata, cada época constrói mentalmente sua representação do passado, “sua Roma e sua Atenas, sua Idade Média e seu Renascimento”, E de fato, ele mesmo não consegue ficar isento de seu quadro histórico. Quando pensa que anacronismo não é apenas algo que não existiu em determinada época, e sim algo que não podia existir naquela época, ele traça o perfil de um período a partir do de um outro. O Rabelais que Febvre apresenta é agente histórico que age em um puro presente, totalmente contemporâneo a si mesmo, uma eucronia ideal” criada pelo historiador e que se revela anacronismo.”* FREBvre, Lucien. *O problema da incredulidade no século XVI*. São Paulo: Companhia das Letras. 2003. P. 12.

conceito de inimigo⁴³. Pois bem, entender o inimigo no contexto do poder punitivo é lançar mão de uma visão, que está além das teorias políticas ou estritamente jurídicas, mas que atenda uma leitura mais complexa. Deste modo, uma visão antropológica pode aumentar as lentes da máquina fotográfica para melhor capturar o objeto.

4. O RITO SACRIFICIAL E A EXPIAÇÃO COMO POTENCIAL APAZIGUADOR

O presente capítulo está embasado em duas obras: *Violência e o sagrado* de René Girard e a tese de doutorado da professora Patrícia Vanzolini⁴⁴, *Nêmesis o papel da vingança no Direito Penal*. O capítulo pretende desvendar o processo sacrificial pela crise mimética, encontrando no do bode expiatório - vítima do sacrifício – a restauração da paz.

4.1 O sacrifício.

Segundo o dicionário Houaiss a palavra “sacrifício” resguarda seu significado em:

*“Ato, ou efeito de sacrificar(se). 1- oferenda ritual a uma divindade que se caracteriza pela imolação real ou simbólica de uma vítima ou pela entrega da coisa ofertada (de animais). 2. Pessoa ou coisa sacrificada (Isaac foi o s. oferecido a Abraão). 3. Renúncia voluntária ou privação voluntária ou privação voluntária por razões religiosas, morais ou práticas (a vida de atleta exige grandes)(fez grandes s. pela democracia). 4. Privação financeira em proveito de alguém (é capaz de qualquer s. para dar conforto à família). 5 missa **espírito de s.** tendência a sacrificar-se ou a ceder sem benefício imediato. **Ir para s.** (...). “ pg. 1692.*

O sacrifício remete às sociedades mais primitivas e está presente em praticamente todas as religiões antigas hindus, monoteístas. Do latim a palavra vem do *sacrificium* de *sacrum* (sagrado). O sagrado do latim é o *sacer* - o que não pode ser tocado ou maculado.⁴⁵ Pelo sacrifício uma falta ou um mal é abolido (expiado) ou se alcança um bem (propiciado)⁴⁶.

Platão lembra que cidadãos e cidades inteiras são persuadidos de que os sacrifícios são

⁴³ZAFFARONI, Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2007. P 25.

⁴⁴ Destaco aqui meus agradecimentos a professora Patrícia Vanzolini pela sua acessibilidade para esclarecer eventuais dúvidas surgidas no decorrer deste trabalho

⁴⁵ MORFAUX, Louis Marie. *Dicionário de Filosofia e Ciências Humanas*. Arman Colin. 2005. P. 568.

⁴⁶ *Ibidem*. P. 568.

utilizados para absolvições e purificações dos atos injustos.⁴⁷ No entendimento giradiano, o sacrifício pode ser apresentado por duas vertentes, o sagrado e como uma espécie de crime.

Em numerosos rituais, o sacrifício apresenta-se de duas maneiras opostas: ou como algo muito sagrado, do qual não seria possível abster-se sem negligência grave, ou, ao contrário, como uma espécie de crime, impossível de ser cometido sem expor-se a riscos igualmente graves⁴⁸

Para expor este mencionado duplo aspecto do sacrifício, levando a ideia de crime, Girard aduz a Hubert e Mauss em sua obra: “*Essai sur la nature et la fonction du sacrifice*” onde os autores “*invocam o caráter sagrado da vítima. É criminoso matar a vítima, pois ela é sagrada, mas a vítima não seria sagrada se não fosse morta.*”

O sagrado *sacer* se converte na figura do “*homo sacer*”, da Roma antiga. O *homo sacer* é um ser cujos direitos são suspensos e, nessa condição, não pode ser imolado, condenado, julgado legalmente, ele está fora da lei, mas se alguém o matar não comete delito⁴⁹. Giorgio Agamben destaca na sua obra “*homo sacer*” a interpretação de Kerényi:

“O *homo Sacer* não pode ser objeto de sacrifício, de um “*sacrificium*” por nenhuma outra razão além desta, muito simples: aquilo que é *Sacer* já está sob posse dos deuses, e é de modo particular propriedade dos deuses íferos, portanto não há necessidade de torná-lo tal com uma nova ação⁵⁰”.

Giorgio Agamben mostra a ambiguidade do *homo sacer* em uma vida insacrificável, mas, ao mesmo tempo, matável, vida sacra. Em Rudolf Jhering, o *homo sacer* nunca alcançava um fim expiatório, o seu delito em geral ultrajava os deuses, não qualquer delito, mais uma série de delitos. Para o autor não se tratava de uma pena, pois a pena reconciliava e purificava o delinquente, visando a reconciliação com os deuses e os homens⁵¹. No *homo sacer* a sacralidade é atrelada a vida humana, mesmo que ele não seja sacrificável.

⁴⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017. P. 120.

⁴⁸ GIRARD, Ricard. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Paz e Terra, 1992.. P. 11.

⁴⁹ TEIXEIRA, Eduardo Tergoline. *O estado de exceção a partir da obra de Giorgio Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2015.p. 16.

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Ed. UMG, 2007.

⁵¹ JHERING, Rudof von. *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934. P. 259.

4.2. A crise mimética

Anthony Storr, em sua obra *human aggression*⁵² destaca que a similaridade no seu sentido puro, ou seja, similaridade de costumes, culturas, pessoas, animais, morais é o ponto de partida, ignição, a origem da crise mimética. A crise mimética ocorre sempre na indistinção. Aponta René Girard que “*nada é mais parecido com um gato ou um homem encolerizado, do que um outro gato ou um outro homem encolerizado*”⁵³.

Patrícia Vanzolini, embasada em Girard, destaca os sistemas de trocas das sociedades como a base de inteiração e progressão destas sociedades, e por conseguinte, a diferenciação de diferentes culturas é base importante para a diferenciação e não ocorrência da crise mimética.

“As trocas instituem diferenças, mas, antes de tudo, elas exigem diferenças, exigem que os envolvidos atuem em papéis diferenciados.

A perda das diferenças perverte o sistema de trocas tornando-o disfuncional, as trocas passam a produzir e a reproduzir indistinção. A essa situação chama-se “crise.” Crises são fenômenos sociopolíticos de indiferenciação. O cenário cataclísmico das catástrofes é o protótipo natural da situação de crise – o dilúvio, o fogo, a peste – todos esses retratos espelham o horror da confusão, tudo vira o mesmo, todos os entes perdem seus contornos e as formas que os individualizam. No âmbito social o resultado da crise é o esgarçamento das relações e a corrosão das instituições suportadas pelo sistema, ou seja, a desagregação da cultura, o limiar hobbesiano, o estado de natureza”⁵⁴.

A indistinção permite a desorientação de todos que vivem em sociedade, levando a uma crise mimética que para René Girard se acentua com o desejo das pessoas às mesmas coisas, acirrando de forma desproporcional a violência e o emprego da força. Para o autor:

“Quando as sociedades estão em crise, isto é, quando todas as pessoas desejam a mesma coisa e procuram obtê-la pela força, estamos perante o que chamo uma crise mimética, extremamente violenta, porque cada um entra nessa violência. Sabemos que uma sociedade pode-se desorganizar ao ponto de entrar numa crise que ameaça a sua sobrevivência futura”⁵⁵

A saída da crise mimética causada pela similaridade de iguais, pela indistinção, está

⁵² GIRARD, Ricard. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Paz e Terra. 1992.p. 10.

⁵³ *Ibidem*. P 12.

⁵⁴ VANZOLINI, Patrícia. *Nêmesis o papel da vingança no Direito Penal. Tese de Doutorada. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica. 2014.p. 128.*

⁵⁵ GIRARD, René. *O bode expiatório e Deus*. Covilhã: Ed. Luso Sofia Press 2009. P. 6.

justamente na concordância sobre algo, ou seja, por uma similaridade, o que leva ao que René Girard nomeia de uma reconciliação paradoxal, um entendimento que leva ao mecanismo do bode expiatório.

(...)Uma reconciliação paradoxal torna-se possível: se todos os homens que desejam a mesma coisa nunca se entendem, já os que odeiam em conjunto o mesmo adversário entende-se muito facilmente. De certo modo, este entendimento é aquilo a que chamamos a política! É por isso que eu chamo ao mecanismo da vítima unitária, o mecanismo do bode expiatório⁵⁶

4.3 O bode expiatório

A crise mimética traz como consequência a necessidade de restaurar a “ordem” que a própria crise criou. A indiferenciação é uma ameaça à sociedade, pois nela, a violência se generaliza levando a autodestruição de grupos⁵⁷.

Como uma forma de solução apaziguadora surge a figura do bode expiatório. Assim, indaga Vanzolini “como reinstaurar a ordem no seio da crise mimética? Como emergir do caos indiferenciado que ela provoca?” Para a autora, a “hipótese girardiana é a sua conhecida teoria do bode expiatório⁵⁸.”

A violência generalizada se transfere para uma vítima expiatória. Quando surge a ameaça coletiva passa a ser transferida para uma só pessoa, o “um contra todos” se converte em “todos contra um”. A violência perturbadora da sociedade é de forma unânime transferida para o bode expiatório⁵⁹. O termo bode expiatório é referência clara ao costume judaico do sacrifício de animal para expiação de pecados.

O fenômeno da violência, segundo Girard, é regulado pelo processo do bode expiatório ou linchamento coletivo. O rito sacrificial opera na estrutura do bode expiatório, onde se tem a crise mimética, o homicídio fundador e a (re)constituição dos sistemas de diferenciação.⁶⁰ Nas palavras do próprio Girard:

“Finalmente, o herói mítico é uma vítima unânime: ele será morto por todos.

⁵⁶ GIRARD, René. *O bode expiatório e Deus*. Covilhã: Ed. Luso Sofia Press 2009. P. 7

⁵⁷ Schultz, Adilson. *A violência e o sagrado segundo René Girard*. Revista Protestantismo em Revista. 2004. Disponível. www3.est.edu.br/nepp.

⁵⁸ VANZOLINI, Patrícia. *Nêmesis o papel da vingança no Direito Penal*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica. 2014.p. 129.

⁵⁹ Schultz, Adilson. *A violência e o sagrado segundo René Girard*. Revista Protestantismo em Revista. 2004. Disponível. www3.est.edu.br/nepp.

⁶⁰ Schultz, Adilson. *A violência e o sagrado segundo René Girard*. Revista Protestantismo em Revista. 2004. Disponível. www3.est.edu.br/nepp.

Todos estão contra ele, todos transferiram a violência – e utilizo a palavra transferência com conhecimento de causa – ao ponto de toda a sociedade, em conjunto, mata este indivíduo. Tal fenômeno existe e tem um nome, é o chamado linchamento unânime. Nos grandes textos sagrados, incluindo, aliás, os textos bíblicos, vemos que o linchamento joga um papel extraordinário: nos mitos, na Bíblia, e finalmente nos próprios Evangelhos, de uma forma dificilmente atenuada.”⁶¹

O rito sacrificial mantém um caráter preventivo contra a violência recíproca no seio da sociedade, mas para cumprir o seu papel de acabar com a violência, é necessário uma vítima que não reaja, assim, busca-se alguém marginalizado, incapaz de reagir, o estrangeiro, o prisioneiro, o criminoso. Patrícia Vanzolini em uma releitura girardiana observa que:

“O acirramento da crise mimética eleva a temperatura da violência e da agressão entre os membros da comunidade criando, no limite, um estado de todos contra todos. Nesse ponto em que a sociedade corre o risco de despedaçar-se, surge uma válvula de escape: um dos membros da comunidade (o mais fraco, o diferente, o estrangeiro, o marginal) polariza todos os sentimentos maléficos antes dispersos. Ele atrai sobre si a violência desordenada, dando-lhe um vetor único: forma-se a unanimidade violenta, o “todos contra todos” indiferenciado torna-se o “todos contra um” e finalmente surge uma diferença: aquele é o culpado, logo todos os demais são inocentes.”⁶²

A violência que estava estocada no seio da comunidade é transferida para vítima, para dissimular a violência, o bode expiatório passa a ser a causa da crise, a violência social se concentra na vítima que passa a ser a memória coletiva da paz.⁶³ O bode expiatório ao ser escolhido como causa da crise se converte em um inimigo comum dentro da comunidade, onde todos são amigos. A expiação da culpa só é possível com o sacrifício deste inimigo. Por conseguinte, eleito o seu “bode expiatório” e tornando este seu “inimigo”. Patrícia Vanzolini destaca uma espécie de transfiguração do bode expiatório em inimigo comum da comunidade.

“O inimigo de todos agora é um só, é dele a culpa dos males que afligem a coletividade e cada um dos indivíduos. A vítima expiatória é então massacrada pela comunidade unânime, que descarrega sobre ela o material destrutivo que antes circulava livremente, envenenando-a. A execução da vítima expiatória provoca uma redução da tensão e uma imediata reconciliação entre os demais, cúmplices nesse homicídio justificado. Agora todos podem ser amigos, pois o único inimigo, o inimigo comum, foi

⁶¹ GIRARD, René. *O bode expiatório e Deus*. Covilhã: Ed. Luso Sofia Press 2009.

⁶² VANZOLINI, Patrícia. *Nêmesis o papel da vingança no Direito Penal. Tese de Doutorado*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica. 2014. P. 131

⁶³ Schultz, Adilson. A violência e o sagrado segundo René Girard. Revista Protestantismo em Revista. 2004. Disponível. www3.est.edu.br/nepp.

descartado⁶⁴.

O bode expiatório condensa de certa forma a violência social ao mesmo tempo que traz a redenção, expulsando a violência e sacralizando a própria violência, trazendo benefícios e apaziguando a vida em sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAS

O controle da conduta humana pode se dar por meio da norma jurídica. Uma das formas de controle deste comportamento é a pena inserida no campo do direito penal. Não é por menos que uma das formas de leis mais antigas é a *lex talions* que possui uma estrutura retributiva que permanece até hoje na estrutura da pena e, portanto, em suas justificativas advindas das diversas teorias da pena.

A mescla que se consolidou nas diversas teorias da pena para induzir a sua legitimação, não deixa, mesmo naquelas justificadas no caráter preventivo, de inserir um caráter retributivo, o medo da pena como forma de prevenção, informa ao mesmo tempo a todos que a pena é retribuição de um mal.

A intervenção punitiva estatal possui a perspectiva de manter a ordem, o equilíbrio social, a apaziguação, por meio da punição da conduta desviante. O Estado tem o monopólio da reação contra o mal feito e em meios de rituais como a denúncia, a pronúncia da sentença, exclui, pune, restabelece o equilíbrio pela retribuição. O equilíbrio é alcançado pelo rebaixamento do ofensor⁶⁵.

A inserção do direito penal em um contexto de Estados constitucionais ou de Estados de Direito garante a proteção por meios de direitos inalienáveis, como é o caso de direitos de personalidade. Mas, a configuração do Estado Constitucional não foi suficiente para excluir a ideia de “nós contra os outros”, pois, a ideia do estrangeiro, do hostil, do inimigo que em razão de condutas que violarem uma ordem jurídica penal de forma permanente, o arremata para fora do contrato social, excepcionando sua condição de cidadão, de pessoa.

⁶⁴ VANZOLINI, Patrícia. *Nêmesis o papel da vingança no Direito Penal. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica. 2014. P. 130.*

⁶⁵ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes. São Paulo: Palas Antenas Editora. 2004. P. 31*

O inimigo é uma exceção capturada pela regra penal, onde um conjunto de normas e penas extraordinárias podem a ele afetar. Se o crime aparece como a violação de uma ordem sagrada⁶⁶, o equilíbrio do sagrado e o apaziguamento só podem ser restaurada pelo sacrifício, onde o rito sacrificial emerge de uma crise mimética, uma indistinção, sendo o sacrifício, com a eleição do bode expiatório que se transforma no inimigo, uma forma de apaziguar e estancar, garantindo a estabilidade social.

Se captura da culpa em um rito e para estancar a violência, o inimigo é mandado para o sacrificio em um ato de violência sacralizada, devolvendo a ordem. A violência instauradora do Direito como anunciada em Agamben⁶⁷. Um Direito que é em Kelsen uma ordem coativa, no sentido que “reage contra situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas”. Assim, as ordens sociais chamadas de Direito “são ordens coativas da conduta humana”⁶⁸ que mantêm a ordem, mas se instaura na violência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer . O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Ed. UMG. 2007.

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

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade. 2.a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 1995.*

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Geral. 17º edição*, Ed. Saraiva, São Paulo (SP), 2012.

CARVALHO NETO, Inácio, *Aplicação da Pena*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COROMINAS. Joan *Diccionario crítico Etimológico*. Madri. Ed Gredos S.A. Lá 3º edición 1987.

JHERING, Rudof von. *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.

⁶⁶ MORFAUX, Louis Marie. *Dicionário de Filosofia e Ciências Humanas*. Arman Colin. 2005. P.128

⁶⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer . O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Ed. UMG. 2007.

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 37.

- JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 2014
- FARIA, Ernesto. *Dicionário Escolar Latino – Português*. Brasília: Ministério da Educação.1962
- FULLER, Paulo Henrique Aranda, MADEIRA, Guilherme, JUNQUEIRA, Gustavo, VANZOLINI, Patrícia. *Prática Penal*. São Paulo: Saraiva. 2019.
- GIRARD, Ricard. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Paz e Terra. 1992..
- GIRARD, René. *O bode expiatório e Deus*. Covilhã: Ed. Luso Sofia Press 2009
- HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Objetiva. 2009.
- FREBvre, Lucien. *O problema da incredulidade no século XVI*. São Paulo: Companhia das Letras. 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008,
- MORFAUX, Louis Marie. *Dicionário de Filosofia e Ciências Humanas*. Arman Colin. 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madri: Thomson Civitas, 2003., p. 81-82
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Poder Jurídico e Violência Simbólica*. São Paulo: E. Cultural Paulista. 1985.
- SILVA, Haroldo Caetano da, *Manual de Execução Penal*, 2º edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2002:
- SCHULTZ, Adilson. *A violência e o sagrado segundo René Girard*. Revista Protestantismo em Revista. 2004. Disponível. [www3.est.edu.br /nepp](http://www3.est.edu.br/nepp)
- TEIXEIRA, Eduardo Tergoline. *O estado de exceção a partir da obra de Giorgio Agamben*. São Paulo: LiberArs. 2015.
- VANZOLINI, Patrícia. *Nêmesis o papel da vingança no Direito Penal. Tese de Doutorado*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica. 2014

ZAFFARONI, Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*. 2a ed. - 1a reimp. - Buenos Aires: Ediar, 2007.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*. São Paulo: Palas Antenas Editora. 2004.



COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Rodrigo de Araujo Alcantara Barbieri

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 4155488-4, Período Matutino, Turma B,

tendo realizado o TCC com o título: A Questão da Pena e o Rito Sacrificial.

sob a orientação do(a) professor(a): Guilherme Madeira Dezem

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 17 de junho de 2020.


Assinatura do discente