

Atingindo o final de sua carreira, como desembargador do Tribunal de Justiça do Estado, com assento na 1.^a Câmara Civil, interrompeu suas altas funções de juiz, reclamados que foram os seus serviços na Chefia de Polícia vindo a falecer aos 59 anos de idade, nesse alto posto, a que sempre serviu com dignidade, inteligência e nobreza. Nas homenagens póstumas que, por aquela ocasião, lhe prestou o mais alto tribunal de justiça do Estado, o seu presidente, desembargador Nísio Batista de Oliveira abrindo a sessão, numa síntese magnífica, assim fez o elogio do ilustre morto:

— Colhido pela morte em pleno exercício do cargo de desembargador da 1.^a Câmara Civil, aí estão os seus acórdãos a atestar a sua fulgurante inteligência e a sua cultura jurídica, constituindo o seu desaparecimento uma perda sensível para a magistratura do Estado.

Em verdade, o desembargador José de Paula Mota foi um grande juiz e um nobre cidadão.

DOCTRINA

A pena de morte (*)

NELSON HUNGRIA

Ministro do Supremo Tribunal Federal

O movimento de abolição, no mundo civilizado, desse resquício de barbaria, que é a pena de morte, perdeu a aceleração com que se iniciara desde o tempo de **Beccaria**. O mundo contemporâneo, sacudido por sucessivas e arrasadoras guerras, parece ter renegado a mais indeclinável das normas de cultura: a inviolabilidade da vida humana. Para isso contribuiu, igualmente, a implantação dos chamados "governos de pulso forte", que não vacilaram em imolar o indivíduo na ara de intransigentes e ferózes "interesses coletivos", segundo **místicas** escogitadas para legitimação do mais desabrido e ferreno estatismo.

A civilização vinha-se processando no sentido da irrestrita valorização da vida humana e da crescente solidariedade entre os homens. Debruçada sobre as retortas dos laboratórios e no incessante afã de suas experiências e pesquisas, a ciência cuidava de descobrir os meios de preservação da vida e saúde do ser humano. De seu lado, a política administrativa de todos os países empenhava-se no programa de reduzir, por todos os meios preventivos e curativos, os coeficientes de mortalidade. No plano internacional, por sua vez, multiplicavam-se os tratados e congressos, a fim de se evitarem com os desentendimentos belicosos, as hecatombes humanas, chegando-se mesmo a crer na possibilidade da **Civitas Máximas**, a superar diferenças e rivalidades entre os povos. Mas, desgrazadamente, vieram as conflagrações mundiais, a dementada cosmovisão dos períodos interbélicos, os incaroáveis **ismos** racistas ou classistas, o triunfo ge-

(*) Conferência pronunciada em 26 de maio de 1951, na Faculdade de Direito de Belo Horizonte. — Minas Gerais.

neralizado da filosofia de Nietzsche, e a ética do **homo-socialis**, repudiando séculos de gradativo aperfeiçoamento, dir-se-ia que preferiu buscar seus padrões no recesso das selvas, entre os brutos e irracionais.

Em outra época, procurava-se realizar o paradoxo de humanização da própria guerra, proscrevendo-se o uso de certos engenhos de morte, ou impondo-se a adoção daqueles que mais permitissem a eventualidade de sobreviver aos combatentes feridos. Hoje em dia, entretanto, com o emprêgo da bomba atômica, que veio substituir o enxofre e fogo do vingativo Deus bíblico, são destruídas, em menos de um minuto, populações inteiras de não combatentes, pelo só crime de viverem no país inimigo.

A vida humana passou a não valer mais que a vida de uma formiga ou de uma abelha. A "moral do assassino" difundiu-se pelo orbe terrestre. E nada mais lógico portanto, que se retornasse ao preconício da pena de morte, que é, sob a veste legal, a mais requintada forma do homicídio deliberado e a sangue frio.

Prevaleceu a mentalidade bismarqueana, segundo a qual, se a pena de morte é um anteparo, ainda que da espessura de um fio de cabelo, contra os malfeitores, a autoridade do Estado tem o dever de montá-lo para defesa social. O problema da pena capital está, porém, em saber se ela é, realmente, **necessária**. Admita-se que ainda as mais impressionantes razões de ordem sentimental não poderiam convencer da ilegitimidade da pena de morte, se esta fosse, positivamente, um meio de utilidade social. Ora, o que precisamente se deve contestar é essa utilidade. Ou, pelo menos não foi isso demonstrado com argumentos irrefutáveis.

Segundo observa **Sutherland** ("Principles of Criminology", 1939, pág. 560 e seguintes), o método usual de se verificar a eficácia da pena de morte é cotejar a percentagem da grande criminalidade, à que, de regra, se limita essa medida drástica, nos países que a conservam e nos países que a aboliram. Pois bem; o resultado, a que se chega com o estudo dos dados estatísticos, é um desmentido categórico aos que sustentam a necessidade da **pena mortis** pelo seu extremo caráter intimidativo.

Nos países escandinavos, onde essa pena foi suprimida, os homicídios (que são os crimes praticamente únicos a que se comina à pena capital), apresentam um algarismo de cerca de metade dos

que se praticam na Inglaterra, não obstante seu tradicionalismo relativo à **death penalty**. Não é menos significativo o que ocorre na União Norte-americana, entre os Estados que repudiaram a pena capital e os que a mantêm ou a restabeleceram. Nenhum aumento da grande criminalidade nos primeiros e nenhuma diminuição dela nos últimos. E o que mais é: nos Estados com pena de morte, é onde mais se praticam os linchamentos sumários, evidenciando-se o predomínio da brutalidade sangrenta onde a própria lei é a primeira a desconhecer o respeito do direito à vida. A ausência de decréscimo ou de recrudescência de homicídios, respectivamente nos países conservadores e nos países abolicionistas da pena de morte, já foi explicado por **Tarde** na sua **Filosofia Penal**: quando um país se decide a abolir a pena de morte, é que, desde muito tempo já, a criminalidade violenta estava em declínio, devido a causas diversas, que continuam a operar; ao contrário, quando um país restabelece a pena de morte, o aumento da grande criminalidade prossegue, sob o influxo dos mesmos fatores etiológicos, que não desaparecem com a ameaça ou profusa execução do homicídio legal.

Após uma detida análise do tema, em face da desconcertante realidade, **Calvert** ("The Death Penalty Enquiry", 1931) chegou à seguinte conclusão: "em caso algum, em qualquer parte do mundo, pôde ser reconhecida a evidência de um permanente aumento de crimes contra a vida como resultado da abolição da pena de morte, e, em muitos países, é precisamente o contrário que tem ocorrido, isto é, um sensível decréscimo". A lição da experiência histórica revela que não há relação de causa a efeito entre a maior severidade das penas e a diminuição de criminalidade. É uma ilusão o suposto decisivo efeito de intimidação que se atribui à pena de morte. Não escapou isso à argúcia de **Beccaria**: não é a intensidade da pena que faz maior efeito sobre o espírito humano, mas a extensão dela, porque a nossa sensibilidade é mais fácil e estávelmente movida por mínimas mas reiteradas impressões do que por forte, mas transitório impulso. Não o terrível, mas passageiro espetáculo da morte de um delinqüente, senão o demorado exemplo de um homem privado de liberdade, é que é o freio mais enérgico contra os crimes. As longas penas de segregação são menos desumanas que a pena de morte e nem por isso deixam de ser tanto ou mais eficazes do que esta.

Houve um tempo em que os adversários da pena de morte postulavam sua substituição pela **prisão perpétua**, desde que se tratasse de criminosos considerados **incorrigíveis**; mas veio a reconhecer-se, e com toda a razão, que a prisão perpétua ou indeterminada no tempo era um critério ilógico: se, em relação a certos criminosos, o encarceramento não corrige, é absurdo mantê-los indefinidamente no cárcere, sem tentar-se outro meio de corrigi-los. Surgiu então, o instituto da **medida de segurança**, que é preconizado como um complemento da pena, para o fim exclusivo de **recuperação** dos criminosos profundamente anti-sociais e irredutíveis ao regime carcerário. Afirmou-se o esclarecido e generoso pensamento que Saldaña ("Nueva Penologia") assim exprime: "No hace falta matar el hombre: debe matar-se al criminal en el hombre". Não é necessário matar o homem: deve matar-se o criminoso no homem.

Tôda a evolução do direito penal subverte-se, de chofre, com a adoção da pena de morte. Todo o aturado esforço de política penal no sentido da reassimilação social do delinquente é renegado, e substituído por um sinistro espetáculo de matança. Ao invés da plástica de almas humanas ou da refinada "técnica de regeneração", uma friste **magarefada**, uma repulsiva cena de sangue ou um lúgubre método de matar. Ao invés de processos ortopsíquicos, que tornem possível ainda que um **minimum** de adaptação social nos mais endurecidos criminosos, a guilhotina, a cadeira elétrica, a força, o fusilamento, o machado do carníface, os gases tóxicos nas câmaras de morte. A pena capital é tudo quanto há de mais anti-estético.

Os assassinos, como é sabido, são uma classe heterogênea. Há os desprovidos de sensibilidade moral; há os emotivos ou passionais, para quem o crime ainda que hediondo, é, de regra, um acidente isolado no seu **curriculum vitae**. Há os "fronteiricos", de cor dúbia entre a anormalidade e a loucura, que não possuem o poder comum de auto-crítica e de auto-governo. Pois bem; a pena de morte, inacessível a qualquer individualização, os nivela todos, para esmagá-los com a mesma cega indiferença de uma pedra que despeinha. Não é um sistema penal, mas um ato arbitrário, brutal e inútil de vingança. É como diz **Prins**, o gesto de quem mata por matar. Compare-se o assassino a uma fera, e nem assim se justificaria, já consumado o assassinio, a sua eliminação, segundo a **lex talionis**.

É natural que um caçador de feras, ao encontrar um tigre

na jungla, o mate sem hesitação, mas, se o vê reduzido à impotência, entre as grades de ferro de uma jaula, praticaria um gesto estúpido se o dessangrasse com um golpe de azagaia.

A pena de morte não é necessária, nem mais exemplar ou mais intimidativa que a longa privação de liberdade. Não se pôde ainda comprovar que a pena de morte seja mais eficiente que a pena de encarceramento. A criminalidade liga-se a causas mais profundas que a modalidade da punição ou a intimidabilidade desta ou daquela pena. A exacerbada crueldade das penas no Oriente, a fereza dos suplícios da Idade Média, todos os requintes já inventados pela arte macabra de tomar vida por vida não foram capazes de servir de freios aos malfeitores. A coação psicológica exercida pela pena de morte é, tal como a decorrente da pena de prisão, meramente relativa. No cálculo do delinquente, nem sempre é dissuasiva a ameaça da pena, por mais rigorosa que seja, porque ele sabe que, só será punido se o seu crime for descoberto, e tem a esperança de poder escapar à justiça repressiva. Raciocine-se que, se a pena de morte é terrificante no momento de sua execução, não o é no momento do crime, por isso mesmo que o delinquente conta com a possível impunidade, e é certo que grande número de crimes fica impune, por falta de prova da autoria.

Na primeira fase do positivismo penal, pleiteou-se a pena capital como meio de eliminação radical e econômica dos criminosos rotulados de **incorrigíveis**. Defendia-a **Garofalo** como instrumento de **seleção artificial**. Mas no próprio seio da escola positiva, o insigne **Ferri** declarou-se adversário da pena última, não a incluindo entre as "sanções" do seu famoso projeto de Código Penal Italiano, pois não a considerava necessária ou seriamente eficaz e, para auferir dela uma vantagem realmente completa, do ponto de vista da seleção social, seria preciso proceder-se à execução em massa dos criminosos **natos e incorrigíveis**, — o que seria impraticável no estado atual de nossos costumes e de nossa civilização. E já hoje, inteiramente desacreditada a tese de criminosos natos ou estruturalmente incorrigíveis, ficou sem base a argumentação dos positivistas em favor do homicídio legal. Ninguém é criminoso por inelutável instinto, inclinação irredutível ou fatalidade orgânica. Não há criminosos **no cueiro**. Não há diferença visceral entre criminosos e não criminosos. O indivíduo mais respeitador das leis, o mais típico

homo medius pode ser, na expressão de **von Hentig**, um **criminoso de emergência**.

A confissão de **Goethe**, de que não havia crime algum para cuja prática não sentisse recondita inclinação, poderia ser repetida por qualquer homem. Em todos os seres humanos existe, de par com o instinto social, uma disposição ou tendência, mais ou menos acentuada, mais ou menos capaz de exteriorização, no sentido dessa conduta anti-social, que se convencionou chamar crime. Em cada um de nós existe um **pequeno diabo**, mais ou menos necessitado de água-benta. A geral potencialidade para o crime não significa jamais **proclividade inexorável** ou **predisposição fatal**, mas apenas que, das certas circunstâncias ou situações concretas, qualquer indivíduo pode "cair" no crime. Se a "queda" não é a regra, mas a exceção, vem isso apenas de que a resistência psíquica ou esforço da vontade, no sentido da conformação social da conduta, **pode** vencer, e mais freqüentemente vence, as tentações e os impulsos em sentido contrário, — o que exclui a concepção puramente causalista ou determinista do crime defendida pela escola antropológica ou a escola sociológica.

Não há uma constituição especificamente delinqüencial. O que há ou se pode reconhecer são personalidades mais ou menos providas, por diversa influência da disposição congênita e do mundo circundante, da faculdade de auto governo, de resistência moral, de volição controlável; mas isso não quer dizer que qualquer delas sempre e invariavelmente deixará de reagir pelo crime ou de se inscrever irremissivelmente no rol dos criminosos. A reação pelo crime será **mais fácil**, mas não **peculiar** aos frouxos de inibição. Quanto mais débil a resistência psíquica, tanto maior a facilidade de êxito dos motivos para delinquir, e quanto mais vigorosos os freios inibitórios, tanto mais prementes terão de ser os motivos, para que triunfem; mas, em princípio, todo homem pode delinquir.

Por outro lado, não se pode dizer que haja criminosos **incorrigíveis**. O que há são criminosos **incorrigidos**, isto é, irreduzíveis aos meios de correção até agora conhecidos. É o que já acentuava, há 50 anos, **Concepción Arenal**, no Congresso Penitenciário de S. Petersburgo. A persistente inafeição social de alguns delinquentes é apenas o atestado da insuficiência dos vigentes processos

correcionais. Não se pode jamais perder a esperança de transformar um criminoso inveterado num elemento útil à sociedade.

No Congresso Penal e Penitenciário Internacional de Praga, em 1930, dizia **Kellerhals**, com a sua autoridade de experimentado diretor de penitenciária: "Devo declarar que jámais encontrei, no curso da minha experiência, um indivíduo verdadeiramente incorrigível. Nos casos em que não logrei exercer a desejada influência sobre o prisioneiro, tive a impressão de que isso decorria de nossa própria culpa, pelo simples fato de não termos sabido encontrar o método adequado para conquistar o prisioneiro com êxito". É um ilogismo, a afirmação apriorística de incorrigibilidade. Merece inteira adesão este conceito de **Quintiliano Saldaña**: "O delinquente não é uma pedra, mas um homem e, portanto, pode mudar, é susceptível de se modificar". O mais perverso e obstinado malfeitor pode ser **ressocializado**, tal seja a habilidade do processo empregado para tal fim.

Como diz **Rohland**, "não há homens absolutamente bons, do mesmo modo que não há caracteres absolutamente maus, ou delinquentes natos; por isso mesmo é possível, ao contrário do que entendia **Schopenhauer**, uma modificação do caráter, ensinando a experiência que, mediante sério esforço, muitos o conseguem". Toda personalidade tem o seu núcleo na vida psíquica, e esta não está sujeita à rígida causalidade do mundo físico. Os mais modernos dados científicos atestam que nela existe, até certo limite, **espontaneidade** ou **originalidade**. A vontade, elemento psíquico primário, pode ser **influida**, mas nunca perde a possibilidade de coatuar para imprimir fisionomia à personalidade, superando inclinações ou tendências. Cumpre não exagerar o influxo da disposição congênita e do mundo circundante na formação da personalidade. Esta não é simples **produto**, pois tem atividades próprias. Não é mero joguete entre dois sistemas de influência, mas também alguma coisa que, ao ir-se formando e ao funcionar, tem em si elementos que lhe asseguram relativa iniciativa própria ou autonomia. Os fatores endógenos e exógenos exercem influência sobre a personalidade, mas não são sua **causa** exclusiva e inelutável. A personalidade não é simples conjugação de tendências inatas e estímulos mesológicos, pois entre tais fatores sempre evolui a vontade, com o seu mais ou menos incondicionado poder seletivo. A sua relativa **estabilidade** ou **cons-**

tância não quer dizer exclusão de auto-determinação ou determinismo cego, mas um relativo **modo de ser**, um certo conjunto de **probabilidades** de conduta em tal ou qual sentido. Não se priva, jamais, da possibilidade de um **quid novi**, por isso que, no seu funcionamento, está sempre presente um núcleo de volição autônoma. A entender-se diversamente, todo homem, com a sua **acabada e imutável** personalidade, teria de reagir sempre da mesma forma em face dos mesmos motivos ou das mesmas circunstâncias, — o que é desmentido pela experiência cotidiana.

Afora os casos de ação puramente reflexa, ao **homo typicus** (a cujo quadro, em geral, não se alheia o **homo delinquens**) jamais falta a faculdade de volição livre, ou, seja, a possibilidade de escolher entre os motivos que o solicitam, de modo a poder agir, em qualquer situação, num determinado sentido ou em sentido diverso. Reafirme-se uma vez mais: a vontade pode ser **influenciada**, mas não necessitada. Quanto mais fraca, tanto mais falível, mas, ainda assim, nada tem de irrecorivelmente passiva. Não é um simples **papel carbono** na estrutura e desdobramento da personalidade. Não se apresenta esta como resultante mecânica e definitiva de causas **ab interno e ab externo**, de modo que nunca se poderá negar a possibilidade de recuperação social de um criminoso, por mais integrado que esteja no mundo do crime. A retificação da personalidade orientada por desfavoráveis fatores endógenos ou exógenos no sentido do conflito com a ordem social é sempre possível, mediante a auto ou hetero-educação da vontade para o fim de adequada resistência psíquica ante os estímulos anti-sociais. Será, às vezes, difícil ou mesmo inviável com os meios corretivos tradicionais ou até agora aplicados; mas não deixa de ser, em qualquer caso, um dado lógico. Não há destino que não possa ser modificado.

A pena de morte não é exemplar. Justamente observa **Adolphe Prins** ("Science penal et droit positif") que as execuções capitais, quando públicas, como as querem os que a defendem a título de **pena-terror**, exercem perniciosa influência no seio das multidões, despertando instintos sanguinários e tendências mórbidas para o crime. Acharam, por isso mesmo, nos países em que ainda se aplica a pena de morte, de evitar a publicidade de sua execução, que se realiza em pátios fechados ou câmaras secretas. E indaga-se: como considerar-se exemplar um espetáculo que é preciso ocultar? A exem-

plaridade da pena de morte é desmentida, entre outros fatos, pelo muito significativo de que mais de um carrasco já sofreu tal castigo por crimes idênticos aos de suas antigas vítimas legais...

Modernamente, não obstante vedado o exibicionismo das execuções, a imprensa sensacionalista, que logra testemunho de seus arrepiantes episódios, compraz-se em descrevê-los com o maior realismo possível; e sabe-se da repulsa indignada que aos espíritos bem formados causam tais descrições. E' que a esses, como acentua **Taft** ("Criminology", 1948), se apresenta o raciocínio de que, se ocorre um crime de morte, não é a execução do criminoso que restituirá a vida à desgraçada vítima, e não há provas de que outras penas não sejam tanto ou mais eficazes que a retaliação brutal contra o assassino. Comparado ao horror da execução, o crime do condenado à morte perde o seu chocante relêvo. A pena de morte não é uma reação em legítima defesa, como inculcam os seus partidários, mas uma vindita fria e demoradamente meditada. Notadamente cruel é a lentidão do processo judicial prévio, com os seus trâmites dramáticos e os desesperados recursos do acusado, que, afinal, irrecorivelmente condenado, é transferido para o tétrico isolamento de uma cela, onde fica na expectativa da morte, que se vai procrastinando, durante dias e dias, para seu maior suplício. E' qualquer coisa como o martírio da morte a fogo lento. **Sacco e Vanzetti**, cuja sorte impressionou o mundo inteiro, sofreram esse tormento dantesco durante sete anos!

Improcede, igualmente, o argumento judaico da **economia** da pena de morte, cotejada com a de encarceramento prolongado. Na atualidade, já ninguém duvida da legitimidade do trabalho produtivo na penitenciária (principalmente num país como o Brasil, em que a falta de braços exclui o temido inconveniente de concorrência entre o trabalho dos presos e o dos operários livres), e, assim, podem ser suficientemente cobertas as despesas com o sustento do prisioneiro. E é ainda de notar que, com a aplicação da pena de morte, fica ao desamparo a família do executado, que terá de implorar a caridade pública, talvez em condições piores que as da família da vítima, — o que vale dizer: dá-se um acréscimo de desequilíbrio na vida econômica geral. Ao passo que, apenas recluso ao cárcere, e adstrito ao trabalho remunerado, o criminoso poderá com o seu salário, depois de retirada a cota de indenização do Estado, acudir as necessidades financeiras do seu lar.

Dentre tôdas as objeções que se formulam à pena de morte, uma é, positivamente, intransponível: é a que concerne ao seu caráter **absoluto**, tornando impossível a reparação de um possível erro judiciário. Não há retrucar-se que o processo penal moderno, com as mais amplas garantias à defesa dos réus, tão diversamente dos ominosos tempos medievais, em que as confissões e depoimentos eram extorquidos pela tortura, já não permite os enganos da justiça. A falibilidade do testemunho, a falsa interpretação da prova indiciária e, mais que tudo, a pressão da exaltada opinião pública, a exigir "bodes expiatórios", sob o estímulo da imprensa **côr de açafraão**, podem levar a justiça a desvios fatais, que, com a execução do condenado, seriam irremediáveis. Igualmente, não vale dizer, com **Garraud** e **Manzini**, que os erros judiciários que levam ao cadafalso são menos numerosos que os erros médicos e cirúrgicos, e a ninguém jamais lembrou a proibição dos processos terapêuticos ou das intervenções da cirurgia. Semelhante contra-argumento é de todo, inaceitável: o possível erro do médico ou cirurgião é um risco natural da vida cotidiana, enquanto que a pena de morte aplicada a um inocente é uma desgraça que se pode conjurar precisamente com a abolição dessa pena, cuja necessidade está ainda por demonstrar.

E' de causar estupefação que a pena de morte encontre o apoio da Igreja Católica, que, para tanto, invoca o ensinamento de **Santo Tomaz de Aquino**. Não se adverte que este grande doutor eclesiástico opinou numa época em que a Igreja, para garantir-se o domínio temporal, tinha de se acomodar ao despotismo dos governos seculares. Esqueceu-se que os primeiros padres da Igreja estigmatizaram, expressamente, a pena de morte, pois, diziam, somente Deus podia dispôr da vida dos homens. **Lactancio** não duvidava que "occidere hominem sit semper nefas, quem Deus sanctum animal esse voluit". Proclamava-se que "Ecclesiam non sinit sanguinem". Somente quando a Igreja se tornou um poder dominante é que foi buscar na lei mosaica, com o seu estribilho de **morte moriatur**, fundamento à pena capital. Lá estava no capítulo XXI do Êxodo: **Si quis per industriam occiderit proximum suum, et per insidias, ab altari meo evelles eum, ut moriatur**. E afirmou-se direito revelado por Deus o que não passava de preceito de uma legislação semi-bárbara, já desacreditada ou retificada pela civilização jurídica.

Dissertava Santo Tomaz que a pena de morte contra os delin-

quentes porfiados e perversos é tão útil ao corpo social como a amputação de um membro gangrenado ao corpo humano. Ora, por essa lógica, ter-se-ia igualmente de matar os loucos, os leprosos, todos os enfermos incuráveis e contagiantes. Não e não! A verdadeira moral cristã é irreconciliável com a pena de morte. A altruística tolerância que ressuma do **Sermão da Montanha** não permite, sequer, a violência em legítima defesa. **Si quis te percussit in dexteram maxillam tuam, praebe illi et alteram**. Se alguém te bater na face direita, oferece-lhe a outra.

Dir-se-á, e está certo, que o Estado, que é o poder de César, não edita as suas leis no plano divino, mas na dimensão terrena. Pondere-se, entretanto, que quando o Estado condena o assassino, invoca para isso o princípio da inviolabilidade da vida humana. Ora, como pode ele afirmar tal princípio, se ele próprio não o reconhece, decretando a pena de morte, ainda que não evidenciada a sua estrita necessidade? Somente o Estado que, na sua órbita interna, se abstém de matar, pode dizer que fez tudo quanto estava em seu poder para proteger seus súditos contra o homicídio. Não é respeitável uma norma de conduta que se impõe aos outros, quando se é o primeiro a não observá-la.

Certamente, não se deve concordar com **Pietro Ellero**, quando, no seu individualismo ortodoxo, afirma que, em caso algum, se pode sacrificar um ser humano em nome da segurança social. Na sua irrestrição, chega a ser subversivo o princípio que **Ellero** assim formula: "pereça a sociedade, se isto é possível, mas salve-se o homem". A política do Estado não pode deixar de ser oportunística, e a mais fundamental das regras que deva assumir não pode deixar de estar sujeita a exceções. A pena de morte pode, excepcionalmente, apresentar-se tão necessária quanto o homicídio no campo de batalha. Não propriamente como castigo ou como pena, mas como um meio premente de defesa social, tornando-se, como tal, inquestionavelmente legítima. O caso que considero excepcional é o do **crime organizado**, que, em certo momento, ferozmente militante, numa reiteração espantosa de dramas de sangue, ponha em perigo efetivo a segurança coletiva.

E' o que ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos, com a tremenda eclosão do chamado gangsterismo, cujo arrôjo desembestado

foi ao extremo de trucidar o pequenino filho de Lindberg, o celebrado herói nacional, como que a querer ferir o povo norte-americano no seu próprio coração. Impõe-se, então, o extermínio do grupo fora da lei, do bando de desenganados inimigos do gênero humano. Não como medida de escarmento, mas como gesto idêntico ao de quem se defende de uma alcatéia de lobos esfaimados e furiosos. Quando se tem em vista casos dessa ordem, embora de caráter excepcionalíssimo, ou francamente anormal, é que se poderia criticar tenha sido, no Brasil, erigido em preceito constitucional a inaplicabilidade da pena de morte. Para emergências como a que feve de enfrentar o país dos ianques é que a pena de morte poderia ser como uma "espingarda atrás da porta".

Fora daí, porém, não se justifica o homicídio legal, que é o regresso, puro e simples, à fase primitiva do direito penal. Na sua **normalidade** (permita-se-nos aqui o termo) de fenômeno social, a delinquência tem de ser tratada por meios **clínicos**, e não **cirúrgicos**, e, por mais encruado que seja um criminoso, é ele um homem a refazer, e não destruir. A justiça penal não pode reconhecer a própria falência, aniquilando os delinquentes, contra o dever de solidariedade humana, ao invés de procurar reivindicá-los moralmente, na medida do possível, para o seu reajuste ao convívio social. O criminoso é quase sempre o corolário de uma educação profundamente deficitária. Não pôde consolidar-se nêle o "mínimo ético" reclamado pela ordem jurídica. Fêz-se, gradativamente, às mais das vezes em razão da incúria ou imprevidência do próprio Estado, imoral ou amoral, ou, o que vale o mesmo, anti-social ou associal. Desfavoráveis fatores exógenos, ajudados por negativos fatores endógenos, remataram por criar-lhe uma personalidade deformada, cada vez mais impermeável ao código ético-social. Refratário à luta pela vida por meios honestos ou forçado do mais grosseiro e concentrado egoísmo, coloca-se à margem da lei, procurando resolver seus problemas e conflitos, em face do mundo objetivo, por meios anti-jurídicos, pela fraude, pelo assalto ao alheio, pelo parasitismo, pela violência brutal. O que se tem de promover, então, é submetê-los ao que **Roeder** denominava **segunda educação**, fortalecer-lhe o caráter e a vontade, incutir-lhe princípios éticos ou "motivos de consciência", reavivar-lhe o brio pessoal, habituá-lo à vida honrada e pacífica, à solidariedade, ao "espírito social". É preciso, como diz **Taft**, "to help men to become men again. E para isto há todo

um programa de pedagogia corretiva ou de técnica regeneradora.

No Brasil, atualmente, não faz falta a pena de morte, tão contrária à sentimentalidade do nosso povo e que, aliás, não passaria, no corpo da lei, de um **caput mortuum**, pois o tribunal do juri, na sua nunca assaz criticada frouxidão, e posto que necessariamente caberia a êle o julgamento dos crimes capitais, faria sistematicamente caso omissso de semelhante sanção penal. O que nos cumpre é a imediata execução do regime das **medidas de segurança**, condicionada na sua duração à periculosidade do delinquente, e mil vezes mais racional como prevenção do crime e mil vezes mais humana que a pena de morte, visando exclusivamente à recuperação, à **cura social** dos que delinquem. O que é preciso é possibilitar a aplicação integral do sistema do vigente Código Penal.