

## COSTA E SILVA, PENALISTA

NELSON HUNGRIA

Coube-me a honra de ser o magistrado escolhido para dissertar, nesta "solenidade judiciária", sobre a obra de "grande jurista pátrio já falecido", conforme se diz no ofício de convite que me foi endereçado. Não hesitei um só instante na preferência deixada ao meu alvedrio. Desde o primeiro momento, fixei, para esta minha conferência, o nome de quem se pode dizer que foi o mais apurado cultor da ciência jurídico-penal no Brasil: Antônio José da Costa e Silva. O que êle deixou escrito pode ser reconhecido como o *summum culmen* na bibliografia do direito penal pátrio. É obra de mestre, no mais lúdimo sentido da expressão. É cristalização de um saber autêntico, que só se adquire pelo perseverante e ávido aproveitamento do tempo no estudo e na meditação. Costa e Silva teve a posse inteira do árduo e movediço terreno da ciência penal. Conhecia-o polegada a polegada, nos seus velhos extratos e nas suas aluviões, nos seus caminhos batidos e nas suas trilhas mais recentes, nas suas desconcertantes encruzilhadas e nos seus intrincados meandros, nas suas torrentes borbulhosas e nos seus regatos sossegados. Tinha a visão aquilina do conjunto e dos pormenores. Nada escapava ao alcance da sua retina, à agilidade da sua percepção, à finura da sua análise, à sensibilidade do seu espírito científico. Versava com a mesma habilidade as soluções menos intranquílias e as *vexatae quaestiones*, expondo-as com clareza e precisão, submetendo-as ao seu agudo senso de crítica, orientando-as no sentido da unidade sistemática, da impecável harmonia de que se deve revestir um corpo de doutrina.

Ao contrário de muitos dos nossos escritores de direito penal, jamais abstraiu ou ladeou os problemas difíceis ou ingratos: defrontava-os com serena bravura e segurava-os firmemente pelas guampas. Não era um repetidor servil de idéias alheias, importadas do Velho Mundo ou da América do Norte. Comentando o direito penal brasileiro, não fazia caso omisso do

seu texto, para trasladar teorias e conceitos formulados em face de códigos alienígenas. Seus livros encerram a mais perfeita construção técnico-jurídica do nosso verdadeiro *jus positum* em matéria penal.

Havia em Costa e Silva, expositor admirável, um traço indicativo da genuína sabedoria: o amor à síntese. Não empregava o estilo copioso dos simuladores de erudição. Sabia gizar o exato contôrno das questões, resolvia-as com palhetadas magistrais. Nos seus períodos nítidos e escorreitos, sumariamente persuasivos como dinheiro à vista, não havia a demasia de um só vocábulo, uma só derivação inútil.

Ninguém fêz tão superiormente, como êle, o comentário e a crítica do Código Penal de 90. Discorrendo sôbre a evolução do direito penal pátrio e assinalando a sua derradeira etapa a partir da discussão em tôrno do projeto Sá Pereira, já assim me pronunciei: "... foi por essa época que Antônio José da Costa e Silva, então ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicou, para glória e orgulho da nossa cultura jurídica, o primeiro volume do seu "Código Penal" (1930). Dir-se-ia que atingíramos o ponto culminante de gradativa ascensão. Pela fiel informação doutrinária, pela solidez e riqueza de ensinamentos, pela perfeição técnica, concisão e clareza de estilo, êsse livro foi, e continua sendo, a obra máxima do direito penal brasileiro. Atualizou conhecimentos, devassou distâncias, retificou caminhos, fixou certas diretrizes. Comparou o nosso direito ao de outros países e nos pôs em contato direto com a profunda cultura jurídico-penal da Alemanha de antes de Hitler, da qual tínhamos notícias, quase que exclusivamente, pela antiga versão do Tratado de von Liszt por José Higino (cujo famoso prefácio, aliás, constitui, ainda hoje, uma das melhores páginas da nossa literatura penal). Só então nos refizemos da incerteza e insatisfação em que, sôbre vários problemas, nos deixavam os autores italianos, até ali reputados, no Brasil, mestres inexcedíveis da ciência penal. Só então pudemos verificar, não sem um certo desencanto, que os figurinos italianos, em que tão extaticamente nos inspirávamos, eram, por sua vez, em grande parte, inspirados e talhados nos riscos e moldes da alfaiataria alemã. A fonte limpa estava para além dos Alpes, alimentada pela mais penetrante sabedoria e o mais infatigável espírito de construção jurídica. O livro de Costa e Silva, cujo segundo tomo só veio a lume em 1938, foi o atestado inequívoco do quanto se elevava o nível da nossa cultura no campo da dogmática jurídico-penal. Realizou, em linhas esculturais, o mais perfeito trabalho de sistematização do nosso direito penal legislado. Alheando-se radicalmente à estéril e anacrônica polêmica das escolas, cujo borralho fôra revolvido, entre nós, por efeito reflexo da ce-

leuma provocada pelo malogrado projeto Ferri, apresentado ao governo italiano em 1921, Costa e Silva afirmava-se mestre insuperável na exposição técnico-jurídica dos princípios do Código de 90 e leis adicionais, no mesmo passo que, através de uma crítica superiormente esclarecida, arroteava as trilhas para um mais seguro e confiante empreendimento da reforma da nossa legislação penal.”

Foi, sem dúvida alguma, o mais bem informado dos nossos penalistas. Sempre atento às produções doutrinárias ou legislativas sobre direito penal, não lhe passava despercebido o mais leve ou longínquo tremor no solo da sua querida ciência. Jimenez de Asua, quando de sua visita ao Brasil em 1928, ficou surpreendido com a atualidade de sua cultura, e conta que “apenas publicado “el proyecto de Código penal aleman de 1927, Costa e Silva no solo tenia noticias de él, sino que lo estudió com esmero sus observaciones eram certerissimas” (Un viaje el Brasil”, 1929, página 87).

E enganara-se o mesmo Asua quando prognosticara, a respeito de Costa e Silva, que “sus quehaceres de magistrado le hurtan tiempo para plasmar en libros sus doctrinas”. Dêste equívoco veio a penitenciar-se o insigne penalista espanhol, ao receber o livro que, dois anos depois, Costa e Silva dava à publicidade. Em carta que lhe dirigiu, declarava Asua: “Acreditei, e assim o disse em meu livro “Uma viagem ao Brasil”, que os seus grandes labores de juiz lhe tiravam o tempo para escrever obras de tal monta. Vejo com júbilo que me equivoquei... Sinto admiração pelo homem que, sem descuidar de suas difíceis obrigações de magistrado, pode dedicar-se à empresa de escrever um livro de tanta responsabilidade e valor”.

Costa e Silva não teve pressa em escrever. Preservou-se contra o prurido da publicidade. Sabia que os livros duradouros são somente aqueles que trazem a marca das longas reflexões, dos aturados raciocínios, da persistente e escrupulosa revisão das idéias. Já era sexagenário quando publicou o primeiro volume do seu “Código Penal”; mas consagrou-se, para logo, mestre entre os mestres.

Pelo subido nível científico e impecável rigor de técnica, o livro revelava-o digno de uma cátedra universitária em Goetinge ou em Nápoles. As mais enredadas questões, os mais irreduzíveis quadrados da hipotenusa da ciência penal encontram ali soluções de incensurável acêrto, numa linguagem de rara limpidez, sobriedade e correção. Foi uma vigorosa percussão na quieta lagoa da rotineira doutrina penal indígena. No que respeita ao direito penal, antes do primeiro livro de Costa e Silva, não se pode deixar de convir com Asua quando, no seu *compte rendu* da visita que nos fêz, afirmava que “la cultura ju-

ridica brasileira no ha conseguido trepar a niveles altos” (ob. cit. pág. 69). Sõmente Costa e Silva nos deu, no campo da ciência penal, uma autêntica obra-prima, comparável às dos melhores autôres alemães ou italianos (pôsto que fora da Alemanha e da Itália o estudo do direito penal é mero diletantismo). Os temas eram versados sob aspectos até então desconhecidos em nossa literatura penal ou assumiam relêvo que ainda não havíamos sequer suspeitado. Todo o livro era uma sucessão de límpidas e incisivas lições, destacando-se as páginas sôbre o “Princípio da legalidade”, a “teoria da causalidade”, os “crimes à distância”, a “capacidade de direito penal”, a “culpabilidade”, o “dolo indireto”, a “responsabilidade objetiva”, o “êrro de direito” e o “êrro de fato”, a “actio libera in causa”, o “concurso de agentes”, as “justificativas” e os “accidentalis dilicti”.

Oito anos depois da publicação do primeiro volume, foi dado remate à obra, com o aparecimento do segundo tomo. Manteve-se êste na mesma altitude daquele, versando com inexcedível maestria o tema da pena em geral e das penas em espécie, os regimes penitenciários, os institutos da suspensão da pena e livramento condicionais, o concurso de crimes, as causas extintivas de punibilidade, e ainda contendo uma série de doutos “aditamentos” sôbre o “princípio da legalidade e analogia em matéria penal”, a “extradição dos nacionais”, o “problema da causalidade”, o “dolo criminal” e a “liberdade de imprensa”.

Penetrando no âmago das controvérsias, era com denodo e irresistível poder de persuasão que Costa e Silva defendia seus pontos de vista. Tinha predileção pelos autores alemães, sem desconhecer, entretanto, o grande mérito dos italianos. A êstes apenas criticava pelo excesso de logomaquia e verbiagem. Escreveu-me êle, certa vez: “Ninguém mais do que eu admira os criminalistas italianos, mas êles, como aquêle personagem de L’Idioma Gentile, têm precisão de um adstringente”.

Adversário irreconciliável de certos resíduos da doutrina medieval no direito penal moderno, não os poupava à sua crítica, por vêzes candente. A êle devemos o descrédito entre nós do famigerado “dolo indireto” (contra-senso que ainda nos impingia a doutrina franco-italiana) e da empírica peremia “dolus indeterminatus determinatur ab aventu”, de perniciosa influência no ânimo dos Juizes, para sistemático favor a criminosos.

Foi êle quem iniciou a ofensiva contra a obsoleta “responsabilidade sem culpa”, que, afeitos ao modelo italiano, ainda conservávamos na órbita do direito punitivo. Só depois dêle é que tivemos coragem de recolher ao museu da ciência penal o ominoso “versari in re illicita” que servia de fundamento à “imputatio facti et juris” pelo resultado casual. Não perdoava aos nossos projetos de novo código penal a conservação dessa an-

tigalha. “Em nosso país — dizia êle — os projetos de reforma se mostram cegamente alheios ao progresso que a respeito se operam nas legislações. Nêles se nos depara o mesmo defeito do código vigente: os resultados que qualificam as lesões corporais de graves independem de culpabilidade do agente. O art. 202 do projeto Sá Pereira assim dispõe: “Aquêlê que causou a morte, que não queria, nem podia prever como consequência dos seus atos, tendentes apenas a produzir lesão corporal, descontar-se-á por um têrço a pena do homicídio.” É a responsabilidade pelo caso fortuito na sua maior nudez e repugnância”.

Foi Costa e Silva o primeiro a impugnar, convincentemente, entre nós, o caráter subsidiário da legítima defesa (suprimido, por sua influência, no Código de 40). Assim discorria êle, com tôda justeza:

“O caráter subsidiário conferido pelo nosso código à legítima defesa é êrro que a ciência hoje em dia reprova. O apêlo à terceira pessoa, como meio de prevenir ou obstar a agressão, carece de valor, prático e teórico: nos verdadeiros casos de legítima defesa, a rapidez da reação nem sempre permite pensar nêle; e só o poder público, e não os particulares, tem obrigação de atender ao pedido de auxílio. A fuga não pode ser imposta ao agredido ou ameaçado embora sem perigo e sem humilhação. Só mal entendida moral cristã (*charitas christiana*) pode pretender que por essa forma se avilte o direito perante a injustiça. Pode o prudente aconselhar ao fraco que se dobre covardemente à injustiça; mas ao Estado não fica bem exigir dos cidadãos que assim procedam, pois seria arvorar a poltroneria em dever jurídico”.

Foi também êle que deitou a pá de cal sôbre a presunção absoluta de legítima defesa, no caso de violação de domicílio:

“Imperdoavelmente contraditório seria o legislador brasileiro se, exigindo para a legítima defesa da própria vida as condições restritivas do art. 34 (do Código de 90), as dispensasse em hipótese de igual ou menor gravidade, de simples periclitacão dêsse bem ou de lesão de bens de inferior valia (como a violação de domicílio)”.

O seu comentário sôbre as circunstâncias agravantes e atenuantes veio pôr em dia a nossa doutrina sôbre o assunto. Defendendo a adoção de uma cláusula generalis a respeito dos “*accidentalia delicti*”, foi um convencido paladino do relativo “*arbitrium judicis*” (consagrado, afinal, no Código de 40):

“Todos os escritores de política criminal estão de acôrdo em opinar que a individualização da pena não pode ser feita sômente pela lei. É sobretudo obra do Juiz, o qual necessita, para bem desempenhar-se dessa espinhosa tarefa, das mais amplas

faculdades. Ora, a enumeração limitativa das circunstâncias atenuantes e agravantes cerceia e embaraça a livre atividade dos juizes. O sistema (do Código de 90), portanto, não corresponde às hodiernas exigências da prevenção especial. Andam mui sãbiamente as legislações que, em vez dêle, adotam o de subministrar aos juizes indicações gerais e abstratas, que lhes deixem a necessária liberdade na determinação da medida da pena". E, em outra passagem, acrescenta:

"Durante longo tempo se considerou ótima a lei que menos ensanchas deixava ao arbítrio judicial. Bacon pôs isso em máxima. Contra semelhante desconfiança se ergueram debalde vozes autorizadas. Hoje a convicção dominante é de que, sem liberdade de ação, não pode o juiz criminal desempenhar proveitosamente, com eficácia, a sua importantíssima missão. Ainda há pouco, perante o parlamento alemão, afirmava o insigne professor Kahl: "...sem liberdade do juiz na determinação da pena, não pode o direito penal atingir o seu supremo escopo".

Seu estudo sôbre o capítulo das penas é uma das mais repletas e bem informadas páginas da nossa literatura sôbre o direito repressivo. Intransigente opositor da pena de morte, assim se pronunciava, incisivamente:

"... para livrar-se dos delinquentes, ainda daqueles que mais perigo oferecem, não necessita a sociedade de sacrificar a vida alheia, sendo assim a primeira a dar o deplorável exemplo de menosprezo ao bem supremo da existência".

Pleiteava o repúdio das penas de curta duração e opinava pela faculdade, outorgada "cum grano salis", do perdão judicial. Impugnava o conceito de que o livramento condicional é um mero favor, inclinando-se pelo reconhecimento do seu caráter de direito:

É inegável que com isso lucraria a eficácia do instituto. Não se pode com verdade dizer que o condenado tem as chaves da prisão nas mãos (como se exprime Garraud) quando o livramento condicional é um simples favor, e não um direito".

Tratando de "concursum delictorum", foi o primeiro entre nossos penalistas a mencionar, na conceituação do crime continuado, a teoria puramente objetiva, que, ainda por sugestão sua, veio a ser consagrada no Código de 40.

Infenso à analogia penal, erguia seu nobre espírito liberal contra o ferrenho direito penal autoritário que, na Alemanha, renegara a escola listscheana, abolindo o "nullum crimen, nulla poena sine lege":

"Somos intransigentemente contrários à admissão da analogia (que se distingue essencialmente da interpretação extensiva) em matéria de incriminação de fatos e cominação de penas. Não nos abalam os argumentos com que os adeptos da

opinião oposta tentam sustentá-la. Os de ordem política não merecem confutação. Quem considera a liberdade individual como coisa de somenos valia, diante dos interesses da coletividade; quem atribui a éstes predominância sôbre aquela não tem realmente motivo para temer o emprêgo da analogia, na esfera do direito punitivo. São conseqüentes os escritores da escola nazista. Alegam os defensores da aplicação analógica da lei penal que os perigos e maus resultados dêsse método podem ser evitados com a adoção de cautelas adequadas. Infelizmente nenhuma das cautelas propostas é suficientemente garantidora. Representam elas óbices bem frágeis, barreiras que, sem maiores dificuldades, serão transpostas pelo arbítrio judicial. Quando se recorre, como faz o nazismo, ao critério do “são sentimento do povo” ou à “consciência popular”, oscilam e se confundem os limites entre a auto-integração e a extra-integração da lei. A repressão punitiva passa a ser regulada, não pela vontade objetiva da lei, mas pelas variáveis e transitórias orientações da consciência coletiva...

Deve o nosso direito, inspirando-se no exemplo dos regimes antiliberais, abandonar êsse princípio (da proibição da analogia penal?). Apesar da íntima correlação que existe entre o problema da analogia no direito penal e as idéias políticas fundamentais, dominantes em certa época, temos que será passo errado, de desastrosas conseqüências, a renúncia à benéfica garantia que os nossos antepassados criaram contra os abusos do arbítrio judicial e em prol da segurança do direito”.

Extenso e profundo foi o influxo de Costa e Silva na elaboração do projeto do atual Código Penal Brasileiro, resultante da revisão do projeto Alcântara Machado. Em eruditos e percucientes artigos publicados no “Jornal do Comércio”, desta Capital, coubera-lhe a primazia de séria crítica ao trabalho do professor e político paulista. Já nomeada a Comissão Revisora, o então ministro da Justiça Francisco Campos, por sugestão minha, resolveu convidá-lo para cooperar na ingente tarefa, e fui eu próprio designado para portador do convite. Não o conhecia pessoalmente. Como me houvessem informado que era pessoa de gênio enfarruscado e pouco sociável, foi para mim gratíssima surpresa quando, ao procurá-lo no seu retiro da rua Tomaz Carvalho, em São Paulo, deparei com um homem acolhedor e amável, de coração à flor da pele, sem o mais remoto laivo de orgulho ou pretensão. Ao fim de pouco tempo, era como se fôssemos velhos amigos. Tinha razão Jimenez de Asua quando disse de Costa e Silva que “era um deleite escucharle”. Pela extrema lhaneza do trato, havia nêle mais de mineiro que de paulista. Sua estada em Minas Gerais, para onde o levava o grande presidente João Pinheiro, como juiz municipal da co-

marca de Caeté, afeiçoara-o à espontânea simplicidade da gente montanhesa. Conversamos no idioma que se fala no Estado central, de onde sou nativo. A princípio, objetou-me que a defesa do projeto Alcântara estava assumindo um caráter de política pessoal e de tal modo intolerante, que até o descorçoara de prosseguir nos seus artigos para o "Jornal do Comércio". Havia também o seu mau estado de saúde: submetido a uma cistostomia, não se encorajara à subsequente remoção da próstata, preferindo a continuidade de uma drenagem que, pelo incômodo produzido, o retinha constantemente em casa e lhe sacrificava a capacidade de trabalho. Pude, entretanto, com a minha instância, convencê-lo a aceitar a incumbência de uma supervisão da atividade da Comissão revisora sem afastar-se de São Paulo. De como se desempenhou da missão, di-lo a magnífica dissertação crítica que, sob o título "Ligeiras observações", enviou à Comissão, bem como a correspondência que comigo manteve assiduamente. Como sempre, demonstrou a opulência dos seus conhecimentos e o esmero da sua técnica. Só em breve esforço poderei, no espaço de uma conferência, fixar, e assim mesmo "per summa capita", os pontos de vista por êle defendidos, a maioria dos quais acabou prevalecendo no projeto definitivo do Código.

Começou êle pela questionada disciplina dos crimes à distância, aconselhando mais precisão na fórmula da teoria da ubiquidade, que reconhece equivalência entre o lugar da atividade criminosa e o da produção do resultado, ainda que, quanto a esta, fôsse outra a intenção do agente. Cumpria fazer incidir sob a lei brasileira não só o crime que no território nacional "devia produzir", senão também aquêle que neste "produziu" seus efeitos, embora em divergência com o plano criminoso.

A advertência foi aceita pela Comissão.

Em discrepância com a Comissão, refutou a impunibilidade da tentativa de crime culposo, citando o exemplo de Frank, relativo à hipótese de legítima defesa putativa por êrro inescusável e assim ponderando:

"Se o crime tentado pode ser um homicídio, como nesse exemplo, não posso acabar comigo em que se lhe decreta a impunidade, como faz o projeto (substitutivo). Por que a tentativa de um homicídio culposo não há de sofrer castigo?

É por acaso coisa mínima?"

No projeto definitivo foi acolhida a sugestão, suprimindo-se o dispositivo criticado.

Versando a questão do dolo, e em resposta a uma consulta minha sôbre o que pensava acêrca da equiparação entre o dolo eventual e a culpa consciente, assim discorreu, magistralmente:

"O dolo eventual não é uma criação puramente doutrinária.



É uma realidade. Não pode ser abolido sem deixar enorme lacuna. Reconhecem-no tôdas as legislações que já lograram desvencilhar-se do antigo dolo indireto. Não está nesse número a italiana. O que caracteriza o dolo eventual é o elemento voluntário representado pela aprovação ou aquiescência do agente. Na culpa consciente êsse elemento não existe... A *Einwilligungstheorie*, nascida e desenvolvida na Alemanha (onde mais se tem aprofundado a doutrina do dolo), está hoje grandemente espalhada. Os ataques de Dijk e Grossmann não a abalaram. Ela penetrou “auch in solchen Länder die ihr bisher abweisend oder indifferente gegenüberstanden” (Schaffstein, “Die Behandlung des Schuldarten im ausländischen Strafrecht sei 1908”, pág. 643). É necessário que os códigos, definindo o dolo, se refiram “*expressis verbis*” (como faz, por exemplo, o código polaco) ao dolo eventual? Respondo com Hafter: não. Desde que se diga que age dolosamente quem pratica o fato com conhecimento (consciência) e vontade, está compreendido o dolo eventual. Para afastar quaisquer dúvidas, todavia, será conveniente completar o pensamento. Tenho aqui diante de mim o projeto austriaco de 1927 (Kadecka). A segunda parte do art. 317 declara: “oder die Verwirklichung zwar nur far möglich halt, jedoch fur das Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist. O projeto Alcântara confunde dolo e intenção. Isto é muito comum. Mas em um código de nosso tempo, em que a técnica jurídica deve ser rigorosamente observada, cumpre evitar a confusão. A intenção é uma espécie de dolo — die schärfste Vorsatzart (Hafter, Lehrbuch, 1, pág. 111); mas não é o dolo”.

Foi com vigor que se manifestou contra a “preterintencionalidade”, que o projeto Alcântara fôra buscar ao Código italiano. Dizia-me em carta:

“Sabe muitíssimo bem o meu ilustre colega que ela não passa de antigo e desacreditado “*dolus indirectus*”. A ciência alemã, mais adiantada em matéria de dolo do que qualquer outra, de há muito desprezou essa espécie de dolo.

Só os italianos, por amor próprio, continuam a mantê-la”.

E em outro tópicó:

“Não me conformo em que no nosso vindouro código, em que se deve revelar o nível da nossa cultura jurídico-criminal, apareça essa velharia. A inclusão do elemento da previsibilidade do resultado pouco adianta. Caímos na “culpa dolo determinata”, repudiada pelo seu próprio criador (Feuerbach). A verdade científica é esta: a culpabilidade é dolosa ou culposa (sentido estrito). O dolo, uno na sua essência, é direto ou eventual; a culpa é consciente ou inconsciente.”

Referindo-se a um livro de STEFANO RICCIO, cuja leitura acabara de fazer, no estudo dêsse tema, fêz-lhe crítica cerrada:

“Foi uma decepção. Teve, porém, uma utilidade: fortaleceu-me a convicção de que a preterintencionalidade não merece as honras que os italianos e seus imitadores lhe tributam. Para justificar a existência da preterintencionalidade, procura o autor distinguir o crime preterintencional do agravado pelo resultado. Em substância, a distinção é esta: o delito *praeter intentionem* viola um único bem jurídico, embora com maior extensão; o delito agravado pelo resultado viola mais de um desses bens. Transcrevo-lhe as palavras: “Mentre il delitto preterintenzionale é reato strutturalmente único e autonomo, in cui la lesione giuridica é única, realizzandosi sul piano dello stesso bene, invece il delitto aggravato dall’evento é reato qualificato dalla circostanza del verificarsi dell’evento diverso non voluto, derivato da quello evento”. O delito preterintencional “é nella sua struttura qualificativa omogeneo a quello che si prevede e si vuole”. Em síntese e com a máxima clareza: no delito preterintencional só há um bem jurídico violado, e o evento ou resultado é querido. No delito qualificado pelo resultado os bens jurídicos violados são diversos e o evento ou resultado não é querido. Não sei como se possa seriamente sustentar identidade do bem jurídico da integridade corpórea com o da vida. E se tenha a coragem de qualificar de querido (doloso) o resultado que foi além da intenção. A teoria de RICCIO não é nova. Precederam-no MANZINI, MARSICO e outros. Não passa de mais uma tentativa para salvar a “preterintencionalidade”. É muito sabida a marcha evolutiva desse instituto que se enquistou no direito italiano. Criado pelos práticos da Idade Média, sofreu profunda modificação nos fins do século XVIII. Combatido, deu lugar à categoria dos delitos agravados pelo resultado. Durante longo tempo, não se exigia, quanto a este, qualquer grau de culpa (*sensu lato*). Hoje domina a idéia contrária: *Keine Strafe ohne Schuld*. O homicídio preterintencional não é mais do que o crime de lesões pessoais agravado pelo resultado. Este deve ser previsível. Está o professor RICCIO com a verdade quando escreve: “... requisito minimo per l’affermazione della responsabilità è la prevedibilità”.

Exaltadamente defendeu a adoção expressa do princípio “*nulla poena sine culpa*”. Pode dizer-se que foi o seu ponto de honra. Não me furto ao prazer de ainda transcrevê-lo:

“Entendo que o futuro código, para não incorrer na pecha de atrasado, deve repelir toda responsabilidade sem culpa (a *Erfolgshaftung* dos alemães). Assim o exige a consciência jurídica do nosso tempo. Assim o aconselha uma sã política criminal. O código polaco legisla a respeito na parte geral. Diz o § 2.º do artigo 15: “Les conséquences de l’acte qui entraînent une pénalité aggravée, ne sont prises en consideration que si l’auteur les prévoyait ou devait les prévoir”. O suíço preferiu

fazê-lo na parte especial, dispondo no artigo 124: "Hat der Tater die schwere Folge, die er verursacht, weder verursachen wollen, noch voraussehen können, so gilt für ihn die Strafe der korperverletzung die er verursachen wollte". Sem dúvida, o primeiro método é o melhor.

Qual a fórmula a ser acolhida? Proponho a seguinte:

"Pelos resultados que agravam especialmente as penas só responderá o agente que os houver causado pelo menos culposamente".

A Comissão, a princípio, concordou em inserir o seguinte dispositivo: "Pelos resultados que agravam ou aumentam especialmente as penas não responde o agente, quando derivados de caso fortuito"; mas, posteriormente, resolveu suprimi-lo, considerando-o supérfluo, não já porque deixara de ser repetida a vetusta fórmula do § 6.º do artigo 27 do Código de 90, que só atribuía ao "casus" efeito excludente de pena quando o agente não estivesse incidindo "in re illicita"; não já porque se repelia a culpa "ex-lege", ou não já porque se acolhera expressamente o princípio de que, salvo os casos expressos de punibilidade a título de culpa, ninguém responde pelo crime senão a título de dolo; mas porque, segundo a própria regra adotada sobre a causalidade física, o resultado não podia ser imputado ao agente quando produzido por caso fortuito. Como lhe desse eu a explicação, Costa e Silva replicou:

"Peço licença para ponderar que uma inovação de tamanha importância não pode ficar simplesmente implícita. Do sistema do projeto não me parece que se possa deduzir, com segurança, que se tenha querido acabar com o que alguém apelidou "o escalracho da responsabilidade sem culpa". É mister deixar este ponto fora de toda dúvida. A jurisprudência é rotineira. Continuará a aplicar a lei de acordo com as idéias tradicionais".

Sua inconformação refletiu-se ainda numa nota à página 9 do seu livro póstumo "Código Penal" (1943), em que lamenta a teimosia da Comissão revisora em não seguir-lhe o conselho.

Foi também reiteradamente que propugnou por uma conceituação unitária da culpa "stricto sensu", propondo o seguinte texto, em substituição à fórmula casuística adotada pela Comissão: "Diz-se o crime culposo quando o agente, deixando de observar a diligência a que era obrigado, não prevê o resultado, que podia prever; ou, prevendo-o, confia em que ele se não verifique". Delineava-se, na última parte, a culpa consciente, cuja menção, segundo ponderava, correspondia a uma evidente necessidade de ficar traçada a linha demarcatória entre o dolo e a culpa. Tendo a maioria dos membros da Comissão insistido na primitiva redação, voltou ele à carga, declarando-me em carta:

“A oposição da maioria da Comissão a um conceito unitário da culpa não me parece que tenha razoáveis fundamentos.

Deixar à doutrina e à jurisprudência a tarefa de decidir qual o verdadeiro conceito dessa forma de culpabilidade é procedimento talvez cômodo, mas que não pode merecer louvores. O assunto é controvertido (não tanto quanto se supõe, pois só duas teorias realmente se defrontam (a da previsibilidade e a da causalidade eficiente); mas é isso que aconselha o legislador a manifestar-se com clareza.

Muito bem escreveu Castori, na sua monografia acêrca da tentativa inserta no “Trattato”, de Cogliolo: “A me pare che quanto piú la scienza é oscillante tanto pou il legislatore ha il dovere di parlare chiaro, onde evitare di essere interpretado oggi in un modo e domani in altro, a seconda dei diversi criteri scientifici prevalenti”. Não posso esquivar-me a outra transcrição. O trecho é de Rocco (“Lav. prep. IV, 1.<sup>a</sup> parte 117): “... adossare la responsabilità della risoluzione di problema gravissimi alla dotrina e ella giurisprudenza è, da parte del legislatore, una vegliaccheria intellettuale”. A frase final não deixa de ser bastante áspera. Mas já alguém disse muito bem que a verdade é como cabeça de macela: quando não amarga, não presta. Um dos pontos mais importantes, em matéria de culpa (s. s.), é a delimitação desta. Isso só se consegue satisfatòriamente com uma definição genérica, onde apareça a distinção da culpa em consciente e inconsciente (com previsão ou sem ela).

O futuro código não será obra perfeita se mantiver a tricotomia — imprudência, negligência, imperícia”.

Não se resignou com a fidelidade da Comissão à fórmula casuística e no seu ulterior comentário ao nôvo Código assim se exprimiu:

“O Código atendeu à resolução da 1.<sup>a</sup> conferência de Criminologia, que se efetuou, no Rio, em 1936, mantendo quanto à culpa, a redação do Código de 1890 (artigo 297), com exclusão da frase “na sua arte ou profissão”. Não foi feliz. Ficou indefinida a verdadeira essência da culpa. Nenhuma referência fez à culpa consciente. Essa referência era necessária. Bem o compreendeu o código italiano”.

Increpando de retardatário o critério da irrestrita irrelevância do êrro de direito, sugeriu que se introduzisse o seguinte preceito: “Quando o agente, praticando a ação ou omissão, tiver fundados motivos para supô-la lícita, nenhuma pena lhe será imposta. Se, culposamente, incorrer em êrro, reduzir-se-á de um a dois terços a pena cominada para a mesma ação ou omissão”. E explicava:

“A frase fundados motivos, que também pode ser “razões suficientes”, corresponde à do código suíço — zureichenden

Grunden. Inspirei-me, quanto ao conteúdo do dispositivo, na lição de von Hippel. Como êle argutamente pondera, o erro culposo de direito (Rechtsfahrlasigkeit) não é a execução culposa de um delito (Tatbestandsfahrlasigkeit).

A pena do primeiro deve ser a do crime doloso, embora algum tanto reduzida”.

Retrucando a uma objeção minha, escreveu-me:

“Diz-me o colega: “Julgamos perigoso, entre nós, a abolição do caráter irrestrito dessa irrelevância (do error juris). A abolição, como eu propus, não me parece que possa oferecer perigo. A eficácia do “error juris” só se verificará quando o agente tiver fundado motivo para supor a ação permitida (lícita). Isso não poderá acontecer na grande maioria dos crimes, naqueles que trazem em si mesmos o cunho de imorais. O “error juris” ficará limitado aos delitos de criação política. E só quando não fôr atribuível à culpa. O projeto muitíssimo confia da magistratura. O arbítrio que êle lhe concede na fixação da medida da pena é enorme. Por que recear que ela não saiba cumprir o seu dever, em se tratando de erro ou ignorância de direito?”

Como se sabe, a Comissão acedeu em admitir a relevância do “error juris” em matéria de contravenções.

Discorrendo sobre a fórmula da legítima defesa, expendeu conceitos tão razoáveis, que a Comissão não vacilou em endossá-los. Foi por sugestão sua que se aboliu a subsidiariedade da “inculpata tutela”. E hoje, com três anos de experimentação do Código, lamento que não tivéssemos aceito a sua fórmula sobre o “excessus defensionis”: “Quando forem excedidos os limites de legítima defesa, responde o agente por dolo ou culpa, mas poderá o juiz, atendendo às circunstâncias, reduzir de um a dois terços a pena a ser aplicada”.

Sobre a tormentosa questão da responsabilidade penal, a contribuição de Costa e Silva foi de molde a provocar uma radical contramarcha da Comissão, conforme já tive ocasião de acentuar em conferência sob o título “A responsabilidade em face do novo Código Penal”, proferida na Sociedade de Criminologia.

A simplificada redação do preceito sobre a co-autoria, tal como ficou no projeto definitivo, foi também inspiração sua.

Ao ingressar no capítulo das penas, pleiteou ardorosamente pelo isolamento inicial na execução das penas privativas de liberdade, contrapondo-se ao ponto de vista de Roberto Lira, que prevalecera a princípio, sem restrições, no seio da Comissão.

“Considero da maior necessidade — dizia êle — a segregação absoluta durante a primeira parte da pena. Essa segregação temporária está em vigor onde quer que domine o regime progressivo. É a primeira etapa de execução da pena, destinada a dar ao sentenciado uma forte impressão da seriedade do castigo e a pro-

porcionar à administração penitenciária dados de que ela necessita para a exata classificação do mesmo sentenciado”.

A Comissão cedeu em parte, restabelecendo o confinamento, como período de prova, no sistema da pena de reclusão.

O setor das agravantes e atenuantes mereceu-lhe especial cuidado, e muitas das suas sugestões foram acolhidas. Foi por insinuação sua que a Comissão rejeitou o critério de cota prefixa de aumento ou diminuição decorrente dos “accidentalia delicti”. Dizia êle:

“O projeto Alcântara fixa aritmeticamente a proporção do aumento ou da diminuição. Cerceia, pois, a liberdade do Juiz. Está muito atrasado. Mais de acôrdo com as modernas idéias a respeito do arbítrio judicial é o projeto Sá Pereira (antes e depois da revisão)”.

Impugnando a inclusão da “culpa consciente” como agravante, enviou à Comissão, que acabou em franca rendição, uma pequena monografia, em que não se sabe o que mais admirar: se a vastidão da cultura, se a pujança da argumentação ou o primor do estilo. São páginas que ainda publicarei, quando tiver de coligir os “trabalhos preparatórios” do Código vigente.

Múltiplos foram seus reparos ao capítulo das medidas de segurança e ao de “extinção da punibilidade” (rubrica por êle sugerida).

Sobre uma das causas extintivas da punibilidade — o “subsequens matrimonium” — enviou dissertação interessantíssima.

Extensa foi, igualmente, a sua contribuição na “parte especial” do “substitutivo” (nome que Alcântara Machado dera ao projeto revisto), notadamente quanto aos “crimes contra a pessoa” e aos “crimes contra os costumes”.

Foi a seu conselho que o impròpriamente chamado “homicídio preterintencional” passou para o setor das “lesões corporais”. Assim dizia êle:

“Fala o n.º I do § 3.º (do antigo artigo 311 do “substitutivo”) em homicídio preterintencional. É uma velharia. O homicídio “praeter intentionem” não é homicídio. É o crime de lesões corporais seguido de resultado mais grave. Esse resultado, se culposo (previsível, não previsto), deve ser imputado ao agente; se filho do acaso (imprevisível), não pode ser pôsto em conta do mesmo agente. Um código penal digno de nosso tempo não pode dar acolhida ao arquivelhe dolo indireto”.

A previsão do homicídio privilegiado antes da do homicídio qualificado foi por êle reclamada:

“No parágrafo que trata da figura do homicídio especialmente atenuado não se acha a espécie do homicídio comum definido na parte inicial (na cabeça, diria, o Dr. Alcântara) do artigo. Deve portanto o § 2.º vir logo após essa parte. A pena cuja re-

dução o parágrafo permite é a do homicídio comum. Colocado êsse parágrafo depois do relativo ao homicídio qualificado (especialmente agravado), dúvidas podem surgir na prática”.

No tocante à licitude do abôrto de estuprada, aconselhou prudência:

“A impunidade do abôrto provocado pela própria gestante, quando a gravidez provenha de estupro, afigura-se-me, em mais de um sentido, perigosa. A origem da gravidez dará lugar a muitíssimas discussões. A prova será sempre difícil. O abortamento, sem a exigência da intervenção de pessoa habilitada, porá frequentemente em perigo a vida ou a saúde da gestante. Melhor fôra reconhecer a impunidade apenas no caso de ser o abôrto provocado pelo médico. O projeto tcheco-eslovaco, apesar de admitir em larga escala o abôrto, só lhe declara a impunidade em caso de estupro, se praticado por pessoa habilitada. E não se contenta com isso: exige que seja indubitável a proveniência da concepção: “quando é indubitável que a concepção se deu por estupro” (§ 286). Penso que no nosso projeto se deve incluir uma coisa semelhante. Dir-se-á, por exemplo: “Quando a gravidez resulta provadamente (indubitavelmente) de estupro”.

O médico, diante dessa cláusula, precisa estar certo da verdadeira origem da gravidez. “Procederá levemente, criminosamente, o médico que se contentar com afirmações da gestante ou de outros interessados”.

Também neste ponto, a Comissão lhe ouviu, em parte, a advertência.

Criticando a fórmula primitiva do projeto revisto sôbre o crime de “sedução”, assim se externou:

“No capítulo relativo à sedução e corrupção de menores sublinharei o seguinte: Chamando-se sedução à primeira das figuras criminosas aí descritas, era natural que, no respectivo conceito, entrasse essa idéia (a sedução). Veja-se quão mais perfeito é o modelo suíço: “Wer eine Unmundige... durch Missbrauch ihrer Unerfahrenheit und ihres Vertrauen zum Beischlaf verfuhrt...”. Aliás a cláusula — durch Missbrauch etc., cláusula incompleta, é perfeitamente dispensável. Não a insere, por exemplo, o código alemão: Na idéia de sedução está incluída a do abuso de inexperiência, confiança, fragilidade etc. da menor”.

Seria prolongar indefinidamente esta conferência se me empenhasse na tarefa de esmiuçar todo o “apport” com que Costa e Silva contribuiu para o projeto que se transformou no atual Código Penal. Não há talvez um só dos seus dispositivos que se não ressinta, quer na essência, quer na forma, pelo menos de um retoque seu.

Resta-me, porém, falar, de relance, acêrca de sua obra póstuma: os seus comentários sôbre o nôvo Código. Até agora sô-

mente o primeiro volume foi publicado. Ele aí está nas mãos de quantos se interessam pelo direito penal no Brasil. Sobressai entre os mais perfeitos livros que já se editaram sobre o vigente diploma penal. Não há ali uma palavra de mais ou de menos. É uma construção técnico-doutrinária do mais alto valor. É um fio de Ariadne a guiar-nos a salvo não só por entre os litígios da ciência penal, senão também por entre os equívocos e mal-entendidos provocados por uma sôfrega literatura conseqüente ao advento do nosso Código. É certo que, num ou noutro ponto, discordo do pranteado mestre; mas sou o primeiro a reconhecer que se trata de questões ainda em pleno debate. Assim, por exemplo, o "caput tempestarum" do prévio cálculo da pena-base, separadas as circunstâncias judiciais das circunstâncias legais. Já em carta que me dirigiu, pouco antes do seu falecimento, notificara-me da divergência, que depois appareceria no seu livro. Lamentava a dificuldade na aquisição do livro de Roberto Lira (edição da "Revista Forense") sobre o capítulo das penas, e declarava: "... interessa-me bastante a opinião do dr. Lira sobre a exegese do artigo 50. Pesa-me estar em desacôrdo com o meu caro amigo a respeito da maneira de fixação da medida da pena, e queria ter a meu lado uma autoridade do calibre (estilo de nossos dias) do dr. Lira". Não fôra a firmeza da minha convicção e eu teria bandeado para o campo adversário...

Quem conhecia a crescente agravação da moléstia de Costa e Silva pode avaliar o quanto de sacrificio lhe custou a diligente atividade de colaboração e ulterior análise do Código de 40. Dê-se se pode dizer que foi inexcedível no concurso para a evolução científica e reforma legislativa do direito penal no Brasil.

E não terminarei esta minha palestra sem recordar que Costa e Silva, além de vértice entre os publicistas do direito penal pátrio, foi um magistrado exemplar, cujas decisões representam altos relevos da jurisprudência nacional, pelo seu acendrado espírito de justiça e insuperável erudição. Era, sobretudo, um juiz de rija têmpera moral. Certa vez, como lhe pedissem apontamentos sobre a sua vida, respondeu: "Vida simples, dominada pelo heroísmo mudo da carreira". Escreveu Jhering (foi, se bem me recordo, na "Finalidade do direito") que o juiz devia muitas vezes levar a própria pele ao mercado. Para isso é preciso coragem, a coragem moral. É esse o predicado máximo do magistrado".

Costa e Silva foi uma nobre inteligência e um adamantino caráter ao serviço do direito como sentimento, como idéia e como ação.