

Os Crimes Contra a Vida na Reforma

Des. Sérgio de Souza Verani

Desembargador do TJERJ. Presidente do Fórum Permanente de Direitos Humanos da EMERJ.

O tema que me coube nesse painel foi de crimes contra a vida. Esse projeto é uma coisa horrorosa, como o Juarez Tavares já havia mencionado. Eu trouxe aqui o Código Penal de 1969. O Juarez falava na inspiração do Código Italiano de 1930. Mas o Código Penal de 1969 também inspirou a reforma. Todos sabem que o Código Penal de 1969 é aquele decreto-lei imposto pela Junta Militar, que deu um golpe dentro do golpe, depois da doença do Costa e Silva. Criou uma legislação extensa, muitas leis vigorando até hoje. Essa legislação da Junta Militar de 1969, com fundamento no A.I. 5, que possibilitava o Executivo, isto é, a ditadura, tornar-se, como toda ditadura, também o Poder Legislativo, e uma legislação especificamente ligada à questão econômico-financeira. Grande parte da legislação econômico-financeira ainda vem dos decretos-leis impostos pela Junta Militar em 1969. Esse Código de 1969 foi promulgado e revogado sem nunca ter entrado em vigor. Ele tinha uma série de defeitos, foi revogado e não entrou em vigor. Mas qual a inspiração do Código de 1969? O Código de 1969 é um decreto da ditadura, ele é imposto. Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, “usando das atribuições que nos conferem ... decretam:” E aí vem o Código Penal. E no final do decreto vem o nome dos três Ministros Militares: Augusto Rademaker, Aurélio de Lira Tavares, Márcio de Souza e Mello e o Ministro da Justiça, Luis Antônio da Gama e Silva. Sempre tem o Ministro da Justiça legitimando e dando o formato jurídico a essa extensa legislação.

Mas eu me lembrei imediatamente do Código de 1969 quando comecei a ler essa parte do projeto sobre crimes contra a vida, porque aparece lá no parágrafo primeiro: forma qualificada. E aí se cria uma nova forma de homicídio qualificado, na parte final do inciso I do parágrafo primeiro, e na última parte vem: “ou em contexto de violência doméstica ou familiar e em situação de especial reprovabilidade ou perversidade do

agente”. Traz-se para a norma penal um conceito que não é do direito. O conceito de perversidade é um conceito que o Código Penal de 1969 também vai utilizar. A Lei 6.416 de 1977 também vai utilizar. O que significa isso? Eu fico me indagando como o juiz, no Júri, vai fazer o quesito. O réu agiu com perversidade? Como delinear a existência da perversidade?

Na verdade, a expressão “perversidade” está vestindo um valor ligado à moralidade, à maldade do agente ou à periculosidade do agente, que também é um termo utilizado com grande intensidade para reforçar ainda mais o sistema punitivo. Mas a noção de perversidade é uma noção ligada à psiquiatria tradicional, especialmente, depois, com Freud, que estuda a perversão. Os estudos fundamentais de Freud são sobre a neurose, a psicose e a perversão. A perversão é um conceito difícil, complicado. E, como os autores dessa reforma utilizam um conceito que eu tenho certeza que eles não conhecem, eles não sabem qual é o conceito de perversão. Juarez pode até me confirmar isso. Juarez Cirino, que é um estudioso da psicanálise. Lacan depois também desenvolveu mais a questão da perversão, que é um conceito difícil de ser compreendido. Pega-se um conceito de outra área de conhecimento, do qual não se tem a informação devida, e usa-se esse conceito para qualificar um crime de homicídio.

E por que me lembrei do Código de 1969? Porque sempre esse conceito de perversidade, quando aparece no Código de 1969, é para realizar um aumento muito maior da repressão. Lembrando da Parte Geral do Código de 1969, que estabelecia o criminoso por tendência ou o criminoso habitual, que é, aliás, o modelo, embora não haja no Código, e o Código não tenha entrado em vigor, esse modelo, ou esse conceito de criminoso habitual ou criminoso por tendência existe no discurso judicial, no discurso das sentenças. Muitas sentenças criminais falam em um réu que demonstra tendência para o crime, é habitual, na prática; enfim, há uma concretização do conceito de criminoso habitual e de criminoso por tendência, que era um conceito normativo do Código de 1969, que falava de “criminoso habitual ou por tendência” e a ele era imposta a pena por tempo indeterminado. O criminoso habitual era assim definido, numa das hipóteses: “aquele que, sem condenação anterior”, portanto primário, “demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime”. Isso aqui aparece em sentenças de hoje. Daqui há pouco tem sessão na 5ª Câmara Criminal. Há sentenças que concretizam o Código de 1969, que nunca en-

trou em vigor, dizendo e afirmando “acentuada inclinação para o crime”. Esse é o criminoso habitual. E o criminoso por tendência, é aquele que, pela sua periculosidade, motivos determinantes e o modo de execução do crime, revela extraordinárias torpeza, perversão ou malvadez. Era a ideia moralista do Código de 1969, a moralidade impressa no Código.

Na aplicação da pena, muitas vezes a pena base é aplicada acima do mínimo porque o réu revela malvadez. Hoje ainda se escreve assim em muitas sentenças, que constituem uma violação à dogmática penal de que falava aqui antes Juarez Tavares. E utiliza a perversão. A reforma agora, já na segunda década do século XXI, fala: “quando o agente revela perversidade”, “em situação de especial reprovabilidade ou perversidade”. E é curioso porque, nessa ideia da perversidade, conceitos são utilizados sem nenhuma fundamentação teórica, sem nenhum conhecimento científico desse conceito.

Também o Código de Menores de 1927, que foi o nosso primeiro código de menores, usava o conceito de perversidade ou de perversão para classificar os chamados “menores delinquentes”. E a classificação do Código de Menores de 1927 era uma classificação dos menores delinquentes, que eram classificados como libertinos, viciosos, de má vida, de má índole, perigosos, delinquentes em estado de perversão moral ou moralmente pervertidos. Isso em 1927, com conceitos que já Lombroso começou a usar para determinar essa ideia da tendência para o crime, revelando quem são os perversos, o que significa isso. E isso se torna um homicídio qualificado, com pena de 12 anos.

Enfim, qualquer forma de homicídio poderá ser considerada um homicídio qualificado, dependendo da impressão subjetiva do promotor, também dos jurados, ou do juiz quando faz a pronúncia, de reconhecer que aquela conduta foi praticada com perversidade. Hoje, sem que haja essa qualificação da conduta, desse homicídio, se usa isso para aumentar a pena base do homicídio. “Ele tirou a vida de uma pessoa, então produziu um dano irreparável, a pena deve ser fixada acima do mínimo.” Homicídio é isso, produz um dano irreparável. A pena tem os seus limites, mínimo de 6 anos ou de 12, quando é qualificado. Então criam-se situações de exacerbação, de possibilidade de grande exacerbação do sistema punitivo. Quando veio a reforma de 1977, a Lei 6.416, que aliás trouxe boas inovações, estendeu o *sursis* para o crime de reclusão, que não existia, era

só para o crime de detenção. Mas a Lei 6.416/77 também vai estabelecer, quando fala da verificação da periculosidade, no artigo 77 – que depois da reforma de 1984 deixou de ser o 77 –, que deve ser reconhecido perigoso o agente, quando a periculosidade não é presumida por lei, quando na prática do fato o réu revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral. Depois de 1984, esses conceitos felizmente desapareceram do Código, mas não desapareceram do pensamento ideologizado do discurso judicial, não desapareceram da prática autoritária punitiva do sistema judicial, em que esse pensamento, esses valores são constantemente utilizados, como malvadez, como insensibilidade moral. Quem reincide na prática do roubo ou de outro crime revela insensibilidade moral porque não possui a ética necessária para a convivência e desrespeita a regra social da consideração ao patrimônio alheio.

Então, são formas de pensamento que continuam muito fortes e muito vivas. E o que isso tem a ver com os crimes contra a vida?

Em um outro momento também fundamental, acrescenta-se como forma de homicídio qualificado o inciso 6º do parágrafo primeiro do artigo 121: “quando o homicídio é cometido por dois ou mais agentes, em atividade típica de grupo de extermínio”.

Quem serão esses agentes em atividade típica de grupo de extermínio? O que significa grupo de extermínio? Estava vendo aqui o Prof. Cesar Caldeira, que tem um trabalho muito bom sobre o Júri dos policiais que mataram aquele menino que sequestrou o ônibus 174. Aquilo ali foi um extermínio, foi um exemplo de extermínio. Pegaram o menino e enforcaram o menino no camburão. Mas aquela conduta não será considerada extermínio. Os confrontos que a polícia realiza – os confrontos entre aspás – são uma prática de extermínio. Isso que é a prática de extermínio. Não precisa ter um grupo de extermínio nomeado, identificado. “Aqueles lá são do grupo de extermínio.” O extermínio é praticado abertamente, é praticado impunemente, é praticado sem que haja uma organização de grupo de extermínio: “vamos agora ali invadir o morro e vamos matar dez pessoas ou uma pessoa”. Não há essa combinação. O extermínio aparece naturalizado. Atiram e matam pelas costas, de qualquer modo, sem que haja a efetiva resistência. Esse extermínio naturalizado, consentido, legitimado não vai ser visto como prática de homicídio qualificado pela reforma do Código Penal, porque essa prática de extermínio tem sido historicamente consentida e legitimada.

Eu estava me lembrando de um e-mail que eu recebi do Patrick, do Ministério da Justiça, preocupado com a questão do auto de resistência, que tem a ver com essa questão de crimes contra a vida. Como fazer para que a polícia deixe de matar e, matando, não seja desconsiderada como fato criminoso essa morte. É porque se utiliza indevidamente, ilegalmente, a norma do auto de resistência, que é prevista no Código de Processo Penal, na hipótese de resistência, no artigo 292 e antes, no 284. Não significa que a polícia possa matar alguém. Em caso de resistência pode usar de força, mas não pode matar. Só pode matar naquelas situações legalmente previstas, fora disso não. Não pode matar porque está fugindo, porque olhou, ou porque é do tráfico. E tem-se utilizado há muito tempo essa norma para legitimar esses homicídios.

Esse é que é o grande extermínio, que não é um extermínio visualizado, visibilizado, mas é um extermínio que acontece todo dia. A polícia no Rio continua matando muito e há todo um discurso de que reduziu o número de homicídios, e naqueles índices que saem mensalmente. Mas como reduziu? Agora só tem setenta por mês. Então a polícia mata setenta pessoas, setenta cidadãos e isso é bom? Setenta são mais de dois por dia. Não poderia matar nenhum! É um dado absolutamente violador de qualquer organização democrática. Como enfrentar isso numa reforma? E aí dizem, “vamos punir os grupos de extermínio”. Não vão punir nenhum grupo de extermínio. Sequer se consegue que a matança policial que é realizada seja identificada como grupo de extermínio. Isso é o grande extermínio que se realiza pelo Brasil a fora. Semana passada, em São Paulo, a Rota matou nove. A Rota deu uma queda, ela que foi o grande modelo de matança de esquadrão da morte. Mataram nove, só de uma vez. Então o extermínio continua e a lei penal não vai dar conta dessa questão. Eu estava me lembrando do Giorgio Agamben, que tem um livro maravilhoso sobre essa questão, que é **O Estado de Exceção**. Aliás, o primeiro capítulo do livro é “O Estado de Exceção como Paradigma do Governo”. É no século XXI, o estado de exceção é um paradigma dos governos, que são autoritários expressamente, que se impõem. Aliás, o Juarez Tavares falou como essa reforma vai ser imposta e depois ele mudou, não falou “imposta”. É uma reforma imposta, é como o decreto da Junta Militar, sem discussão. Não tem discussão. É um modelo que vai se concretizando. Tem uma outra questão, o Juarez estava falando de crime culposos. Homicídio culposos – eu não sei se isso já foi falado ontem – em que cria-se uma

espécie de culpa gravíssima, no parágrafo 5º. Eu li e não acreditei como isso foi escrito por uma comissão de juristas. O parágrafo 5º do artigo 121 fala: “Homicídio culposo. Pena – prisão de 1 a 4 anos. Culpa gravíssima: se as circunstâncias do fato demonstrarem que o agente não quis o resultado morte nem assumiu o risco de produzi-lo (naquelas situações de dolo eventual) mas agiu com excepcional temeridade, a pena será de 4 a 8 anos de prisão. Então, é um homicídio culposo com a pena mínima de 4 anos, que não é doloso, porque não quis o resultado nem assumiu o risco, mas agiu com excepcional temeridade. O que é isso?”

Eu lembro que o Juarez Cirino falava desses conceitos vagos, abstratos, acho que ele até falava da gestão temerária. O que é agir com excepcional temeridade dentro do homicídio culposo? Um exemplo do Juarez Tavares: saiu do concurso de juiz, olha para o sinal vermelho e aí atropela alguém, é excepcional temeridade. Estava pensando naquilo que o examinador perguntou. Não podia sair depois da prova de juiz, tem que ficar descansando. Se sair, pode revelar uma excepcional temeridade e aí a pena vai ser de 4 anos no mínimo. E o parágrafo 6º ainda diz: “Incluem-se entre as hipóteses do parágrafo anterior a causação da morte na condução de embarcação, aeronave ou veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos ou mediante participação em via pública de disputa, corrida ou competição automobilística”. Isso para tornar o “pega” uma forma de dolo eventual.

Especialmente esse conceito de excepcional temeridade não significa coisa nenhuma do ponto de vista da dogmática penal. Mas isso vai possibilitar uma interpretação, se for transformado em lei, que já estou até imaginando, dos juízes dizerem “esse homicídio culposo é uma culpa gravíssima, então a pena mínima agora é de 4 anos”. Eu acho que vai haver o risco de uma produção de condenações até acima de 4 anos, porque a pena é de 4 a 8 anos, para esse homicídio com culpa gravíssima em virtude de ação com excepcional temeridade.

Estava falando de Freud, que estudou a psicose, a perversão e a neurose, e isso é um exemplo que pode-se chamar de um transtorno ideológico. Só um transtorno ideológico produz projetos dessa forma, não há outra explicação. Não estou acusando ninguém de nada, estou falando de transtorno ideológico no sentido da ideologia que vai sendo impregnada no pensamento social, no pensamento jurídico, e se acredita nisso. A ideologia tem essa capacidade de produzir ilusões, de produzir as belas

mentiras de que falava Marx. Acredita-se na bela mentira, nas ilusões da repressão, da segregação como discurso de defesa social, de manutenção da ordem e da segurança.

Em relação ao infanticídio, o parágrafo único acaba com a discussão sobre se quem participa do infanticídio responderia por infanticídio ou homicídio. O parágrafo único diz: quem concorre para o crime responderá pelas penas de homicídio. A discussão que sempre se fez se comunica ou não com a circunstância elementar do infanticídio, vai responder pelo homicídio. E o aborto continua sendo criminalizado, quer dizer, o que de bom poderia existir na reforma na parte dos crimes contra a vida era descriminalizar o aborto. Não há razão jurídica, muito menos de saúde pública, para que o aborto seja uma conduta criminalizada. Mas vão dizer: “mas reduzimos a pena”. Agora a prisão passa a ser de seis meses a dois anos. A pena atual é de um a seis anos. É uma perda de oportunidade para reconhecer que o aborto é uma questão gravíssima, referente à saúde pública, um sofrimento para a gestante e para todos que passam pela prática do aborto, e a gestante ainda é criminalizada. Pode-se também alegar que foram trazidos alguns pontos importantes, como, por exemplo, a exclusão do crime. Não há crime de aborto se houver risco à vida ou à saúde da gestante; se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual e na hipótese de anencefalia. E no inciso IV do artigo 128: “Não há crime de aborto, se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”. Então, para poder fazer o aborto sem ser considerada criminosa, a mulher tem que procurar um médico ou psicólogo, dizer que não tem condições psicológicas de arcar com a maternidade. Não pode dizer que não quer esse filho, não quer ser mãe naquele momento, isso não pode, engravidou tem que ser mãe. Para fazer o aborto, tem que ter uma condição psicológica negativa que a impossibilite arcar com a maternidade. É uma burocracia, e não se enfrentou a questão do aborto, nessa oportunidade.

Então, são situações da reforma que dão uma tristeza, mas mais do que tristeza, uma preocupação, porque reforçam conceitos absolutamente antijurídicos, como os de perversidade, de culpa gravíssima.

Eu estava me lembrando, ouvindo o Juarez Tavares falar, de um Júri em que ele foi advogado e eu fui Juiz do 2º Tribunal do Júri muito tempo. Havia o Presidente do Tribunal e havia o Juiz Sumariante, que era eu.

Depois, essa função foi transformada numa vara, Vara Auxiliar do Júri, e eu passei para essa Vara, que fazia o processo até a pronúncia. Mas eu presidia muito Júri, especialmente quando o 2º Tribunal do Júri era na Candelária, onde é hoje a Casa França-Brasil, naquele prédio belíssimo. Em 1977 houve a mudança para cá, no segundo andar. Paulo Baldez foi presidente do 2º Tribunal do Júri e ali se inaugurou o 2º. O 1º já era aqui, onde hoje é o Museu, e se instalaram o 3º e o 4º Tribunais do Júri. Aliás, na inauguração do 2º Tribunal do Júri, o advogado foi Evandro Lins e Silva, e era um processo de aborto. O Evandro fez um júri belíssimo, a partir de um poema do Brecht; eu trouxe o livro, mas não vou ler porque é um poema muito longo. O poema se chama “A infanticida Maria Farrar”. O poema é sobre uma mulher que matou – não era nem aborto, era infanticídio – a criança depois que a criança nasceu. Mas ela era uma sofredora, uma rejeitada. E com esse poema, o Evandro fez a defesa e a ré foi absolvida. A promotora era brilhante, Telma Diuana, que depois foi desembargadora pelo quinto do Ministério Público. Mas dois anos depois, em 1979, eu fiquei um tempo presidindo o Júri e inventei de chamar vários advogados nomeados como dativos. Foi um mês maravilhoso, com Humberto Telles, Evaristo de Moraes, Ronaldo Machado, Técio, Thompson e Barandier. Juarez Tavares foi fazer um júri de uma mulher que foi pronunciada de acusação de aborto. O Juarez fez um júri, vocês precisam ver o Juarez no júri! Ele é assim uma coisa fantástica! Ele lembra que o aborto foi feito com agulha de tricô, mas ela foi absolvida. E na votação, o júri negou que houvesse aborto, porque havia uma confusão sobre a causa da morte. Foi até um perito depor, o velho Nilson Santana. Acabou havendo uma desclassificação para lesão corporal. E eu, que era Juiz Presidente, como vou dar a pena? Com o auxílio do Juarez: é consentimento do ofendido. Está absolvida a ré pela lesão corporal em razão da fundamentação “consentimento do ofendido”. A vítima consentiu, ela quis fazer o aborto. E o promotor ficou desesperado!

Enfim, são lembranças que vieram. Como as minha lembranças do Juarez Tavares e do Juarez Cirino são antigas! Mas são muito boas e muito revolucionárias também. Eu já falei da outra vez, quando o Juarez Cirino esteve aqui há uns dois meses, e eu me lembrei da greve dos professores, a primeira greve dos professores de 1977. No início das primeiras greves, não só lá do ABC, mas dos professores do Estado. E havia uma greve dos professores universitários, não só das universidades públicas, como

também das universidades particulares. Houve várias assembleias, e nós trabalhávamos na Candido Mendes, em Ipanema, e ficávamos lá de greve, na portaria. Essa militância é pela defesa dos direitos, é pela vida. “Crimes contra a vida” deve ser alguma coisa ligada à defesa da vida, contra o extermínio, contra a exclusão, contra a segregação. E por uma prática judicial que efetivamente garanta.

Concluindo, eu me sinto muito honrado desta mesa estar sendo presidida pelo André, que é juiz do último concurso em que eu era presidente da comissão. O André foi meu aluno e eu fico muito orgulhoso disso. Como o Tiago Joffily, que também foi meu aluno e isso me causa um grande orgulho. Aliás, na UERJ quase todos os professores foram meus alunos e hoje eu aprendo muito mais com eles. São todos acadêmicos e eu sempre aprendo muito com os ex-alunos, e com o André eu tenho certeza que vou aprender muito.

Eram essas as considerações que eu queria fazer.

Obrigado. ❖