

# A IMPORTÂNCIA DA OBRA DE EVERARDO LUNA NA CONSTRUÇÃO DOS TIPOS PENAIS ATUAIS<sup>1</sup>

**Ivan Lira de Carvalho**

*Juiz Federal - 5ª Vara / RN*

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Mudanças no cenário jurídico impulsionadas pelos fatos sociais e persistências de obras doutrinárias de consistência; 3. A obra de Everardo Luna marcada pela ousadia e a importância política transcendente ao Direito formal; 4. O estudo do crime em sua estrutura e em sua manifestação; 5. Seleta, mais que pontual, das opiniões de Everardo Luna; 6. Subsunção de alguns aspectos da chamada Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1988) à doutrina de Everardo Luna; 7. A contribuição de Everardo Luna ao Anteprojeto de Código Penal de 1983. Paralelismo com tipos criados recentemente ou em vias de criação; 8. Conclusões.*

## 1. INTRODUÇÃO

Em sede de Direito Penal, mercê do dogma da legalidade e, especificamente, da anterioridade, é curial que surjam as leis tipificando condutas para que ao seu reboque venham os doutrinadores, com comentários ou com a construção de doutrina em torno do que já está vigente.

Essa regra, aparentemente cômoda para os que se apresentam como produtores intelectuais do Direito Penal, há que ceder espaço, em nome da serieda-

---

<sup>1</sup> Elementos da palestra homônima, proferida pelo autor durante o *Ciclo de Estudos em homenagem ao Professor Everardo da Cunha Luna*, realizado em João Pessoa-PB, de 08 a 10 .03.2007, sob os auspícios da Escola Superior de Magistratura Federal da 5ª Região.

de científica desse ramo jurídico, aos pesquisadores que oferecem o seu saber e o seu trabalho para uma análise conjuntural mais sólida, na maioria das vezes apurada mesmo antes da iniciativa legislativa, dê que o bem jurídico já esteja a reclamar alguma providência no campo penal. E em alguns casos, a sensibilidade do jurista é tamanha, que mesmo antes do bem jurídico ser posto à prova dos mais diversos setores da sociedade, já está ele a lucubrar propostas para evitar que danos ou perigos venham a macular esses bens quando eles estiverem sendo fruídos na sua plenitude.

Também de inegável importância a abordagem teórica feita nos sítios do Direito Penal sobre o crime e a pena (principalmente estes, pois do criminoso cuidarão com maior perfeição a criminologia, a antropologia criminal e a sociologia criminal), objetivando dirigir os estudos e a aplicação dos tipos criados ou em processo de criação.

Everardo da Cunha Luna, lente que irradiou desde a cátedra da Faculdade de Direito do Recife, elementos teóricos e práticos para a consolidação de um Direito Penal sério e útil, decerto não se enquadra no rol dos intelectualmente frágeis que colhem da oportunidade de mudanças legislativas (às vezes estapafúrdias) para galgarem notoriedade e ganho fácil com a mercancia de livros efêmeros.

O fito maior deste trabalho é pedir a atenção dos que hoje manejam o Direito Penal (a as ciências que lhe são afins) para a consistência da obra de Everardo Luna, mesmo que já passados tantos anos do seu falecimento.

## **2. MUDANÇAS NO CENÁRIO JURÍDICO IMPULSIONADAS PELOS FATOS SOCIAIS E PERSISTÊNCIAS DE OBRAS DOCTRINÁRIAS DE CONSISTÊNCIA**

Um aluno de universidade pública nordestina reclama ao professor de Direito Processual Civil acerca da possível inservibilidade de determinado livro doutrinário, mercê das constantes e pontuais reformas que estão sendo impostas ao CPC. Responde-lhe o mestre, com simplicidade e agudeza: “Eu só confirmo que uma obra é boa se, realizadas modificações no texto da lei por ela comentada, mesmo assim permanecer atual.”. É mais ou menos como a certeza de que ainda que desapareçam as flores o jardim permanecerá belo, pois lhes são adequadas as novas plantas.

Mas nem todas as obras da literatura jurídica cabem na afirmação do professor acima referido, como nem todos os jardins se eternizam para acolher

novos espécimes da flora. Existem, e são muitas, as peças doutrinárias tão descartáveis como as leis às quais se unem, formuladas para atender a interesses dos poderosos do dia, quer no campo político, quer no terreiro da economia ou mesmo – pasmem – no pântano da ilicitude e da imoralidade.

Não é o caso, decerto, da obra de Everardo da Cunha Luna, capitaneada pelo estudo sobre a “Estrutura Jurídica do Crime”<sup>2</sup>, pelos “Capítulos de Direito Penal – Parte Geral”<sup>3</sup>, por “O Erro de Direito e o Concurso de Pessoas, no anteprojeto do Código Penal de 1981”<sup>4</sup>, pelos “Trabalhos de Direito Penal”<sup>5</sup> por “A causalidade na omissão no anteprojeto de Código Penal”<sup>6</sup>, por “Os crimes contra a fé pública e o Código Penal de 1969”<sup>7</sup> e muitos outros contributos às ciências criminais. O pensamento do penalista em apreço continua atual, mesmo que superado pontualmente pelos novos rumos das ciências que se ocupam dos delitos e das penas. Paradoxal? De modo algum! As idéias, quando construídas e divulgadas com convicção e fundamentos, não se deixam arrasar com o tempo. Servem, pelo menos, de referência histórica ou contraponto para as novas formulações gizadas para alcançar os emergentes reclamos sociais.

No conjunto de opiniões de Everardo da Cunha Luna estão presentes mais do que elementos históricos ou nostálgicos de uma época em que, por exemplo, as condutas de informática ainda não estavam tão preponderantemente postas a serviço do crime e nem o meio ambiente reclamava uma tutela penal tão acentuada como nos dias atuais. Mas a visão adiantada do referido doutrinador alcançava essa evolução dos fatos e já cuidava de fornecer elementos que visassem colocar o Direito Penal a serviço da prevenção ou da repressão a condutas voltadas contra bens jurídicos sem tão difundida importância à época em que ele viveu e teve fértil produção intelectual.

<sup>2</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva. 1993.

<sup>3</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 1985.

<sup>4</sup> LUNA, Everardo da Cunha. O Erro de Direito e o Concurso de Pessoas, no anteprojeto do Código Penal de 1981. *Vox Legis*, vol. 154. São Paulo: Sugestões Literárias. out/1981.

<sup>5</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Trabalhos de Direito Penal – Coleção Jurídica*, vol. IV. Recife: Biblioteca Universitária Pernambucana. 1971.

<sup>6</sup> LUNA, Everardo da Cunha. A causalidade da omissão no anteprojeto de Código Penal. *Revista Acadêmica*, a. LXIII – 1966 – 1967. A causalidade na omissão, no anteprojeto de Código Penal. , p. 77-103. Recife: Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito. 1967.

<sup>7</sup> LUNA, Everardo da Cunha. Os crimes contra a fé pública e o Código Penal de 1969. *Justitia*. São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, 1º trim/1974.

Nesse agrupamento de idéias não precisa arte de garimpagem para que sejam encontrados fundamentos e orientações para a construção e a compreensão de tipos penais da mais acendrada atualidade, conforme se pretende fazer neste artigo. Seleção se faz necessária, no entanto, para a escolha de apenas algumas das contribuições do mencionado autor para a otimização do cenário do Direito Penal atual, pondo-as na vitrine das publicações especializadas, com miras a evitar o infortúnio do esquecimento, ao roldão dos holofotes novidadescos.

### **3. A OBRA DE EVERARDO LUNA MARCADA PELA OUSADIA E A IMPORTÂNCIA POLÍTICA TRANSCENDENTE AO DIREITO FORMAL**

Um traço sociopolítico e cultural que não pode ser olvidado na realidade brasileira é o da tentativa de estabelecimento de uma fronteira de prestígio entre as regiões onde floresceu o governo do conquistador português pós-quinhentista e os outros cantões do país, a exemplo do Nordeste e da Amazônia. Fundouse a idéia – equivocada, diga-se – de que somente as pessoas próximas da sede governamental (Rio de Janeiro ou Brasília) ou com maior contato com as matrizes européias (São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul...) dispunham de conhecimento acadêmico para ditar os rumos da produção intelectual brasileira. Conquanto essas páginas da história social nacional estejam sendo viradas em ritmo crescente, ainda vagueiam enganos desse jaez no nosso universo pensante, inclusive no meio jurídico. A realidade do trespassse dessa vesguice de avaliação tem dupla paternidade: o *mea culpa* dos intelectuais originários ou sediados nessas regiões política e economicamente mais aquinhoadas e a insistência dos provenientes dos outros locais em provar que a inteligência e o esforço não escolhem torrão para brotar.

Assim, num período em que os grandes vultos das letras penais estavam no centro-sul do país, com cintilações esparsas vindas da metade norte do Brasil, a exemplo de Aníbal Bruno – agora lembrado como emblema de tantos outros de igual valor, atreveu-se Everardo da Cunha Luna a ir de encontro a vetustas teorias defendidas por personalidades cercadas de aparente intocabilidade, como Antolisei e Bettiol, apenas para exemplificar, como será visto adiante.

A ousadia de Everardo Luna não se circunscreve apenas às tertúlias dos iluminados que estudam a ciência jurídica. Há que ser vista, também, como um

elemento da demolição dessa etérea barreira entre “colonizador” e “colonizado”. Dês que um Nordesteño impôs, com argumentos, novos olhares sobre institutos jurídico-penais havidos por cristalizados, tais como na abordagem dos fundamentos da tentativa<sup>8</sup>, só por exemplo.

Quando aqui se invoca o arrojo de Everardo da Cunha Luna na discussão de assuntos sacralizados nos vetustos meios científicos do Direito Penal, destacando o color sociopolítico dessas investidas, não se pode deixar ao largo o componente histórico que divide (ou insiste em dividir) este país continental em duas grandes porções populacionais, sob o sinete da “melhor situação”. Assim, desde a virada do Império para a República, essa demarcação de terrenos cresce em vida e só não se espalha mais em razão daqueles impeditivos já acima reportados (o reconhecimento dos próprios leste-sul-centristas e a insistência dos povos da outra metade).

Antonio Jorge de Siqueira, em “Nação e região: seus discursos fundadores”<sup>9</sup>, situa a expansão desse mito da distorção regional a partir do segundo império, rumando ao final do Século Dezenove, mesclando elementos econômicos e políticos, estes carregando aqueles. Apoiado em José Antonio Gonsalves de Mello, resgata trecho do editorial do Diário de Pernambuco, edição de 29.08.1959, que assim diz:

“E como poucas vezes sucede que as Províncias do Norte sejam representadas no gabinete por algum filho seu, os seus interesses, por mais que eles importem à prosperidade geral, raras vezes são atendidos devidamente. Ao passo que Províncias do Sul são largamente dotadas de toda a sorte de melhoramentos, as do Norte só por um favor especial recebem de tempos em tempos um escasso subsídio que por mingüado deixa muitas vezes de lhes aproveitar.”

Nesse contexto, até Euclides da Cunha – quem diria – cometeu o que hoje chamam de “ato falho” em “À margem da história”, componente da sua “Obra completa”<sup>10</sup>, onde aborda o Brasil com a exclusão dos nordestinos po-

---

<sup>8</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva. 1993. p. 6.

<sup>9</sup> SIQUEIRA, Antonio Jorge de. *Nação e região: seus discursos fundadores*. Disponível em <http://www.fundaj.gov.br/observanordeste/obte025.pdf>. Acesso em 07.03.2007.

<sup>10</sup> CUNHA, Euclides. *Obra completa*. vol. 1, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995. p. 276.

bres que ciganeavam em busca do eldorado da borracha, bandas do Acre conflagrado. Veja-se:

“Quando as grandes secas de 1879-1880, 1889-1890, 1900-1901 flamejavam sobre os sertões adustos, e as cidades do litoral se enchiam em poucas semanas de uma população adventícia, de famintos assombrosos, devorados das febres e das bexigas – a preocupação exclusiva dos poderes públicos consistia no libertá-las quanto antes daquelas invasões de bárbaros moribundos que infestavam o Brasil. Abarrotavam-se, às carreiras, os vapores, com aqueles fardos agitantes consignados à morte.”.

Flui do texto de Euclides da Cunha que o Brasil-nação, asséptico, poderoso e rico, não se confunde e não contém o contingente populacional pobre, “bárbaros moribundos”. Estes infestavam negativamente aquele, do qual não eram parte, mas sim parasitas.

Essa cisma econômica, política e cultural rendeu muitas manifestações de rebeldia, algumas delas investindo até mesmo contra o ideal da unidade nacional, cantado inclusive no pórtico da Constituição Federal, logo no seu primeiro artigo. É o caso, por exemplo, da composição “Nordeste independente”<sup>11</sup>, autoria de Bráulio Tavares e Ivanildo Vilanova<sup>12</sup>, clamando pela formatação jurídica daquilo que entendem já existir no mundo dos fatos.

<sup>11</sup> Letra de “Nordeste independente”, gravada por Elba Ramalho: “Já que existe no sul esse conceito/ Que o nordeste é ruim, seco e ingrato/ Já que existe a separação de fato/ É preciso torná-la de direito/ Quando um dia qualquer isso for feito/ Todos dois vão lucrar imensamente/ Começando uma vida diferente/ De que a gente até hoje tem vivido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente. // Dividindo a partir de Salvador/ O nordeste seria outro país/ Vigoroso, leal, rico e feliz/ Sem dever a ninguém no exterior/ Jangadeiro seria o senador/ O cassaco de roça era o suplente/ Cantador de viola o presidente/ O vaqueiro era o líder do partido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente // Em Recife o distrito industrial/ O idioma ia ser nordestinense/ A bandeira de renda cearense/ “Asa Branca” era o hino nacional/ O folheto era o símbolo oficial/ A moeda, o tostão de antigamente/ Conselheiro seria o inconfidente/ Lampião, o herói inesquecido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente // O Brasil ia ter de importar/ Do nordeste algodão, cana, caju/ Carnaúba, laranja, babaçu/ Abacaxi e o sal de cozinhar/

O arroz, o agave do lugar/ O petróleo, a cebola, o aguardente/ O nordeste é auto-suficiente/ O seu lucro seria garantido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente // Se isso aí se tornar realidade/ E alguém do Brasil nos visitar/ Nesse nosso país vai encontrar/ Confiança, respeito e amizade/ Tem o pão repartido na metade./ Tem o prato na mesa, a cama quente/ Brasileiro será irmã da gente/ Vai pra lá que será bem recebido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente/ Eu não quero, com isso, que vocês/ Imaginem que eu tento ser grosseiro/ Pois se lembrem que o povo brasileiro/ É amigo do povo português/ Se um dia a separação se fez /Todos os dois se respeitam no presente/ Se isso aí já deu certo/ antigamente/ Nesse exemplo concreto e conhecido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente.”.

<sup>12</sup> TAVARES, Bráulio. VILLANOVA, Ivanildo. *Nordeste independente*. In: Long-play nº , 823 030-1 - “Do jeito que a gente gosta”, Elba Ramalho. São Paulo: Ariola, 1984.

Assim, a sã birra acadêmica de Everardo da Cunha Luna, conforme acima foi pontuado, transcende, em muito, os domínios do puramente jurídico – onde já tem o seu devido e elevado valor – e alcança o domínio político da afirmação nordestina perante os destinatários da sua obra.

#### 4. O ESTUDO DO CRIME EM SUA ESTRUTURA E EM SUA MANIFESTAÇÃO

Para que se construa um tipo penal, muito há que se analisar em termos de estrutura e manifestação dessa norma criada. Não basta apenas a vontade do legislador nem a obediência cega aos parâmetros da política criminal instituída com vistas ao processo legislativo. É necessário que se cubra de cientificidade esse fruto do querer social (e não somente da vontade estatal), desde a escolha do bem jurídico timbrado de dignidade penal até a própria estrutura – aí num sentido de arcabouço mesmo – e a exteriorização do tipo.

Desse assunto ocupou-se Everardo da Cunha Luna no correr da sua obra, notadamente no livro “Estrutura Jurídica do Crime”<sup>13</sup>, trabalhando o fato punível em sua *estrutura* e em sua *manifestação*. Diz o Professor da Escola do Recife que na análise da estrutura considera-se o crime sob a ótica do seu próprio conjunto – aí a *síntese* do crime – e em seus elementos, é dizer, a *análise* do crime. E o fato punível, visto como um todo se expõe como *fato jurídico* e *fato antijurídico*. Já visto pelas suas partes, mostra-se como *fato material* e *fato moral*.

Pelo prisma da *manifestação* do fato punível, tinha o crime considerado em circunstâncias e em formas, sendo aquelas os elementos acidentais do delito e estas últimas a representação da tentativa, da consumação, da autoria, da participação, do concurso formal e do concurso material.

Uma abordagem aparentemente presa aos domínios da teoria estéril, tem, em verdade, grande importância na construção dos tipos penais, independentemente do tempo em que se processe tal confecção.

No quesito *antijuridicidade*, por exemplo, é esta de tão vital importância para a formação e a formatação do delito, que Cláudio Roberto C. B. Brandão<sup>14</sup> reforça a essencialidade do instituto nestes termos: “Faz prova de ser a

---

<sup>13</sup> op. cit., p. 3.

<sup>14</sup> BRANDÃO. Cláudio Roberto C. B. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*. a. 34. n. 133. Brasília: Senado Federal. 1997. p. 23.

antijuridicidade a essência do crime o fato de todos os elementos do crime só adquirirem significação jurídico-penal à luz da antijuridicidade.”.

O próprio Everardo da Cunha Luna<sup>15</sup> elege a antijuridicidade como a essência do crime, estremando essa classificação da idéia-comum de que é ela uma mera contrariedade ao direito. E não receia contestar a doutrina italiana:

“Dizer que a antijuridicidade é o elemento jurídico do crime (Petrocelli, *Pricipi di diritto penale*, cit. p. 257) é, a nosso ver, incidir em um erro e cair numa tautologia: em erro, porque a antijuridicidade não é *elemento*; em tautologia, porque todos os elementos do crime, que é um ente jurídico, são, necessariamente, jurídicos. Elementos são fatos, fato material e fato psíquico, como elemento do crime. A antijuridicidade não é *fato*, não pode ser *elemento*. A antijuridicidade é *juízo*, não podendo, por isso, figurar, ao lado do fato material e do fato psíquico, como elemento do crime. É manifesta a heterogeneidade dos termos (Carnelutti, *Teoria Generale del reato*, cit., p. 82-3, nota 2). Depois de verificar-se que um determinado fato é contrário ao direito, isto é, depois de verificada a antijuridicidade do fato, passa-se à decomposição do crime em seus elementos constitutivos (Antolisei, *Problemi penali odierni*, cit. p. 122-3).

Em suma muitíssimo apertada, pode ser sintetizado o pensamento de Everardo da Cunha Luna, acerca da matéria em foco, na assertiva de que a teoria jurídica do crime estuda o fato punível desde a sua *estrutura* (conjunto do crime, integrado pela síntese e pelos elementos) e da sua *manifestação*, integrada pelas *circunstâncias* (elementos acidentais do fato punível) e pelas *formas* (tentativa e consumação; autoria e participação; concurso material e concurso formal).

Já especificamente sobre a estrutura do crime, a formulação conceitual de Everardo Luna se bifurca em *síntese* e *análise*. A síntese do crime subdividida em fato jurídico e fato antijurídico. A análise do crime em fato material e fato moral.

## **5. SELETA, MAIS QUE PONTUAL, DAS OPINIÕES DE EVERARDO LUNA**

Delineada e firme foi a opinião de Everardo da Cunha Luna sobre o embate teórico (mas com inegáveis reflexos no campo prático) de ser o crime um

<sup>15</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, cit., p. 49.

*ato* ou um *fato* jurídico. No seu entender, o crime é *fato* e é, ao mesmo tempo, um *fato jurídico*, pois assim é definido pelo direito, e um *fato antijurídico*, dês que contrário ao ordenamento jurídico.

Só não aceitava o argumento de que o crime é um *ato* jurídico, como queria Pontes de Miranda<sup>16</sup> ao justificar que “atos jurídicos não são somente os atos conforme o direito, os atos (lícitos) sobre os quais a regra jurídica incide, regulando-os; são também os atos ilícitos sobre os quais incidem regras penais”. Preferiu Everardo Luna acatar a doutrina de José Frederico Marques<sup>17</sup>, que afirmou ser o delito “um fato jurídico voluntário, não possuindo, porém, apesar do elemento volitivo, os traços específicos do ato jurídico. É que a ação delituosa se prende a um ato de vontade, enquanto, seus efeitos jurídicos, consubstanciados nas sanções punitivas, não decorrem do querer do agente.”

Já a propósito das *circunstâncias* do crime, declarou Everardo Luna que não existem delitos sem elas. Não há um crime exclusivamente nuclear; é impossível esse isolamento absoluto do crime, que só se sustenta como ocorrência (anti)social nos outros fatos e influências que o rodeiam. Diz o Professor<sup>18</sup>: “Por serem as circunstâncias elementos acidentais do crime, não se pode falar em um *crime incircunstanciado*. Todos os crimes são circunstanciados, o que significa que todos os crimes são acompanhados dessa ou daquela circunstância.”. Nessa linha, por exemplo, o homicídio será sempre o tipo fundamental e as circunstâncias de tempo e lugar podem criar tipos privilegiados ou qualificados.

No estudo do crime a partir da sua *forma*, lembra o autor em destaque que não existe uma divergência ontológica entre *crime tentado* e *crime consumado*. Ao seu pensar, para ambos existe um só fundamento: “O fundamento da tentativa é o mesmo do crime consumado. Não há por que procurar outro fundamento: o crime tentado é o fato determinado e concreto, cuja sanção eficaz é a adequada pena criminal.”<sup>19</sup>

Também interessante é a visão deixada por Everardo Luna acerca da *autoria* e da *participação*. Focando o problema a partir da *teoria da equivalência das causas*, com mitigação, adotada no nosso Direito Penal e estampada

---

<sup>16</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1954. p. 80.

<sup>17</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva. 1967. p. 34.

<sup>18</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura...*, cit. p. 5.

<sup>19</sup> LUNA, Everardo da Cunha. ob. cit., pp. 5 e 6.

no Código Penal em vigor, art. 29<sup>20</sup>, afirma que entre autoria e participação existe uma diferença apenas *quantitativa* e não *qualitativa*. Assim, cada participante do fato plurissubjetivo deve ser castigado conforme a sua própria culpabilidade, sem importar a dos demais.

O objetivo desta parte do presente artigo outro não foi senão o de joeirar poucas – porém emblemáticas – opiniões de Everardo da Cunha Luna a propósito de elementos da teoria do delito, mostrando como permanecem atuais e como servem à construção de novos tipos criminais, bem como à interpretação e à aplicação das suas normas de regência.

## **6. SUBSUNÇÃO DE ALGUNS ASPECTOS DA CHAMADA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS (LEI 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1988) À DOCTRINA DE EVERARDO LUNA**

A comunidade jurídica ligada às questões ambientais, refletindo o restante da sociedade, rejubilou-se com a edição da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que trouxe para o campo infraconstitucional a regulamentação do que já estatuirá a Carta Magna de 1988, no art. 226, § 3º, em termos de proteção penal do meio ambiente. Esse diploma, embora não seja exclusivamente de índole penal, já que contempla também aspectos administrativos, tem a maioria do seu corpo dedicado à matéria penal ambiental.

Obviamente, na elaboração de um diploma de elevada importância como é a Lei 9.605/98, não pode descurar o legislador de dar olhos para o amparo científico firmado a partir de idéias claras e bem fundamentadas preexistentes no mundo da teoria do crime, a exemplo daquelas profligadas por Everardo da Cunha Luna. Isso é afirmado tanto no sentido de acatamento dessas idéias, como no sentido de descarte das mesmas, sendo que nesta última acepção, mercê da própria respeitabilidade, servem de contraponto para opções divergentes bem justificadas, como veremos adiante.

Veja-se o que ocorre com o art. 2º do diploma em apreço, que assim dispõe:

<sup>20</sup> “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”.

“Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.”.

Tem-se aí, de forma clara, a presença da *teoria da equivalência das condições*, consagrada no Código Penal, art. 29 e repetida na legislação especial. Assim, a afirmação de que aquele que “de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade”, consagra, em termos legislativos, o posicionamento de Everardo Luna no que diz respeito à existência de mera diferença quantitativa – e não qualitativa – entre autoria e participação, conforme já foi antes alinhado neste trabalho.

Outro aspecto interessante, no corpo do mesmo artigo de lei acima transcrito, diz da omissão penalmente relevante ao rol de pessoas que poderiam e deveriam agir para evitar a prática do crime ambiental. Cada um desses agentes que, “sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”, incide nas penas previstas. Boa, neste particular, a opinião de Everardo Luna<sup>21</sup>: “Ação e omissão representam as formas de conduta humana que corporificam o ilícito penal, ora consideradas, por lei e doutrina, como entes autônomos, ora unidas numa superior categoria, sob a denominação comum de atividade, ação, conduta, comportamento, fato. Somos partidários (...) do conceito unitário, o que não impede, é evidente, de acolhermos as formas, variadas e ricas, com que a ação se manifesta na realidade social e jurídica.”.

Eivado de previsível vocação para polêmicas, veio a lume no art. 225, § 3º, da Constituição Federal a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, disciplinada ordinariamente na Lei 9.605/98, assim posta:

“Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração

---

<sup>21</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Revista Acadêmica*, a. LXIII – 1966 – 1967. A causalidade na omissão, no anteprojeto de Código Penal. Recife: Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito. 1967, p. 77.

seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”.

Os argumentos dos que contestam a possibilidade de a pessoa jurídica ser penalmente responsável têm as mais diversificadas origens, indo desde a inutilidade da intervenção estatal em casos tais, até a curiosa interpretação dividida do art. 225, § 3º do texto constitucional, numa singular ligação entre responsabilidade administrativa (somente sanções administrativas para pessoas jurídicas) e responsabilidade penal (somente sanções penais *stricto sensu* para as pessoas físicas). Everardo Luna, embora escrevendo antes mesmo da vigência da Carta Política de 1988, abordou o tema com temperança. De início, afirma<sup>22</sup>: “Cousas, animais e pessoas jurídicas, portanto, não podem ser sujeito ativo do crime.”. E mais adiante contemporiza<sup>23</sup>: “Quanto às pessoas jurídicas, o assunto ainda não está inteiramente pacificado, havendo mesmo quem, na doutrina, afirme a capacidade penal dessas entidades coletivas, num esforço para contrariar o princípio *societas delinquere non potest*, tão arraigado na consciência jurídico-penal moderna quanto o princípio da reserva legal *nullum crimen, nulla poena sine lege*.”. Depois define a sua posição: “As medidas, portando, a serem tomadas contra a atividade subversiva das pessoas jurídicas, não são medidas de natureza jurídico-penal, mas administrativas, medidas de polícia.”.

Como já dito, a questão da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas ainda hoje, passados tantos anos da sua inserção formal no mercado legislativo brasileiro, desperta oposições e defesas consistentes. Na linha de contestação a essa responsabilidade filiam-se, em pleno acordo com a opinião de Everardo Luna, doutrinadores da estirpe de Luiz Vicente Cernicchiaro<sup>24</sup>, José Carlos de Oliveira Robaldo<sup>25</sup>, René Ariel Dotti<sup>26</sup>, Cezar Roberto Bitencourt<sup>27</sup>,

<sup>22</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura...*, cit., p. 19.

<sup>23</sup> op. cit., pp. 19 e 20.

<sup>24</sup> *Direito Penal na Constituição*, 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 1991.

<sup>25</sup> ROBALDO, José Carlos de Oliveira. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: Direito Penal na contramão da história. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 95-103.

<sup>26</sup> DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, nº 11, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, ps. 184 a 207.

<sup>27</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.51-71.

Luiz Regis Prado<sup>28</sup> e José Henrique Pierangelli<sup>29</sup>, exemplificativamente. No lado oposto, em defesa dessa mesma responsabilização estão Toshio Mukai<sup>30</sup>, Paulo Affonso Leme Machado<sup>31</sup>, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas<sup>32</sup>, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha<sup>33</sup>, Klaus Tiedemann<sup>34</sup>, Ada Pellegrini Grinover<sup>35</sup>, João Marcello de Araújo Júnior<sup>36</sup>, Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos<sup>37</sup>, Sérgio Salomão Shecaira<sup>38</sup>, William Terra de Oliveira<sup>39</sup>, Luiz Antonio Bonat<sup>40</sup>, Tupinambá Pinto de Azevedo<sup>41</sup>, Walter Claudius Rothemburg<sup>42</sup> e Artur Migliari Júnior<sup>43</sup>, entre outros.

<sup>28</sup> *Direito Penal Ambiental (Problemas Fundamentais)*. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 84.

<sup>29</sup> PIERANGELLI, José Henrique. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição, em *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, vol. I, nº 28, Porto Alegre, 1992, p. 56.

<sup>30</sup> *Direito Ambiental Sistematizado*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 79.

<sup>31</sup> *Direito Ambiental Brasileiro*, 4ª. edição. S. Paulo: Malheiros, 1992, p. 35.

<sup>32</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 66.

<sup>33</sup> ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

<sup>34</sup> TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el Derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.25-45.

<sup>35</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.46-50.

<sup>36</sup> ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Societas delinquere potest. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.72-94.

<sup>37</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.104-130.

<sup>38</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora RT, 1998.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, William Terra. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sistema de imputação. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.160-174.

<sup>40</sup> BONAT, Luiz Antonio. Pessoa Jurídica: das penas aplicadas e dosimetria. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 75-100.

<sup>41</sup> AZEVEDO, Tupinambá Pinto. Crime ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da pessoa jurídica e seu interrogatório. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 208-240.

<sup>42</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudius. *A responsabilidade jurídica da pessoa criminoso*. Curitiba, Juruá Editora. 1997.

<sup>43</sup> MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo/Campinas: Lex Editora e CS Edições Ltda, 2002.

O autor destas linhas, por exemplo, filia-se ao rol dos que entendem pela compatibilidade constitucional dessa responsabilização, fundado no afastamento do elemento *culpabilidade*, integrante do crime, para substituí-lo pelo *risco* e pela *disfunção*. Sobre o assunto, em tese apresentada para o seu doutoramento em Direito<sup>44</sup>, assim foi dito:

“Repisa-se, nesta quadra, que a culpabilidade continua a ser um elemento definidor da responsabilidade penal da pessoa individual (ou física). Esteia-se, na construção do delito, na conduta (positiva ou negativa) desenvolvida pelo autor ou partícipe direto do crime. Mas também não é menos certo que esse elemento, a culpabilidade, é plenamente dispensável quando se perquire a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Aí a culpabilidade cede lugar ao risco e à disfunção. Aliás, ainda com a atribuição à culpabilidade do *status* de dogma, em termos de construção do delito formal clássico (aquele atribuído exclusivamente à pessoa física), é certo dizer que esse vem sendo relativizado há tempos, conforme lembra Everardo da Cunha Luna<sup>45 46</sup>, ao registrar que muitos autores têm como de responsabilidade objetiva os crimes insertos no Código Penal como preterintencionais ou qualificados pelo resultado<sup>47</sup>. No meio desses autores está o próprio Everardo da Cunha Luna<sup>48</sup>, porém afirmando que essas ocorrências são excepcionais, uns tipos anômalos de delito, que como *exceptio* não podem justificar a destruição de uma doutrina edificada para a grande maioria dos crimes como fundamento na culpabilidade, rematando assim: “Quando muito, poder-se-ia conceber uma doutrina particular da exceção, se destas os casos se impusessem pelo número e pelo

<sup>44</sup> CARVALHO, Ivan Lira de. *Proteção penal do ambiente: eficácia, efetividade e eficiência do conjunto normativo*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2006. pp. 165 a 166.

<sup>45</sup> Ob. cit., p. 89.

<sup>46</sup> Deve ser lembrado, para fins de contextualização, que a argumentação aqui reproduzida foi traçada por Everardo da Cunha Luna no ano de 1958, quando da apresentação da sua tese de livre-docência à Faculdade de Direito do Recife, posteriormente transformada no livro acima citado, cujo texto foi revisto em 1991, pouco antes da morte do referido autor.

<sup>47</sup> A lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, § 7º), a omissão de socorro seguida de morte (CP, art. 135, parágrafo único) e o latrocínio (CP, art. 157, § 3º)

<sup>48</sup> Ob. cit., pp. 89-90.

valor (Nunes, *La culpabilidad en el Código Penal*, Buenos Aires, 1946, p. 24-6), o que não acontece na matéria de que nos ocupamos.”.

Há que ser indagado: e a proteção penal do ambiente, da ordem consumerista e da ordem econômica não pode ser arrolada como essa “exceção” lembrada por Everardo Luna, de sorte a desafiar a responsabilização penal das pessoas jurídicas? Parece-nos razoável que sim, especialmente se for tomado em conta que toda a teoria clássica da estruturação do crime foi edificada em uma época em que os problemas sociais não eram tão destacados nas mencionadas áreas (meio ambiente, consumo e ordem econômica) e a macrocriminalidade apenas engatinhava. O que era exercício de futurologia à época da publicação da obra do destacado penalista da Escola do Recife, atualmente é realidade e objeto de preocupação de juristas e de outros responsáveis pela consecução de remédios oficiais para os males impostos aos citados bens jurídicos.”.

A excelência de posicionamentos como o de Everardo Luna acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica serve até mesmo para qualificar as idéias que lhe são antagônicas e mantêm acesas as chamas do debate, para aperfeiçoamento do instituto ou mesmo o seu banimento – hipótese remota – do universo jurídico nacional.

Outro ponto da Lei 9.605/98 que agradece o contributo de Everardo Luna para a vivificação da norma diz respeito às regras específicas para a aplicação da pena nos crimes ambientais. Estatui o diploma ambiental:

“Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.”.

Estabeleceu-se, nesse artigo, a necessidade de o aplicador do Direito subsumir os fatos criminosos ao crivo da essencialidade e da circunstancialidade, para fins da imposição e da gradação da pena. Aí entra a importante afirma-

ção de Everardo Luna<sup>49</sup>, destacando as circunstâncias como indispensáveis para a realização e para a caracterização dos delitos, bem como para a modulação das penas. É enfático, definindo o papel desse elemento: “As circunstâncias graduam a pena, não o crime.”<sup>50</sup>.

Outro aspecto que tem merecido discussões acerca da Lei 9.605/98 diz respeito à possível infidelidade do art. 54 ao princípio da legalidade estrita, mais especificamente ao subprincípio da *lex certa*. Assim é o *caput* do artigo em referência:

“Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.”

É criticada a redação do artigo, por usar expressões vagas, como “de qualquer natureza”, “em níveis tais” e “destruição significativa”, o que, em primeiro olhar, tem o apoio da doutrina de Everardo Luna<sup>51</sup>, assim exposta: “A reserva legal e o tipo penal constituem uma garantia para o cidadão, mas a reserva legal não alcança os tipos demasiado abertos (...). Desse modo não se compadecem, como conceito moderno da reserva legal e da certeza jurídica, descrições como estas: violar a ordem democrática, violar o regime político etc.”.

Como dito em ponto anterior, até mesmo para ser contrariada a doutrina de Everardo da Cunha Luna tem grande importância. Com efeito, a ampliação dos fatos anti-sociais e o crescimento da necessidade de que o Direito Penal adquira maior flexibilidade – sem esquecer as garantias individuais básicas – para rebatê-los, tem exigido do criador e do manejador dessa rama do Direito Público uma plasticidade mais consentânea com a proteção do bem jurídico tutelado. Assim, sendo o bem jurídico meio ambiente portador de inequívoca fragilidade, é razoável a exceção que se abre à rigidez do sub-princípio da *lex certa*. Em trabalho acadêmico acima já reportado, defendi a seguinte posição<sup>52</sup>:

<sup>49</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura...*, cit., p. 5.

<sup>50</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 1985. p. 24.

<sup>51</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura...*, cit., p. 36.

<sup>52</sup> CARVALHO, Ivan Lira de. *Proteção penal do ambiente: eficácia, efetividade e eficiência do conjunto normativo*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2006. p. 159 a 160.

“Volvendo ao cerne da problemática dos tipos abertos, lembra Francisco de Assis Toledo<sup>53</sup> que a exigência de lei certa diz respeito à clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem “abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios.”. Vê-se, da lição de Assis Toledo, que não devem ser tolerados o “abuso do emprego” de normas “muito gerais” e de tipos incriminadores “genéricos” e “vazios”. Pois, mesmo com o autorizativo ético de flexibilizar o fechamento dos tipos penais respeitantes ao meio ambiente, o legislador de 1988 assim não agiu – pelo menos nos dispositivos acima comentados – dêis que sobre eles não cabem os qualificativos de “muito gerais”, “genéricos”, “vazios” ou abusivos.

Outro que assim explica a matéria tipos penais abertos é René Ariel Dotti<sup>54</sup>, quando diz: “A opinião dominante rechaça a teoria dos tipos abertos e reprova o abuso que o legislador comete ao se exceder na previsão de tais normas”. Novamente o esclarecimento de que o reprovável é o abuso e o excedimento na produção de normas com essa característica. Por sinal, sem imputar-lhes a pecha de inconstitucionais ou de imprestáveis, René Ariel Dotti arrola como casos de tipos penais abertos no vigente ordenamento penal brasileiros, os seguintes: a) crimes culposos (CP, art. 18, II; art. 121, § 3º; art. 129, § 6º; art. 180, § 1º; e 250, § 2º, dentre outros); b) os crimes comissivos por omissão (CP, art. 13, § 2º); c) dos crimes cujo preceito se refere à ilicitude “com o emprego de expressões ou vocábulo como ‘contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito’ (CP, art. 150); ‘indevidamente’ (CP, arts 151; 151, § 1º, I e II); ‘sem justa causa’ (CP, arts. 153 e 154); ‘sem consentimento de quem de direito’ (CP, art. 164); ‘sem a necessária autorização’ (Lei nº 6.453/77, art. 20), etc.”.

É de ser repetido que o chamado Direito Penal “clássico” admite, com moderação, o uso de tipos penais flexibilizados (ou “abertos”, conforme nomina a maioria da doutrina). Com maior razão, portanto, tendo em vista as peculiaridades do bem jurídico que protege, que esses tipos flexíveis sejam acolhidos, com normalidade, no âmbito do Direito Penal Ambiental, desde que não configurem prática abusiva.”.

---

<sup>53</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4ª edição. São Paulo, Saraiva. 1991. p. 29.

<sup>54</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 60 a 61.

Portanto, no exemplo em foco, é permitida a flexibilização da rigidez do texto da norma penal, em homenagem à fragilidade do bem jurídico protegido, isto é, do meio ambiente.

## **7. A CONTRIBUIÇÃO DE EVERARDO LUNA AO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL DE 1983. PARALELISMO COM TIPOS CRIADOS RECENTEMENTE OU EM VIAS DE CRIAÇÃO**

O Código Penal brasileiro, vigente desde 1º de janeiro de 1942, tem reclamado sucessivas modificações, ora pontuais ora de forma mais abrangente. Assim foi que se operou a grande reforma da Parte Geral, implementada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 e assim também acontece nas reformas setoriais levadas a efeito por leis esparsas, principalmente na Parte Especial.

Uma dessas investidas reformadoras do Código Penal foi materializada através da Portaria nº 518, de 06 de setembro de 1983, do Ministério da Justiça, designando - para o mister de elaborar um anteprojeto da Parte Especial - uma comissão formada por Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Manoel Pedro Pimentel, Everardo da Cunha Luna, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de Andrada. Fruto de profícuas discussões entre os membros, restou um texto consentâneo com a realidade social e política do Brasil de então, contendo também previsões bem avançadas para a época, antevendo assuntos até então ainda não perfeitamente delineados nas relações da sociedade, mas já despertando preocupações, como é o exemplo dos temas ambientais, de bioética e de informática.

A 27 de outubro de 1987, o Ministro da Justiça fez publicar a Portaria nº 790, dando divulgação ao texto em apreço, bem como a fundada exposição do penalista Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, fazendo um apanhado do conteúdo do anteprojeto em referência. Um trabalho plúrimo, sem conhecida reserva de assuntos para este ou aquele membro, demonstra a sensibilidade de todos e de cada um para os problemas sociais com reflexos criminais que já afligiam ou ameaçavam as relações interpessoais e interinstitucionais. Destarte, os pontos que adiante serão comentados têm a autoria creditada à comissão, não se podendo escolher um ou outro membro como donatário da idéia. Mas é certo que pelo assentimento ou pela efetiva colaboração de todos pode-se homenagear - pelo menos neste artigo - o contributo de um dos seus integrantes para o descortino de assuntos até bem polêmicos na área penal.

O anteprojeto, ao cuidar dos crimes contra a vida, contemplou a *ortotanásia*<sup>55</sup>, que é justamente a possibilidade de exclusão de ilicitude quando se faz cessar a vida de um moribundo sem comprovadas chances de restabelecer a vida com um mínimo de dignidade. O assunto tem levado ao embate opiniões as mais diversas. Exemplo disso é a opinião de Edílson Miguel da Silva Júnior<sup>56</sup>, para quem “o direito à vida não pode ser aplicado para se exigir tratamento inútil e doloroso de doente terminal porque nega o valor que busca realizar, isto é: a dignidade da pessoa humana.”. E arremata<sup>57</sup>: “Submeter doente terminal, contra vontade consciente e esclarecida, a tratamento que apenas prolonga artificialmente o seu sofrimento, viola sua condição de pessoa humana para transformá-lo, na hora da morte, em mera coisa – algo sem direitos. Por isso, a ortotanásia não é um crime, mas procedimento médico de cuidado e respeito à pessoa humana na hora certa da sua morte.”.

Com referência ao *aborto*, ampliou a exclusão de ilicitude, contemplando a hipótese de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais<sup>58</sup>. Mesmo *de lege ferenda* o tema foi discutido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como no caso do *habeas corpus* 8425, originário da Comarca de Teresópolis, Relator Ministro Joaquim Barbosa, onde uma gestante tentava interromper a gravidez, em razão do diagnóstico de *acrania* (ausência de crânio) do feto. O assunto está sempre na pauta do parlamento brasileiro e tema de diversos fóruns especializados, com prós e contras.

O anteprojeto em comento deu larga importância à *pessoa jurídica*<sup>59</sup> no campo penal, deixando claro a possibilidade desta ser sujeito passivo de crimes

<sup>55</sup> “Art. 121 - § 4º. Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.”.

<sup>56</sup> SILVA JÚNIOR, Edílson Miguel da. *Consultor Jurídico*. Ortotanásia não é crime. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/54046,1>. Acessado em 04.03.2007.

<sup>57</sup> op. cit.

<sup>58</sup> “Art. 127. Não constitui crime o aborto provocado por médico, se:

I - não há outro meio de salvar a vida ou preservar de grave e irreversível dano a saúde da gestante;

II - a gravidez resulta da prática de crime contra a liberdade sexual;

III - há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.

§ 1º. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante ou, se menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou companheiro.”.

<sup>59</sup> “Art. 140- Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de abalar o conceito ou o crédito de pessoa jurídica: Pena – Detenção, de sete meses a dois anos e multa.

contra a honra, protegendo o seu crédito de abalos infundados. Reflexo desse arrojo na inserção da pessoa jurídica como sujeito do Direito Penal, de modo a que não mais se questionasse a estrita legalidade desse albergamento, foi a chegada, para o nosso sistema penal, da figuração da pessoa moral como responsável criminal, a exemplo do que dispõe o art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, regulamentado no art. 3º da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Também ousou o anteprojeto ao deitar proteção à vida privada, tutelando não apenas a casa, mas também a intimidade e a imagem, enfeixando o *abuso de informática*<sup>60</sup>. Anteviu, pois, a importância que as comunicações virtuais teriam na vida social vindoura, tanto para esta trazendo benefícios como oportunizando condutas distanciadas da ética, ensejadores de resposta penal. Nessa linha foi que surgiram diversos projetos de lei criminalizando condutas reprováveis perpetradas por meios informáticos, a exemplo do PL 84-1999, subscrito pelo Deputado Luiz Piauhyllino e a PEC 407-2005, subscrita pelos Deputados José Ivo e outros.

No que tange aos *crimes contra o patrimônio*, o anteprojeto contemplou a *fraude de publicidade enganosa*<sup>61</sup> que veio a ser materializada anos depois no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), artigos 66 a 68.

Buscando proteção para o *trabalho humano*, o anteprojeto foi avançado até na sua omissão: deixou de criminalizar a greve. Ocupou-se, tão-somente, da garantia da liberdade de trabalhar e de assegurar a organização do labor (arts. 208 a 219).

Tutelando penalmente a *propriedade imaterial*, antecipou-se o anteprojeto, nos artigos 197 a 207, à cruzada contra a chamada “pirataria” que infelicitava os meios fabris hodiernos, com reflexos negativos inclusive na arrecadação de

<sup>60</sup> “Art. 155. Violar, mediante processo técnico ou qualquer outro meio, o resguardo sobre fato, imagem, escrito ou palavra, que alguém queira manter na intimidade da vida privada de alguém: Pena – detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, indevidamente, revela ou divulga fato, imagem, escrito ou palavra, obtidos por ele ou por outrem, ainda que deles tenha participado.

Art. 156 – Fornecer ou utilizar, indevidamente, dado da vida privada de alguém, constante de fichário automatizado: Pena – Detenção, de três meses a um ano.”.

<sup>61</sup> “Art. 184 – Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria danificada ou deteriorada; II – entregando uma mercadoria por outra: Pena – reclusão, de sete meses a dois anos e multa.

Parágrafo único: Incorre na mesma pena quem, mediante publicidade, induz ou mantém em erro sobre a natureza, a qualidade e a quantidade de bens ou serviços.

tributos e na empregabilidade da mão-de-obra nacional, circunstâncias que exigiram a modificação do Código Penal de 1940 através da Lei 10.695, de 1º de julho de 2003, com incidência nos artigos 184 e 186.

Ao cuidar dos *crimes contra os costumes*, o anteprojeto eliminou a *presunção absoluta de violência*, esta ainda formalmente em vigor no art. 224 do Código Penal de 1940. Com a extirpação de um instituto que não condiz com um Direito Penal da culpabilidade, o anteprojeto antecipou-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal<sup>62</sup>, ainda claudicante, mas já sinalizando progresso nesse sentido.

Nos crimes contra a família, o anteprojeto descriminalizou o *adultério*, buscando livrar o sistema jurídico-penal brasileiro dessa fonte de chacota, já que o nosso país era um dos poucos ditos “civilizados” e, principalmente, laicos, que ainda mantinha essa risível figura criminal. Com o advento da Lei 11.106, de 28 de março de 2005, foi revogado o art. 240 do Código Penal.

Novamente vanguardista foi o anteprojeto ao criar o tipo de *abuso de radiação*<sup>63</sup>, o que depois veio a ser materializado, ainda que de forma mais abrangente, através do art. 54 da Lei 9.605/98.

Inovador foi o anteprojeto ao cuidar dos crimes contra a administração da justiça, indo da coação indireta no curso do processo até a violação de prerrogativa legal de advogado. Sensibilidade demonstrada por Everardo Luna e seus parceiros na empreitada reformadora do Código Penal para os graves problemas enfrentados para que sejam implementadas, de fato e de direito, as decisões judiciais<sup>64</sup>.

<sup>62</sup>EMENTA: ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal. (Habeas Corpus n.º 73.662 - MG, Relator Ministro Marco Aurélio, D.J.U. 20.09.96)

<sup>63</sup> “Art. 266 – Usar radiação ionizante ou substância radioativa, expondo a perigo a vida, a integridade corporal, a saúde ou o patrimônio de outrem: Pena – reclusão de um a quatro anos e multa. Parágrafo único – Se o crime é culposo: Pena – Detenção, de três meses a um ano.”

<sup>64</sup> A propósito, em artigo que publiquei sob o título “O descumprimento de ordem judicial por funcionário público”, publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 83, nº 709, 1994, págs. 295 a 301, assim me expressei: “Afirma, preocupado, FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA: ‘Se a desobediência a ordem judicial não tipifica o crime do artigo 330 do Código Penal, quando praticado por servidor público, outra solução tem que ser estabelecida em nível legislativo.’<sup>65</sup>. E tem razão o juiz gaúcho em clamar por um remédio que sirva a coartar procedimentos como o acima referido, já que a prisão por desatenção a ordem judicial não está prevista na legislação nacional **com força executiva**, como ocorre aos inadimplentes de pensão alimentícia e aos depositários infieis.”.

Ainda do trato das questões ambientais, o anteprojeto ocupou-se, nos artigos 401 a 414, de deitar tutela penal a bens jurídicos da maior relevância, criminalizando condutas poluidoras da água, do ar e do solo, além de atentados contra a flora, a fauna e a paisagem, bem como punindo os que favorecem os crimes contra o meio ambiente e os que investem contra a memória nacional. Como é de fácil conferência, todos esses temas foram versados, anos após, na Lei 9.605/98.

Visto assim, em rápida abordagem, o contributo de Everardo da Cunha Luna e dos demais membros da Comissão de Revisão do Código Penal para a formulação de novos tipos penais, alguns deles ainda estando em processo legislativo, bem como a influência das idéias veiculadas no citado anteprojeto na construção da jurisprudência moderna.

## 8. CONCLUSÕES

Abordados aspectos pontuais do pensamento e da obra de Everardo da Cunha Luna, é possível a formulação das seguintes conclusões:

- A. Mesmo que o cenário jurídico sofra mudanças, especialmente em razão da reformulação das leis, as obras doutrinárias de sabido conforto teórico se protraem no tempo, não perecendo a sua utilidade com a derrogação ou com a ab-rogação das leis.
- B. Um traço fundamental da obra de Everardo Luna foi o de veicular o seu inconformismo com o *establishment* das idéias formatadas nos grandes centros culturais ou por nomes já consagrados das Ciências Penais. Quando não concordava com a visão ou com o emprego de determinados institutos jurídicos, formulava a sua própria doutrina, em sede de respeitosa oposição.
- C. O estudo do crime, como fenômeno social e como insumo para a elaboração de tutela normativa, não prescinde de uma análise da sua própria *estrutura*, bifurcada em *síntese* e *análise* do fato punível, bem assim de uma abordagem a propósito da sua *manifestação*, esta última considerada em *circunstâncias* e em *formas*.
- D. O crime é, a um só tempo, um *fato jurídico* (definido pelo direito) e *antijurídico* (contrário ao ordenamento jurídico).
- E. Não existem delitos sem *circunstâncias*, diante da impossibilidade do isolamento absoluto do crime dos outros elementos que influenciaram a sua ocorrência ou que defluem da sua perpetração.

- F. Não há diferença ontológica entre crime tentado e crime consumado, mercê da unicidade de fundamento para ambas as formas (ou fases) do fato punível.
- G. Entre *autoria* e *participação* existe apenas uma diferença *qualitativa* e não *quantitativa*, de modo que cada participante do fato plurisubjetivo deve ter resposta penal de conformidade com a sua própria culpabilidade, sendo desimportante a culpabilidade dos demais atores do quadro delitivo.
- H. Embora Everardo Luna tenha recusado, em primeiro momento, a *responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, hoje regulamentada no art. 3º da Lei. 9.605/98, findou por fornecer argumentos que hoje servem para sustentar essa possibilidade, quando admitiu a mitigação da presença da culpabilidade na construção do crime, especificamente nos delitos preterintencionais ou qualificados pelo resultado.
- I. Também está na obra de Everardo Luna o contributo para a imposição e gradação da pena, antevista no art. 6º da Lei 9.605/98, a partir do destaque que o autor deu às circunstâncias, tendo-as como indispensáveis para a realização e para a caracterização dos delitos, assim como para a modulação das penas.
- J. É de inegável importância para o enriquecimento do debate, a posição Everardo Luna em prol do *princípio da estrita legalidade*, que se contrapõe à flexibilidade do art. 54 da Lei 9.605/98.
- K. A participação de Everardo da Cunha Luna na Comissão que elaborou o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal outorgou inegável contribuição para a construção de muitos tipos penais que vieram a lume mesmo após o seu falecimento. Igualmente para a discussão de idéias penais rodeadas de controvertibilidade, a exemplo da *ortotanásia*, do *aborto eugenésico*, do *abuso de informática*, da *fraude de publicidade enganosa*, da *greve*, da *propriedade imaterial*, da *presunção de violência nos crimes sexuais*, do *adultério*, do *abuso de radiação*, dos *crimes contra a administração da justiça* e tantos mais assuntos de índole ambiental, como *poluição do solo, do ar e da água*, bem assim atentados contra a *flora*, a *fauna*, a *paisagem* e a *memória nacional*.

Pouco foi exposto do muito que poderia ser dito acerca da considerável contribuição de Everardo da Cunha Luna na constituição ou na consolidação dos tipos penais atualmente em vigor ou em fase de gestação legislativa.

Entretanto, crê-se ter sido resgatado o objetivo primaz deste trabalho, que é justamente despertar no meio acadêmico e profissional dos que labutam com o Direito Penal atualmente, a necessidade de investigar as idéias e os suplementos dos que, em passado recente ou remoto, deram lastro para a formatação de um Direito Penal equilibrado, eficiente e eficaz. E assim é que pode ser vista a obra de Everardo da Cunha Luna.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Societas delinquere potest. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.72-94.
- AZEVEDO, Tupinambá Pinto. Crime ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da pessoa jurídica e seu interrogatório. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 208-240, abr/jun. 2006
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.51-71.
- BONAT, Luiz Antonio. Pessoa Jurídica: das penas aplicadas e dosimetria. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 75-100, abr/jun. 2006.
- BRANDÃO. Cláudio Roberto C. B. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal. a. 34. n. 133, pp. 23 – 32, jan/mar. 1997.
- CARVALHO, Ivan Lira de. *Proteção penal do ambiente: eficácia, efetividade e eficiência do conjunto normativo*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2006. pp. 165 a 166.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 1991.
- CUNHA, Euclides. *Obra completa*.. vol. 1, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995.

- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 3, nº 11, , pp. 184 a 207, julho-setembro de 1995
- . *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8<sup>a</sup>. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 46-50.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 4<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva. 1993.
- . *Capítulos de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 1985.
- . O Erro de Direito e o Concurso de Pessoas, no anteprojeto do Código Penal de 1981. *Vox Legis*, vol. 154, pp. 1-12.. São Paulo: Sugestões Literárias. out/1981.
- . *Trabalhos de Direito Penal – Coleção Jurídica*, vol. IV. Recife: Biblioteca Universitária Pernambucana. 1971.
- . A causalidade da omissão no anteprojeto de Código Penal. *Revista Acadêmica*, a. LXIII – 1966 – 1967, p. 77-103. Recife: Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito. 1967.
- . Os crimes contra a fé pública e o Código Penal de 1969. *Justitia*. São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, 1º trim/1974.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 4<sup>a</sup>. edição. S. Paulo: Malheiros, 1992.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva. 1967.
- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo/Campinas: Lex Editora e CS Edições Ltda, 2002.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1954.

- MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- OLIVEIRA, William Terra. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sistema de imputação. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.160-174.
- PIERANGELLI, José Henrique. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição, em *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, vol. I, nº 28, Porto Alegre, 1992.
- PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Ambiental (Problemas Fundamentais)*. São Paulo: Editora RT, 1992, pp. 95-103.
- ROBALDO, José Carlos de Oliveira. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: Direito Penal na contramão da história. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROTHERBURG, Walter Claudius. *A responsabilidade jurídica da pessoa criminoso*. Curitiba, Juruá Editora. 1997.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.104-130.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora RT, 1998.
- SILVA JÚNIOR, Edilson Miguel da. *Consultor Jurídico*. Ortotonásia não é crime. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/54046,1>. Acessado em 04.03.2007.
- SIQUEIRA, Antonio Jorge de. *Nação e região: seus discursos fundadores*. Disponível em <http://www.fundaj.gov.br/observanordeste/obte025.pdf>. Acesso em 07.03.2007.
- TAVARES, Bráulio. VILLANOVA, Ivanildo. *Nordeste independente*. In: Long-play nº , 823 030-1 - “Do jeito que a gente gosta”, Elba Ramalho. São Paulo: Ariola, 1984.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el Derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.25-45.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4<sup>a</sup>. edição. São Paulo, Saraiva. 1991.

