

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 8 – Número 1 – p. 122-136 – janeiro-junho 2016

SISTEMAS JURÍDICO-PENAIIS CONTEMPORÂNEOS

A ocultação da violência canalizada para o processo penal

Concealment of violence in the context of criminal procedure

MÁRCIA ELAYNE BERBICH DE MORAES

Editor-Chefe
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO
Organização de
CARMEN HEIN DE CAMPOS



A ocultação da violência canalizada para o processo penal

Concealment of violence in the context of criminal procedure

Márcia Elayne Berbich de Moraes^a

Resumo

A ocultação da violência dentro do processo penal consiste em fator permanente aos dilemas do discurso penal moderno, a qual pode ser explicada através da teoria de René Girard, sobre a questão da mimese da violência e seus direcionamentos aos eleitos *grupos inimigos*. Desse modo, busca-se analisar a dinâmica processual penal através de um conceito básico, procurando demonstrar os pontos de ativação da linguagem, desenvolvidos ao longo da doutrina processual, no intuito de imposição da pena estatal, totalmente descolado dessa dinâmica mimética da violência, gerando verdadeiros *dilemas*. A verificação desses *dilemas*, através da ativação da linguagem processual, revela a ocultação da violência e seu mimetismo, bem como seus efeitos colaterais amplamente discutidos no debate teórico penal e processual penal.

Palavras-chave: mimese da violência; processo penal; linguagem processual.

Abstract

The concealment of violence within criminal procedure is a permanent factor in modern criminal law dilemmas, which can be explained through René Girard's theory on the issue of mimesis of violence and its direction to the elected enemy groups. Thus, this article seeks to examine the criminal procedure dynamic through a basic concept, seeking to indicate the language activation points developed throughout procedural doctrine, with the purpose of imposing a governmental sanction, completely unattached from the mimetic dynamic of violence, leading to true dilemmas. These dilemmas are verified by activating the procedural language, and reveal the concealment of violence and its mimicry, as well as its collateral effects, broadly discussed by criminal law and criminal procedure.

Keywords: mimesis of violence; criminal procedure; procedural language.

^a Advogada. Doutora em Ciências Criminais pela PUCRS. Professora de Direito Penal da Universidade Veiga de Almeida – UVA. Conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.

1 Breve introdução

O presente artigo busca observar a ocultação da violência dentro do processo penal, a qual consiste em fator permanente aos dilemas do discurso penal moderno.

Para tanto, utiliza-se da teoria de René Girard, sobre o mimetismo da violência e da relação dessa para com o sagrado. De acordo com Girard¹, o surgimento da violência se daria pelo fato dos seres humanos serem governados por um “comportamento de apropriação mimética”, no qual o desejo com relação a um objeto se faz o desencadeador de algo para com o outro. Sendo assim, são considerados como a gênese da violência os processos de indiferenciação ocorridos dentro dos agrupamentos humanos em determinados momentos ou períodos.

Importante destacar que tais processos de indiferenciação sempre ocorreram ao longo do tempo, nas mais diversas formas de agregamentos humanos. Diante disso, sempre se fez necessária a eleição de formas de canalização dessa violência com o redirecionamento dessa para fora do grupo. Isso ocorre desde o âmbito pré-civilizatório através de ritos sacrificiais, no sentido de purificação, de restabelecimento da ordem originária dentro do grupo².

A partir do advento da modernidade, essa concepção pré-civilizatória perdeu espaço, uma vez que tal dinâmica fora apropriada pelo sistema judicial controlado pelo Estado (aqui incluindo-se o discurso da punição penal), o qual tem como grande mérito, ter ocultado todo o funcionamento do sistema sacrificial e do mimetismo latente da violência e suas formas de redirecionamento ao *inimigo* vulnerável socialmente, através da retirada da administração dos conflitos entre as partes, sendo esses levados a um terceiro imparcial.

Atualmente, a questão da mimese da violência e seus direcionamentos é verificada, no âmbito teórico, com a ampla constatação de que, mesmo com a legitimação de um direito penal da culpabilidade e de garantias, ainda assim haveria a existência e a permanência da canalização da violência através da punição penal, a qual estaria identificada por elementos estruturais inquisitoriais do discurso do direito penal de contenção, que impossibilitam a aplicação da punição penal de maneira a se descolar da eleição de supostos *inimigos*³.

Assim, a manifestação da violência, aqui entendida como sendo as crises sacrificiais devido a momentos de indiferenciação nos diversos grupos sociais, acabaram sendo mantidas, gerando, a cada ciclo, a eleição de novos inimigos dentro do grupo envolvido. Pode se destacar como exemplo disso, a constante necessidade de combate a novos crimes nomeados como *hediondos*, o que tem gerado movimentos criminalizadores de expansão do direito penal, ou, ainda, a atual necessidade de redução da maioria penal, sendo, os crimes praticados por adolescentes menores de 18 anos, o novo foco do *inimigo* a ser submetido ao *sacrifício* em decorrência da mimese da violência.

Indícios dessa ocultação da violência mimética dentro da linguagem do discurso penal, também podem ser verificados desde o primeiro contato com o discurso penal nos bancos acadêmicos, uma vez que não se questiona a respeito da destinação de todo o *terror*, a *vingança*, o *primitivo* do *homem antigo* quando do advento do *homem moderno* e sua respectiva racionalidade. Em nenhum momento é questionado se essa *evolução* teria dado conta de fazer desaparecer a antiga parte miserável do homem racional (a qual negociava com essa violência através de ritos sacrificiais) desde o século XVII até os dias de hoje⁴.

¹ GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Apresentação de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Unesp, 1990.

² Segundo GIRARD, entende-se como “pré-civilizatórios” o modo de manejo da violência através da relação com o sagrado (ritos sacrificiais) o qual, posteriormente, acabou dando lugar na modernidade, ao modelo judicial, entendido assim, através do marco da judicialização dos conflitos possibilitada após a formação do Estado Moderno. GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Apresentação de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Unesp, 1990.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Crímenes de masa*. Buenos Ayres: Edicionais Madres de Plaza de Mayo, 2010.

⁴ Segundo ANSART, seria possível encontrar indícios de uma análise de tais fenômenos de efervescência violenta, entre os pensadores modernos. FREUD possui bons argumentos quando considera a agressividade na “formação do eu, a estruturação da personalidade, a elaboração dos mecanismos de defesa”, uma vez que o “sujeito busca, da melhor forma, integrar as pulsões de agressão e, assim, o ódio lhe é parcialmente estruturante”. No entanto, a análise do próprio Freud, estava atrelada a perspectiva científica que permeava seu tempo, no sentido evolucionista, vinculada a uma visão

Desse modo, acredita-se na ativação da linguagem processual como sendo uma das formas de ocultação dessa violência mimética, sendo necessário um diálogo franco com nossas atuais categorias teóricas dentro do atual discurso penal, no sentido da busca de um enfrentamento mais direto com a violência mimética que está oculta no processo penal, buscando novas formas de reflexão teórica.

2 A ativação da linguagem processual como forma de ocultação da violência

De um modo geral, para se caracterizar o atual formato do monopólio punitivo do Estado, deve ser levado em conta que “O direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”, devendo assim cumprir determinadas finalidades e não apenas celebrar determinados valores⁵. Tal propósito é possível de ser alcançado quando se articula não somente o *direito penal*, mas também o que se entende como *sistema penal*, tratando-se, este último, do “grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar o direito penal”. Incluem-se nele os aparelhos policiais, judiciais e prisionais⁶.

Para tanto, neste momento, enfoca-se principalmente o processo penal, o qual é o instrumento que se relaciona na prática com os acontecimentos sociais e que, segundo Guasp, se trata de uma instituição que envolve um complexo de atividades relacionadas entre si por uma ideia comum, das diversas vontades particulares, a qual, objetivamente, paira fora e acima da vontade coletiva. Como consequência, tem-se a sua natureza permanente, objetiva, realizada em um plano hierárquico, com regras pré-determinadas e adaptável à realidade de cada momento⁷.

A complexidade na análise do sistema penal, enfatizando o processo penal leva à escolha de alguma forma restritiva que ao mesmo tempo em que explique os pontos importantes para o objetivo proposto neste trabalho, não deixe de apresentar a dinâmica e estática da legitimação processual.

Dessa forma, opta-se pela análise da dinâmica processual penal, através do conceito trazido por Lopes Júnior, o qual descreve que:

Com o delito, surgem o conflito social e a pena pública como resposta estatal (em nome da coletividade) ao autor da conduta. Mas esse poder de punir não é puro arbítrio do Estado, mas sim um poder condicionado⁸.

Nesse ponto, objetiva-se entender esse conceito mediante análise, na qual devem ser destacadas as expressões de relevo para o que se objetiva verificar com relação ao processo penal: *O conflito social surgido a partir do delito e a resposta estatal condicionada que se dá em nome da coletividade*.

O que se busca é demonstrar, através do estudo dessa assertiva, os pontos de ativação de linguagem ao longo do desenvolvimento da doutrina processual e o relacionamento da mesma com redes mais amplas de tradição intelectual⁹, uma vez que

de sociedade muito baseada na formação contratualística do Estado, principalmente no que se refere ao abandono do ideal de felicidade plena do estado de liberdade em busca da proteção civilizatória. ANSART, Pierre. História e memória dos ressentimentos. In: BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia (Orgs.). *Memória e (Res)Sentimento*. Indagações sobre uma questão sensível. FAPESP. CNPq. Campinas: Unicamp, 2004, p. 24. Desse modo, “As instituições criadas para proteger a humanidade trazem dentro de si os ingredientes que geram o seu mal-estar, deixando à civilização uma vitória permanentemente adiada.” FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1969. Vol. XIII (1913-1914), p. 35.

⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 19.

⁶ Ibidem, p. 24-25.

⁷ GUASP, Jaime. *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 36-37. Ainda, descreve o autor que “De aquí las especiales dificultades que presenta el fenómeno procesal para un adecuado estudio científico del mismo en comparación con otras disciplinas jurídicas que estudian realidades que pueden considerarse desde un punto de vista estático, lo que explica, sin duda, la tardía aparición del derecho procesal como ciencia en el cuadro general del conjunto de las disciplinas jurídicas.” p. 09.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

⁹ BEVIR, Mark. *A lógica da história das ideias*. Traduzido por Gilson César Cardoso de Sousa. Bauru: Edusc, 2008, p. 47.

A linguagem que um autor emprega já está em uso. Foi utilizada e está sendo utilizada para enunciar intenções outras que não as suas. Sob esse aspecto, um autor é tanto o expropriador, tomando a linguagem de outros usando-a para seus próprios fins, quanto o inovador que atua sobre a linguagem de maneira a induzir momentâneas ou duradouras mudanças na forma como ela é usada.¹⁰

O que, aparentemente, pode gerar insegurança, com relação à estabilidade da linguagem e na transmissão desta, é solucionado através da busca de um modo de discurso regular e estável, o qual esteja disponível ao uso de mais de um locutor e que seja explorado no embate discursivo entre eles, podendo atuar sobre esse e alterar resultados nas mais diversas ordens, como jargões profissionais de juristas e, até mesmo, entrarem para o discurso político, o que, de certa maneira, denota uma forma de tentativa de controle desse discurso.¹¹

2.1 O conflito social surgido a partir do delito: imprecisões conceituais e consensos necessários

Inicia-se a presente análise a partir do que se concebe como o marco inicial para elencar a origem das penas e do *direito de punir*¹², qual seja, o *delito* que se alicerça no princípio da legalidade, já que somente as leis podem estabelecer as condutas que se caracterizam como criminosas e o modo como devem ser apuradas.

Esse princípio constitui garantia fundamental estabelecida na discussão acerca do processo penal e sua legitimação¹³, uma vez que “protege o homem pelo direito penal e ‘do’ direito penal”, sendo essa *legalidade* inerente ao Estado de Direito. Importa referir que nem todas as formas de comportamento humano recebem a tutela penal em virtude de seu caráter de *ultima ratio*, sendo necessária a descrição em lei de forma taxativa e que corresponda a uma denominada tipificação penal (delito). Trata-se, assim, de uma imagem conceitual que corresponde ao modelo de conduta determinada e proibida, a qual determina o âmbito de liberdade de ação e que, no plano valorativo, deve referir-se a um determinado bem jurídico protegido pela tipificação da conduta, a fim de que seja evitada lesão a esse objeto protegido e tutelado.¹⁴

Obviamente, como a presente análise se dá a partir do que se entende como *sistema penal*, deve ser ressaltado o raciocínio de Ferrajoli, o qual refere que além das garantias penais, é necessário o conjunto das garantias processuais penais como item subsidiário no enfrentamento das duas perguntas “quando e como julgar”. Isto porque existe correlação funcional biunívoca entre as garantias penais e processuais, quais sejam lei penal e juízo em matéria penal. Nas palavras do referido autor: “tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad”¹⁵.

¹⁰ POCOCK, J. G. A. *As linguagens do ideário político*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003, p. 29. O mesmo processo pode ser repetido com esse autor e sua linguagem. Desse modo, “As mudanças que ele procurou imprimir às convenções linguísticas que o rodeiam podem não conseguir impedir que a linguagem continue a ser usada nas formas convencionais que ele teve a intenção de modificar, e isso pode ser o suficiente para anular ou distorcer os efeitos de sua enunciação” p. 30.

¹¹ *Ibidem*, p. 31.

¹² Entenda-se esse *direito de punir* como o resultado da dinâmica de que “O Estado possui um poder condicionado de punir que somente pode ser exercido após a submissão ao processo penal. Então, no primeiro momento, o que o acusador exerce é um poder de proceder contra alguém, submeter alguém ao processo penal. É o poder de submeter alguém a um juízo cognitivo.” LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

¹³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 20-21.

¹⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 261.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 537. Nesse ponto é necessária uma observação: o processo penal submete-se a leitura constitucional, ou seja, o entendimento desse “como instrumento de efetivação de garantias constitucionais”. Isso significa “dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima a medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição”. Contudo, o aspecto da leitura constitucional do processo penal é fenômeno recente e ainda muito pouco aplicado na prática, sendo objeto de intensa discussão na realidade brasileira...”. In: BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*, p. 68-69.

Explanado brevemente o que se entenderia por *delito* e as garantias materiais e processuais em que esse se circunscreve, passa-se a análise do que seria o *conflito social* descrito no conceito analisado, numa perspectiva verificada entre as redes de crenças e tradições intelectuais herdadas¹⁶, a fim de procurar a racionalidade dentro da linguagem do conceito que ora se analisa. Desse modo, supõe-se que desse *conflito* passe a existir uma situação penalmente tipificada e que justificaria uma eventual punição posterior em casos semelhantes.

Contudo, a conceituação de *conflito*, além de imprecisa, aparenta ser fruto de um consenso geral dentro de um *discurso* já estabelecido. Um exemplo pode ser verificado em diversos manuais:

Tourinho Filho, ao explicar o *jus puniendi* assim descreve: “Ninguém desconhece que a prática de infrações penais transtorna a ordem pública e a sociedade é a principal vítima; por isso mesmo, tem o direito de prevenir e reprimir aqueles atos que são lesivos à sua existência e conservação”¹⁷. A expressão *Ninguém desconhece* referindo-se ao transtorno que as infrações penais causam à ordem pública e à sociedade, parece não fazer muito sentido, uma vez que os delitos, habitualmente, ocorrem no âmbito da individualidade e não atingem a todos os integrantes da sociedade ou do grupo ao mesmo tempo. Desse modo, é necessário buscar a origem do que esse autor refere como *entendimento coletivo* acerca do *conflito social*, a ponto de fundamentar a existência da punição penal, para o apaziguamento desse conflito.

Ainda a título de exemplificação, verifica-se a expressão utilizada por Carnelutti, o qual, ao descrever a questão da finalidade do processo penal em excluir ou combater o delito, o refere dentro do âmbito de uma necessidade de *paz* entre os homens: “es, no tanto impedir la resolución de los conflictos de intereses, sin la cual, por el contrario, no podría vivir la sociedad [...], cuanto que para resolverlo uno de los coasociados invada el dominio de otro, esto es, le haga la guerra”¹⁸.

Em ambos os exemplos, a origem do conflito apresenta-se em um ato ilegítimo, podendo ser caracterizado como violento, mas em que exatamente constitui essa violência?

Segundo Damatta, a violência está presente em quase todas as mitologias e parece ser o crivo das transformações do mundo, sendo própria da condição humana e associada a um conjunto de valores, em determinadas formas e sociedades específicas. No entanto, tem difícil aceitação nos estudos sociológicos, uma vez que não existe preocupação maior na exploração de suas formas, modalidades e uso. Muitas vezes, o eventual discurso acerca da violência pode vir a ser mal interpretado, sendo eventualmente acusado de aceitação ou incentivo a ela própria ou ao crime¹⁹. Para tanto, o referido autor lembra *As regras do método sociológico* de Durkheim (1895), quanto à necessidade de abandono de uma perspectiva linear e histórica da sociedade humana, afastando determinadas *prenoções*, ampliando o aspecto de análise das relações²⁰. Por esse motivo, é possível entender a violência num duplo movimento de destruição e construção, a qual traz consigo na destruição um vetor de antecipação da atitude afirmativa da construção, inscrita num devir que a torna utilitária na própria manutenção social²¹, mas que não é assim recebido dentro do discurso penal.

Nesse caso, quando analisamos a expressão *conflito social* trazida dentro do conceito processual penal de Lopes Júnior²², seria possível referi-la como uma forma de *efeito*, transmitido para um contexto subsequente

¹⁶ BEVIR, Mark. *A lógica da história das ideias*. Traduzido por Gilson César Cardoso de Sousa. Bauru: Edusc, 2008, p. 47-48.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 05.

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. v. 1. Buenos Aires: Chile 2970, p. 73-74.

¹⁹ DAMATTA, Roberto. As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org.). *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 12.

²⁰ *Ibidem*, p. 14-16.

²¹ MAFFESOLI, Michel. *Dinâmica da violência*. São Paulo: Vértice, 1987, p. 25-27.

²² Conceito referido no item anterior como objeto de análise in LOPES JÚNIOR, Aury, op. cit., p. 67.

descrito em Pocock²³, cujo consenso teórico o empresta para a composição de conceitos originários dentro do sistema penal (com ênfase na justificativa do processo penal).

A respeito dessa transmissão conceitual, é possível fazer um paralelo com a crítica trazida por Batista, quando esse descreve sobre a “falha política” na falta de inquirição do positivismo jurídico, sendo que uma de suas heranças seria a concepção de forma mecanicista dos fatos sociais, com a produção de explicações com base em relações causais²⁴.

Assim, constata-se que o método de análise empregado na doutrina penal e processual penal não permite a compreensão completa desse conceito e, ainda, possibilita ativar discussões entre os operadores com a nova linguagem, produzindo linguagens de segunda ordem²⁵, que, como será observado, levam ao que Bevir entende como verdadeiros *dilemas*, os quais afetam “todas as áreas da vida humana, inclusive a política, o trabalho e a fé”. Tais “dilemas surgem para os indivíduos quando eles aceitam, como bem-fundamentada, uma interpretação – meramente em virtude da novidade – que questiona sua rede e crenças”. Dessa forma, “explicam mudanças de crença simplesmente porque as pessoas, quando estão certas de que uma coisa é verdadeira, precisam estender ou modificar suas crenças para acomodar uma nova”²⁶.

2.1.2 O conflito social a partir da análise de Girard

Partindo dessas considerações, um estudo que poderia explicar o denominado *conflito social* que surge a partir do delito, e que o analisa sob uma perspectiva mais ampla, seria o que trata dos estereótipos da perseguição trazidos por Girard, os quais atentam para a análise desses estereótipos desde antes da moderna punição penal, até a atualidade.

Para esse autor, a violência possui um caráter mimético e de contaminação entre os integrantes de um grupo, permanecendo latente, havendo a necessidade de canalização ou direcionamento, fornecendo-lhe uma válvula de escape²⁷. Assim, não existe violência que não possa ser descrita em termos de sacrifício, sendo esse último um artifício substitutivo para a violência, ou ainda, explicado de outra forma, um mecanismo de drenagem da violência²⁸.

Desse modo, “O sacrifício sempre foi definido como uma mediação entre um sacrificador e uma ‘divindade’”. Porém, na modernidade, “a divindade não possui mais nenhuma realidade, pelo menos no plano do sacrifício sangrento”, apenas na dimensão do imaginário. Nesse raciocínio, o sacrifício “não possui mais nenhuma função real na atual sociedade”²⁹. No entanto, tal constatação não pode ser simplificada, pois é necessário atentar melhor a essa questão sacrificial e sua interlocução com o moderno sistema de punição penal.

Primeiramente, com relação à legitimidade dos sacrifícios. Existem aqueles considerados legítimos, que são relacionados a um ato sagrado, qual seja de estabelecimento de relação com a divindade e, ainda, existem os sacrifícios relacionados ao crime, o que denota ilegitimidade. No entanto, em ambos os casos, a relação sacrificial denota uma dupla exigência, na qual ao mesmo tempo em que o sacrifício se mostra como

²³ POCOCK, J.G.A. *As linguagens do ideário político*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003, p. 30.

²⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 31.

²⁵ POCOCK, J.G.A. *As linguagens do ideário político*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003, p. 29.

²⁶ BEVIR, Mark. *A lógica da história das ideias*. Traduzido por Gilson César Cardoso de Sousa. Bauru: Edusc, 2008, p. 48.

²⁷ GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Apresentação de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Unesp, 1990, p. 16.

²⁸ Idem. *O bode expiatório*. São Paulo: Paulus, 2004, p. 13. Segundo ABBAGNANO, entende-se o sacrifício como sendo a “Destrução de um bem ou renúncia ao mesmo, em honra a divindade.”, o qual tem por objetivo a “purificação de alguma culpa ou pecado [...]”, cujo caráter é simbólico e que podem ser identificadas em diversas religiões, “seja qual for seu grau de desenvolvimento ou de refinamento intelectual”. ABBAGNANO, Nicola. *1901. Dicionário de filosofia*. Traduzido por Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 866.

²⁹ Ibidem, p. 19.

uma substituição para a violência acaba por ocultá-la, sendo que sua existência requer, necessariamente, certo desconhecimento³⁰.

Girard busca enfrentar a mecânica sacrificial ilegítima partindo da acusação e do entrelaçamento das representações e das ações persecutórias, através do surgimento da multidão que, por definição, procura a ação. Tais circunstâncias podem ser externas (epidemias) ou internas (agitações políticas, conflitos religiosos). Desse modo,

As perseguições que nos interessam se desenvolvem de preferência em períodos de crise que provocam o enfraquecimento de instituições normais e favorecem a formação de multidões, isto é, de ajuntamentos populares espontâneos, suscetíveis de substituir instituições enfraquecidas ou de exercer uma pressão decisiva sobre elas³¹.

Para a presente análise, supõe-se que a prática de um delito consista em um atentado contra o que está instituído como proibido entre o grupo ou sociedade, trazendo, assim, a impressão “de uma perda radical do próprio social, o fim das regras e das ‘diferenças’ que definem as ordens culturais.” Essa experiência de indiferenciação, ao mesmo tempo que corresponde a “algo de real sobre o plano das relações humanas”, não deixa de ser “menos mítica”, uma vez que existe a tendência entre os homens a “projetá-la sobre o universo inteiro e absolutizá-la”.³²

Assim, a leitura girardiana explicaria o consenso acerca do que se denomina de *conflito social*, no conceito de Lopes Júnior, ou perda da paz no âmbito social, em Carnellutti, e, mais, expõe sobre a concomitância entre o real e o caráter projetivo (imaginário) de tais circunstâncias vividas pelo grupo.

Cabe ainda atentar quanto à questão, em uma leitura anterior ao paradigma da punição moderna, na qual haveria uma tendência a explicações pelas causas sociais, sobretudo morais e religiosas.³³ Dessa forma, “mais do que reprovar a si próprios”, os indivíduos teriam “a tendência de reprovar tanto a sociedade em seu conjunto, o que não os compromete com nada, como outros indivíduos que lhes parecem particularmente nocivos”, acusando-os de crimes particulares, acusações estas diversas embora com unicidade, que consistiria no lesionamento aos próprios fundamentos da ordem cultural e que acarretariam na ausência da ordem social.³⁴ Esse direcionamento de uma forma de acusação estereotipada facilitaria um papel mediador entre a pequenez do indivíduo e a enormidade do corpo social.

Girard descreve ainda que, seja nas sociedades primitivas, como agora na sociedade moderna, é impossível avaliar a intensidade da violência individual ou social, o que se tem é que nas sociedades primitivas o *religioso* é o que faz a prevenção da violência. Já na sociedade moderna, isso fica a cargo do *judicial*.

O prodigioso desenvolvimento tecnológico não constitui uma diferença essencial entre o primitivo e o moderno. Mas a presença ou ausência do sistema judiciário e dos ritos sacrificiais poderia distinguir as sociedades primitivas de um certo tipo de ‘civilização’³⁵.

³⁰ GIRARD, René. *O bode expiatório*. São Paulo: Paulus, 2004, p. 18.

³¹ *Ibidem*, p. 19.

³² *Ibidem*, p. 21. Segundo o autor, “A derrocada das instituições apaga ou mistura as diferenças hierárquicas e funcionais, conferindo a todas as coisas um aspecto simultaneamente monótono e monstruoso”. p. 20.

³³ Segundo WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 1944. p. 503. “La fe mágica es una de las fuentes originarias del ‘derecho penal’, em oposición al ‘civil’”. p. 503.

³⁴ GIRARD, René. *O bode expiatório*. São Paulo: Paulus, 2004. p. 22. Em sentido semelhante, MAFFESOLI refere que os sucessores de FREUD consolidam o entendimento de que “a essência da sociedade é a repressão do indivíduo, e a essência do indivíduo é a repressão de si mesmo”. E é esse “processo de ‘se conter’ que permite o estabelecimento e a manutenção do equilíbrio social”. MAFFESOLI, Michel. *Dinâmica da...*, p. 34-35.

³⁵ *Idem*. *A violência e o sagrado*. Apresentação de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Unesp, 1990, p. 33.

Assim, embora tenha havido a mudança para o lastro de materialidade, na idade moderna, a “finalidade da operação permanece a mesma”, as acusações então, “respondem todas as mesmas necessidades”³⁶, às quais, trazendo para a análise que ora se expõe, podem contemplar a satisfação ao conflito social que ocorre após a prática do delito mediante a utilização do *sistema judicial*³⁷. Desse modo, *sacrifício* e *sistema judicial* teriam a mesma função, qual seja, a capacidade de continuar enganando a violência advinda da vingança, cada um a sua maneira, obtendo a transcendência da violência³⁸, evitando-a, prevenindo-a, no caso do sacrifício, e aplicando-lhe a pena resultante do processo, no caso do sistema judicial moderno. Caso contrário, a vingança produziria um processo infinito, no qual não haveria diferença entre o crime e a própria vingança.

Porém, o entendimento sobre essa dinâmica oculta de canalização da violência, descrita no presente caso, teria sido deixado de lado ao longo dos séculos de existência do Direito Penal dentro do Estado Moderno e encaminhado para outras searas de discussão. A advertência quanto a esse fato vem do próprio Girard, quando afirma que desmistificar esse sistema implica sua desagregação.

Por trás da diferença ao mesmo tempo prática e nítida, é preciso afirmar a não-diferença, a identidade positiva da vingança, do sacrifício e da penalidade judiciária. Justamente por serem os mesmos, estes três fenômenos tendem sempre, em caso de crise, a recair na mesma violência indiferenciada³⁹.

No entanto, é possível dizer que essa dinâmica oculta de canalização da violência não foi de toda desconhecida ou esquecida na modernidade, devido a sua utilização em outras esferas discursivas da punição penal, como se exemplifica no amplo movimento criminalizador e de perseguição ao inimigo que atualmente assola o discurso e as práticas penais.

2.2 Da resposta estatal condicionada (em nome da coletividade)

Seguindo o estudo do conceito de Lopes Junior, passa-se à análise da expressão relativa à *resposta estatal condicionada (em nome da coletividade)*⁴⁰. Tal *resposta*, pressupõe-se surgir após a prática do delito e do conflito social que a partir dele se instala. Aqui se trata efetivamente do que se tem de mais próximo ao processo penal, uma vez que será o instrumento para a efetivação do *poder de punir* do Estado, sendo assim um “(...) caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõem o devido processo penal (...)”⁴¹.

Importa ainda entender que o tema que ora se apresenta é a análise não só do referido conceito, mas também dos motivos que se referem à necessidade de justificativa desse processo penal e da sua utilização para a imposição da pena estatal, bem como a dinâmica da linguagem que aí se impõe.

Assim, é comum o tratamento da imposição estatal como sendo um *mal* necessário, ou justificado, o qual relaciona-se e origina-se da violência (entendida como o *crime*) e que ao mesmo tempo está intimamente ligado à ideia de justiça, já que relacionada com o *local* de sua exposição ou *queixa*, noção essa oriunda desde os palcos sacrificiais pré-modernos, até, contemporaneamente, naquilo que se entende como sistema judicial⁴².

³⁶ GIRARD, René. *O bode expiatório*. São Paulo: Paulus, 2004, p. 25.

³⁷ Idem. *A violência e o sagrado*. Apresentação de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Unesp, 1990. p. 35 – Observe-se no caso, que não se explora aqui a questão sob a ótica dos fins da pena, os quais adentram a posições contrárias ao pensamento girardiano.

³⁸ Ibidem, p. 37-39.

³⁹ Ibidem, p. 39.

⁴⁰ Conceito referido no item 2 como objeto de análise in LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

⁴² ABEL, Olivier. Justiça e mal. In: GARAPON, Antonie; SALAS, Denis (Orgs.). *A justiça e o mal*. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1997, p. 101-102 (101-129).

Nesse sentido, observam-se expressões na literatura processual penal (aquelas dos manuais) que fazem abertamente essa relação objetivando, porém, afastar a ideia do *mal* em si, racionalizando-a. Retorna-se aqui com a já referida dupla exigência da relação sacrificial, que é a de exibição do sacrifício como substituto da violência, mas com a ocultação simultânea através do *desconhecimento*⁴³. Dessa forma, a pena como *mal* (sacrifício) necessário está dada, porém a ocultação simultânea que leva ao desconhecimento da operação sacrificial (que poderia ser referida como o próprio processo penal) precisa ser melhor demonstrada, além, obviamente, da real utilidade desse desconhecimento.

Um exemplo desse tipo de referência pode ser visto na linguagem trazida no conceito de GRINOVER, quando descreve sobre a regulamentação processual que “longe de representar um *mal*, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir”⁴⁴. Mais ainda, referindo que a imposição desse *mal* sofre sempre o tensionamento de duas forças aparentemente opostas: a proteção do indivíduo *versus* o interesse social⁴⁵.

A lógica discursiva que justifica o processo penal exclui o aspecto negativo (relativo à violência), substituindo-o por uma ideia de justiça obtida pelo embate de forças opostas. Este conflito permanente é que necessita estar associado a uma força impositiva maior, pois está caracterizado desde a discussão entre os teóricos contratualistas, como Locke, Rousseau, Hobbes e de forma contemporânea mais acirradamente no que trata da polarização entre garantias individuais e direito penal do inimigo⁴⁶, demonstrando que, embora a análise em pauta seja do processo penal, fica impossível destacá-lo por completo do direito penal e da teoria do Estado⁴⁷.

Essa ressalva é importante na medida em que se tenha a compreensão de que o fenômeno de total separação entre o direito processual e o direito material é recente e que a análise proposta busca o todo do discurso penal. Tal perspectiva pode apresentar, a partir do estudo da origem comum e fontes diversas do direito penal e processo penal, um dos principais pontos de ativação na linguagem, e mostrar claramente a transformação dessa, levando a *dilemas* relacionados à própria justificativa processual.

No caso, compreende-se que o estudo das bases do direito material e direito processual penal mostram uma árvore genealógica estranha. Para o primeiro (direito material), verifica-se um entranhamento obscuro junto a definições teocêntricas e na necessidade da depuração das virtudes na composição do homem moderno e racional⁴⁸. Quanto ao segundo (direito processual penal), é possível verificar um empréstimo das categorias teóricas do processo civil, originado no direito romano.

Segundo BATISTA, “a distinção direito privado – direito público era completamente desconhecida das práticas penais primitivas” por tratar-se de um mero disfarce, sendo, contudo, dos interesses privados. Ainda segundo o autor, o marco de criação do direito público no processo histórico para a república romana,

⁴³ GIRARD, René. *O bode expiatório*. São Paulo: Paulus, 2004, p. 18.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 19.

⁴⁵ Apenas como exemplo a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, traz em seu item II, expressões que reforçam a ideia trabalhada: “ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. (...) Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social”.

⁴⁶ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

⁴⁷ Discussão observada em ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁴⁸ Análise verificada em BAUMER, Franklin. L. BAUMER, Franklin. L. *O pensamento europeu moderno*. Vol. I e II. Traduzido por Manuela Alberty e Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990.

(...) não consegue disfarçar que interesses privados do patriciado se converteram, pela mediação do estado, em interesses públicos: ao adotar-se essa fórmula da *utilidade* (Ulpiano), nada foi mais útil para a sobrevivência do patriciado que o surgimento histórico do estado, e, neste sentido, nada nasceu mais privado do que o público⁴⁹.

Para Weber, existe uma influência profunda no direito material no sentido de que a princípio toda ação fora considerada como consequência de um crime do acusado, e não somente uma violação jurídica objetiva, assim “Todas las ‘obligaciones’, sin excepción, eran originariamente ‘obligaciones provenientes del delito’”. E, ainda, o que se entende por direito penal teria se desenvolvido de maneira bem incipiente, como uma forma de castigo interno, ao largo da comunidade doméstica e também nas outras formas de associações que o sujeito participava além do núcleo doméstico, através, principalmente, da apuração de crimes militares ou religiosos⁵⁰.

Assim, tais formas de reação não estavam, em princípio, ligadas a nenhum formalismo processual ou preceitos pré-determinados. Desse modo, a vingança é o ponto de partida que conduz em linha reta ao estabelecimento de um processo formal sujeito a “regras e formas fixas”, passando então a uma denominação comum de *imperium*, a qual consiste em todos os poderes extrafamiliares que foram “submetendo-se paulatinamente, ainda quando em proporções muito diversas, a princípios e normas”. Desse modo, se estabelece o contato direto entre o direito público e o direito penal,

El ‘derecho público’, lo mismo que el ‘penal’, el ‘proceso penal’ o el ‘derecho sacro’, empiezan a ser considerados como objetos especiales de la consideración científica, aunque sea en germen, cuando algunas de sus reglas llegan a formar un complejo de normas dotadas de vigencia real⁵¹.

Para tanto, a recepção do direito romano, por volta do século XVII, foi extremamente importante para essa transformação no pensamento jurídico vigente. No entanto, é importante destacar que a infiltração de elementos formalistas racionais está mais vinculada a requisitos internos da administração da justiça principesca e patrimonial. Essa necessidade está atrelada aos interesses privados, visando a garantia de direitos subjetivos de uma burguesia que começava a surgir no sentido de uma vigência inequívoca do direito, refletindo compromissos de política externa bem como de acordos entre classes sociais⁵².

Para isso, foram importadas unicamente as qualidades formais desse direito romano, o qual em sua origem era extremamente voltado a solução de casos práticos através de máximas, as quais acabaram sendo desconectadas de seus casos concretos (*pandectas*) e elevadas à forma de princípios, com os quais se aplicava o raciocínio dedutivo, criando-se, então, as categorias sistemáticas⁵³.

⁴⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 53-54. O autor aponta para Ulpiano como precursor da distinção público-privado, através da definição trazida no Digesto, Livro 1º, Título I, 1, § 2º.

⁵⁰ WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 1944, p. 505-506. “La primera posibilidad se realizaba cuando una norma mágica, un tabu, por ejemplo, era violada, provocando la ira de los poderes, espíritus o dioses mágicos, y dando origen a que cayera un maleficio, no solo sobre el infractor, sino sobre la comunidad que lo suportaba en su seno. [...] La segunda fuente fundamental del ‘castigo interno’ es de orden político y, originalmente, de índole militar. El que amenazaba la seguridad de la organización defensiva del grupo, ya fuera traicionándola, o bien, una vez que se establecieron los combates disciplinarios, por faltas a la disciplina o por cobardía, quedaba sujeto a la reacción punitiva del jefe guerrero y del ejército, una vez que, mediante un procedimiento sumárisimo, hecho punitivo era comprobado.”

⁵¹ *Ibidem*, p. 506-507 e 633. “El poder de castigar, es decir, de establecer la amenaza de ciertos males para el caso de desobediencia, en vez de imponer el cumplimiento en forma directa y violenta, era normalmente en el pasado, quizá mas de ahora, uno de los elementos del *imperium*.”

⁵² *Ibidem*, p. 628-630. Assim, “La alianza de los intereses del príncipe con los de las capas burguesas constituyó por ello una de las más importantes fuerzas impulsoras de la racionalización jurídica formal”, p. 630.

⁵³ *Ibidem*, p. 633-635. Segundo WEBER, embora as diferenças de sistemas, nem mesmo o sistema inglês teria escapado dessa transformação.

Importante lembrar que ao mesmo tempo em que a distinção público-privado se estabelece, também ocorre a instrumentalização da punição penal no âmbito do direito público, através da exposição dos denominados suplícios impostos como punição, ainda na época dos soberanos, e que vão gradualmente se modificando para a pena como conhecida atualmente, justamente através da imposição da técnica, do saber⁵⁴.

Esse é um dos aspectos do desenrolar da gênese civilista do processo penal, o qual poder-se-ia dizer solucionado após tantos anos de existência do direito processual dentro do Estado moderno. É possível observar em WEBER alguns traços dessa transformação quando esse trabalha a questão do direito moderno. Embora por motivos, influências e estágios diversos, esse autor entende que no ocidente:

Las cualidades formales del derecho se desarrollan partiendo de una combinación del formalismo mágicamente condicionado y de La irracionalidad, condicionada por la revelación, del procedimiento jurídico primitivo, eventualmente a través de una irracionalidad material y antiformalista racional con arreglo a fines condicionada teocrática y patrimonialmente, hacia la sistematización y creciente racionalidad jurídica especializada y, por tanto, lógica y, con ello [...] hacia una mayor sublimación lógica y una creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacia una técnica crecientemente racional del procedimiento jurídico⁵⁵.

Nesse ponto, tais colocações aproximam-se do raciocínio girardiano, no qual o religioso e o judiciário domesticam a violência, canalizando-a “para utilizá-la contra qualquer forma de violência propriamente intolerável, em um ambiente geral de não-violência e apaziguamento. Define-se uma estranha combinação de violência e não-violência”. É possível referir o mesmo quanto ao judiciário, através do processo que apresenta o violento (crime/vingança) de modo racionalizado e canalizado de maneira aceitável (imposição da pena através do processo)⁵⁶.

Assim, é possível referir que o desconhecimento do sacrifício que permeia o sistema judicial moderno esconde o *conhecimento recalcado* da vingança canalizada, desmedida e sem controle, uma vez que essa está racionalizada e controlada pelo sistema judicial. Segundo Girard

Sempre imaginamos que a diferença decisiva entre o primitivo e o civilizado consista em uma certa incapacidade deste primitivo para identificar o culpado e respeitar o princípio de culpabilidade. E é aqui que nos enganamos. Se temos a impressão de que o primitivo desvia-se do culpado como uma obstinação aparentemente idiota ou perversa é porque ele teme *alimentar* a vingança [...] Ao invés de tentar como todos os procedimentos propriamente religiosos, impedir a vingança, moderá-la, eludi-la ou desviá-la para um objetivo secundário, o sistema judiciário *racionaliza* a vingança, conseguindo dominá-la e limitá-la a seu bel-prazer. Ele a manipula sem perigo, transformando-a em uma *técnica* extremamente eficaz de cura e, secundariamente, de prevenção da violência⁵⁷.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 9. ed. Traduzido por Lígia M. Ponté Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 26-27.

⁵⁵ WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 1944, p. 650. O autor entende três fatores como influentes nas diferenças de desenvolvimento: a diversidade nas relações políticas de poder relacionadas ao *imperium*; as relações de poder entre as autoridades teocráticas e profanas e a diversidade de estrutura, como o aparecimento da economia racional e a recepção do direito romano (p. 650).

⁵⁶ GIRARD, René. *A Violência e o Sagrado*. Apresentação de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Unesp, 1990, p. 34. “Talvez todos os meios que os homens já mobilizaram para proteger-se de vingança interminável sejam aparentados. Poderíamos agrupá-los em três categorias: 1) Os meios preventivos, que podem todos ser definidos como desvios sacrificiais do espírito de vingança. 2) As regulações e os entraves à vingança, tais como as *composições*, os duelos judiciários etc., cuja ação curativa é ainda precária. 3) O sistema judiciário, dotado de uma incomparável eficácia curativa” (p. 34-35).

⁵⁷ *Ibidem*, p. 36. Em virtude de não contarem com a noção de história linear, “Os primitivos procuram romper a simetria das represálias no nível da forma. Ao contrário de nós, eles percebem muito bem a repetição do idêntico, e tentam eliminá-lo através do diferente. Quanto aos modernos, eles não temem a reciprocidade violenta. É ela que estrutura todo o castigo legal. A natureza massacrante da intervenção judiciária impede que ela seja apenas um primeiro passo no círculo vicioso das represálias” (GIRARD, p. 42).

Tudo isso leva a uma racionalização e sistematização do direito que levou a uma crescente possibilidade de cálculo do funcionamento da administração da justiça. Embora a análise de Weber seja em termos de interesses privados e mercantis, ele descreve o efeito prático na esfera penal como sendo a substituição da vingança, cuja necessidade estava determinada pelo resultado, pelos fins penais, racionais, éticos, ou utilitários e, principalmente, que atendesse às expectativas dos interessados. Não somente interpretação das normas, mas a aplicação ao caso concreto, com o preenchimento das lacunas⁵⁸. Apresenta-se então esse aspecto racional, fundamentado e sistêmico do processo penal, o qual é o instrumento adequado para a imposição da violência estatal contra os atos denominados *delitos* e com o objetivo maior visando o “mantenimiento de una paz justa en la comunidad”⁵⁹.

Diante de tal modelo não se pode olvidar que a manutenção dessa *paz* exige a dissimulação sacrificial da violência da pena, mediante o processo fundado no *dereito subjetivo de imposição* e não na *pena em si*.

Assim, modernamente, a preponderância absoluta do judiciário passa a ocorrer

(...) no momento em que a intervenção de uma autoridade judiciária torna-se obrigatória. Somente então os homens estarão livres do terrível dever da vingança. A intervenção judiciária deixa de possuir a mesma característica de urgência terrível: sua significação não se altera, mas ela pode se atenuar ou até desaparecer completamente. Quanto menos consciência houver de sua função, melhor será o funcionamento do sistema. Este poderá e deverá se reorganizar imediatamente em torno do culpado e do princípio da culpabilidade; ou seja, sempre em torno da retribuição, que será, entretanto, erigida em princípio de justiça abstrato, que os homens vão se encarregar de fazer respeitar⁶⁰.

Abre-se, então, um momento no tempo que transmite a questão, ou seja, a pena como violência em si mesma, para contexto paralelo, ou ainda, subsequente ou outro, quase como um abandono ou encaminhamento para um espaço desconhecido, não pertencente ao processo penal.

Desse modo, bem longe e apartada do processo penal está a execução da pena, a qual contempla (em campo desconhecido do corpo social) toda a privação da liberdade e seu conseqüente sofrimento sacrificial. Poderia ser questionado se a dose de *desconhecimento* que requer o sacrifício estaria nessa seara ou, ainda, se o que ocorre não é a total ocultação do sacrifício. Tal fórmula é precisa e aparentemente eficaz, porém, implica conseqüências relacionadas com a aparente insatisfação social para com o discurso penal na atualidade, uma vez que os processos de indiferenciação dentro da sociedade continuam a acontecer.

A partir do momento em que o sacrifício (pena) é deslocado do processo penal para a execução penal e seus aparatos penitenciários, uma capa de invisibilidade racional é colocada, não permitindo a visualização do rito sacrificial relativo a efetiva imposição da pena. Isso explicaria a insatisfação para com o discurso penal e a constante necessidade de eleição de novos inimigos, apresentados, por exemplo, na constante tipificação de novos crimes denominados hediondos, ou ainda, na atual necessidade de nomeação daqueles com idade inferior a 18 anos, chamando-os para os palcos sacrificiais da imputabilidade penal.

O desdobrar da linguagem que justifica o discurso penal (e o próprio processo penal) em sua aparente narrativa discursiva regular e estável, acaba por não dar suporte suficiente aos processos de indiferenciação e irrompimento da violência mimética, a qual acaba novamente sendo canalizada ao *inimigo*.

⁵⁸ WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1944, p. 650-655.

⁵⁹ GUASP, Jaime. *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 42. El Estado suprime, salvo excepciones, la justicia privada y abre al mismo tiempo la vía indispensable: la creación de una institución destinada a actuar las pretensiones que se dirijan a los órganos del Estado; el fin del proceso es, pues. El mismo que inspira la supresión de la justicia privada: la represión de las perturbaciones jurídicas en el seno de la comunidad o, dicho con otras palabras, el mantenimiento de la paz”. A paz baseada na justiça, por isso as atuações do órgão judicial devem ser baseadas em pretensões fundadas. Não se trata de uma paz baseada na lei, mas sim em paz baseada na justiça. Essa é a ideia de paz que se objetiva para a comunidade, dando a essa todo “el valor inspirador que en el derecho procesal le corresponde”.

⁶⁰ GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Apresentação de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Unesp, 1990, p. 35.

3 Conclusão

O presente artigo apresentou a premissa teórica de que a violência é inerente a todos os homens nos mais variados agrupamentos, num aspecto atemporal e que tem como principais características o mimetismo e a *irracionalidade*, manifestados nas mais variadas situações. Desse modo, a avidez com a qual essa se propaga, exige a constante canalização ritual, devendo ser saciada sob pena de continuar latente.

Com o advento da modernidade supôs-se que esse mecanismo tenha sido substituído pelo monopólio Estatal da violência através do Sistema Judicial, o qual, em última análise, detém o poder punitivo. No entanto, partilha-se as ideias de René Girard no sentido da crença de que permanecem na modernidade algumas formas de redirecionamento e canalização da violência, como certos tipos de ritos sacrificiais, embora totalmente à revelia do conhecimento do homem moderno e de seu sistema de justiça penal.

No caso, a problemática se apresenta com relação à aparente falha no discurso penal, uma vez que, mesmo com legitimação de um direito penal inaugurado dentro da modernidade, apoiado na racionalidade e lastreado na culpabilidade e no respeito às garantias individuais, ainda assim permanece a aplicação da punição penal voltada a determinados grupos inimigos. Nesse sentido, foi possível apontar que a legitimação do discurso penal, projetada dentro da necessidade de justificativa da razão do homem para a convivência estatal a partir de um contrato mítico, expulsou teoricamente todos os ranços vindicativos e irracionais desse e de seu grupo social.

No entanto, o que se observa na prática é um movimento em sentido contrário, no qual cada vez mais o sistema punitivo penal tem se prestado a ser instrumento de contenção de riscos trazidos por determinados perigos ou *inimigos sociais*, o que pode ser verificado na excessiva criminalização de condutas, ou ainda, na atual discussão acerca da redução da idade penal, elegendo-se os adolescentes como o novo grupo *inimigo* a ser submetido ao *sacrifício* em decorrência da mimese da violência.

Afirma-se que o problema está também na legitimação do próprio discurso teórico penal, pois o que se observa internamente, nesse sentido, é que cada vez mais ocorre a polarização na discussão: *Preservação de garantias individuais* diante da *necessidade do combate ao inimigo social*, acirrando a necessidade de reiterar a justificativa interna de seus respectivos discursos.

Na verdade, a verificação com relação ao significado de alguns dogmas referentes ao Estado e ao Sistema Judicial Penal demonstram a formação do entendimento teórico a partir de uma linguagem obtida em um autor ou grupos de autores (dependendo do tema), os quais ao condensar o pensamento de sua época forneceram a linguagem inicial a um determinado discurso teórico, sem necessariamente estar apresentando o entendimento que se tem na atualidade.

Tais aspectos tornaram possíveis o esquecimento ou a ocultação das formas sacrificiais pré-civilizatórias dentro do sistema judicial, as quais continuam a existir contemporaneamente mesmo com o monopólio da violência estando nas mãos do Estado. Por esse motivo, tudo o que é relacionado à *vingança*, ao *primitivo*, ao *mal* e ao *terror* pré-estatal necessitou ser camuflado ou apagado da linguagem que expõe a teorização do discurso punitivo, pois, de certa forma, remetem ao *sagrado*, que detinha, anteriormente à inauguração do direito penal moderno, a fórmula para canalizar esse *mal*.

Dessa forma, o exame da dinâmica processual penal, através da análise de um conceito, demonstrou alguns pontos de ativação da linguagem, desenvolvidos ao longo da doutrina processual, através da busca de seus fundamentos, os quais tornaram perceptível a necessidade de justificativa do processo penal para sua utilização, no intuito de imposição da pena estatal, totalmente descolado dessa dinâmica mimética da violência, ou seja, trata-se de uma legitimação processual apenas para o interior do discurso processual penal.

Surge, então, o questionamento sobre o papel desse deslocamento da punição/pena para fora da justificativa processual quando analisado frente à necessidade de ocultação das formas sacrificiais pré-civilizatórias, diante da nova racionalidade inaugurada para a punição penal moderna.

O enfrentamento desses dilemas que surgem da própria justificativa processual penal, revela assim, a ocultação da violência e seu mimetismo girardiano, bem como seus efeitos colaterais, amplamente discutidos no debate teórico penal e processual penal, na forma de violações as garantias do indivíduo, ou ainda, refletindo a questão do combate ao inimigo e na polarização entre garantias *versus* o tratamento diferenciado para os inimigos do estado.

Referências

- ABEL, Olivier. Justiça e mal. In: GARAPON, Antonie; SALAS, Denis (Orgs.). *A justiça e o mal*. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1997.
- ANSART, Pierre. História e memória dos ressentimentos. In: BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia (Orgs.). *Memória e (Res)Sentimento*. Indagações sobre uma questão sensível. FAPESP. CNPq. Campinas: Unicamp, 2004. p. 15-36.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BAUMER, Franklin. L. *O pensamento europeu moderno*. V. I e II. Traduzido por Manuela Alberty e Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.
- _____. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- BEVIR, Mark. *A lógica da história das ideias*. Traduzido por Gilson César Cardoso de Sousa. Bauru: Edusc, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; Chile: Bosch y Cía, 1970. Vol. I.
- DAMATTA, Roberto. As raízes da violência no Brasil: Reflexões de um antropólogo social. In: DAMATTA, Roberto. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoria del garantismo penal. Traduzido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 9. ed. Traduzido por Lígia M. Ponté Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991.
- FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1969. Vol. XIII (1913-1914).
- GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Apresentação de Edgard de Assis Carvalho. Traduzido por Martha Conceição Gambini. São Paulo: Unesp, 1990.
- _____. *O bode expiatório*. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- GUASP, Jaime. *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1997.
- HASSEMER Winfried. *Fundamentos Del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1984.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo*. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil – e outros escritos*. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAFFESOLI, Michel. *Dinâmica da violência*. São Paulo: Vértice. 1987.
- POCOCK, J. G. A. *Linguagens do ideário político*. Traduzido por Fábio Fernandez. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Traduzido por Peitro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Esbozo de sociologia comprensiva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1944.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Crímenes de masa*. Buenos Ayres: Edicionais Madres de Plaza de Mayo, 2010.
- _____. *O inimigo no direito penal*. Traduzido por Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Recebido em: 09/10/2015

Aprovado em: 18/11/2015