

## CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

### Costa e Silva, um Penalista de Geração Espontânea \*

*Basileu Garcia*

Catedrático de Direito Penal na Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo.

O Instituto dos Advogados de São Paulo, que aqui represento por delegação do seu presidente, rejubila-se em participar da homenagem tributada à memória de ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA no transcurso do centenário do seu nascimento.

A influência dêsse penalista alcançou todos os círculos da elaboração jurídica em nosso país e dela a classe dos advogados não se beneficiou menos que a dos juizes. Se êstes encontraram, no exemplo que nos legou, a persuasão de que o absorvente exercício da judicatura, por exaustivo que seja, não sacrifica, antes estimula, o gôsto da pesquisa desinteressada, aquêles entrevêm na sua obra o raríssimo caso de uma dedicação sem limites ao Direito pelo Direito, pelo prazer de servir-lhe e aprimorá-lo.

COSTA E SILVA, para aprofundar-se no Direito Penal, nunca sentiu o aguilhão da necessidade, como acontece com o advogado que lida na Justiça Criminal, ou o Promotor Público, ou o Juiz do crime, ou o bacharel que levanta os olhos cobiçosos para uma docência livre ou uma cétedra que lhe possibilitará projetar-se no seu meio, aprendendo progressivamente, enquanto ensina a mais bela das disciplinas jurídicas. Foi um penalista de geração

---

\*. Discurso proferido em sessão solene do Tribunal de Justiça de São Paulo, em homenagem que prestou à memória de COSTA E SILVA ao comemorar-se o centenário do seu nascimento.

espontânea, que descobriu, por si mesmo, os encantos da ciência penal, e passou a namorá-la às escondidas, durante muitos anos, dir-se-ia que platonicamente, se depois não aparecessem os frutos esplêndidos do seu amor.

Nas comarcas pelas quais andou, Caconde, São Simão e mesmo Santos, fracos foram os incentivos para a convivência com os tratadistas que mais tarde se soube terem-no acompanhado invariavelmente. Neste Tribunal, desde que para aqui veio como Ministro em 1922 até aposentar-se em 1930, pertenceu sempre a uma câmara civil, jamais tendo passado pela antiga Câmara Criminal e de Agravos. Supõe-se que ocultava o seu pendor para o Direito Penal. Ou talvez não quisesse macular, no contacto doloroso com a sordidez humana, a beleza das teorias que o empolgavam.

No Direito Penal, com efeito, ao lado das paragens deslumbrantes, a que se alçam as incógnitas da filosofia e da dogmática, que atraem uma inteligência sagaz como a de COSTA E SILVA, existem as misérias do terra-à-terra, cotidiano, a que as teses abstratas só de longe em longe se aplicam e que levam o estudioso a pensar, desalentado, na inutilidade das suas esforçadas elucubrações. Nas quais, todavia, perservera.

Os pobres réus esfarrapados que comparecem cabisbaixos ante os magistrados, freqüentando as salas de audiências e os presídios, nem suspeitam que o gran-guinhol de infortúnio que palpita em seu redor é o núcleo de problemas tormentosos que povoam a mente de alguns teóricos, os quais, entretanto, raro descem dos píncaros onde se controvertem as idéias para a planície pantanosa da realidade em que medra o crime. Há os que chegam a encostar no lodo a ponta do sapato. COSTA E SILVA, porém, viveu lá em cima.

Se quisermos aproveitar uma classificação da Criminologia, diremos que o seu penalismo não foi ambiental, mas biológico. Não foi determinado por fatores exógenos,

e sim por fatores endógenos. Nasceu penalista, numa predestinação em que não se vislumbram influxos externos. Talvez por isso a sua vocação haja sido tão apurada e tenha conseguido atingir grau tão notável de aperfeiçoamento.

Em época em que o nosso Direito repressivo se consubstanciava primordialmente num código tido, embora com exagêro, como o pior dos vigentes, COSTA E SILVA bordou-lhe comentários que de certo modo o transfiguraram. O velho estatuto de 1890 como que remoçou e brilhou nas apreciações daquele penalista de mais de sessenta anos, que vivera a armazenar conhecimentos, preparando lentamente as suas observações à margem dos textos legais, para um dia, em 1930, surpreender o mundo jurídico com a mais rica messe de conceitos que até então, aqui, haviam brotado nesse campo.

Os comentários que consagrou à Parte Geral do primeiro Código Penal da República, em dois volumes, o segundo dos quais só veio à luz após decorridos oito anos, tiveram a mais lisonjeira repercussão, por um conjunto de atributos que se podem assim exprimir: estilo conciso, de claridade solar; linguagem exata, como a dos melhores modelos do idioma português; citações discretas, jamais com transcrições, que se tornam fastidiosas; utilização apropriada do direito comparado, mostrando-se a par não só da legislação penal de todo o orbe, como dos projetos mais recentes; elevado critério no selecionar as fontes doutrinárias, revelando um manuseio delas muito assíduo e cuidadoso; consulta direta aos autores alemães contemporâneos, que eram quase inacessíveis a nós latinos e cujos trabalhos nos foram assim descortinados, não com a arrogância dos que gostam de ostentar cultura, mas até com a modéstia de quem busca arrimo para afirmações corretas, e realmente o acha.

Sente-se, contudo, desde êsse primeiro livro de COSTA E SILVA, que o argumento de autoridade não o impressiona e que êle raciocina com uma independência abso-

luta, corrigindo por vêzes equívocos sedimentados na tradição e inovando a cada passo com as luzes não só do seu saber como da sua reflexão serena, desapaixonada e sem preconceitos.

O dom que julgo mais saliente nesse penalista é o seu magistral poder de síntese, com que, em uma só página, ou em poucas linhas, apresenta na sua totalidade as manifestações que se enredam em cipoal sôbre complexos assuntos, proporcionando-nos um quadro sugestivo, em que os prós e os contras ficam ao alcance do discernimento do neófito. De tal sorte, ao cabo de uma tarefa que nos bastidores deve ter consumido longo tempo, mas que se exhibe em fugazes minutos, o espectador que o acompanha é seguramente induzido a lhe aceitar a conclusão, delineada em sumárias proposições. Observe-se, por exemplo, o que êle consigna em tôrno dos que reconizam ou repelem a responsabilidade das pessoas jurídicas, para deduzir, afinal, sucintamente, não lhe parecerem, de *lege ferenda*, “de grande solidez as razões com que os adeptos da exclusão a sustentam”.

De quando em vez, o relêvo especial de um tema o obriga a uma dissertação mais extensa, e êle, como que constrangido ante o vulto desusado das suas considerações, desce ao roda-pé, assim prevenindo indiretamente sôbre o cunho optativo da leitura de um trecho que, pelo tamanho, refoge ao seu método, verdadeiramente didático.

É o que sucede com o oportuno estudo a respeito da pena de morte, no 2.º volume dos comentários ao Código de 90, publicados um ano após a implantação do ominoso Estado Novo, que arremedava a mística nazista, não podendo, pois, deixar de providenciar a restauração do suplicio extremo. A objurgatória candente, mas ponderada, que COSTA E SILVA redigiu e se lê no citado volume, profligando a pena máxima com o seu modo muito pessoal de expor, é digna de figurar numa antologia do que de melhor já se construiu no afã universal por erradicar das

legislações a mais degradante das formas de vilipêndio à criatura de Deus através do Direito punitivo.

Ao colocar o problema, recorda: “As constituições de 91 e 34 terminantemente a proibiram. Infelizmente, o terremoto político de 10 de novembro do ano próximo passado (1937) deu por terra com o regime democrático — liberal, sob o qual vivíamos. Os dominadores da nova situação não podiam esquecer, para triunfo de suas idéias e de seus planos, êsse instrumento indispensável aos governos que se apelidam de fortes — a pena de morte. A carta constitucional da data supra autoriza o emprêgo dêsse engulhoso meio de repressão em determinados crimes de natureza política e no homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade”.

E, após reportar-se a vários preceitos que concediam ao Tribunal de Segurança a faculdade de impor a pena capital: “De entristecer é que se tenha ousado introduzir em nosso país, sem maior necessidade e contra o espírito e os sentimentos do povo brasileiro, fundamentalmente bondoso e compassivo, essa pena que, na feliz expressão de um argentino ilustre — o embaixador CÁRCANO — es una herrumbre en la legislación contemporanea”.

Parece que a desaprovação que assim se inaugurava e se alastrou dissuadiu o autoritarismo indígena.

Quando, pouco depois, se tratou a sério da organização de um novo Código Penal, o nome de COSTA E SILVA apareceu, obrigatoriamente, entre os dos que deveriam compor a Comissão Revisora do projeto ALCÂNTARA MACHADO, cujas deficiências — que as tinha, sem dúvida, apesar das suas muitas qualidades — êle começara a debulhar numa série de artigos, logo interrompida por motivo que elegantemente escondeu, sendo de crer que desejou não magoar a sensibilidade à flor da pele do eminente professor da Faculdade de Direito, cuja atividade sobre-humana na preparação do novo estatuto e cuja revolta ante as críticas que lhe foram dirigidas abreviaram os dias da sua existência.

Mas COSTA E SILVA, como todos sabem, por doença, de precisar ir a médico, e possivelmente por aquela doença incurável de paulista, que é a timidez, se esquivou a integrar a Comissão, aquiescendo apenas em trocar com ela os seus pontos de vista pela via epistolar.

Dessa maneira, ainda, como o atesta NELSON HUNGRIA em conferência reproduzida no livro *Novas questões jurídico-penais*, a sua contribuição merece o qualificativo de extraordinária. Foi uma voz de prudência, revestida de sabedoria, que se fêz ouvir a cada instante.

Na presente oportunidade, em que se comemora um século após o nascimento do grande penalista de São Paulo, seria bom que os anais que registram esta homenagem transcrevessem, como um reconhecimento público do mérito excepcional de COSTA E SILVA, a fundamentada explicação daquele conceituado co-autor do Código Penal de 1940 sôbre os aspectos em que, ponto por ponto, prevaleceram no vigente corpo de leis as propostas do conspícuo membro dêste Tribunal.

Promulgado o Código, a faina de COSTA E SILVA prosseguiu, nas anotações que lhe dedicou e não pôde completar porque a morte o colheu. Não pôde, sequer, — suprema tristeza — ter aquela grata emoção, que só os autores de livros conhecem, de ver em letra de fôrma, nas provas tipográficas, à espera de sonhadas correções, ora mínimas, ora essenciais, o escrito que se acha na fornalha da qual vai sair, na ante-manhã, o pão supostamente glorioso do seu espírito. Aqueles que passaram pelo suplício, que é simultâneamente um prazer dionisíaco, da revisão de um livro, em que se tem o ensejo de última hora para mudar as próprias opiniões, olham compadecidos para a advertência “publicação póstuma” que a Companhia Editôra Nacional pôs no pórtico do 1.º volume dêsses comentários.

Afigura-se, em algumas passagens, que a sua penetração no âmago das normas, talvez por antever a morte que se aproximava, é menos completa do que nos dois

tomos sôbre o Código precedente. Urgia terminar, antes que a Parca chegasse.. Não se depara, no entanto, um êrro, não se lobra uma falha na exteriorização, sempre lapidar, do seu pensamento. As linhas que nos oferece continuam a dar aquela illusória impressão de que nasciam ao correr da pena (de outros, hoje, se diria ao correr da máquina. .). Engano ledo e cego. COSTA E SILVA não era homem para improvisações, nem mesmo para demasiada pressa. A sua expressão é o resultado de frases em que o raciocínio se tortura, se esmaga, até condensar-se numa fórmula cristalina, lúcida como diamante. Erra, creio, quem lhe imagina pinceladas displicentes, quando o retoque meticuloso de quem não executa nada abaixo de obra-prima é o característico perceptível da sua produção.

Ao segui-lo, conclui-se que, sem embargo dos auxílios mediante correspondência, muitos defeitos haviam restado no novel Código. E passaram pelo crivo da sua análise percuciente, polida, mas franca.

Os seus reparos frutificaram, como se pode notar no anteprojecto de Código Penal dado à publicidade há pouco mais de três anos. O seu autor reconsidera, em certos lances fundamentais, posições que assumira na feitura do Código em vigor, para se situar, agora, em harmonia com ensinamentos de COSTA E SILVA.

Num ponto, entretanto, observo que não preponderou — e é de lamentar-se — a lição do jurista cuja memória reverenciamos. Há, nos meios onde se pratica o Direito Penal no Brasil, uma preocupação mórbida com o abrandamento do seu caráter retributivo, o que quase o converte num direito premial, graças à prodigalização, mais e mais corajosa, de favores que transformam a pena privativa de liberdade numa alegre vilegiatura em lugares pitorescos e amenos. Quer-se, ao que consta, que a pena seja uma pura blandícia. Essa tendência poderá redundar num convite ao crime, em país como o nosso escassamente protegido contra a criminalidade.

O anteprojeto ainda em debate, ao cuidar dos fins da pena e sua atuação, toma pela trilha concessiva dos que pensam mais em sua excelência o réu do que nos imperativos da prevenção geral.

Volvamos, neste passo, a nossa lembrança para COSTA E SILVA, que, baluarte da dignidade humana e portador de um coração generoso, como se viu a propósito da pena de morte, proscree as confusões nocivas que comprometem a preservação coletiva. Ele não se deixa levar pelos devaneios dos que acreditam que a pena não tem o direito de castigar, mas tão só redimir.

Redima, sim, mas castigue, com humanidade, porém com a energia suficiente para ser eficaz. COSTA E SILVA não sente o escrúpulo ultra-moderno de escrever: “a pena que o delinquente *deve purgar*” e em estabelecer, para comêço de conversa, que “a pena é uma retribuição: *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*”.

Ao encerrar estas pálidas palavras de homenagem, congratulo-me, em nome do Instituto dos Advogados, com o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo pela feliz iniciativa que teve de uma comemoração que dá lustre a um valor autêntico.