

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Silvana Batini Cesar Góes

**Política Criminal no Brasil
Democratizado: visões de uma crise.**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. José Ribas Vieira

**Rio de Janeiro
Fevereiro de 2011**



Silvana Batini Cesar Góes

**Política Criminal No Brasil
Democratizado: visões de uma crise.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Aprovado pela Comissão Examinadora:

**Prof. José Ribas Vieira
Orientador**

Departamento de Direito - PUC-Rio

Prof^a Ana Lucia Lyra Tavares

Departamento de Direito - PUC-Rio

Prof. João Ricardo Dornelles

Departamento de Direito - PUC-Rio

Prof. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

UERJ

Prof. Lenio Luiz Streck

Unisinos/RS

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2011.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da autora, do orientador e da universidade.

Silvana Batini Cesar Góes

Mestre em Direito Constitucional (PUC-Rio); Professora Assistente da Universidade Cândido Mendes, Campus do Centro/RJ na cadeira de Direito Penal; Procuradora Regional da República no Rio de Janeiro

Ficha catalográfica

Góes, Silvana Batini César

Política Criminal No Brasil Democratizado: visões de uma crise./ Silvana Batini César Góes ; orientador: José Ribas Vieira. – 2011.

290 f. ; 30 cm

Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2011.

Inclui Referências Bibliográficas

1. Direito – Teses. 2. Política Criminal. 3. direito penal. 4. ativismo judicial. 5. Poder Legislativo. 6. STF. 7. técnica legislativa. 8. crise de racionalidade. I. Vieira, José Ribas. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Ao meu pai, que me chamou ao Direito.
A Carlos Augusto, Rafael e Breno, presenças de amor na minha vida.

Agradecimentos

O agradecimento inicial vai para meu orientador, querido Professor Ribas, de quem venho tendo o privilégio de ser aluna desde o Mestrado. Sua dedicação incansável, sua generosidade ímpar e sua paixão pelo magistério tornaram este trabalho mais leve. Mas, sobretudo, poder contar com a proficiência de suas orientações e com a segurança de sua autoridade acadêmica foi, para mim, motivo de honra e orgulho. O entusiasmo contagiante do Professor Ribas, suas precisas observações, sua análise sempre atualizada e pertinente foram fonte de ânimo e responsabilidade na condução deste trabalho. Para sempre minha gratidão e minha admiração.

Os vínculos que já possuía com a PUC/Rio desde o Mestrado se fortaleceram nestes quatro anos de doutorado, durante os quais pude testemunhar os esforços da instituição para a manutenção de seu excelente padrão técnico, científico e humanista, graças, sobretudo, à excelência de seu corpo docente e à seriedade com que os programas de pós-graduação vêm sendo geridos ao longo de anos de tradição acadêmica. Agradeço em especial a alguns professores com quem convivi mais detidamente, em especial àqueles que gentilmente me ajudaram com orientações e ensinamentos. Correndo o risco da injustiça, nomeio em especial a Professora Ana Lucia Lyra Tavares, Professora Nadia Araujo e Professor Antonio Cavalcanti Maia. Um agradecimento especial ainda ao Professor Fabio Leite que, de maneira sempre gentil e atenciosa, me franqueou acesso aos Anais da Assembleia Nacional Constituinte guardados pelo Departamento de Direito da PUC/RJ.

Agradeço, ainda, ao amigo de longa data, cuja amizade é orgulho na minha vida e na de minha família, meu compadre posição Professor Marcello Ciotola, também da PUC/Rio, exemplo de seriedade e dedicação, a quem devo a disposição de retornar à academia. Obrigada pelo incentivo, pelas ideias, pelo auxílio, pelas discussões, pelo prestígio de sua atenção. Se as circunstâncias não

permitiram que este trabalho fosse acompanhado até o final pelo nosso convívio, ainda assim ele guarda a marca indelével de sua influência na minha formação.

Importante destacar o acerto da PUC/Rio em permitir aos membros de carreiras jurídicas públicas o acesso aos programas de pós-graduação em sentido estrito. O caminho de se voltar à academia para a reflexão mais profunda em torno da nossa prática, vem fomentando a construção de uma geração de operadores do Direito mais conseqüente e mais profícua. Igualmente é relevante que esta abertura acadêmica encontre a disposição das instituições em incentivar o aprimoramento científico de seus membros.

No meu caso, agradeço ao Ministério Público Federal que, estrategicamente, valoriza e permite a seus membros estas conquistas. Além disso, o ambiente elevado das discussões entre os colegas, a troca constante de experiências, dúvidas e projetos e o elevado nível intelectual dos seus membros foram matéria prima constante de minhas reflexões. Muito do que escrevi nesta tese se deveu ao conteúdo das infindáveis discussões travadas na saudável ágora eletrônica que é a rede interna dos membros do MPF.

Um agradecimento especial a duas colegas, diletas amigas da PRR2, que acompanharam de perto todo este meu percurso, com demonstrações constantes de amizade, expressões de incentivo e colaborações das mais diversas formas: Maria Helena Nogueira de Paula e Mônica Campos de Ré. Obrigada pela convivência diária, pelas conversas, pelos livros, pela confiança, por partilharem comigo.

Da mesma forma, foi um privilégio único contar com a amizade e o convívio profissional de dois colegas brilhantes que me envaideceram com a disposição de me ajudar de todas as vezes que precisei, fosse com precisas orientações acadêmicas, fosse com livros, opiniões, ou palavras de incentivo: Daniel Sarmiento e Rogério Nascimento.

Ao pessoal do meu gabinete que de forma sempre cooperativa, também me ajudou na difícil tarefa de tornar compatível o doutorado com os afazeres da Procuradoria: Alessandra, Tatiane, Renato Fernandes, Luiz Renato, Maria Irene, João Fabião, Leandro Silva e todos os estagiários que por lá passaram.

Um reconhecimento especial a Isabel Nogueira e Letícia Canellas, antigas estagiárias, hoje profissionais competentes, que me auxiliaram enormemente na pesquisa, levantando dados, revisando jurisprudência, conformando o texto. Sem esta colaboração, tudo teria sido muito mais difícil.

Tive a sorte de contar com o apoio e a confiança de meu marido, Carlos Augusto e de meus filhos Rafael e Breno. No seio de nossa família, sempre soubemos cultivar o apreço e o respeito pelo estudo, pela ciência, pelos livros, pelo conhecimento, enfim. Esta tese é a reafirmação destes valores que já antevejo reforçados pelos projetos acadêmicos que cada um, em casa, desenvolve.

Por fim, obrigada pela cortesia e competência de sempre, dos servidores administrativos da PUC-Rio, especialmente do Anderson, Carmem e Marcos.

Resumo

Góes, Silvana Batini Cesar; Vieira, José Ribas. **Política Criminal No Brasil Democratizado: visões de uma crise**. Rio de Janeiro, 2011. 290p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A Constituição de 88, elaborada no processo de democratização do Brasil no final da década de 80, estabeleceu matrizes para a formulação de uma política criminal consentânea com o novo quadro democrático. O texto constitucional fornece os eixos desta orientação político-criminal que podem ser resumidos nas seguintes vertentes: as garantias fundamentais de inspiração liberal, a abertura do direito penal para a proteção de bens jurídicos de caráter coletivo e supraindividual e a manutenção do espaço tradicional e histórico de proteção penal. O objetivo deste trabalho é analisar de que forma as leis penais produzidas no quadro democrático se orientaram a partir das diretrizes trazidas pela Constituição. Da mesma forma, pretendemos estudar como a interpretação deste direito posto se deu na jurisprudência, especialmente aquela proveniente do STF. Nossa premissa foi a de que o Poder Legislativo encontrou dificuldades em formular uma política criminal racional para o Brasil, neste período, pois ficou no centro de tensões internas e externas, de onde emergiram direções antagônicas e oscilantes. No quadro de crise de racionalidade do sistema de leis penais, intensificou-se o papel do judiciário e especialmente do STF, pendendo para o ativismo judicial, de maneira que as diretrizes político-criminais brasileiras, hoje, vêm sendo ditadas pelo STF. O quadro teórico que se formou como pano de fundo destas tensões institucionais tendeu para um determinado reducionismo. O garantismo penal engloba hoje, no Brasil, boa parte das vertentes críticas do sistema penal, embora sua grade de categorias e princípios seja insuficiente para a readequação da política criminal em moldes mais racionais. Tomando por base os dois atores eleitos - o Legislativo e o STF, estudamos a produção legislativa em matéria penal e a evolução da jurisprudência do Supremo em torno de alguns temas que representam e desdobram os eixos constitucionalmente traçados. Sobre estas trajetórias, buscamos identificar as conexões com o pensamento teórico

subjacente. A constatação de que as lacunas de racionalidade do legislador não podem ser supridas satisfatoriamente pelo judiciário em um quadro democrático e que a superação destas deficiências requer escolhas que vão além da adoção do garantismo penal, fizeram com que fossem delineadas algumas propostas político-criminais e que passam pela revalorização do papel da lei penal e pela recuperação de seus níveis de racionalidade.

Palavras-chave

Política criminal; direito penal; ativismo judicial; Poder Legislativo; STF; técnica legislativa; crise de racionalidade.

Abstract

Góes, Silvana Batini Cesar; Vieira, José Ribas (Advisor). **Brazilian Criminal Policy In The Democratic Context: Views Of A Crisis**. Rio de Janeiro, 2011. 290p. Doctoral Thesis – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Brazilian Constitution of 1988, written in the middle of the democratization process, in the end of 80s, established some axes for the formulation of a criminal policy according to the new scenario. The text of the Constitution gives the directions of this policy, that can be resumed in the following senses: the fundamental guarantees of liberal inspiration; the opening of criminal law for the protection of collective and supraindividual rights, and the maintenance of the traditional and historical profile of criminal law. The work aims to analyze if the laws that were produced in criminal subject, after de democratization of the country, were oriented by the directions brought by Constitution. Equally, we intend to analyze the judicial interpretation of this law, especially by Brazilian Supreme Court – STF. With that in mind, we assumed that Legislature had difficulties in formulating a rational criminal policy to Brazil, during this period, because it stayed in the center of internal and external forces, from which the choices emerged in an antagonic and swinging way. In a situation of crisis of rationality in the law system, judiciary has increased its role, tending to a judicial activism, in a way that we can conclude that criminal policy has been determinated by STF, instead of Legislature. The theories behind this scenario of institutional tensions were reduced to a narrow space. The penal guarantism summarizes great part of the critical positions in Brazil, although its categories and principles don't satisfy the needs for a new criminal policy in rational frames. Taking into consideration these two elected actors: Legislature and STF, we studied the legislation in penal subject and the evolution of the STF interpretation about some themes which represent the axes determined by Constitution. Over these substract, we tried to identify the connections with the theories behind. The conclusion around the lacks of rationality of Legislature, and moreover, the assumption that these lacks can't be supplied entirely by Judiciary, without

sacrifices in democratic system, as well as the conclusion that the adoption of guarantist standards don't give us all the possible directions, lead us to outline some proposals on criminal policy, taking into account the necessity of improving the role of penal law, and to recover the levels of rationality.

Keywords

criminal policy; penal law; Legislature, Judiciary; Supreme Court; judicial activism; legislative technics; crisis of rationality

Sumário

Introdução	15
1. A Política Criminal na Constituinte De 87/88	27
1.1. Antecedentes Históricos	27
1.2. O cenário na Constituinte	34
1.3. Direitos Fundamentais de Natureza Penal – o pacto pressuposto	36
1.3.1. A questão da tortura	47
1.4. A vertente comunitária: os mandados constitucionais de penalização	51
1.5. Crimes hediondos - um caminho à parte	5
1.6. Síntese	65
2. A Produção Legislativa em Matéria Penal após a Constituição de 1988	69
2.1. Considerações iniciais	69
2.2. A análise da legislação penal pós 88 –critérios de seleção	78
2.2.1. A Reforma de 1985 – marca do açodamento	82
2.2.2. Infrações de menor potencial ofensivo – a indefinição de um conceito	84
2.2.3. Crimes hediondos	89
2.2.4. Penas alternativas	96
2.2.5. Falsificação de remédios e cosméticos – as lacunas da proporcionalidade	100
2.2.6. Armas – a marca da incerteza	103
2.2.7. Crimes Econômicos	108
2.2.8. Drogas – marchas e contramarchas	118
2.2.9. Irracionalidades difusas	121
2.2.10. Conclusões parciais	125
3. Política Criminal e Supremo Tribunal Federal	131
3.1. Considerações Iniciais	131
3.2. Ativismo Judicial e Neoconstitucionalismo	135
3.3. Ativismo Judicial Penal no Brasil	144
3.4. O papel do STF como modulador da atividade legislativa em matéria penal	148
3.4.1. O STF e as Súmulas Vinculantes em matéria penal	149

3.4.2. STF e Crimes Hediondos	156
3.4.3. STF e os crimes contra a ordem tributária	166
3.4.4. Princípio da Insignificância e Princípio da Presunção de Inocência no STF	182
3.5. A linha de pensamento político-criminal do STF – necessária identificação	191
4. Cultura Jurídica e Política Criminal na Virada do Milênio	193
4.1. Notas Introdutórias	193
4.2. O panorama europeu da política criminal da virada do milênio	196
4.2.1. A Escola de Frankfurt	198
4.2.2. A visão expansionista	200
4.2.3. O direito penal do inimigo	204
4.2.4. O abolicionismo penal e o direito penal da reparação	208
4.3. Cultura Jurídica no Pensamento Político Criminal Brasileiro	210
4.3.1. Punitivismo, Movimento Lei e Ordem e Direito Penal Simbólico	213
4.3.2. Punitivismo e pensamento crítico	217
4.3.3. O Garantismo de Ferrajoli	223
4.3.4. Aproximação das respostas	231
5. Política Criminal, Bien; Pero Cuál?	237
5.1. Diretrizes para uma política criminal brasileira – pontos de partida	237
5.2. A racionalidade do sistema de leis penais	238
5.3. A recuperação dos níveis de racionalidade das leis penais brasileiras	248
5.3.1. Racionalidade ética	249
5.3.2. Racionalidade teleológica	251
5.3.3. Racionalidade pragmática	254
5.3.4. Racionalidade jurídico-formal e linguística	256
5.4. Jurisdição e Política Criminal	259
5.5. Política Criminal e projeto de justiça	262
6. Conclusões	266
7. Referências Bibliográficas	275

Lista de Figuras

Figura 1 – Representação Gráfica – Racionalidade Ética

242