

Prefácio

Nilo Batista

Em seu ensaio sobre a educação dos jovens, Montaigne recordou-se de um verso de Dante: “che non men che saper dubbiar m’agrada”. “Duvidar me agrada não menos que saber”. Esta bem poderia ser a divisa deste número da Contexto Jurídico, diante da inquietação crítica que perpassa os artigos ora publicados.

Para um velho professor, que ano passado jubizou-se por idade, afastando-se pois das aulas na graduação, a leitura desta safra de textos de acadêmicos de direito representou uma alegria e um conforto. De muitas fontes provinha a alegria, desde opções metodológicas mais fecundas, ultrapassantes de positivismo e formalismos, até saudável irreverência nas investigações. O conforto é bem claro: enquanto um está indo, dezenas estão chegando!

Gustavo Monteiro Ayres, da nossa UERJ, abre a revista advertindo sobre os riscos do poder punitivo para o Estado de direito. Registrando o permanente conflito entre o Estado de direito e o Estado de polícia, que luta incessantemente nos subterrâneos do primeiro por espaço e predominância – qual um câncer perturbando as células do organismo sadio – Gustavo chama a atenção para um processo político em curso. O Estado de polícia, como no fascismo, no nazismo ou nas ditaduras sulamericanas de segurança nacional, avança através do poder punitivo, tanto na criminalização primária (penas mais severas, novos tipos legais, criminalização do cotidiano etc) quanto ocupando posições no sistema penal. A tragédia do PT foi não ter compreendido isto, promovendo uma política criminal congruente com a direita (e portanto com o senso comum difundido pelo monopólio comunicacional). Apesar de toda a meritória redistribuição de renda arrecadada, apesar de ter retirado trinta milhões de compatriotas da miséria, o PT quase sucumbe neste momento a um (ab)uso do poder punitivo que ele mesmo ajudou a inflar e a alçar vôo.

Daniel Cardoso dos Reis (que concluiu o mestrado na UERJ sob minha orientação) retoma a grande *trouville* que Salo de Carvalho garimpara em Freud: as “feridas narcísicas da dogmática jurídica”. Ele se detém sobre duas delas, mas quero destacar uma: a função de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal. Destaco-a porque se trata de uma função que não apenas faz dos bens jurídicos instrumentos de legitimação do poder punitivo (se a lei penal efetivamente protege, quanto mais lei penal melhor) mas sobretudo constitui, na teoria do delito, a premissa de um conjunto de deduções e consequências que serão chamadas de “sistemáticas”, muito embora não passem de ficção... científica, se quiserem. Ao contrário, fazer da ofensa a

bens jurídicos um requisito indispensável da tipicidade objetiva é atribuir-lhes uma função redutora de controle material da criminalização (princípio da lesividade). Numa feliz metáfora, Daniel aproxima o operador jurídico alienado ao Carlitos na esteira da produção industrial, apertando mecanicamente os mesmos parafusos “repetida e infinitamente”.

Elton Nunes José Alves, também da UERJ, empreende um estudo sobre o delito do *insider trading*, detendo-se sobre as recentes etapas de sua consagração legislativa no direito comparado e examinando especialmente a primeira decisão condenatória no Brasil.

Helena Zani Morgado (esta foi minha monitora na UERJ, e já está fazendo mestrado), a partir da chamada lei geral da Copa, que para satisfazer os interesses comerciais da FIFA criou alguns tipos legais temporários, demonstra como seria inconstitucional qualquer condenação posterior a 31 de dezembro de 2014 (último dia da vigência daqueles tipos). A peremptória redação do princípio da proibição de retroatividade (“*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*” – art. 5º XL CR) impediu a recepção do artigo 3º do Código Penal; só falta avisar aos tribunais.

De Franca, terra de Abdias do Nascimento, Gislaine Menezes Batista lança um olhar implacável sobre a “constitucionalização simbólica”, sobre o fosso que separa as declarações grandiloquentes e sonoras de direitos de sua áspera privação cotidiana. Algumas contradições da Carta de 1988 são por ela expostas, do salário mínimo – que deveria atender às despesas do trabalhador e de sua família com “*moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*” (art. 7º, inc. IV CR), e, apesar dos inquestionáveis aumentos dos governos petistas ainda está longe de suprir tais exigências – à famosa função social da propriedade, extraviada na fumaça dos tiroteios com os quais a polícia cumpre mandados judiciais de despejo contra comunidades miseráveis que ocuparam terrenos de bom horizonte especulativo.

Raphael Caio Magalhães e Kalvin Benaïgnon de Oliveira Alves, ambos da UERJ, tomaram como objeto um precioso acórdão do TJRS. Por maioria, a 3ª Câmara do tribunal reconheceu tentativa inidônea na conduta de quem buscou introduzir drogas ilícitas numa penitenciária, sendo surpreendido pela revista. Trata-se de interessante questão jurídico-penal, que tem como pressuposto o conflito aparente de núcleos nesse tipo misto alternativo com a pretensão de esgotamento de todos os contatos físicos e relações jurídicas com seu objeto material. Menciono os nomes dos dois desembargadores – Diógenes V. Hassan Ribeiro, relator, e Nereu José Giacomolli – que criativamente não obscureceram a conduta de “*fornecer*”, finalidade do acusado a refletir-se obrigatoriamente no dolo, pela de “*trazer consigo*”, que

perante a primeira pode ser entrevista como ato preparatório. Trata-se de questão delicada, ainda em aberto, derivada, como outras, do estranho milagre que ocorreu com o tipo básico do tráfico de drogas ilícitas, ao qual a seu tempo Raúl Zaffaroni chamou de “multiplicação de verbos”.

Lucas Saldanha da Gama de Almeida, Karla Maria Pinheiro Ribeiro e Cristal Barreto Mastrangelo Teixeira, os três da UERJ, põem os dedos na ferida aberta da atrasada disciplina jurídica do abortamento entre nós, apesar do aresto da Corte Suprema sobre fetos anencefálicos. Como os três acadêmicos percebem, o abortamento por anencefalia representa o caso extremo de uma imensa constelação que mereceria ser tratada por uma genérica autorização “embriopática” (nascida do chamado caso Contergan, entre nós Talidomida) não prevista em nossa lei, que se limita a duas indicações muito restritas (a “sentimental” se limita à gravidez resultante de estupro; a “médica” à situação-limite de salvar vida da gestante). Um panorama de direito comparado põe de manifesto nosso atraso.

Gabriel Albernaz da Conceição, da Uerj, examina o aresto do Supremo Tribunal Federal que não declarou a inconstitucionalidade da agravante por reincidência. É difícil fundamentar a reincidência, porque ou se reconhece uma gravíssima violação da culpabilidade de autor, ou existe objetivamente um *bis in idem*. Ademais, na discussão sobre reincidência todos os discursos da linha “a penitenciária é uma escola do crime” se calam; mesmo sua demonstração, a reincidência penitenciária que pode ser orçada em fantásticos 70%, deve ser silenciada. Sim, porque tal realidade deveria converter a reincidência em atenuante, como aliás já foi proposto por Juarez Cirino dos Santos e outros. Impiedosa dissecação do voto do relator encontra aquilo que Warat designou por “senso comum teórico dos juristas”, coroado por uma “*ordem natural das coisas*” de cariz iusnaturalista teológico.

Por fim, Laíze Gabriela Benevides Pinheiro, já mestranda na UFF, se ocupa das perseguições a terreiros de Umbanda e Candomblé e dos pretextos jurídicos nelas utilizados (com prevalência da chamada “lei do silêncio”). Denunciando o etnocentrismo e a intolerância dessas práticas, muito arraigadas na formação social brasileira, Laíze equaciona o problema como conflito de princípios.

Não bastassem esses artigos, a revista ainda oferece, na Seção Internacional, os trabalhos do colega colombiano Jhaslen Ricardo Ramírez Lemus (sobre imparcialidade e autonomia do Poder Judiciário) e de Danilo Ruggero di Bella sobre um tema recente no direito internacional: a “*responsability to protect*” no âmbito da União Europeia. Corresponderia a cada Estado nacional o dever de proteger os cidadãos sujeitos a sua jurisdição de crimes contra

a humanidade, crimes de guerra, genocídio e limpeza étnica, impedindo também a instigação a eles.

Aí está, portanto, o novo e combativo número da *Contexto Jurídico*. Os jovens autores que o integram chegaram à Faculdade de Direito e, começando a desfrutar do prazer de conhecer, não hesitaram em incorporar a suas vigílias acadêmicas o mais fecundo prazer de duvidar. Nas páginas que se seguem, o resultado dialético desses primeiros passos.

Maio de 2015