

# QUOTIDIANUS

A CRIMINALIZAÇÃO NOSSA DE CADA DIA



# QUOTIDIANUS

A CRIMINALIZAÇÃO NOSSA DE CADA DIA



D | S | T | Q | Q | S | S

Organizadores:  
Alexandre Bizzotto  
Denival Francisco da Silva  
Tiago Felipe de Oliveira

 **intelecto**  
Editora

© 2016 by INTELECTO EDITORA

Produção editorial: Demes Brito  
Diretor editorial: Demes Brito  
Diagramação e revisão: Formato Serviços  
Capa: Denival Francisco da Silva  
Foto da Capa: Cecília Araújo de Oliveira

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Quotidianus : a criminalização nossa de cada dia / Denival Francisco da  
Silva, Tiago Felipe de Oliveira, Alexandre Bizzotto, (organizadores). --  
Foz do Iguaçu, PR : Intelecto Editora, 2016.

Vários autores.  
Bibliografia.  
ISBN 978-85-5827-002-1

1. Crimes (Direito penal) I. Silva, Denival Francisco da. II. Oliveira, Tiago  
Felipe de. III. Bizzotto, Alexandre.

16-00369  
CDU-343.232

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Crimes : Direito penal 343.232

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total  
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos  
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184  
do Código Penal.

*Impresso no Brasil/Printed in Brazil*

Nota: O Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

INTELECTO EDITORA  
Rua Turiaçu, 390, 5º andar  
Perdizes  
05005 000 São Paulo SP  
011 2592 8003  
intelectosolucoes.com.br

# SUMÁRIO

**Apresentação, ix**

**Prefácio, xi**

**Autores, xv**

- I Manipulações, Lacunas e Subjetividades na Linguagem do Direito, Servindo como Atalhos para Ampliação do Estado Punitivo: a Especificidade dos Crimes Hediondos (Denival Francisco da Silva), 1**
- Introdução, 1
- 1 O direito e/é linguagem: os direitos se dão pelas lutas constantes, ainda que tenham como fim a pacificação, 3
  - 2 Os limites do poder de legislar e de decidir, diante da linguagem dos direitos fundamentais, 7
  - 3 Crime hediondo: a ausência de seu conceito na Constituição não significa que o legislador ordinário possa dar a qualquer figura típica essa natureza jurídica, 12
    - 3.1 O princípio da legalidade frente o poder e dever de legislar, 12
    - 3.2 Violação ao princípio da legalidade pelo desprezo à vontade constituinte quando da instituição dos crimes hediondos e a perda semântica e etimológica do termo, 15
    - 3.2 Restrições de benefícios e direitos previstos na Constituição aos denominados Crimes Hediondos e a impossibilidade de sua ampliação pelo legislador ordinário, 23
- Disposições finais, 33
- Referências, 36

- II Amai-vos uns aos Outros: Objeções Críticas ao Ativismo Punitivista de Homofóbicos e Cristofóbicos** (Tiago Felipe de Oliveira), 41
- Introdução, 41
- 1 A *via crucis* da dogmática penal enquanto objeto do desejo punitivista de gays e cristãos, 43
  - 2 Duas objeções críticas ao ativismo punitivista de gays e cristãos, 50
  - 3 Não vos conformeis: uma objeção final desconstrutora das cristofobias e homofobias punitivas, 57
- Referências, 60
- III A Era da Tecnologia e o Processo Penal** (Alexandre Bizzotto), 63
- 1 Considerações iniciais, 63
  - 2 O predomínio da fixidez, 64
  - 3 O protagonismo humano, 65
  - 4 A tecnologia e a pós-modernidade, 68
  - 5 O sujeito nos tempos caricatos, 72
  - 6 A magistratura de seu tempo, 76
  - 7 *O processo penal: garantia ou satisfação punitiva?*, 78
- Disposições finais, 84
- Referências, 86
- IV Atrás do Prejuízo – Notas sobre a Necessidade de os Aportes Criminológico-Críticos se Vivificarem no Cotidiano Processual-Penal Brasileiro** (Gabriel Antinolfi Divan), 89
- 1 Introdução – “... *respeitável público*...”, 90
  - 2 Justiça Penal: seletividade e contribuições para o *status quo*, 92
  - 3 Criminologia (crítica) e Processo: a necessidade da intersecção, 94
- Disposições finais, 100
- Referências, 101
- V Violência Legítima e Racionalidade Punitiva: a Circularidade da Violência no (Des)Controle de Comportamentos pela Via Penal** (Airto Chaves Junior), 103
- 1 Para introduzir o tema: a violência na subjetividade do sujeito, 103
  - 2 A violência num sentido marginal, 108
  - 3 O monopólio “legítimo” da violência, 113
  - 4 A racionalidade punitiva e a circularidade da violência no (des)controle de comportamentos pela via penal, 120
- Considerações finais, 133
- Referências, 135

- VI A Laranja Mecânica na (Ante) Sala de Máquinas do “Sistema de Justiça Criminal”** (Thiago Aguiar de Pádua, Jefferson Carús Guedes), 139
- Introdução, 140
- 1 Laranja Mecânica do “Sistema de Justiça Criminal”, 155
  - 2 Sala de Máquinas do “Sistema de Justiça Criminal”, 162
- Considerações finais, 179
- Referências, 181
- VII Biopoder, Sociedade de Controle, Sociedade Disciplinar: os Manifestantes, os Pobres, os Professores e Executivos – Quando nós nos Importaremos?** (Leonardo Costa de Paula), 185
- Introdução, 186
- 1 Da sociedade disciplinar para a sociedade de controle, 187
  - 2 A sociedade disciplinar no Brasil no século XXI, 189
  - 3 Prisões, mídia e manifestações de junho de 2013, 192
  - 4 Do biopoder, do *homo sacer*: a vida matável agora é outra (os *hominis sacri*), 201
- Considerações finais, 209
- Referências, 212
- VIII Uma Melodia Punk sobre a Reforma Prisional** (James E. Robertson), 215
- Introdução, 216
- 1 Uma prisão punk, 220
  - 2 Uma Constituição Punk, 227
    - 2.1 Contrato Social, 228
    - 2.2 Liberdade Negativa, 232
    - 2.3 Individualismo bilateral, 237
  - 3 Punks e Congresso, 239
    - 3.1 O “Prision Litigation Reform Act” de 1996, 240
    - 3.2 O “Prision Rape Elimination Act” de 2003, 245
  - 4 O Futuro Punk, 252
    - 4.1 A Prisão e a “Primeira” Constituição, 253
    - 4.2 A Prisão e a “Segunda” Constituição, 255
- Disposições Finais, 258
- Referências, 259
- IX A (I)Legalidade do Acesso às Informações do Celular do Detido em Razão da Prisão em Flagrante** (Danilo Vasconcelos), 267
- Introdução, 268
- 1 Da prova e sua validade, 270

**viii** QUOTIDIANUS • Silva / Oliveira / Bizzotto

- 2 Da (im)prescindibilidade de ordem judicial, 275
  - 3 Do alcance dos incisos X e XII do art. 5º da CF, 278
  - 4 O dilema acerca do inciso XII da CF, 286
  - 5 Dos dados, 288
- Disposições finais, 289
- Referências, 291



## APRESENTAÇÃO

O agigantamento do Estado punitivo tem sido uma constante, a tal ponto que até mesmo as garantias e direitos fundamentais, obra de fortes resistências e lutas políticas, têm sofrido sensíveis violações. Isso tudo tem ocorrido num ambiente de normalidade institucional e sob a égide da Constituição cidadã, ainda que ao seu arrepio. Esse fato torna-se mais grave e preocupante, porque os princípios fundamentais vão sendo corroídos como parte de um processo natural e de aparente aceno democrático.

Mais do que resistir a essa sanha punitivista, é preciso denunciá-la, evocando a racionalidade para que não haja retrocesso no processo democrático, com enormes consequências aos direitos e garantias fundamentais.

A proposta dos autores vem dessa inquietação, quando se assiste cotidianamente propositivas para que se recrudesça, ainda mais, o Estado policial. Sem a ilusão de que possamos promover, pela obra, a inversão do movimento punitivista, temos a doce pretensão de trazer um pouco mais de elementos para reflexões sobre o tema do excesso de intervenção penal.

Em nenhum momento, todavia, ousamos em propor soluções acabadas para os problemas apontados. Tal pretensão seria de grande

ingenuidade, pois a racionalidade parece perder espaços no cotidiano, encontrando enormes resistências frente aos inúmeros sentimentos que envolvem a aplicação do sistema penal. Contudo, acredita-se que é preciso denunciar o crescente punitivismo abrindo-se canais para diálogos – sem revanchismos e impossibilidade dialética – por meio da crítica fundamentada no movimento de resistência constitucional.

Assim, sob as diversas lentes dos olhares autorais, voltadas para o mesmo foco, algumas facetas momentâneas a respeito da atualidade na perspectiva do sistema de punição são aqui discutidas e criticadas.

A todos que contribuíram para realização deste livro, em especial aos coautores que prontamente aceitaram nosso convite para essa empreitada, nossos mais sinceros agradecimentos. Aos leitores, a certeza de que terão excelentes artigos para que possam refletir sobre o fenômeno cotidiano de invocação do sistema de punição para à “criminalidade nossa de cada dia”.

*Denival Francisco da Silva*

## PREFÁCIO

Estamos vivenciando tempos criminais intrigantes. Os temas cotidianos recorrentes na mídia de massa, com enorme influência na opinião pública, recaem sempre sobre a violência urbana e a criminalidade. O reflexo imediato disso é a repulsa ao outro e o aumento do sentimento de ineficácia do sistema de punição – não por suas debilidades congênitas: quanto mais se quer dele, menos oferece – exigindo-lhe então maior dureza e rigor.

Diante do estado de insegurança e medo implantado por esse empenho midiático, cumprindo o *script* moldado pelo neoliberalismo, quer-se transferir a solução de todos os problemas da sociedade moderna potencializando o papel do Estado na sua atividade punitiva. O discurso da necessidade de maior austeridade ressoa quase como uma unidade pelos agentes formadores de opinião pública. Com isso, estabelecem-se as bases desejadas para que o Estado policial possa intervir cada vez mais nas liberdades individuais, como se já não o fizesse em demasia, dotando-o de novos instrumentos e medidas de aspectos constitucionais duvidosos, tudo em nome da segurança pública e “combate” à criminalidade.

A sofística desse discurso tem, de fato, o propósito de ocultar as verdadeiras causas dos conflitos cotidianos na sociedade atual. As gra-

ves questões sociais, em particular a violência e criminalidade urbana, com fortes raízes no modelo econômico neoliberal. O rigor com que se impõe a agenda nacional pelas formas econômicas, voltada exclusivamente para atender seus interesses da economia de mercado, sobrepõe a todos os demais interesses, sufocando e até mesmo negando muitos dos direitos fundamentais.

A lógica neoliberal é a do crescimento econômico desregrado, sem temer o rastro de violações aos valores primários que devem ser cultivados numa sociedade democrática. Os grandes impactos sociais, com aumento das desigualdades e acúmulo de riqueza em mãos de poucos, são consequências diretas e imediatas desse processo predador que, ao mesmo tempo em que excita para um plano de liberdades, na pura visão glamorosa da possibilidade de aquisição de bens e poder, lança os excluídos, “inservíveis” ao padrão de produtividade e consumo, à tutela do sistema de punição.

Nesse ritmo, quanto mais margem se dá à voracidade punitiva – camuflada pelos interesses escusos neoliberais – mais se distorcem os valores e princípios onde se assenta o esteio jurídico e político de uma sociedade democrática, a ordem constitucional.

O pretexto de satisfazer os interesses hegemônicos da economia global acaba por subverter a importância dos direitos fundamentais gravados na Constituição de 1988. Em nome desse processo se quer suspender o projeto político traçado no texto constitucional, fincado sobre as bases do princípio democrático e garantia dos direitos fundamentais.

O recrudescimento cotidiano do sistema punitivo, com a insistência no aumento da incriminação, da penalização e na subversão de princípios penais e processuais penais, com as justificativas de que são medidas imprescindíveis para contenção dos transtornos sociais de agora, dá-nos a dimensão exata do desvalor aos alicerces constitucionais.

A perplexidade toma conta dos juristas compromissados com a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que os paradigmas constitucionais que fundam o sistema de garantias vão sendo levianamente atropelados. Esse processo é fruto do empuxo irracional provocado

por fatos momentâneos, e que são tomados como regras na sociedade atual por oportunos com o fim de justificar as decisões tomadas e que mais se aproximam de esboços autoritários do que para o almejado estado da liberdade.

É perfeitamente natural que o discurso acadêmico fosse tomado por uma euforia libertária. Em tese, as liberdades constitucionais seguiriam na prática do cotidiano o caminho da expansão. O otimismo típico da Modernidade dava sinais de que o progresso na tutela das liberdades ocorreria de modo gradativo. Contudo, parece que caminhamos na contramão da história. Diante desse retrocesso, previsões normativas que criam novos patamares de direitos, ainda mais quando se fala de proteger “bandidos” podem não passar de mera declaração de intenções caso não haja um engajamento com o conteúdo garantidor da Constituição.

Neste quadro, a combinação entre o sistema penal e o cotidiano constitui-se em fonte produtora de exclusão social. Lembra Zaffaroni que o funcionamento do sistema penal tem a função informal de legitimar o genocídio contra os mais débeis.<sup>1</sup> Muito mais do que aplicar penas formais e excluir eventuais inocentes, há uma carga ideológica reveladora do sistema social vigente.

E é justamente no cotidiano forense, contaminado por uma tradição autoritária, é que os atos de arbítrio do Estado penal são referendados por meio de interpretações que a todo instante buscam salvar a lógica excludente do sistema penal. Basta lembrar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que deu amparo para que as invasões de domicílio, desde que justificadas posteriormente em existência de crime de tráfico, sejam legais.

Consoante pode ser extraído dos ensinamentos de Hannah Arendt é no cotidiano, por intermédio da ausência do pensar reflexivo, é que os atos de maldade se revelam com maior facilidade.<sup>2</sup> É bastante con-

---

<sup>1</sup> Conferir: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

<sup>2</sup> Conferir: ARENDT, Hanna. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia da Letras, 1999.

fortável, no agir irrefletido, decretar a exclusão judicial por meio de sentenças de técnica mecanicamente seguras.

Mas a racionalidade parece não bastar para pôr freio a esse quadro. Quando se imagina ter superado todas as expectativas em relação a surpresas, o cotidiano revela-nos novos escândalos, devidamente explorados e noticiados pela mídia, como que num enredo dos mais pueris de telenovelas, para prender a atenção e o escárnio de todos nós. O extremo do ridículo se revela. Muitos deixam de acreditar na democracia, velando os olhos para o fato de que o processo democrático é que nos permite enxergar melhor a realidade (se é que existe uma realidade, senão aparências).

Neste entusiasmo às avessas, cresce a euforia para que haja mais intolerâncias e ódio, elementos imprescindíveis para satisfazer o aumento do Estado punitivo, como se o caminho que restasse fosse aplacar o mal, pelo mal. Quanto mais se elevam tais proposições, mais descrença há no ente humano, mais distante vão ficando os direitos fundamentais que, diga-se, não é fruto de um momento, mas vivificado no cotidiano de muitos que se sacrificaram em lutas para que tais valores fossem definitivamente gravados na história democrática.

É preciso, mais do que nunca, e cotidianamente, ressaltar a importância de uma ordem democrática rígida, cuja robustez encontra-se justo na elevação dos direitos fundamentais como cerne de nossa estrutura jurídica e política. A persistência e solidez desse paradigma, que tanto sacrifício nos custou, não pode sofrer a tormenta de ventos ruidosos do preconceito, do ódio e da intolerância.

*Denival Francisco da Silva*

*Alexandre Bizzotto*

## AUTORES

### **DENIVAL FRANCISCO DA SILVA**

Doutorando em Ciências Jurídicas pela UNIVALI/SC. Mestre em Direito pela UFPE. Juiz de Direito em Goiânia. Membro fundador do GEPeC (Grupo de Estudos e Pesquisas Criminais). Autor de obras jurídicas e poéticas. Professor Universitário. E-mail: denivalfsilva@gmail.com.

### **TIAGO FELIPE DE OLIVEIRA**

Mestrando em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Advogado. Membro do GEPeC. E-mail: advtiagooliveira@gmail.com.

### **ALEXANDRE BIZZOTTO**

Doutor pela Univali-SC, Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Juiz de Direito e Membro fundador do GEPeC (Grupo de Estudos e Pesquisas Criminais). Autor de diversas obras jurídicas, com destaque para títulos sobre Direito Processual Penal e Lei de Drogas.

### **AIRTO CHAVES JÚNIOR**

Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor Titular de Direito Processual Penal e Direito

Penal pela mesma universidade; Professor de Direito Penal da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (EMPSC); Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC); Advogado Criminalista. E-mail: oduno@hotmail.com.

#### **LEONARDO COSTA DE PAULA**

Doutorando em Direito do Estado na UFPR, Mestre em Direito Público pela UNESA, Coordenador executivo da pós-graduação Processo Penal e Garantias Fundamentais na ABDConst, Coordenador regional do IBRASPP, Advogado Criminal.

#### **GABRIEL ANTINOLFI DIVAN**

Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Professor do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo-RS. Líder do Grupo de Pesquisa “Reclame as Ruas: direito Política e sociedade”. Advogado.

#### **THIAGO AGUIAR DE PÁDUA**

Mestrando em Direito e Políticas Públicas (PPG/Direito UniCEUB). Pesquisador-Discente do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC). Advogado. Bolsista Capes. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa Justiça Processual e Desigualdade (ISO) e Teoria (s) do Direito e Seus Sentidos Contemporâneos. E-mail: tsapadua@gmail.com.

#### **JEFFERSON CARÚS GUEDES**

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC/SP), Professor Doutor do PPG/Direito (Mestrado e Doutorado/UniCEUB). Advogado da União. Líder do Grupo de Pesquisa ISO - Justiça Processual e Desigualdade. E-mail: professor.carusguedes@gmail.com.

#### **JAMES E. ROBERTSON**

*Bachelor of Arts (Phi, Beta Kappa magna cum laude* pela Faculdade de Direito da Washington University, 1972), *Juris Doctorate* (Faculdade de Direito da Washington University, 1975), *Master of Arts* em Justiça Criminal (California State University, 1979), *Master of Law, LL.M* (Keble College, Oxford, 1988); é ainda professor da disciplina “*Corrections*”,



especializado em Direitos dos Prisioneiros e Penologia no Departamento de Sociologia e Correções da Universidade de Minnesota, e desde 2002 é o editor chefe do “*Criminal Law Bulletin*”.

**DANILO VASCONCELOS**

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela mesma instituição. Especialista em Direito Penal. Graduado pela Universidade Federal de Goiás. Professor das cadeiras de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Prática Jurídica-Penal na FASAM. Coordenador da especialização *lato sensu* em Ciências Criminais da mesma instituição. Advogado Criminalista, Sócio-Diretor da AVL e Advogados Associados s/s. Membro do GEPeC.



# MANIPULAÇÕES, LACUNAS E SUBJETIVIDADES NA LINGUAGEM DO DIREITO, SERVINDO COMO ATALHOS PARA AMPLIAÇÃO DO ESTADO PUNITIVO: A ESPECIFICIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS

*Denival Francisco da Silva<sup>1</sup>*

**Sumário:** Introdução. 1 O direito e/é linguagem: os direitos se dão pelas lutas constantes, ainda que tenham como fim a pacificação. 2 Os limites do poder de legislar e de decidir, diante da linguagem dos direitos fundamentais. 3 Crime hediondo: a ausência de seu conceito na Constituição não significa que o legislador ordinário possa dar a qualquer figura típica essa natureza jurídica. 3.1 O princípio da legalidade frente o poder e dever de legislar. 3.2 Violação ao princípio da legalidade pelo desprezo à vontade constituinte quando da instituição dos crimes hediondos e a perda semântica e etimológica do termo. 3.2 Restrições de benefícios e direitos previstos na Constituição aos denominados Crimes Hediondos e a impossibilidade de sua ampliação pelo legislador ordinário. Disposições Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Não obstante a necessidade da linguagem em qualquer uso do direito, pode-se afirmar que a maior perversidade do *não-direito* – no sentido da

---

<sup>1</sup> Denival Francisco da Silva. Doutorando em Ciências Jurídicas pela UNIVALI/SC. Mestre em Direito pela UFPE. Juiz de Direito em Goiânia. Professor Universitário.