



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE DIREITO**

LUCAS AQUINO FERREIRA

**A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL LIBERAL NO
JULGAMENTO DE CHACINAS: UMA ANÁLISE DO CASO CARANDIRU**

FORTALEZA

2017

LUCAS AQUINO FERREIRA

A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL LIBERAL NO
JULGAMENTO DE CHACINAS: UMA ANÁLISE DO CASO CARANDIRU

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Penal.
Orientador: Prof. Raul Carneiro
Nepomuceno.

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação Universidade Federal do Ceará Biblioteca
Universitária Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a)
autor(a)

F441a Ferreira, Lucas Aquino. A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL
LIBERAL NO JULGAMENTO DE CHACINAS: UMA ANÁLISE DO CASO
CARANDIRU / Lucas Aquino Ferreira. – 2017. 46 f. Trabalho de Conclusão de Curso
(graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito,
Fortaleza, 2017. Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno. 1. Garantismo. 2.
Violência Policial. 3. Carandiru. 4. Direitos Humanos. I. Título. CDD 340

LUCAS AQUINO FERREIRA

A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL LIBERAL NO JULGAMENTO
DE CHACINAS: UMA ANÁLISE DO CASO CARANDIRU

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Raul Carneiro
Nepomuceno.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Raul Carneiro Nepomuceno. (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Eneas Romero de Vasconcelos
Centro Universitário 7 de Setembro (FA7)

Prof. Daniel Teles Barbosa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à minha namorada Fernanda, por ser a segunda maior responsável pelo término deste trabalho. Existem algumas vírgulas acrescentadas no texto que não passaram antes por uma conversa minha com a Fernanda, mas não muito mais que isso. Foi ela quem me fez ir além da primeira página e ela quem me faz ir além de tanto mais.

Aos meus pais, Marisa e Evaldo, por caminharem junto de mim em todos os passos que tomei na vida. É pressuposto dos pais conceber a vida de seus filhos, mas são poucos que também se esforçam para conceber caráter, alegria e senso crítico. Se hoje tenho algo disso tudo, é por causa deles.

Ao meu irmão Marco, por ser a pessoa mais generosa e pura que já conheci.

Ao Professor Raul Carneiro Nepomuceno, pela enorme paciência e solicitude ao longo de todo o longo processo de orientação para este trabalho. Existem maus orientadores, bons orientadores e orientadores que chegam a deixar o orientando desconcertado pela tamanha atenção dedicada em cada observação. O professor Raul está nesse último grupo.

Aos companheiros do Núcleo de Defesa do Idoso e da Pessoa com Deficiência (NUPID) do Ministério Público do Ceará e da Procuradoria Fiscal da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará (PGE), pelo aprendizado durante meu tempo de estágio nesses dois órgãos tão distintos. Agradeço, em especial, aos meus orientadores de estágio, os Promotores de Justiça Eneas Romero de Vasconcelos e Edna Lopes Costa da Matta e o Procurador Fernando Antônio Teixeira Távora, pela atenção e paciência reservada a mim durante todo esse processo de aprendizado.

Aos meus amigos Matheus, Samara, Ana, George, Ycaro, Caio, Carol, Lais, Marcus, Ramiro, David, PJ, Lucas Ferreira e Lucas Lima, pelas inúmeras conversas antes, durante e depois da escrita deste trabalho.

*“We dedicate tonight’s performance to quiet refusals
Loud refusals and sad refusals
We dedicate it to imminent market collapse
We dedicate it to carpenters
Waitresses and drug addicts
We dedicate it to secretaries, alcoholics and schizophrenics
We dedicate it to boys kissing boys
Girls kissing girls
Girls kissing boys
And everything in between
We dedicate it to anxiety attacks, hangovers and worried depression
And all the other necessary by-products of trying to live free
We dedicate it to any endeavor whose ultimate unreasonable goal is autonomy
Self-determination or joy
We dedicate it to every prisoner in the world”*

Godspeed You! Black Emperor

RESUMO

Este trabalho tem como objeto de estudo a utilização de pressupostos do Direito Penal Liberal no julgamento de chacinas cometidas por agentes estatais e uma análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que avaliou a Apelação nº 0338975-60. Realiza-se um esclarecimento básico da história e sentido original das normas do Direito Penal Liberal, associando o surgimento dessa perspectiva ao florescimento do iluminismo e dos ideais de redução do poder estatal. Demonstra-se que a retomada dessa perspectiva através do garantismo moderno resulta de uma resistência contra regimes autoritários, ressaltando, no entanto, como a recepção do garantismo no Brasil não representa um rompimento real com práticas autoritárias. Analisa-se, por fim, a relação entre agentes estatais e chacinas a partir do exemplo do Massacre do Carandiru, demonstrando tanto a relação entre crimes de estado com uma cultura institucional autoritária como com a leniência por parte de agentes responsáveis pela investigação e punição, destacando o acórdão do TJ-SP que anulou a condenação de 74 réus envolvidos no Massacre do Carandiru.

Palavras-chave: Garantismo. Carandiru. Violência policial. Direitos Humanos. Direito Penal.

ABSTRACT

This study aims to investigate the use of Liberal Criminal Law assumptions on the trial of slaughters made by state agents and to make a critical analysis of Tribunal de Justiça de São Paulo's court ruling on Apelação nº 0338975-60. It is evidenced the basic history and original meaning of Liberal Criminal Law norms, relating the rise of this perspective to the flourishing of the enlightenment and the ideals of the reduction of the state power. It is demonstrated that the resurgence of this perspective through modern criminal law guarantees results from the resistance against authoritarian regimes, emphasizing, though, that the reception of criminal law guarantees on Brazil doesn't represent a real disruption from authoritarian practices. It is analyzed, in the end, the relation between state agents and slaughters from the Massacre do Carandiru example, presenting both the relation between state crimes with an authoritarian institutional culture and the lenience by agents responsible for the investigation and punishment, high-lightening the TJ-SP's court ruling that nullified the conviction of the 74 defendants related to Massacre do Carandiru.

Keywords: Criminal Guarantees. Carandiru. Police violence. Human Rights. Criminal law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AP	Apelação
CF	Constituição Federal
SP	São Paulo
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O DIREITO PENAL LIBERAL E SUA FUNÇÃO LIMITADORA DO PODER ESTATAL.....	13
2.1	A ideologia liberal e o surgimento dos direitos fundamentais de prestação negativa.....	14
2.2	A fundamentação do Direito Penal Clássico e seus princípios minimizadores do poder punitivo	18
3	O GARANTISMO MODERNO ENQUANTO RETOMADA DO IDEÁRIO LIBERAL E SUA RECEPÇÃO ERRÁTICA NO BRASIL.....	23
3.1	A crise do modelo do Direito Penal Liberal e seu resgate através do Garantismo Moderno.....	24
3.2	A recepção errática do Garantismo no Brasil como um motor de uma aplicação inadequada de seus pressupostos.....	28
4	UMA ANÁLISE DO CASO CARANDIRU E DA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS GARANTISTAS NO JULGAMENTO DE CHACINAS.....	32
4.1	O envolvimento de policiais em chacinas como manifestação de autoritarismo estatal: o exemplo do Carandiru.....	33
4.2	A aplicação de pressupostos garantistas como forma de absolvição da responsabilidade estatal.....	36
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
	REFERÊNCIAS.....	42

1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho surge de uma inquietação do autor referente ao baixo índice de resolução de crimes envolvendo chacinas e massacres, em especial aqueles em que estão envolvidos agentes de Estado. Nesse sentido, a ausência de uma resposta satisfatória em relação ao Massacre do Carandiru chama particular atenção, considerando o contraste entre a dimensão do evento e as consequências jurídicas por ele geradas.

Algo que somou a essa inquietação inicial foi a aplicação de princípios jurídicos relacionados a uma tradição garantista na decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que anulou a condenação de 74 policiais militares pelos crimes cometidos no Massacre do Carandiru. O sentido oposto que tais princípios assumiram no caso concreto ao contexto histórico em que eles foram elaborados, associado aos ideais liberais do período iluminista, foi fonte de um desejo de melhor elaborar essa questão.

O que se busca nesse trabalho é uma construção teórica que ajude a entender o que liga uma tradição relacionada com a contenção do poder punitivo do Estado até decisões que absolvem agentes estatais suspeitos de envolvimento em chacinas. Para cumprir tal intuito, será analisado o surgimento da tradição liberal dentro do Direito Penal, a sua retomada através do garantismo moderno, a recepção de princípios garantistas no Brasil e a sua possível captura na absolvição de atos autoritários.

O principal fio condutor desse trabalho é a suspeita de que a incorporação de princípios liberais dentro do ordenamento brasileiro se deu sem um efetivo rompimento com tradições institucionais autoritárias, o que abre espaço para

interpretações contraditórias dessas normas. É possível que a formalização de regras sem o necessário discernimento sobre suas bases não só não ajude na sedimentação de seus objetivos como efetivamente trabalhe contra eles.

Embora diversos trabalhos busquem explorar a temática de massacres e crimes de Estado, ainda são poucas as análises que levam em consideração a utilização de normas jurídicas no julgamento dessa espécie de crime e o contexto histórico em que essas regras foram elaboradas, bem como a maneira em que elas foram incorporadas ao ordenamento. Ao utilizar desse enfoque, buscar-se-á por meio desse trabalho abrir uma nova discussão sobre a relação entre o Judiciário e os massacres, bem como sobre a trajetória do Direito Penal e dos ideais garantistas.

No primeiro capítulo, buscou-se expor a relação intrínseca existente entre o Direito Penal Liberal e a limitação do poder punitivo do Estado, demonstrando como as codificações penais do século XVIII e XIX estavam associadas ao ideário iluminista em sua busca pela valorização do indivíduo e diminuição do autoritarismo.

No segundo capítulo, explica-se como os princípios do Direito Penal Liberal entram em voga novamente a partir da defesa de ideais democráticos no pós-Segunda Guerra em uma retomada que resultaria no pensamento garantista moderno. Ao mesmo tempo, é demonstrado como a recepção dessas regras no Brasil se insere em um processo de transição democrática negociada que não rompe de fato com práticas autoritárias encrustadas no estado brasileiro.

No terceiro e último capítulo, analisa-se, a partir do Massacre do Carandiru, como as chacinas cometidas por agentes estatais se relacionam com culturas institucionais autoritárias e como a aplicação de princípios garantistas no julgamento dessas chacinas representa uma subversão do sentido originário de tais normas.

2 O DIREITO PENAL LIBERAL E SUA FUNÇÃO LIMITADORA DO PODER ESTATAL

O objetivo do presente capítulo está em apresentar as bases filosóficas e políticas sobre as quais se construiu o Direito Penal Liberal. Por este entenda-se como o direito criminal, codificado a partir das grandes reformas legislativas dos séculos XVIII e XIX, inspiradas pelas ideias de racionalização do poder punitivo representadas principalmente pela chamada Escola Clássica da criminologia.

Considera-se que o Direito não representa uma realidade descolada de seu tempo e que, portanto, muito de sua produção reflete a ideologia da época em que foi elaborada. Nesse sentido, é necessário destacar o tamanho da importância dos ideais iluministas e racionalistas para o Direito Penal.

O período iluminista foi marcado sobretudo por uma substituição gradual do modelo despótico e autoritário do Estado Absolutista pelo modelo de democracia constitucional com freios e contrapesos do Estado Liberal. O trabalho de pensadores como Montesquieu, Locke, Rousseau e Smith foi essencial na elaboração dessa nova estrutura estatal fundamentada principalmente na ideia de controle e diminuição do poder do regime político. É nesse contexto que surgem os chamados direitos de primeira geração, caracterizados como direitos de liberdade, oponíveis diante do Estado (BONAVIDES, 1993).

Por meio de pensadores como Beccaria (1764) e Bentham (1789) a ideologia liberal do período iluminista adentra as fronteiras do Direito Penal, influenciando as posições dos reformadores da legislação criminal com suas ideias de racionalização e uniformização do poder punitivo. É através dos princípios da Escola Clássica que as punições cruéis foram abolidas e as garantias penais foram criadas.

É para melhor compreender o sentido das normas do Direito Penal surgidas no período iluminista, bem como sua influência em nosso ordenamento até hoje de diversas formas, que se expõe o contexto político e filosófico do período, analisando ainda de quais maneiras os valores da época se fizeram presentes na doutrina jurídico-penal.

2.1 A ideologia liberal e o surgimento dos direitos fundamentais de prestação negativa

Não é tarefa fácil definir o liberalismo por se tratar de uma tradição política de variadas influências e representantes ao longo de sua história (MERQUIOR, 2014). O que é certo é que suas raízes se encontram na Revolução Gloriosa de 1688, responsável por moldar o sistema político da Inglaterra em torno da limitação do poder monárquico e da tolerância religiosa. De fato, Lênio Streck e José Bolzan de Moraes (2014) defendem que esses seriam os valores que diferentes filósofos se utilizariam como base para desenvolver o pensamento liberal: sistema constitucional como contraponto ao poder absoluto e a defesa da liberdade civil e religiosa.

Se é no final do século XVII que se encontra a origem do pensamento liberal, é ao longo do século seguinte que ele desenvolveria suas bases e se espalharia pelo resto do mundo ocidental. O processo de ascensão da burguesia comercial encontraria seu ponto de virada no século XVIII, quando seus interesses se mostraram inconciliáveis com a tirania característica das monarquias absolutistas. O chamado “sistema inglês” se tornou então bastante atrativo e passou a ser defendido com entusiasmo nos círculos sociais da sociedade burguesa.

A ideologia liberal, no entanto, não estava de acordo apenas com interesses de classe da época, como também com o espírito racionalista do século das luzes. A tradição iluminista tanto nas artes quanto na ciência mostrava-se cada vez mais inspirada em um individualismo cartesiano incompatível sobremaneira com a idolatria ao soberano típica do absolutismo monárquico (RUSSELL, 2015).

Em seu seminal ensaio “O Que é Iluminismo?”, Immanuel Kant demonstra com clareza o espírito individualista da época, (1783, p. 1):

Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria, se a sua causa não residir na carência de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo, sem a guia de outrem. *Sapere aude!* Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo.

Não é Kant, no entanto, que serviria como baluarte filosófico da ideologia liberal. Tal papel caberia a John Locke. Locke formulou em seu “Dois Tratados sobre o Governo” (1689) um formato de contratualismo contrário a concepção do “Leviathan” hobbesiano, defendendo que os homens se reúnem numa sociedade política para que o Estado possa defender seus direitos mais fundamentais. Sua ideia é de que os homens nascem livres no estado de natureza, mas que tal estado não é capaz de defender seus direitos básicos e que para protegê-los os homens abrem mão de uma pequena parte de sua liberdade por meio do contrato social, conforme extrai-se de sua obra, (1689, p. 494 e 495):

Se o homem no estado de natureza é livre como se disse, se é senhor absoluto de sua própria pessoa e suas próprias posses, igual ao mais eminente dos homens e a ninguém submetido, por que haveria ele de se desfazer dessa liberdade? Por que haveria de renunciar a esse império e submeter-se ao domínio e ao controle de qualquer outro poder? A resposta evidente é a de que, embora tivesse tal direito no estado de natureza, o exercício do mesmo é bastante incerto e está constantemente exposto à violação por parte dos outros, pois que sendo todos reis na mesma proporção que ele, cada homem um igual ao seu, e por não serem eles, em sua maioria, estritos observadores da equidade e da justiça, o usufruto que lhe cabe da propriedade é bastante incerto e inseguro. Tais circunstâncias o fazem querer abdicar dessa condição, a qual, conquanto livre, é repleta de temores e de perigos constantes. E não é sem razão que ele procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de propriedade.

Tal concepção se afasta bastante do formato “tudo ou nada” do Estado absolutista, propondo que os indivíduos – como partes de um contrato – podem exigir do poder político a defesa de seus direitos naturais e que, no caso de abusos por parte do monarca, o pacto entre as partes restaria quebrado ao ponto de ser legítima sua dissolução.

Se o contratualismo por si só já apresentou um rompimento com paradigma organicista de sociedade ao fundamentar o pacto político como um acordo voluntário entre as partes, a concepção mais otimista do estado de natureza por Locke representou um impacto irreversível nas bases filosóficas do absolutismo. Por meio do trabalho de pensadores anglófonos como Voltaire, as ideias de Locke se

espalharam para além da Inglaterra, servindo como inspiração para a crescente indignação da época contra as monarquias despóticas (HUNT, 2007).

A proposta do Locke do Estado como um protetor de direitos naturais seria complementada pelo trabalho de Montesquieu. Através de seu “O Espírito das Leis” (1748), Montesquieu acrescentaria outro elemento para a limitação da tirania monárquica: a divisão da autoridade. Por meio da demarcação de esferas estatais com diferentes competências, Montesquieu elaborou a clássica noção de constitucionalismo como governo das leis em que os diferentes poderes se mantêm em balanço por meio de “freios e contrapesos”.

Outros dois pensadores acrescentariam ainda, cada qual a seu modo, no espírito iluminista responsável pela formação do Estado Liberal. Na França, a defesa da liberdade autonomista de Rousseau contra a autocracia monárquica da época serviria como baluarte dos pensamentos revolucionários; já no mundo anglo-saxão, seria o liberismo da economia política de Adam Smith que acrescentaria a defesa do livre-mercado como princípio liberal (MERQUIOR, 2014).

Foram essas, portanto, as bases filosóficas do Estado Liberal: os direitos naturais (Locke) e o constitucionalismo (Montesquieu), acrescentados na França pelo republicanismo democrático (Rousseau) e nos Estados Unidos pela economia de mercado (Smith). A soma das ideias desses pensadores – tão distintos entre si – ajuda a explicar o fundamento das posições revolucionárias, seja na Europa ou na América.

Essas bases filosóficas foram se assentar na França e na América não somente com as revoluções, mas antes disso a partir de uma erosão progressiva do absolutismo por meio de concessões cada vez maiores do poder monárquico ao parlamentarismo, democracia e livre-mercado (MERQUIOR, 2014). Nos Estados Unidos, a resistência se concentrou a partir da revolta contra os tributos coloniais; na França, ela se deu contra a aliança feudal entre classes aristocráticas e a igreja.

O resultado em ambos os países foi a formação de um Estado pós-revolucionário baseado nos princípios liberais de controle do poder estatal. Esse controle se deu a partir de duas principais ferramentas constitucionais: a delimitação do poder e sua distribuição. O primeiro ponto diz respeito a concepção de que o Estado não pode interferir em certas esferas da vida privada; o segundo ponto de que a própria autoridade estatal deve estar dividida em diferentes setores (STRECK e MORAIS, 2014).

A demonstração disso pode ser encontrada com facilidade tanto na Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) quanto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). O primeiro documento afirma de início que “todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade”, sendo inclusive direito do povo alterar a forma de governo sempre que ele não servir a esses fins, em uma clara influência lockeana. O segundo documento afirma em seu primeiro artigo, de forma semelhante, que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser baseadas na utilidade comum” e, no segundo artigo, que “o objetivo de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

Percebe-se, portanto, que o fundamento de ambos os documentos está na concepção da garantia de direitos fundamentais por parte do Estado. É importante observar ainda que tais direitos são pensados a partir de uma ausência de atuação da autoridade, não em sua assistência. Por tal motivo, diversos teóricos os denominam como direitos fundamentais de ordem negativa, como por exemplo Norberto Bobbio em seu “Liberalismo e Democracia”, (1994, p. 20):

Os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos de poder. Em outras palavras, são garantias de liberdade, da assim chamada liberdade negativa, entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja.

Bonavides (1993), em sua historiografia da teoria constitucional, define tais garantias como direitos de primeira geração ou direitos de liberdade, cujo os titulares são os indivíduos, que os possuem de forma oponível ao Estado. São direitos de resistência ou de oposição, diferentes dos direitos sociais que viriam posteriormente e funcionariam como prestações positivas por parte do Estado, conforme se depreende de sua obra, (1993, p. 563):

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

É nesse contexto setecentista - de liberdade negativa, controle e limitação do poder estatal, constitucionalismo, democracia e iluminismo – que surgem os chamados reformadores do Direito Penal. A Escola Clássica, de Beccaria e Bentham, é sobretudo uma corrente de pensamento que traz para o campo criminal as ideias racionalistas presentes no período liberal.

2.2 A fundamentação do Direito Penal Clássico e seus princípios minimizadores do poder punitivo

Dentro do espírito presente na ideologia liberal de limitação do poder do Estado, não surpreende que muitos pensadores iluministas tivessem como foco a face mais aterrorizante do arbítrio absolutista: o poder punitivo (ZAFFARONI, 2013). Não demorou para que a crítica ao Direito Penal do período monárquico ganhasse cada vez mais espaço nos círculos burgueses da época.

A crítica ao Direito Penal do período iluminista costuma ser agrupada como uma única vertente de pensamento, mas a verdade é que ela juntou diversas correntes ideológicas. As duas mais importantes foram o utilitarismo reformador de Jeremy Bentham e o contratualismo aplicado ao poder punitivo de Cesare Beccaria.

O utilitarismo se trata de uma corrente política, filosófica e até econômica baseada no chamado princípio da utilidade, definido por Bentham em sua “Introdução aos princípios da Moral e Legislação” (1780). Ele está baseado na ideia de que toda ação tem seu valor definido pelos efeitos que provoca, sendo moralmente corretas aquelas que provocam o maior aumento de bem-estar para o maior número de pessoas.

O cálculo quase aritmético de Bentham levou a uma racionalização da ciência penal, chegando a conclusão de que toda punição é na realidade um mal a ser evitado, sendo este somente justificado se o mal produzido for superado pelos efeitos positivos que resultem da sanção. Punições rigorosas, por exemplo, só seriam então justificadas se aplicadas para atos mais repudiáveis que as próprias penalidades, conforme define Zaffaroni e Pierangeli, (2011, p. 247):

Bentham não aceitava que houvesse qualquer direito subjetivo natural anterior ao Estado; portanto, rejeitava a Declaração francesa, de 1789. Afirma que o único critério para estabelecer quando uma ação deve ser delito é a utilidade

de declará-lo tal e de sancioná-lo com uma pena, a qual resulta da aferição do grau de dor que a dita ação infere aos demais, ou seja, o critério de utilidade é o grau de felicidade. A legislação e a moral devem tender a produzir a maior quantidade possível de felicidade, de modo que ambas não pode ser distinguidas pelo objeto, mas por sua extensão, isto, é, tudo o que é imoral não pode ser declarado ilícito ou delitivo unicamente por considerações de tipo prático, que impõem ser o âmbito do direito mais limitado que o da moral.

Por meio de sua teoria, Bentham exigia uma justificação para o ato de punir, não o tratando assim como uma mera liberalidade do Estado. De fato, ele chegou a definir ocasiões em que a punição não seria desejada: quando é infundada; quando é ineficaz; quando é não rentável ou quando o custo é muito alto; e quando é desnecessária (BENTHAM, 1789).

O pensamento de Bentham foi bastante influenciado pela perspectiva econômica embrionária na época, utilizando do pressuposto que seria posteriormente definido como *homo economicus* (MERQUIOR, 2014). Bentham partia da concepção do ser humano como um agente racional e assim sendo influenciável por incentivos negativos ou positivos. Desse modo, propôs que as penas fossem proporcionais aos delitos praticados, aumentando conforme o grau de reprovabilidade do crime. Defendeu, ainda, que as sanções fossem conhecidas por todos os cidadãos.

A abordagem benthamista buscou, assim, minimizar os danos provocados pela punição ao mesmo tempo que maximiza seus efeitos positivos. Esse tratamento se encaixou perfeitamente no espírito racionalista da época, se espalhando rapidamente por boa parte do mundo ocidental.

Ao lado de Bentham, o mais importante pensador do Direito Penal na época foi Cesare Bonesana, marquês de Beccaria. Sua abordagem era mais tributária ao contratualismo de Locke e Rousseau do que da ciência econômica, mas Beccaria compartilhava com Bentham a crença no ser humano enquanto agente racional e influenciável assim pelas consequências positivas ou negativas que resultariam de suas ações, bem como a defesa da mudança legislativa no sentido de proporcionar o aumento de bem-estar ao maior número de pessoas, conforme se percebe pelo trecho de sua mais importante obra, (1764, p. 7):

Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria.

Através de seu “Dos delitos e das penas” (1764), Beccaria reuniu uma série de críticas comuns em círculos iluministas ao sistema penal da época. Criticou a tortura, o confisco e as penas infamantes, defendendo que a efetividade do cumprimento da pena é mais importante que o seu rigor. Argumentou ainda contra o completo arbítrio dos juízes sobre a pena dos condenados, alegando, assim como Bentham, que seria preferível que as punições fossem determinadas pela legislação e conhecidas por todos.

A obra de Beccaria se tornou uma espécie de síntese do pensamento iluminista sobre o Direito Penal da época, se espalhando como um manifesto através de suas traduções para outros países. Foi ela que trouxe para o Direito Penal o espírito de humanismo e crença na razão que permeou o século das luzes (SHECAIRA, 2014).

Um fato que contribuiu para a expansão do pensamento de Beccaria foi o chamado “caso Calas”, acontecido pouco antes da publicação de “Dos delitos e das penas”. Jean Calas foi um mercador francês acusado do homicídio do próprio filho, mesmo com evidências claras de suicídio. Calas foi torturado para que confessasse o crime e continuou declarando sua inocência até ser eventualmente condenado à morte. Por se tratar de um protestante sendo executado por um governo católico, o caso Calas virou um símbolo de perseguição religiosa e parcialidade do sistema criminal (HUNT, 2007).

O destino de Jean Calas provocou furor nos círculos iluministas contra a arbitrariedade da justiça e a utilização da tortura. A indignação foi representada principalmente pelo livro “Tratado sobre a Tolerância” (1763), de Voltaire, que serviu para galvanizar o sentimento já crescente de revolta contra o estado do sistema criminal, convindo quase como uma introdução perfeita para a obra de Beccaria, conforme explícita Hunt em sua obra, (2007, p. 63):

Embora tivessem sido publicados anteriormente ataques à tortura, o fio d'água das publicações se tornou uma torrente. Liderando as acusações estavam as muitas traduções, reimpressões e reedições de Beccaria. Umhas 28 edições italianas, muitas com falsos colofons, e nove francesas foram publicadas antes de 1800, apesar de o livro ter aparecido no índice papal dos livros proibidos em 1766. Uma tradução inglesa foi publicada em Londres em 1767, e a ela se seguiram edições em Glasgow, Dublin, Edimburgo, Charleston e Philadelphia. Traduções alemãs, holandesas, polonesas e espanholas apareceram pouco depois. O tradutor londrino de Beccaria captou o espírito mutável dos tempos: “as leis penais [...] ainda são tão imperfeitas, e se fazem acompanhar por tantas circunstâncias desnecessárias de crueldade em todas as nações, que uma tentativa de reduzi-las ao padrão da razão deve interessar a toda a

humanidade”.

A crescente influência de Beccaria era tão dramática que os opositores do Iluminismo acusavam a existência de uma conspiração. Uma coincidência que ao caso Calas tivesse sucedido o tratado definidor sobre a reforma penal? Redigido, além do mais, por um italiano anteriormente ignoto, com conhecimento apenas superficial da lei?

O fato é que as ideias de Bentham e Beccaria se tornaram o centro do pensamento iluminista acerca do sistema criminal. Com a mudança das estruturas políticas no fim do século XVIII e ao longo do século XIX, foi através das obras desses pensadores que os reformadores e revolucionários formularam uma nova estrutura para o Direito Penal.

A tortura, por exemplo, foco de muitas das críticas que envolveram o caso Calas, foi um instrumento progressivamente abolido em vários países da Europa. A Suécia eliminou a tortura em 1772, a Áustria e Boêmia em 1776 e a França a retirou das formas de se extrair confissão em 1780. Na Inglaterra, as execuções perderam sua força como entretenimento popular com a introdução da “queda”, forma de enforcamento considerada mais rápida e mais humana. A utilização da guilhotina na França pós-revolucionária seguiu a tendência de se buscar formas mais uniformes e indolores de execução (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011).

As garantias penais foram especialmente consagradas a partir da “Declaração dos direitos do homem e do cidadão” (1789). Em um só documento, os deputados franceses proibiram ordens arbitrárias (artigo 7º), punições desnecessárias (artigo 8º), presunção penal de culpa (artigo 9º) e apropriação governamental desnecessária da propriedade (artigo 17). Todas essas determinações representavam um rompimento definitivo com a ordem penal do período absolutista, solidificado mais ainda a partir do decreto de reforma do sistema criminal aprovado entre os dias 8 e 9 de outubro de 1789.

A reforma francesa do sistema penal consagrou a derrota das punições cruéis e da tortura, propondo ainda a sistematização do sistema punitivo ao garantir que todos seriam julgados pelos mesmos tribunais sob a mesma lei e suscetíveis a mesma sanção. A França adotou o que seria o padrão em outras reformas, diminuindo o caráter de espetáculo das punições ao mesmo tempo que valorizava a publicidade dos julgamentos. A defesa era de que o crivo público passasse da sanção para o processo.

A França foi um dos mais simbólicos países a fazer sua reforma penal, mas ficou longe de ser o único. O código da Bavieira de 1813, escrito por Johann Paul Anselm von Feuerbach, foi outro exemplo de consagração dos ideais iluministas para o Direito Penal ao reduzir a arbitrariedade judicial através de um texto que valorizava a clareza e racionalidade da tipificação criminal. Na Luisiana, o jurista Edward Livingstone esboçou em 1825 uma legislação penal inspirada nas ideias de Bentham que exerceu bastante influência em diversos outros códigos.

No Brasil, a redação do Código Criminal de 1830 foi bastante inspirada nos ideais iluministas já citados (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011). Um de seus redatores, Bernardo Pereira de Vasconcellos, fora aluno de Pascoal José de Melo Freire dos Reis em Portugal e utilizou de suas ideias liberais na elaboração do código. Disso resultou um texto de conteúdo individualista muito contraditório com o período escravocrata de seu tempo.

As sucessivas reformas criminais inspiradas pela teoria da Escola Clássica resultaram em um rearranjo da chamada economia do poder punitivo (FOUCAULT, 2007). A arbitrariedade e a intensidade das punições foram diminuídas a partir de clareza textual, abertura processual, uniformização das penas e redução da crueldade. Essa tendência, como demonstrado, não surgiu espontaneamente e sim como consequência de um período marcado pelo esforço em direção de uma diminuição da tirania estatal. Foi sob as bases liberais que o Direito Penal moderno foi construído, sendo essa tradição ainda muito reforçada a partir da retomada de seus ideais por intermédio da teoria garantista.

3 O GARANTISMO MODERNO ENQUANTO RETOMADA DO IDEÁRIO LIBERAL E SUA RECEPÇÃO ERRÁTICA NO BRASIL

No presente capítulo será demonstrado como o garantismo penal moderno representa um retorno ao pensamento iluminista, adequando os ideais da Escola Clássica ao constitucionalismo contemporâneo e a epistemologia do século XX. Sustentar-se-á, ainda, que a recepção precária do pensamento garantista no Brasil não representou um rompimento com uma tradição punitiva autoritária, resultando em uma utilização contraditória de princípios garantistas.

O pensamento do Direito Penal do Estado Liberal, descrito no capítulo anterior, sofreu uma progressiva erosão ao longo da segunda metade do XIX, por meio de um processo de expansão da intervenção estatal e crescimento do positivismo científico. Nesse sentido, o sistema racionalista de oferecer incentivos negativos para o agente criminoso vai sendo substituído por uma ingerência essencialista que busca identificar o criminoso não como um agente racional, mas como um criminoso nato, em um processo que pode ser definido como expansionismo penal.

Já no âmbito da Teoria do Direito, o período posterior a Segunda Guerra fortalece um sistema de incorporação de princípios ao ordenamento jurídico como forma de combate ao autoritarismo estatal característico de regimes totalitários. Esse processo de constitucionalização do direito promove uma centralidade axiológica a dignidade da pessoa humana que resgata muito dos valores do iluminismo racionalista.

É como forma de resistência ao expansionismo penal e adequação do pensamento liberal ao constitucionalismo democrático que Luigi Ferrajoli elabora sua teoria do garantismo, provocando uma revalorização do ideário iluminista também dentro do Direito Penal. Junto com Eugenio Raúl Zaffaroni e Alessandro Baratta, Ferrajoli exerceu um papel destacado como contraponto ao eficientismo penal e o Direito Penal do Inimigo.

No Brasil, o garantismo penal ganha espaço principalmente a partir da derrocada do regime militar. Como foi característico em outros países, a exemplo de Espanha e Portugal, a sequência de um governo autoritário fortaleceu um teor

democrático no sistema legal posterior, bem representado pela Constituição Federal de 1988.

No entanto, a recepção inábil do garantismo pelo sistema legal brasileiro não representou de fato um rompimento com uma cultura jurídica autoritária tradicional no país. O acolhimento formal de princípios minimalistas penais sem uma adequação estrutural com seus pressupostos ajuda a explicar a aplicação imprecisa desses mesmos preceitos.

3.1 A crise do modelo do Direito Penal Liberal e seu resgate através do Garantismo Moderno

Como mostrado no capítulo anterior, o final do século XVIII e o início do XIX consagrou as ideias da escola clássica da criminologia através de reformas e codificações resultantes no sistema penal do Estado Liberal. No entanto, por meio de transformações políticas, econômicas e sociais ao longo do século XIX, o Estado ganha mais poderes em uma transição para uma atuação intervencionista. Nesse contexto, o pensamento da escola clássica de limitação e minimização do poder punitivo mostra-se em completo descompasso com a ideologia dominante, sofrendo de uma progressiva deslegitimação de seus pressupostos.

Eugenio Raúl Zaffaroni, em seu livro “O inimigo no Direito Penal” (2007), sustenta que as ideias da escola clássica serviram para levar a burguesia mercantil ao poder por meio da crítica ao arbítrio absoluto do Estado, na época dominado pela nobreza e clero. No entanto, a partir do momento que essa burguesia está no controle do Estado, a limitação do poder punitivo não demonstra mais utilidade para as classes dominantes, necessitando então de um novo paradigma dentro do campo penal.

O ataque ao pensamento da escola clássica segue principalmente por dois flancos: a ingenuidade do método lógico-dedutivo e a ausência de resultados práticos a partir da adoção de preceitos liberais. De fato, a metodologia racionalista dos clássicos não possuía vinculação com a observação empírica e se mostrou bastante precária para uma época de valorização crescente do método científico e da experimentação prática. Para além disso, a consequência da positivação de pressupostos iluministas não foi a redução da criminalidade, mas o que se observou foi seu aumento, mesmo que associado a fatores sociais como a urbanização acelerada. É o que pontua Shecaira, (2013, p. 94 e 95):

O alheamento natural dos clássicos, em função de suas ideias, criou uma certa incapacidade explicativa de alguns fenômenos da época. A começar pelo postulado da racionalidade pura, capaz de supor uma homogeneidade absoluta de todos os homens no que toca aos processos pessoais, biopsicológicos, de motivação do ato delituoso. Em contrapartida, o suposto efeito dissuasório da pena não se mostrou efetivo, não obstante os contraestímulos penais serem concretos. Da mesma forma, a aplicação rigorosamente igual da lei é impossível de ser alcançada. Há uma pluralidade de instâncias que se interpõem entre a abstração da lei na concepção do legislador e sua aplicação concreta. Na realidade, a ideologia da burguesia em ascensão, quando submetida às falências das expectativas otimizadas depositadas nas mudanças de paradigmas do capitalismo, que não só não diminuíram a dimensão da criminalidade, como ainda foram incapazes de entender o grave momento histórico e criminal decorrente da Revolução Industrial, fez com que surgisse uma aguda, considerável e irresponsável crítica em relação ao pensamento denominado clássico. Foi exatamente nesse clima que surgiu a crítica positivista.

É nesse contexto que o positivismo criminológico passa a ocupar o espaço central na explicação do fenômeno criminal. Seja através da base na frenologia de Cesare Lombroso (1876) ou na inspiração sociológica de Enrico Ferri (1883), a criminologia busca no método de outras ciências uma renovada legitimação, resultando em um novo paradigma do poder punitivo.

O pensamento da escola positiva, principalmente em sua vertente mais radical representada por Raffaele Garofalo (1885), recusa a inspiração contratualista dos liberais, não defendendo a pena como um critério retributivo para a quebra do pacto social e dissuasivo do comportamento criminoso, mas sim como uma medida de segurança que protege a sociedade contra seus elementos mais perigosos. A inspiração se encontra, principalmente, em uma crença biologista defendida por Herbert Spencer (1860), sendo o pensamento da escola positiva inclusive associado em alguns momentos com a eugenia de Francis Galton (1869).

O que é fato é que o pensamento do positivismo criminológico resultou em um processo de expansão do poder punitivo através de um discurso legitimador do endurecimento da legislação penal. Se as ideias da escola clássica serviram como bandeira para uma redução e controle do poder punitivo, as da escola positiva servem para uma maximização desse arbítrio.

Zaffaroni (2006) sustenta que o positivismo criminológico serviu como legitimação ainda do discurso neocolonialista por fornecer um substrato científico para as ideias racistas sobre a existência de seres naturalmente superiores e outros inferiores. O autor vai além e chega a afirmar que a ideia garofaliana do criminoso

como um inimigo ôntico, isto é, maléfico não só em sua prática como também em sua essência, serviu como inspiração para a elaboração das legislações de regimes autoritários, conforme assevera em sua obra (2006, p. 104 e 105):

A periculosidade e seu ente portador (o perigoso) ou inimigo onticamente reconhecível, provenientes da melhor tradição positivista e mais precisamente garofaliana, cedo ou tarde, devido à sua segurança individualizadora, termina na supressão física dos inimigos. O desenvolvimento coerente do perigosismo, mais cedo ou mais tarde, acaba no campo de concentração. Esse destino inevitável da periculosidade positivista foi teorizado legitimando o abandono radical de toda prudência no tratamento diferencial dado ao inimigo ou estranho pelo direito penal dos tempos do nacional-socialismo. Bom exemplo de elaboração extrema do tratamento penal diferenciado ao estranho ou inimigo é a legitimação racionalizadora de Edmund Mezger, que participou, juntamente com Franz Exner, da elaboração de um projeto sobre estranhos à comunidade (Gemeinschaftsfremde), destinado a eliminá-los nos campos de concentração, onde foram aniquiladas as mesmas pessoas que, para os positivistas, configuravam a má vida e incorriam em periculosidade sem delito. O único componente que o direito penal do nacional-socialismo acrescentou foi o anti-semitismo. Porém, tampouco este era resultado de uma individualização que admitisse sua natureza de puro arbítrio político, porque por trás de toda individualização de um inimigo há um mito que lhe pretende conferir um caráter ôntico.

Alguns autores, como Afonso Serrano Maíllo (2013), questionam a associação que se faz entre o positivismo criminológico e o pensamento racista de regimes totalitários, afirmando se tratar de um caso de má compreensão das ideias dos autores positivistas. Mesmo Zaffaroni (2015) admite que os fins utilizados para o pensamento da escola positiva foram muito distintos do que seus autores originalmente intencionavam, destacando, por exemplo, que Lombroso pertencia a uma família de judeus. De toda forma, é incontornável que o pensamento dos positivistas sofreu de uma grande deslegitimação a partir de sua associação com ideias totalitárias e eugenistas.

No entanto, não foi somente no campo da criminologia que os horrores dos regimes totalitários provocaram uma mudança de paradigma. A percepção de que maiorias políticas poderiam perpetuar barbaridades através de regimes totalitários provocou uma alteração no âmbito da teoria do Direito em uma direção do que se define como “pós-positivismo”, isto é, em uma incorporação ao Direito de princípios e valores fundamentais com um caráter normativo garantido por um processo de constitucionalização. As constituições da Alemanha e da Itália no pós-guerra serviram como inspiração para esse novo modelo, caracterizado pelo reconhecimento da força

normativa da constituição, expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2011).

Conforme destaca Sarmiento (2009), a teoria do neoconstitucionalismo apresenta afinidade com o pensamento iluminista ao adotar uma defesa da emancipação humana através da efetivação de direitos fundamentais, propondo uma centralidade axiológica na figura do indivíduo nos diferentes sistemas normativos. O neoconstitucionalismo é um dos responsáveis pela renovada valorização dos direitos humanos a partir da Segunda Guerra, fundamentando o sistema jurídico na garantia de certos direitos fundamentais.

É nesse contexto de deslegitimação do poder punitivo e de revalorização de direitos fundamentais por meio de um novo paradigma constitucional que surge a moderna teoria garantista. Embora seja utilizado hoje de forma retroativa para se referir até ao Direito Penal Liberal do século XIX, o termo garantismo surge em círculos progressistas da Itália dos anos 1970 como forma de sustentar a ordem jurídica em limitações ao poder estatal formuladas através de garantias constitucionais.

O principal teórico do garantismo é o jurista Luigi Ferrajoli. A obra de Ferrajoli propõe uma relegitimação do sistema jurídico-penal em crise através da adoção de pressupostos axiomáticos que serviriam como forma de parametrização dos diferentes sistemas punitivos. Essa parametrização, desenvolvida em seu livro “Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal” (2002), é organizada através da adoção de dez máximas latinas: *nulla poena sine crimine*; *nullum crimen sine lege*; *nulla lex (poenalis) sine necessitate*; *nulla necessita sine injuria*; *nulla iniuria sine actione*; *nulla actio sine culpa*; *nulla culpa sine iudicio*; *nulum indicium sine accusatione*; *nulla accusatio sine probatione*; e, *nulla probatio sine defensione*. Quão melhor cada sistema jurídico se adequasse a essas máximas, melhor ele se adequaria a teoria garantista.

O garantismo de Ferrajoli representa um retorno a tradição iluminista dentro do Direito Penal, reformulando diversos pressupostos da escola clássica adequando-os ao constitucionalismo e epistemologia modernos. Ferrajoli faz críticas ao Direito Penal Liberal, como, por exemplo, a crença iluminista em uma verdade fática, mas utiliza dessas críticas não para descartar a tradição minimalista desse pensamento e sim para refundá-la com bases mais sólidas. É como descreve Bobbio no prefácio de “Direito e Razão”, (2002, p. 10 e 11):

Do ponto de vista da política do direito, o teórico do garantismo não pode deixar de se inserir na grande tradição do pensamento iluminista e liberal que no campo do direito penal vai de Beccaria a Francesco Carrara, embora proponha uma revisão dos fundamentos epistemológicos dessa tradição, ingenuamente formalistas e realistas, mediante a distinção entre "significado" e "critérios" de verdade no processo, a análise das margens não suprimíveis de opinabilidade da verdade jurídica e do caráter não mais que provável da verdade fática, e o nexos estabelecido entre o grau de verificabilidade e de verificação e o grau de satisfação das garantias penais e processuais. A noção de "grau", mais ou menos alto de garantismo (não só no campo penal), é de resto central em todo o trabalho, no qual se exclui repetidamente a idéia de que um ordenamento, conquanto mais aperfeiçoado, possa jamais aspirar a uma plena realização dos valores que constituem suas fontes positivas de legitimação. E representa, junto com a tese do caráter sempre relativo e imperfeito da legitimidade jurídica, não menos do que da legitimidade política que disso resulta, a base da função crítica e reformadora assinalada tanto à ciência quanto à política do direito, entendido este como "artifício" ou construção humana confiada à responsabilidade dos juristas e dos operadores jurídicos.

É exatamente por sua ligação com a tradição iluminista e por sua crença na legitimidade do sistema penal que o garantismo de Ferrajoli se distancia daquele desenvolvido por outros teóricos como Alessandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni (BATISTA, 2011). O pensamento garantista se afasta ainda do abolicionismo, corrente também crítica do expansionismo penal mas cujo objetivo se encontra na abolição e não somente na minimização do poder punitivo (ANDRADE, 2006).

A ligação entre o garantismo e democracia constitucional é o que fez com que esse pensamento fosse particularmente adotado em países recém-saídos de regimes autoritários. Foi o caso do Brasil, onde a derrocada do regime militar provocou a adesão da corrente garantista por diversos teóricos do direito. No entanto, o reconhecimento errático no país de pressupostos minimalistas proporciona uma aplicação inconstante de seus princípios.

3.2 A recepção errática do Garantismo no Brasil como motor de uma aplicação inadequada de seus pressupostos

No Brasil, a década de 80 foi marcada por uma lenta e progressiva mudança de um regime ditatorial vigente para um novo sistema democrático. Tal processo, conhecido como transição democrática, tem início com a perda pela ditadura do apoio de setores civis inicialmente favoráveis ao regime autoritário e tem seu momento mais celebrado na promulgação da Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988 se apresentou como uma superação do autoritarismo do regime anterior, descentralizando poderes e estipulando benefícios

sociais de forma similar às democracias mais avançadas (ZAVERRUCHA, 2011), ganhando inclusive o popular nome de “Constituição Cidadã”. Nesse sentido, um de seus pilares foi a recepção do constitucionalismo mais moderno, consagrando direitos fundamentais e positivando princípios de forte carga axiológica, garantindo um grande poder de irradiação jurídica e política de suas determinações (SARMENTO, 2009). Um dos resultados desse processo foi a chamada “constitucionalização do direito” (BARROSO, 2011) em que normas constitucionais passam a ter uma aplicação cada vez maior em outros ramos legais.

No campo penal, a Constituição Federal positivou uma série de princípios de teor garantista, a começar pela própria centralidade axiológica dada a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º. O princípio da legalidade, fundamental para uma concepção liberal do Direito Penal, é uma das garantias e direitos individuais consagrados no art. 5º, bem como o princípio da presunção da inocência e do devido processo legal, este último sendo explícito na Carta Magna pela primeira vez em nossa história (LACERDA, 2015).

É também recepcionado pela nossa Constituição o princípio da secularização - considerado por Salo de Carvalho (2003) a pedra lapidar do modelo jurídico de garantias – por meio da inviolabilidade da intimidade e do respeito a vida privada (art. 5º, X); do resguardo a liberdade de pensamento (art. 5º, IV); da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI); da liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII); e da garantia de livre manifestação do pensar (art. 5º, IX).

A Constituição de 1988 é também a primeira a dar feição constitucional para a execução penal, redimensionando os direitos dos presos a um outro patamar. Salo de Carvalho destaca a positivação sem precedentes de elementos garantistas da execução penal em nossa Constituição, (2003, p. 159):

Se a Constituição de 1988 estabeleceu vínculos relativos à pena e ao seu modo de execução, partindo sistematicamente do princípio da legalidade (art. 5o, XXXIX), igualmente elencou diretivas com grau e conteúdo diversos.

A primeira ordem de intervenção constitucional na esfera penalógica é de natureza limitativa quanto à espécie da sanção e o sujeito a ser sancionado: restringiu determinados tipos de penas (art. 5o, XLVII); limitou destinatários (art. 5o, XLV); e taxou possibilidades de sanção (art. 5o, XLVI).

O constituinte disciplinou ainda a forma de cumprimento das penas. Ao regular sua individualização, impôs restrições no que diz respeito ao público dos estabelecimentos carcerários (art. 5o, XLVIII), determinando, inclusive, diferenciações de gênero (art. 5o, L).

Impôs também normas de garantia dos presos, condenados ou provisórios, assegurando direitos inalienáveis e indisponíveis os quais o Estado não pode restringir, pois versam sobre a integridade física e moral daquele sujeito

temporariamente limitado em sua liberdade de ir e vir (art. 5o, XLIX).

Embora a Constituição Federal represente, como demonstrado, um passo enorme na formalização de um sistema de garantias, a sedimentação de suas determinações no mundo fático não se deu da mesma forma. Pinheiro (1997) e de Azevedo (2009) destacam a imensa distância existente entre o legal e o real no contexto brasileiro posterior a ditadura, relacionando tal fato com a persistência do mesmo perfil autoritário em instituições responsáveis pela efetivação do que determina a lei. De fato, Carvalho (2003), citando Ferrajoli, afirma que a existência de um 'direito bom' não é o suficiente para proteger os direitos fundamentais de desvios, já que efetivação da lei depende fundamentalmente da interpretação dos juristas.

Nesse sentido, é relevante que o fato de a transição democrática brasileira se deu de forma muito mais negociada do que em outros países da América Latina, como Argentina e Chile (PEREIRA, 2010). Ao contrário do que é adequado a uma perspectiva da justiça de transição, no Brasil não houve um real afastamento de figuras autoritárias em órgãos relacionados ao exercício da lei, sendo utilizado no país a Lei de Anistia como uma forma de impedimento de investigações sobre violações de direitos humanos e crimes cometidos contra a humanidade.

De fato, Pereira (2010) destaca a colaboração do Judiciário brasileiro ao regime ditatorial como um marco distintivo de nosso regime. Como exemplo, cita-se que as auditorias militares responsáveis pelo julgamento de crimes contra civis eram compostas por quatro oficiais e um juiz togado civil, sendo este o único com estabilidade na formação do conselho. Ressalta-se, ainda, que no auge da linha-dura no regime, entre 1968 e 1974, nenhum juiz pediu investigação sobre os relatos de tortura. Nesse sentido, o Brasil mostrou-se muito diferente da Argentina, onde diversos juízes foram expurgados, e do Chile, onde os militares ocuparam cargos na justiça, estando presente aqui uma aparência de legalidade muito mais exposta do que em outras ditaduras.

Uma consequência de nunca se ter lidado com a presença autoritária dentro de instituições responsáveis pela aplicação da lei é que até hoje tais entidades possuem uma composição marcadamente conservadora. Zaffaroni e Pierangeli (2011) chegam a afirmar que a doutrina de segurança nacional, paradigma antidemocrático da ditadura brasileira, somente foi substituída por uma doutrina de segurança urbana tão autoritária quanto. Já Azevedo (2009) destaca estudos realizados por Silva (2001),

Arantes (2002) e Barreto (2007) para ressaltar o predomínio de uma visão conservadora dentro do Ministério Público e Magistratura.

O que é inegável é que as determinações de nossa Constituição voltadas para um ideal garantista encontraram resistência inclusive pelos órgãos responsáveis por sua aplicação. Conforme destacam Shimizu e Braga (2015), o Ministério Público e a Magistratura no Estado de São Paulo se mostraram como um dos principais adversários de reformas implementadas durante os anos 80 com o intuito de instituir práticas humanitárias nos presídios.

No entanto, a resistência na efetivação de práticas humanitárias não se demonstra apenas na recusa a reformas, como também no próprio desvirtuamento de normas com teor garantista. A demonstração de tal fato pode ser evidenciada na aplicação de princípios de teor liberal em situações de autoritarismo estatal, como no caso de chacinas e massacres. Nesse sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o massacre do Carandiru é especialmente esclarecedor, conforme se demonstrará no capítulo seguinte.

4 UMA ANÁLISE DO CASO CARANDIRU E DA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS GARANTISTAS EM CHACINAS E MASSACRES

O processo brasileiro de transição negociada entre ditadura e democracia, conforme descrito no capítulo anterior, tem como um de seus efeitos a permanência de uma cultura institucional autoritária em organizações responsáveis pela aplicação da lei e da ordem. O fato de o Brasil nunca ter punido ou sequer afastado autoridades que colaboraram com a repressão típica do regime militar é um sinal claro de distinção entre a transição democrática brasileira e a de outros países na América Latina (PEREIRA, 2010).

No caso, uma manifestação dessa cultura institucional autoritária pode ser identificada no envolvimento de agentes estatais em massacres e chacinas. É possível enxergar uma presença desproporcional de agentes do Estado, especialmente policiais militares, em chacinas realizadas tanto em conflitos no campo como em periferias urbanas.

Por causas similares, também é identificável uma tolerância dos responsáveis pela investigação de agentes estatais com os seus atos em massacres. Seja no caso de policiais civis ou mesmo de juízes e procuradores, é perceptível uma disposição negativa na apuração de crimes de Estado cometidos no período posterior ao regime militar.

Uma forma de enxergar a leniência do judiciário com crimes de Estado está na aplicação de uma interpretação garantista de normas penais em uma proporção incomum dentro da jurisprudência. Para além disso, a aplicação de princípios liberais na absolvição de crimes cometidos pelo Estado representa uma contradição clara com o contexto e a intenção que essas normas foram incorporadas em ordenamentos legais, conforme exposto em capítulos anteriores.

Na observação da leniência de órgãos de Estado com os crimes cometidos por seus agentes, o caso do Massacre do Carandiru é especialmente esclarecedor. Ao longo dos vinte anos passados entre a tragédia em si e a anulação da condenação dos policiais envolvidos, verifica-se uma longa trajetória de complacência de autoridades competentes com os crimes cometidos.

4.1 O envolvimento de policiais em chacinas como manifestação de autoritarismo estatal: o exemplo do Carandiru

No período posterior ao processo de redemocratização, a partir de 1988, diversas chacinas e massacres chamaram a atenção da opinião pública no Brasil, como o Massacre do Carandiru (1992), a Chacina da Candelária (1993), a Chacina de Vigário Geral (1993), Massacre de Eldorado do Carajás (1996) e os Crimes de Maio (2006). Dentre os diversos pontos em comum desses eventos, chama a atenção o fato dos principais investigados serem policiais militares. Impressiona, ainda, o baixo índice de investigação e condenação dos envolvidos, fortalecendo o argumento de Pinheiro (1997) de que tanto o período autoritário quanto o democrático são marcados pela não responsabilização de agentes envolvidos em crimes de estado.

O alto índice de envolvimento de policiais militares com chacinas sugere uma motivação institucional para tanto. O estudo da instituição, de fato, indica um perfil autoritário dominante em sua estrutura. Segundo Rosa (2007), a criação da polícia militar no Brasil buscou como inspiração o modelo francês, mais afeito na defesa do Estado e a um tipo de policiamento repressivo, ao invés do modelo britânico, inspirado em uma ideia comunitária e pacífica de policiamento. Para Rodrigues (2010), a criação das polícias militares no período imperial teve como principal função a defesa de interesse dos grupos conservadores no poder através de uma atuação pautada na divisão hierárquica de funções, valorização de patentes e ação disciplinadora.

Não há indicação de um rompimento na tradição histórica de autoritarismo dentro da polícia militar. De fato, o modelo militarista reforçado dentro da instituição colabora para um entendimento de oposição entre a sociedade e o Estado, contribuindo para ações violentas por parte dos policiais. Essa postura se manifesta, por exemplo, na resistência presente dentro da corporação aos mecanismos de controle do trabalho policial, ensejando uma cultura autônoma que se apresenta como uma das variáveis aos índices de violência policial (RODRIGUES, 2010).

Não por acaso, os índices de violência e de letalidade policial no Brasil se destacam quando comparados a outros países. Como padrão de aferição de letalidade policial, costuma se usar três parâmetros: a relação entre civil mortos e civis feridos em ações policiais; a relação entre civis mortos e policiais mortos; e o percentual das mortes provocadas pela polícia em relação ao total de homicídios dolosos. Dentro desses três parâmetros, a polícia militar de São Paulo apresenta índices de letalidade policial especialmente altos, conforme estudo comparado conduzido pela pesquisadora Adriana Loche, (2010, p. 53 e 54):

Quando se analisa o conjunto de indicadores relativos ao uso desproporcional da força letal pela polícia – a proporção entre civis mortos e civis feridos; a proporção entre civis mortos e policiais mortos; e a proporção das mortes provocadas em ações policiais em relação ao total de homicídios dolosos –, chega-se à conclusão de que, em São Paulo, a violência letal é utilizada como forma de controle social coercitivo, direcionado, na maioria dos casos, contra pessoas não identificadas, rotuladas como “suspeitas” ou por apresentarem uma “atitude suspeita”. Pelos dados analisados pode-se afirmar que, no estado de São Paulo, as polícias, em sua ação rotineira e em nome do estrito cumprimento do dever, mais do que impedir a ocorrência do crime, executam sumariamente pessoas, ignorando o direito ao devido processo legal. Com a escusa de combater o crime, as polícias matam um elevado número de civis em situações pouco elucidativas e em nome do “estrito cumprimento do dever legal”. As autoridades tendem a definir tais ações como necessárias e decorrentes do trabalho policial. As repostas violentas por parte da polícia são, não raras vezes, caracterizadas como “justificáveis respostas” ao crime violento. Quando a violência nas ações policiais, como no caso dos homicídios decorrentes da chamada “resistência seguida de morte”, é considerada normal ou aceitável, perde-se o controle da legalidade da ação policial. Desta forma, transmite-se uma mensagem equivocada sobre a verdadeira função da polícia e cria-se um espaço para que muitos de seus membros passem a agir à margem da lei, sem qualquer controle, no qual qualquer cidadão pode ser vítima desta ação.

A violência policial apresenta uma relação indissociável com uma cultura institucional autoritária, que, por sua vez, se relaciona com a realidade política. Poucos casos demonstram de forma tão clara essa relação como o Massacre do Carandiru, ocorrido em 2 de outubro 1992, que vitimou de forma letal 111 presos na Casa de Detenção de São Paulo por meio de uma intervenção conduzida pela Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Em 1982, foi realizada a primeira eleição para governador do Estado de São Paulo após o início do regime militar, marcado pelo processo de abertura política que o país passava na época. O eleito no pleito, André Franco Montoro, apresentava dentro de suas propostas uma plataforma de modificações contundentes na condução da segurança pública do Estado. Dentre as medidas tomadas pelo governo Montoro nesse âmbito, se destacam o controle maior das armas utilizadas pelos policiais, fortalecimento da Corregedoria, investimento em equipamentos e em qualificação do pessoal (CALDEIRA, 2000).

Como destacam Caldeira (2000) e Mingardi (1991), tanto a população no geral quanto a corporação se opuseram às reformas propostas por Montoro, mas a oposição não impediu que elas fossem implementadas nesse primeiro momento. Além das medidas já citadas, o Secretário de Justiça José Carlos Dias teve uma atuação destacada no sentido de melhorar as condições dos presídios, assegurar direitos

básicos dos sentenciados e criar mecanismos para que eles pudessem exercer efetivamente o papel de sujeitos de sua execução, no que ficou conhecido como “política de humanização dos presídios” (SHIMIZU e BRAGA, 2015).

Durante o período da gestão Montoro (1984-1987), o Estado de São Paulo conseguiu reverter a curva ascendente de violência policial e diminuir o número de mortos por ações policiais. Enquanto a média anual da gestão foi de 459,25 mortes não-policiais, o último ano de governo já apresentou uma redução considerável para 310 no número de mortos não-policiais (OLIVEIRA, 2012).

No entanto, conforme aponta Góes (2009), tais medidas foram criticadas por parte da magistratura e do Ministério Público como ineficientes e coniventes com a criminalidade. O juiz corregedor dos presídios na época, Haroldo Pinto da Luz Sobrinho, chegou a acusar a política de humanização dos presídios como responsável pelo surgimento de uma organização criminosa com o nome “Serpentes Negras”. No entanto, as sindicâncias instauradas para investigar tais acusações não lograram êxito sequer em demonstrar a existência do referido grupo (TEIXEIRA, 2009).

As críticas recebidas pelas reformas de Montoro foram uma das razões para a eleição de Orestes Quércia em 1987 com uma plataforma de endurecimento policial e guerra contra a criminalidade. A nomeação de Luis Antonio Fleury Filho no comando da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo solidificou uma polícia de segurança mais dura. O terceiro comandante da Polícia Militar durante a gestão de Fleury, coronel Celso Feliciano de Oliveira, chegou a afirmar em sua posse que estava declarando “aberta à temporada de caça ao bandido” (CALDEIRA, 2000).

Foi durante a gestão de Feliciano de Oliveira que o coronel Ubiratan Guimarães foi nomeado como comandante do policiamento da Região Metropolitana de São Paulo. Ubiratan, já conhecido por seu trabalho como sub-comandante da Rota na gestão de Paulo Maluf, prometeu em entrevista “[...] limpar as ruas da cidade” (FOLHA DE SÃO PAULO, 02 de novembro de 1989, p. 4).

No período em que Fleury esteve na pasta da Segurança Pública, a tendência descendente na curva de mortes provocadas por ações policiais se reverteu (OLIVEIRA, 2012). Em 1989, os jornais noticiaram o número de 489 civis mortos pela polícia, o maior em um só ano até então. Questionado sobre esse número, Fleury respondeu que era “[...] preciso ter em mente que o choque entre policiais e marginais tende a aumentar. No meu ponto de vista, o que a população quer é que a polícia chegue junto” (FOLHA DE S.PAULO, 28 de novembro de 1989, p. 3). Percebe-se pelo

discurso das autoridades na época uma associação entre eficiência policial e o número de mortes civis provocadas, adotando assim postura de incentivo a uma conduta violenta por parte das forças de segurança.

Foi exatamente Fleury que sucedeu a Quércia no comando do Governo do Estado de São Paulo, reforçando o discurso de endurecimento contra o crime e acelerando uma curva ascendente de mortes civis provocadas por ações policiais. É durante o governo Fleury que uma intervenção comandada pelo coronel Ubiratan Guimarães na Casa de Detenção resulta na morte de 111 detentos, em um evento que marca o ápice de uma política de segurança autoritária cujo fundamento está numa reação a um processo de humanização das forças de segurança, conforme apontado por diversos pesquisadores (OLIVEIRA, 2012; NUNES, 2014; TEIXEIRA e MATSUDA, 2015; BRAGA e SHIMIZU, 2015).

4.2 A aplicação de pressupostos garantistas como forma de absolvição da responsabilidade estatal

Conforme demonstrado anteriormente, a cultura institucional autoritária dentro das organizações policiais é um dos fatores responsáveis pelo envolvimento de agentes estatais em chacinas e massacres. No entanto, o comportamento das entidades responsáveis pela responsabilização por esses crimes também contribui para que essa cultura institucional permaneça.

Dentre as instituições responsáveis pela apuração de crimes cometidos por policiais, as corregedorias nos diversos estados demonstram dificuldade em investigar os responsáveis sem sofrer nenhum tipo de retaliação. Já o Ministério Público manifesta uma menor predisposição na investigação de crimes cometidos por policiais (LIMA e SINHORETTO, 2011) e o Judiciário uma demora excessiva no julgamento dessa espécie de crime.

Novamente, poucos casos concretos ilustram tal situação com tamanha clareza quanto o Massacre do Carandiru. Passados 25 anos da chacina que resultou na morte de 111 detentos a partir de uma ação da polícia militar, nenhum dos investigados foi condenado em sentença transitada em julgado. É particularmente elucidante o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que anulou os efeitos da sentença condenatória proferida pelo Tribunal do Juri.

Em 27 de setembro de 2016, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo julgou as apelações interpeladas pelo Ministério Público e pela defesa a partir da condenação de 74 policiais em cinco tribunais do júri diferentes entre os anos de 2013 e 2014. O relator do caso, desembargador Ivan Sartori, votou pela absolvição dos condenados com base em uma interpretação extravagante da teoria monista do concurso de agentes, mas foi vencido pelo voto do revisor que entendeu pela anulação do júri, determinando que os acusados sejam submetidos a um novo julgamento.

A decisão dos desembargadores entendeu ser procedente o argumento de que o júri decidiu contra o conjunto probatório dos autos, ensejando a anulação com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal. O referido entendimento tem como principal base a alegação de que a perícia falhou em descrever de forma individualizada a conduta de cada um dos acusados, viciando a condenação com um viés genérico.

A necessidade de individualização da conduta é corolário lógico do princípio da individualização da pena, consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, XLVI, e associado, por sua vez, ao dever do Judiciário de fundamentação de suas decisões (NUCCI, 2015). Percebe-se, assim, um caráter principiológico na decisão dos desembargadores, relacionado ao teor garantista presente nas normas de Direito Penal reconhecidas na promulgação da Constituição de 1988.

O viés garantista adotado pelos desembargadores não se demonstra apenas pela consagração do princípio constitucional da individualização da pena, mas também pelo teor excusatório de seus votos, conforme pode ser demonstrado por diversas citações retiradas do acórdão nos autos da Apelação nº 0338975-60.1996.8.26.0001. O relator, desembargador Ivan Sartori, argumenta em seu parecer que as versões apresentadas pelos detentos “parecem fantasiosas” e devem “ser recebidas com reservas”, enquanto as dos policiais “mostram-se harmônicas e coerentes”. Embora Sartori se utilize do argumento de que não é possível individualizar a conduta de cada policial, ele chega a afirmar que “os policiais, sem qualquer exceção, ali se encontravam em cumprimento do dever, por ordem de seus superiores e das autoridades competentes”.

O desembargador Sartori demonstra uma postura diferente em relação as contradições encontradas pela perícia conforme elas contrariam os depoimentos de detentos ou os de policiais, rebatendo o argumento das vítimas de que um policial haveria matado detentos com uma marreta e jogado os corpos no poço do elevador

com a afirmação de que “o perito não constatou vestígios de sangue ou outro material orgânico no local”, mas sustentando o argumento dos policiais de que houve confronto mesmo com a negativa da perícia com a alegação de que “o fato é que vários policiais foram feridos por arma de fogo”.

Em seu voto, Sartori chega a dizer que “merece exame mais acurado” a “asserção de que policiais teriam retirado as divisas, insígnias e nomes de forma proposital, para evitar a identificação junto aos presos”, sustentando que os policiais podem ter ocultado suas identificações “para preservar suas próprias vidas e até mesmo as de seus familiares”. De forma semelhante, o desembargador considera “arriscada a asserção do MP, de que os obstáculos para a individualização das condutas teriam sido criadas pelos acusados”, afirmando ainda que “requer extrema cautela a asserção de que policiais teriam removido os corpos e alterado o local do crime, de modo a prejudicar a perícia”.

O mesmo teor cauteloso pode ser encontrado no voto do 3º juiz Edison Brandão. O referido desembargador inicia seu voto afirmando que no Massacre do Carandiru foram “vitimados presos, suas famílias, e inclusive Instituições vitimadas, dentre elas a Polícia Militar”, ressaltando que a PM é uma instituição “muito mais antiga que estes fatos” e com “relevantes serviços prestados à sociedade paulista”.

Ao longo de seu voto, o desembargador reforça sete vezes sobre o papel de “garantidor” do magistrado, em afirmações como “agir-se de forma técnica, e garantidora de direito, sempre é mais fácil em casos de evidente incorreção ou justiça, e tanto mais difícil em casos com desfecho terrível e abominável como esse” e “ao magistrado paulista não há de faltar correção, zelo, técnica e coragem para decidir de forma garantidora de direitos, acima de toda e qualquer pressão que tente agendar um resultado”. Ao final de seu voto, o desembargador se utiliza da frase “a máxima republicana, de que é preferível absolver-se 100 culpados a condenar apenas um inocente, é um guia”.

As referidas citações diretas dos votos dos desembargadores destacam uma postura de incontestável garantismo. No entanto, essa posição se demonstra, ao mesmo tempo, contraditória com a função tradicional das normas garantistas, incoerente com as interpretações comuns das referidas normas e não condizentes com a posição comum dos magistrados que proferiram os votos.

Em primeiro lugar, conforme demonstrado ao longo de todo esse trabalho, o garantismo tanto em seu formato clássico quanto em sua retomada moderna

representa uma tentativa de contenção do poder punitivo estatal, buscando a sistematização de um aparato normativo e interpretativo que reduza as possibilidades de arbitrariedade sancionatória. A utilização de pressupostos principiológicos com um teor garantista para a absolvição de agentes de Estado acusados justamente de aplicarem a pena capital de forma ilegal e arbitrária representa um paradoxo teórico de difícil solução.

Em segundo lugar, a aplicação de normas garantistas pelos desembargadores contraria as interpretações mais tradicionais de seu sentido. A argumentação adotada pelo relator de que a teoria monista do concurso de agentes implicaria na extensão da absolvição de três acusados para todos os restantes se mostra como uma inovação jurisprudencial que contraria o entendimento da doutrina e Tribunais Superiores.

Além disso, os desembargadores não reconhecem em nenhum momento em seu acórdão que a ineficácia na individualização de cada uma das condutas criminosas decorre da incapacidade dos próprios agentes de Estado em apurar o ocorrido, ignorando evidências recorrentes de ocultação de prova e incapacidade de produzi-las em um resultado que beneficia o Estado por sua própria torpeza. Por fim, os diversos momentos em que os desembargadores ressaltam que a importância histórica da Polícia Militar implica em uma posição de cautela no julgamento demonstra uma violação clara da ideia fundante do garantismo penal, isto é, a separação entre o direito e a moral (FERRAJOLI, 2002).

Em terceiro e último lugar, a própria leitura garantista adotada pelos desembargadores nesse caso concreto se mostra incoerente com a postura histórica do Juízo em questão. Pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) em 2015 demonstrou que é exatamente a 4ª Câmara Criminal do TJ-SP que possui o maior índice de negação em pedidos de reversão de pena de réus condenados, possuindo um índice de 81% de negativa de apelações em comparação a média de 51% das demais câmaras (NUNES e TRECENTI, 2015).

O que o acórdão proferido pelo TJ-SP demonstra é uma tendência maior de como a utilização de pressupostos garantistas no julgamento de chacinas e massacres com envolvimento de agentes estatais revela uma deturpação do sentido original dessas normas no contexto brasileiro. A aplicação incoerente de normas pensadas para uma humanização do sistema penal para a absolvição de carnificinas cometidas pelo próprio Estado é a confirmação de uma recepção formal de garantias sem a sedimentação de seus fundamentos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse trabalho, buscou-se inserir um novo ângulo dentro do debate sobre a relação entre o Direito Penal e os massacres realizados por agentes de Estado. O principal objetivo foi compreender qual a trajetória que liga os princípios do Direito Penal Liberal e seu início em busca do controle do poder punitivo com a aplicação

dessas mesmas normas de forma a absolver agentes de Estado envolvidos em chacinas.

O que se demonstrou através de três capítulos foi o longo percurso do Direito Penal Liberal, de suas origens iluministas ao resgate de ideais através do garantismo moderno, sustentando-se que a recepção de seus princípios no Brasil não se deu com o rompimento efetivo de práticas autoritárias, no que resulta em uma aplicação inconstante e por vezes equivocada de seus pressupostos. Para corroborar com esse argumento, foi usado como exemplo o Massacre do Carandiru, constatando-se uma longa trajetória de autoritarismo e descaso que culmina em uma aplicação incomum e equivocada de pressupostos garantistas.

Diversas questões surgiram durante o processo de escrita deste trabalho, como o questionamento sobre os caminhos possíveis para a superação do problema encontrado na aplicação de pressupostos garantistas. O desenvolvimento melhor dessa problemática, no entanto, não caberia dentro do escopo desse texto e ficará como uma possibilidade para futuros projetos.

O que se espera é que esse trabalho contribua para uma compreensão do Direito Penal que leve em conta a sua historicidade, lidando não só com o texto de suas normas, mas também com o seu sentido e contexto originário. A explicação sobre as diferentes aplicações dadas para princípios do Direito Penal Liberal ajuda a entender como como normas semelhantes estão sujeitas a diferentes interpretações conforme o contexto político, social e econômico em que elas estão localizadas. Esse entendimento é fundamental para que se compreenda a ciência do Direito Penal com toda a complexidade que ela requer.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: A Crise do Sistema Penal Entre a Deslegitimação e a Expansão**. In: Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: Causas e Consequências da Demanda Punitiva**. Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, ed. 4, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Edipro, 2015.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Ontario: Batoche Books, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CALDEIRA, Cesar. **Caso do Carandiru: um Estudo Sociojurídico (1ª Parte)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, n. 29, São Paulo, jan.-mar. 2000.

_____. **Caso do Carandiru: um Estudo Sociojurídico (2ª Parte)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, n. 30, São Paulo, abr.-jun. 2000.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

GÓES, Eda Maria. **A Recusa das Grades: Rebeliões nos Presídios Paulistas: 1982-1986**. São Paulo: Ibccrim, 2009.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LACERDA, Fernando Hideo Iochida. **Direito Penal Mínimo e Constituição: O Bem Jurídico como Aquisição Evolutiva e a Criminalização de seu Tempo**. São Paulo: PUC, 2015.

LIMA, Renato Sérgio de; SINHORETTO, Jacqueline. **Qualidade da Democracia e Polícias no Brasil**. In: Entre Palavras e Números: Violência, Democracia e Segurança Pública no Brasil. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2011.

LOCHE, Adriana. **A Letalidade Policial: Parâmetros para Análise**. In: Revista Tomo, n. 17. São Cristovão, 2010.

KANT, Immanuel. **O Que é iluminismo**. In: Immanuel Kant: Textos Seletos. Petrópolis: Vozes, 2005.

LOCKE, John. **Dois Tratados do Governo Civil**. Portugal: Edições 70, 2006.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo – Antigo e Moderno**. São Paulo: É Realizações, 2015.

MINGARDI, Guaracy. **A Nova Polícia**. Campinas: UNICAMP, 1991.

MONTESQUIEU, Barão de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

NUNES, Samira Bueno. **Bandido Bom é Bandido Morto: A Opção Política Ideológica-Institucional da Política de Segurança Pública na Manutenção de Padrões Violentos da Polícia Militar Paulista**. São Paulo: FGV, 2014.

NUNES, Marcelo G.; TRECENTI, Julio A. Z. **Reformas de Decisão nas Câmaras de Direito Criminal em São Paulo**. Working paper, 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudo-camaras-criminais-tj-sp.pdf>>. Acesso em: 10/09/2017.

OLIVEIRA, Emanuel Nunes de. **Políticas Públicas e Estratégias de Controle da Ação Letal das Instituições Policiais no Estado de São Paulo**. In: Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 6, n. 1, 2012.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: o Autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Violência, Crimes e Sistemas Policiais de Novas Democracias**. In: Tempo Social, Revista de Sociologia da USP. São Paulo: USP, 2010.

RODRIGUES, Marcus Paulo Ruffeil. **Gestão da Polícia Militar: a Cultura Institucional como Agente Limitador da Construção de uma Polícia Cidadã**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Juiz Auditor: Cargo de Livre Nomeação ou Magistrado de Carreira?** 2004. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2004/pthadeu/juizauditor.htm>>. Acesso em 27 de junho de 2017.

RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia Ocidental Vol. 3**. Rio de Janeiro: Nova

Fronteira, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0338975-60.1996.8.26.0001, da 4ª Câmara Criminal. 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SHIMIZU, Bruno; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Dois Cenas de um Genocídio (ou de por que continuamos incompetentes)**. In: Carandiru Não é Coisa do Passado. São Paulo: FGV, 2015.

STRECK; Lênio; MORAES, José Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2006.

TEIXEIRA, Alessandra. **Prisões da Exceção: Política Penal e Penitenciária no Brasil Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____; MATSUDA, Fernanda Emy. **Do Carandiru aos Centros de Detenção Provisória: Sobre Gestão Prisional e Massacres**. In: Carandiru Não é Coisa do Passado. São Paulo: FGV, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____; e Piarangeli. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAVERUCHA, Jorge. **Relações Cívico-Militares: O Legado Autoritário da Constituição Brasileira de 1988**. In: O que nos Resta da Ditadura. Orgs. Edson Teles

e Vladimir Safatle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.