

OS DESASTRES E A IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA

INSTRUMENTOS PARA A RESPONSABILIDADE

PENAL EMPRESARIAL INDIVIDUAL

DISASTERS AND ORGANIZED IRRESPONSIBILITY
CRIMINAL LIABILITY ENTREPRENEUR'S MECHANISMS

ALEX FERNANDES SANTIAGO

Promotor de Justiça

PLÍNIO LACERDA MARTINS

Promotor de Justiça aposentado

Resumo: Uma moderna teoria da responsabilidade empresarial é uma necessidade do Estado Democrático do Direito em uma sociedade do risco, especialmente nos desastres, evitando-se a irresponsabilidade organizada. A responsabilidade do superior hierárquico do artigo 2º da Lei 9.605/98, analisada sob a teoria dos sistemas, expressa um caso de dupla contingência, com foco na prevenção do dano ambiental, e estimula aqueles que efetivamente exercem o controle sobre a empresa, façam, por meio da fiscalização e supervisão, que os subordinados cumpram as normativas ambientais, e adotem as medidas necessárias para a prevenção do dano ambiental, ainda que, para tanto, tenha que reorganizar-se a empresa. Contudo, nas investigações relativas aos crimes praticados na atividade empresarial somente há sentido em passar-se à discussão de eventual omissão do superior hierárquico quando alcançado um estágio em que não identificada uma ordem do superior para seu subordinado, ou pelo menos a criação de um cenário propício à realização do delito.

Palavras-chave: Direito Penal Ambiental. Responsabilidade penal do empresário.

Abstract: A modern theory of corporate responsibility is a necessity of the Democratic Rule of Law in a risk society, especially in disasters, avoiding organized irresponsibility. The responsibility of the hierarchical superior of article 2 of Law 9.605/98, analyzed under systems theory, expresses a case of double contingency, with a focus on the prevention of environmental damage, and encourages those who effectively exercise control over the company, do, through inspection and supervision, that subordinates comply with environmental regulations, and adopt the necessary measures for the prevention of environmental damage, even if the company has to be reorganized to do so. However, in the investigations related to crimes committed in the business activity, there is only sense in moving on to the discussion of a possible omission by the hierarchical superior when a stage is reached in which an order from the superior for his subordinate has not been identified, or at least the creation of this favorable scenario. carrying out the offense

Keywords: Environmental criminal law. Entrepreneur's criminal liability.

Sumário: 1 Introdução. 2 A sociedade do risco. 3 O papel do Direito na sociedade do risco. 4 O Direito Penal do risco. 5 A importância de um Direito Penal da Empresa eficaz. 5.1 As dificuldades do Direito Penal nos delitos cometidos no contexto empresarial. 5.2 A irresponsabilidade organizada. 5.2.1 A irresponsabilidade organizada e sua projeção penal. 6 Os instrumentos utilizados pelo Direito Penal Ambiental para a responsabilidade

penal dos dirigentes. 6.1 O conceito de dupla contingência como fundamento da responsabilidade empresarial individual ambiental pelos delitos cometidos pelos subordinados. O artigo 2º da Lei 9.605/98. 6.2 Os garantes de controle nas empresas. O dever de garantia relativo aos ilícitos penais cometidos pelos subordinados e a prevenção de danos ambientais. 6.3 Outros instrumentos disponíveis para a responsabilidade empresarial individual. A responsabilidade em comissão por omissão como hipótese muito específica. A verificação da existência de ordem ou política criminal de empresa como primeiro foco da investigação. 6.3.1 Outras possibilidades de aplicação. O domínio social do fato e a autoria mediata. 7 Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Ocorrido o desastre, que comumente se verifica no contexto de atividades empresariais arriscadas, vem a pergunta: quem é o responsável? Movimenta-se o aparato estatal na investigação, acusação e julgamento, utilizando as regras estabelecidas para a atribuição de responsabilidade.

No entanto, aquilo que parecia simples se apresenta bastante complicado. A forma como se desenvolve a moderna atividade empresarial, sob os princípios da divisão e especialização do trabalho, com múltiplas ramificações, horizontais e verticais, e ainda com a complementaridade das contribuições de todos os intervenientes do processo produtivo, desafia o Direito a ingressar nessa estrutura fechada, que oferece barreiras a que se alcance(m) a(s) pessoa(s) individual(is) verdadeiramente responsável(is) pelo dano ambiental ou pela exposição ao risco. É dizer, efetivamente responsáveis pelo processo decisório interno, seja pela tomada de decisão determinante do fato, por ordenar sua execução, ou, simplesmente, por não haver adotado as medidas necessárias para evitar sua ocorrência.

Aliam-se a isso profundas discussões sobre causalidade. O drama, iniciado pelo desastre, com danos e destruições irreversíveis, se prolonga.

A especial dificuldade de imputação no âmbito corporativo é uma projeção muito específica, no âmbito penal, da irresponsabilidade organizada, conceito central no marco teórico da sociedade de risco, o que merece ser aprofundado no presente artigo, bem como o instrumental disponível para a responsabilização daqueles que têm o poder de organizar a empresa para evitar os danos ambientais, e, mais do que isso, os próprios desastres.

2. A sociedade do risco

A expressão sociedade do risco aqui não será compreendida como um conceito específico e delimitado, senão como uma forma discursiva, des-

de a compreensão de discurso como “um conjunto de ideias, conceitos e categorizações que é produzido, reproduzido e transformado em uma série particular de práticas, pelas quais o significado é dado a realidades físicas e sociais”¹. Também é imperioso frisar que a expressão não evoca somente uma conexão semântica² e permite diversas interpretações possíveis³, sendo que vários teóricos possuem distintas visões sobre a sociedade do risco mundial, em posições classificadas como realistas (subdivididas em estrita ou reflexiva) ou construtivistas (a seu turno também divididas em estrita ou branda)⁴. Não obstante, seguramente a teoria formulada pelo sociólogo Ulrich Beck é uma das mais expressivas, e será o fio condutor deste estudo, especialmente em seu conceito de irresponsabilidade organizada.

Os riscos modernos são consequência de decisões conscientes da própria humanidade, materializadas através da atuação de empresas ou Estados, em aplicação do saber técnico e na busca da obtenção de vantagens econômicas, como cara oculta do “progresso”⁵. Dessa forma, os membros dessa nova sociedade temem os avanços da mesma Ciência que parecia ter - e ser - a solução para tudo. Medo este que dá lugar a

1 HANNIGAN, John. *Sociologia ambiental*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 61

2 HERZOG, Felix. *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal*. Em: AAVV. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*/ coordenadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003, p. 250

3 SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Derecho penal y riesgos tecnológicos*. Em: AAVV. *Crítica y justificación ...*, p. 290.

4 Conforme lista de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 131.

5 BECK, *La sociedad del riesgo mundial...*, p. 49. Não por outra razão teóricos como Luhmann propuseram distinguir risco e perigo, relacionando este último a problemas externos, não causados pelos afetados. Não obstante, vale aclarar: para Luhmann, quando o possível dano é provocado externamente, isto é, tem uma atribuição ou, dito de outra maneira, quando a sociedade se vê exposta a um problema que não foi provocado por quem sofre o dano, há um caso de perigo. Já quando o possível dano é consequência de uma decisão, se está frente a um caso de risco. Por conseguinte, os ataques bárbaros, as epidemias, a fome, a peste, resultam enquadráveis como casos de perigo vividos pelos antigos, enquanto os danos ambientais vividos hodiernamente não são senão consequência de riscos assumidos no contexto de decisões da industrialização e das novas tecnologias (LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. 3 ed., México, DF: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 67, 70, 151-2 e 157). Giddens promove distinção semelhante (GIDDENS, Anthony. “Risk and responsibility.” *The modern law review*. Vol. 62, n. 1, janeiro de 1999, p. 3). Luhmann recorda que tal distinção implica um paradoxo: o risco de uns é o perigo de outros. O afetado por um dano ambiental na maioria das vezes se vê ameaçado por decisões que ele mesmo não pode tomar nem controlar. Então, para o afetado há um perigo, em situações que, para a instância decisória, como uma empresa contaminante, por exemplo, constituem risco. Para superar o paradoxo, o discurso ecológico identifica aqueles que causam danos e aqueles que protegem o ambiente (LUHMANN, ob. cit., p. 158-9). Contudo, se considerada a sociedade moderna em seu conjunto, o que lhe caracteriza é o risco: são suas decisões que acarretam os problemas que ela enfrenta. Tais riscos, para melhor distinção que aquela que Luhmann cataloga como perigos, também serão chamados de riscos manufaturados (como o faz GIDDENS, “Risk and responsibility.”..., p. 4)

uma sensação de insegurança a respeito das mesmíssimas vitórias da modernidade pelos riscos que ocasiona. Os problemas que surgem não ocorrem pela falta de funcionamento da tecnologia; de fato, os problemas se verificam porque a técnica funciona e obtém os fins a que se propõe⁶. A confiança nos expertos desaparece, porque as novas técnicas afetam a população, fazendo a opinião pública reagir.

A própria Ciência não aparece já - tanto para a sociedade e para os próprios cientistas - como aquela que brinda segurança e prosperidade. E cada vez mais encontra dificuldades no momento de brindar certeza inequívoca de segurança, conformando-se agora tão-somente com respostas estimativas. Os expertos discordam entre eles.

Ademais, cresce a suspeita que sob conclusões ditas científicas se alberguem interesses de empresas e governos. Constata-se a existência de uma “ciência de mandato”, empregada para a formulação de políticas públicas, que, apesar da fachada de neutralidade, é influenciada por considerações políticas (preservar empresas e empregos ou restringir uma atividade que causará danos à saúde e ao meio ambiente vinte anos depois?).

Essa nova sociedade, em que predomina a sensação de insegurança pela existência de novos riscos, frutos de opções conscientes, será etiquetada como sociedade do risco.

Haverá várias acepções de risco em distintas áreas: negócios, bem-estar, medicina, militar, moral. O risco se converte em ubíquo, uma abordagem moderna de uma sociedade que reflete sobre os temas que lhe preocupam. Também será, de alguma forma, medida de valor, uma nova moral (os que se arriscam e têm êxito são reconhecidos pela sociedade); socialmente a percepção será muito enfrentada pelos contratos de seguros, que imprimem valor ao risco, atribuindo-lhe valor financeiro e haverá uma terceira percepção, que é a jurídica⁷. Que riscos devem ser tolerados e quais não? Quem deve ser responsável?

Surgem novas arenas sociais do risco, nas quais os atores dirigem seus discursos buscando influir na formulação de políticas públicas. Criam-se diversos papéis específicos: a) os portadores do risco, que são aqueles potencialmente expostos ao risco, as vítimas, os danificados; b) os defensores dos portadores do risco, que lutarão por aqueles, como ONGs, alguns órgãos públicos específicos (como o Ministério Público para a defesa dos consumidores e do meio ambiente no Brasil), alguns políticos; c)

6 LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo...*, p. 146.

7 EWALD, François. “Risk in contemporary society.” *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 6, 1999-2000, p. 365-373.

geradores do risco, como empresas bioquímicas e de fármacos; d) investigadores do risco, cientistas e universidades que discutirão a aceitabilidade do risco; e) árbitros do risco (agências reguladoras, Congresso, Poder Judiciário), que decidirão se o risco pode ser aceito ou se deve ser – em contrário – limitado de antemão e f) informantes do risco, que são os meios de comunicação, os quais levarão tais questões à agenda pública⁸.

Diante dessa configuração da sociedade, cabe perquirir o papel do Direito.

3. O papel do Direito na sociedade do risco

Com a acumulação do capital, o crescimento econômico foi institucionalizado de um modo natural não planejado, fazendo que não houvesse opção para o controle consciente desse processo⁹, considerando que o gênero humano se vê desafiado pelas consequências socioculturais não planejadas do progresso técnico, seja para conjurá-lo, seja para aprender a dominar o seu destino social¹⁰.

Esse questionamento assume maior valor quando se verifica que há um *deficit* de normatividade sistêmico. Cada esfera sistêmica – Economia, Direito, Política, dentre outros – possui linguagem, lógica, racionalidade e *telos* próprio e são manejados por especialistas que não questionarão o *telos* do sistema; em verdade, o especialista de cada sistema se limitará a buscar os meios adequados para a realização do *telos* do sistema em que inserido, os meios adequados para a realização de seus fins, implicando inequívoco deficit normativo. Isso também terá como equivalente simétrico um deficit de racionalidade, uma vez que os sistemas, autonomizados, trazem apenas uma racionalidade corretiva para que cumpram seu *telos*. Essa discussão é essencial para as empresas, que operam em uma perspectiva funcional. O deficit de normatividade sistêmico é um debate essencial na discussão da razão prática.

Na evolução que se espera, joga um papel fundamental o Direito.

Sistemas e mundo da vida podem ser diferenciados, recorda Habermas, conforme a existência ou não de interação entre as partes. No sistema econômico capitalista, a interação se dá de forma abstrata, entre o consumidor e o produtor. Já no mundo da vida, os atores se enfrentam

8 Conforme sintetiza HANNIGAN, ob. cit., p. 169-171.

9 HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 57.

10 HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 2009, p.105.

diretamente, em uma situação de ação concreta. Contudo, a sociedade moderna tem-se caracterizado pelo desacoplamento do sistema e do mundo da vida, trazendo como resultado a objetificação: o sistema social acontece definitivamente fora do horizonte do mundo da vida. Para uma relação razoável entre mundo da vida e sistemas, para que não mais ocorra a colonização do mundo da vida pelos sistemas, assume o Direito papel fundamental, integrador, justamente porque o Direito ocupa posição estratégica entre os sistemas e o mundo da vida. É o Direito quem exerce essa mediação, e tem nele ínsito prodigioso potencial racional da razão comunicativa, tornando-se um meio apto a reunir os diferentes interesses presentes nas fragmentadas sociedades modernas¹¹.

No contexto da sociedade contemporânea, o Direito assegurará canais para a formação consensual de uma sociedade democrática. Permitirá que a ação comunicativa ganhe força por instrumentos institucionais assegurados juridicamente. Preservará os canais para a formação da opinião e da vontade.

Frente aos problemas gerados pelos riscos manufaturados em uma sociedade que mantém um elevado cursor quanto à sua percepção de insegurança, as diversas áreas do conhecimento humano são então revisitadas, na busca de possíveis contribuições. Nesse ponto, se considera que o sistema jurídico cumpre uma função para a sociedade – que “serve” à sociedade – e que este sistema jurídico participa na construção da realidade que vive a sociedade¹², e, mais além, se considera que esta mesma sociedade apresenta o discurso de que se deve fazer algo pelo meio ambiente, compreensível é que se busquem contribuições também no Direito.

Afirmar isso não é dizer que o Direito e, em especial, o Direito Penal terão as soluções para os problemas que afligem o meio ambiente. Não se pode ser tão ingênuo. Este reflete seu entorno, dependente de questões econômicas, políticas, religiosas. Não se pode olvidar tampouco que foram os mesmos triunfos da sociedade moderna que nos levaram a esta situação, que o Direito – sozinho – não poderá gerir adequadamente, como frisa Beck:

“Una contradicción capital de la sociedad de riesgo – podría resumirse así – consiste en que el mundo se enfrenta a megapeligros que tienen su origen en los triunfos de la sociedad moderna (más industria, nuevas tecnologías) y que, pese a las promesas de seguridad de las instituciones del Estado, ningún principio legal, científico o político vigente puede

11 JOAS, Hans. *Teoria social: vinte lições introdutórias* / Hans Joas, Wolfgang Knobl. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, p. 264, 266, 268 e 273.

12 LUHMANN, Niklas. *El derecho como sistema social*. Em: *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007, p. 104.

justificar, imputar, compensar ni gestionar (preventivamente) de modo adecuado. ¿Cómo se consigue mantener oculta o latente esta contradicción – que ya es un silencio a voces en y entre los sistemas y organizaciones sociales – incluso cuando se pone ante los televisivos ojos de la opinión pública (mundial) al ocurrir una catástrofe?¹³

Não obstante, “...sólo el Derecho puede determinar qué es legal o ilegal, y al decidir esta cuestión debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y a las consecuencias que tiene para las futuras operaciones del sistema¹⁴”.

Parafraseando Luhmann, tem-se que somente o Direito pode determinar o que é legal ou ilegal no âmbito do meio ambiente e, ao decidir esta questão, deve estar atento aos resultados de suas próprias operações e às consequências para as presentes e futuras gerações.

Esse é o busílis. Sem cair na cilada do Estado-espetáculo, que tenta enganar a população com a mensagem de que a simples edição de uma lei resolve o problema¹⁵, é mister reconhecer que o Direito tem a característica única de processar, de uma maneira que nenhum outro sistema pode fazer, as expectativas normativas capazes de manter-se a si mesmas em situações de conflito. E, se é óbvio que não pode garantir que essas expectativas não serão violadas, de outra parte pode garantir que se mantenham como expectativas, ainda no caso de que sejam defraudadas. E assim o Direito mantém a perspectiva de resolver conflitos, uma vez que contém uma decisão preliminar – por mais confusa que possa apresentar-se no caso concreto – acerca de quem deve aprender da violação e quem não¹⁶.

4. O Direito Penal do risco

Os problemas jurídicos devem ser situados no contexto da sociedade que os cria e, a sociedade contemporânea, como visto, é uma sociedade que tem o “estado de risco” como meio natural¹⁷. Os cidadãos, que

13 BECK, *La sociedad del riesgo mundial...*, p. 54-5.

14 LUHMANN, *El derecho como sistema social ...*, p. 105.

15 OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 123.

16 LUHMANN, *El derecho como sistema social ...*, p. 105-106.

17 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal*. Em: AAVV. *Crítica y justificación ...*, p. 244.

conforme as teorias que remontam a Hobbes e que hoje atualizadas percebem o Estado como seu protetor, a ele acorrem com demandas de intervenção frente aos novos problemas sociais. Esse é o primeiro ponto que se deve destacar. Existe uma demanda social de proteção frente aos novos riscos, em uma sociedade que busca segurança frente a ameaças que antes desconhecia, e que se potencializam até termos inéditos, que incluem a possibilidade de auto-aniquilação.

Em uma sociedade do risco, a Política se encontra demandada a atuar preventivamente, sob a lógica de argumentação de que seria melhor impedir o que origina os danos que repará-los posteriormente, em especial, porque em muitos casos não haverá como reparar. Essa demanda social de maior proteção é um ponto de partida real, e ainda que a doutrina possa criticar a canalização de tal pretensão para (e, no pior dos cenários, somente para) o Direito Penal, não se pode negar que o emprego da ameaça penal goza do apoio da opinião pública, em um raro consenso¹⁸.

A opinião pública passa a exigir regulações mais estritas e, na maioria das vezes, a questão é entregue ao Direito, em especial, ao Direito Penal, gerando inclusive um Direito Penal do risco, cuja principal característica será a pretensão de desenvolver um Direito Penal preventivo “...*que afronte los nuevos grandes riesgos de la sociedad moderna, acudiendo a la tutela anticipada de bienes jurídicos universales, mediante las técnicas de peligro, fundamentalmente, a través de los delitos de peligro abstracto*”¹⁹.

Muito bem. O fato é que a teoria sociológica da sociedade do risco dominou o debate penal e as reformas legislativas em fenômeno que começou na Alemanha e se estendeu ao mundo jurídico-penal de forma incisiva, constituindo-se em verdadeiro *topos* em que se situam as discussões sobre a política criminal e o Direito Penal atual²⁰.

Uma das perguntas fundamentais na sociedade atual é como podem os riscos e ameaças, coproduzidos sistematicamente nos processos de modernização, evitar-se, minimizar-se, dirigir-se, serem limitados e distribuídos de tal sorte que não impeçam o processo de modernização

18 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed., ampliada. Buenos Aires: B de f, 2008, p. 6-10, destaca que seria ingênuo situar a causa desse novo Direito Penal na perversidade do aparato estatal, pois as causas do fenômeno de “expansão” se encontram na mudança de papel do Direito Penal na representação que dele tem amplas camadas sociais.

19 NAVARRO CARDOSO, Fernando. “El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad.” *Pensamiento penal y criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, ano VI, n. 10, 2005, p. 170.

20 MENDOZA BUERGO, Blanca. “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo LII, 2002, p. 281. Também PRIT-TWITZ, Cornelius. *Sociedad de riesgo y derecho penal*. Em: AAVV. *Crítica y justificación...*, p. 261.

nem transpassem os limites do que seja “exigível” (em termos ecológico, médico, psicológico e social)²¹?

A crescente interdependência dos indivíduos na vida social propicia que cada vez mais a indenidade dos bens jurídicos dependa da realização de controles de riscos por parte de terceiros; diante disso, nos encontramos em um modelo de sociedade orientado a uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada. E o Direito Penal, que tradicionalmente reacionava *a posteriori* contra um fato lesivo, individualmente considerado, se transforma agora em um Direito de gestão punitiva de riscos gerais²².

Nesse contexto, é possível compreender a existência de um Direito Penal do Risco²³. O Direito Penal do Risco é, portanto, um Direito Penal que responde à escala de valores do grupo social que o mantém²⁴. E “*entre los muchos instrumentos jurídicos que ha de utilizar no hay por qué negar de partida que quede un papel – aunque deba ser residual y pequeño – para las normas penales y la pena*”²⁵.

O âmbito próprio do Direito Penal do risco (ou do risco manufaturado) será os crimes ambientais, os crimes de risco catastrófico, como os relativos à energia nuclear ou estragos ocasionados por meios potencialmente destrutivos e relacionados às novas tecnologias, e delitos relativos à biotecnologia ou técnicas da vida, como os pertinentes à manipulação genética²⁶.

21 É o questionamento que se faz, com base em Beck, HERZOG, Felix. “Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo LII, 2002, p. 318.

22 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 17, 37 e 134.

23 Por mais que se critique a expressão Direito Penal do risco, tem esta a virtude de ser didática, ainda que signifique um conceito vago. E é inegável que a expressão se impôs, e é reconhecida pela doutrina. Sobre as críticas à expressão, NAVARRO CARDOSO, Fernando. “El derecho penal del riesgo...”, p. 166-8; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas.” *Derecho penal contemporáneo*. Revista Internacional, Bogotá: julho-setembro 2003, n. 4, em especial a p. 114, e FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*. Buenos Aires: Bdef, 2007, p. 415-421. Ressalta o professor da *Universidad Autónoma de Madrid* que se trata mais bem “de un *eslón* con el que se realiza un diagnóstico crítico del Derecho Penal actual” (p. 417) frisando que a Escola de Frankfurt conferiu ao termo sociedade do risco conteúdo muito mais amplo que o de Beck (p. 418) e que a argumentação de seus integrantes se move em um metapiano conceitual, “*descalificando como Derecho Penal de Riesgo a todo modelo político criminal que no se adecue a sus propios presupuestos teóricos*” (p. 419), em contra da proteção de bens jurídicos coletivos e da configuração de tipos de perigo abstrato.

24 CUESTA AGUADO, Paz M. de La. “Tipificación del riesgo y delitos de peligro.” *Revista de Derecho Penal 2007-2: delitos de peligro*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007, p. 136.

25 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Sobre la ‘administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’.” *Derecho penal contemporáneo*. Revista Internacional, Bogotá: jul.-set. 2003, n. 4, p. 120.

26 CUESTA AGUADO, ob. cit., p. 132.

Sua política criminal terá as seguintes características:

- a) prevenção como maior preocupação frente aos grandes riscos, provenientes das atividades tecnológicas e industriais, os riscos “manufaturados”;
- b) proteção de novos bens jurídicos, de natureza universal e
- c) atender ao afã de segurança²⁷.

Nesse cenário, a integração que se espera a partir do Direito, especialmente do Direito Penal Ambiental, ainda é um projeto a ser desenvolvido, especialmente, pela aplicação jurisprudencial.

Contudo, essa ainda é uma questão pendente. O Direito, que antes acompanhava e legalizava as consequências indesejadas do progresso, agora as enfrenta e busca sua sanção, revelando-se como objeto de especial preocupação para atividades que envolvam grandes riscos.

Semelhantes transformações geram situação de perplexidade no mundo jurídico, o que permite a compreensão das dificuldades verificadas em matéria de prova, da crise das figuras dogmáticas tradicionais, consequências da hoje complexa relação entre Direito e Ciência, que exige um saber híbrido, que conjugue o conhecimento das mais distintas áreas, especialmente em questões relativas ao meio ambiente, onde os juristas se verão forçados a embarcar no estudo de matérias muito distantes de sua cotidiana abordagem científica. Esta perplexidade encobre um conflito ainda mais profundo para o Direito, em que se discutirá sua concepção como instrumento do poder estatal, de um lado, e, do outro, sua idoneidade para operar nos novos âmbitos em que se reclama sua intervenção²⁸.

A combinação destes intrincados fatores (sociedade do risco – perplexidade do mundo jurídico), somados à acomodação da tensão entre crescimento econômico e evitação de efeitos indesejados, no meio ambiente, sob a fórmula do desenvolvimento sustentável²⁹, desembocam no Direito Ambiental e, em especial, no Direito Penal Ambiental, que voltam seus olhos especialmente para as atividades das empresas, *locus* onde mais comumente se produzem os riscos.

27 NAVARRO CARDOSO, ob. cit., p. 171-2.

28 SARRABAYROUSE, Eugenio C. *Responsabilidad penal por el producto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 237.

29 Sobre o tema da acomodação do conflito entre crescimento econômico e proteção do meio ambiente sob a fórmula vaga e imprecisa do desenvolvimento sustentável, todo o capítulo primeiro de SANTIAGO, Alex Fernandes. *Fundamentos de direito penal ambiental*: Belo Horizonte, Del Rey, 2015.

O Direito, ao utilizar seu tradicional aparato para lidar com a estrutura empresarial, culmina por não produzir os efeitos desejados de responsabilização, promovendo o fenômeno lastimável da irresponsabilidade organizada, o que merece aprofundamento.

5. A importância de um Direito Penal da Empresa eficaz

O paradigma tradicional do Direito Penal é o delito doloso de ação, com um modelo clássico concebido e estruturado sobre casos de homicídio, de lesão a um bem jurídico individual.

Esse paradigma tem dificuldade de rendimento no contexto empresarial, denominador comum que une o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Ambiental: ambos cuidam, primordialmente, de um Direito Penal de empresa, pois, em geral, as condutas típicas partem de uma estrutura empresarial, onde é cada vez mais difícil apontar onde estão os limites entre uma estratégia de mercado legal e atitudes de caráter criminoso³⁰. Além disso, nos casos em que verificada a ocorrência de crimes dentro de um contexto empresarial, há um grupo organizado de pessoas, onde comumente se verifica a dissociação entre ação e responsabilidade, a fragmentação dos elementos do tipo, com forte acessoriedade administrativa³¹.

O dolo eventual assume papel predominante, e cabe entendê-lo no sentido preconizado pelo Tribunal Supremo Espanhol: “a jurisprudência desta corte permite admitir a existência de dolo quando o autor submete a vítima a situações perigosas que não tem a segurança de controlar, ainda que não persiga o resultado típico³²”, o que é especialmente importante e esclarecedor sobre como deve ser compreendida a responsabilidade penal dos dirigentes das empresas em casos de desastres.

Diante dos problemas apresentados pelo paradigma tradicional, entende a doutrina que o “paradigma do presente e do futuro é a omissão e o dolo eventual em contexto de negócios de risco³³”

30 MUÑOZ CONDE, Francisco. “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?” *Revista La Ley Penal*. Madrid: n. 9, janeiro de 2002, p. 86.

31 SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Buenos Aires, B de f, 2013, p. 7-10.

32 STS de 23/04/1992, recordada por BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 293.

33 SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa...*, p. 10.

Há, contudo, no Brasil, certa omissão investigativa, ministerial e jurisprudencial nos casos dos crimes cometidos no contexto da atividade empresarial: poucas são as investigações, acusações e julgados, que dizer das condenações. Aplica-se o paradigma tradicional, gerando um ponto morto na responsabilidade empresarial.

Essa lacuna deve ser suprida. O aprofundamento de investigações para o delineamento de uma efetiva responsabilidade empresarial ambiental penal assume especial relevância quando considerado que os danos ambientais originados da atividade das empresas podem assumir dimensões de grande monta, como nos casos de desastres, conforme demonstra a atual realidade brasileira e suas recentes calamidades referentes à exploração mineral, envolvendo grandes danos individuais e ambientais propriamente ditos. Isso demonstra, além da relevância do tema, sua atualidade, quando começam a estabelecer-se maiores discussões sobre um Direito dos Desastres.

Um Direito do Risco que contenha uma teoria da responsabilidade empresarial moderna e efetiva não é capricho simbólico dos governos, tampouco uma expansão do Direito Penal criticável desde o ponto de vista da proporcionalidade e da *ultima ratio*, mas sim uma necessidade dentro do Estado Democrático de Direito, uma necessidade diante do potencial de riscos que a atividade das empresas envolve³⁴, e aí estão Mariana, Brumadinho e suas vítimas para demonstrar.

Os fins econômicos perseguidos no exercício da atividade empresarial resultam em geral adequados ao meio social. Eventuais meios ilícitos utilizados, ou danos ambientais decorrentes desta atividade, não. Na sociedade atual já não se aceitam resignadamente as consequências dos riscos das atividades empresariais, uma vez que a fatalidade é rechaçada como dogma, cabendo identificar responsáveis pelos danos, ainda que gerados por atividades produtoras legítimas. A comunicação social deve-se estruturar acerca de problemas sociais, conflitos, riscos e danos de maneira que estes sejam atribuídos a pessoas singulares, a indivíduos, e não a estruturas e processos supraindividuais, como a sociedade ou o destino. O processo de imputação de responsabilidade deve tornar-se reflexivo, uma escolha política deliberativa, e a legitimidade das regras de imputação está vinculado ao processo deliberativo de sua elaboração³⁵.

34 Apresentação feita pelos organizadores ao livro AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado / dirigido por Luis Arroyo Zapatero; Carlos Lascano; Martín Adán Nieto*. Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 7.

35 GÜNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. Em: PÜSCHEL, Flavia. *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7-8.

5.1 As dificuldades do Direito Penal nos delitos cometidos no contexto empresarial

Além dos conhecidos problemas de política criminal, traduzidos na resistência à criminalização destas condutas, muitas vezes sob o discurso de um Direito Penal liberal, encampado pelas classes sociais mais altas, onde se encontram justamente os “clientes” desse moderno Direito Penal, que se pode acusar de muitas coisas, menos de seletivo e discriminador dos tradicionais alvos das sanções penais, também enfrenta o Direito Penal de empresa um problema dogmático, diante do paradigma tradicional empregado.

Ocorrido o desastre, que comumente se dá no exercício de uma atividade empresarial arriscada, como são exemplo as catástrofes decorrentes da atividade minerária em Mariana e Brumadinho, com suas centenas de mortos, surge a pergunta: a quem responsabilizar individualmente?

Aquilo que parecia simples se apresenta bastante complicado. A forma como se desenvolve a moderna atividade empresarial, sob os princípios da divisão e especialização do trabalho, com múltiplas ramificações, horizontais e verticais, e ainda com a complementaridade das contribuições de todos os intervenientes do processo produtivo, desafia o Direito a ingressar nessa estrutura fechada, que oferece barreiras a que se alcance(m) a(s) pessoa(s) individual(is) verdadeiramente responsável(is) pelo dano ambiental ou pela exposição ao risco, é dizer, efetivamente responsáveis pelo processo decisório interno, seja pela tomada de decisão determinante do fato, por ordenar sua execução, ou, simplesmente, por não haver adotado as medidas necessárias para evitar sua ocorrência.

Por dever penetrar nesta estrutura empresarial³⁶, que assume múltiplas divisões e interações cada vez mais complexas, verificam-se diversos problemas de imputação, implicando “*duro banco de pruebas para la validez sobre todo de una teoría general de la responsabilidad penal (sc. del delito) que, como la hasta ahora vigente, se ha construido sobre la base de un modelo de criminalidad violenta e individual*”³⁷.

As dificuldades são facilmente imagináveis. Surge o desafio de ingressar na estrutura empresarial, normalmente complexa e extensa, e de determinar quem foi aquele que por ação ou omissão realizou a conduta típica poluidora³⁸.

36 A propósito desse tema, SANTIAGO, *Fundamentos de direito penal ambiental...*, p. 171-235.

37 GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 739. O catedrático de Zaragoza observa, quanto à resistência à modernização do Direito Penal nos crimes de empresa, que as classes sociais mais poderosas viram realizados seus propósitos no modelo penal liberal, que exclui a criminalização de graves manifestações de lesividade social originadas da utilização da propriedade (p. 767-9 e 787).

38 MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Limitaciones del Derecho Penal del medio ambiente: alternativas político-criminales*. Em: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 171.

Mourullo registra a dificuldade para o Judiciário da aplicação dos instrumentos tradicionais do Direito Penal nesse caso³⁹:

La cosa es aún más complicada para el juez, puesto que no se trata aquí de asignar una indemnización a quien tenga más que ver con el daño, como sucede en materia de responsabilidad civil, sino que se trata de castigar y de hacerlo con dureza, y ello sólo lo podremos hacer si tenemos certeza respecto a los hechos – in dubio pro reo – y, además, si podemos afirmar una cierta conexión subjetiva, individual, del autor con el hecho activo. Tendremos que probar que el acusado pudo personalmente prever y evitar el suceso concreto (...) Y aún más complicaciones. En muchas ocasiones, el curso de riesgo lesivo pasará por muchas manos y controles dentro de la maraña del organigrama empresarial, donde se darán competencias solapadas y controles acumulados. De este modo será difícil, en primer lugar, saber quién tenía que hacer qué o evitar qué. Y, en segundo lugar, será difícil rebatir el argumento de cada uno de los imputados de que confiaba en que uno o varios de los otros actuara.

Durante a investigação, como sói acontecer, ninguém na empresa assume a responsabilidade. Os empregados afirmam que jamais imaginariam que algo assim poderia ocorrer, que nada mais fazem que cumprir ordens de seus superiores e, além disso, nada podem fazer; os chefes, que comumente moram longe da empresa poluidora, pois quem pode não quer viver perto de problemas de poluição, relatam, a seu turno, que delegam funções, com a determinação de cumprir rigorosamente toda a normativa ambiental, que a atividade possui todas as licenças exigidas, que pagam seus tributos em dia, geram empregos e se preocupam com o meio ambiente, tanto que instalaram os coletores coloridos para reciclagem – invariavelmente vazios - na entrada da empresa, e que possuem uma linda fazenda, um verdadeiro santuário ambiental (quantas vezes se ouve esta expressão de infratores contumazes), com muitas árvores e animais.

Quem já participou de uma atividade de fiscalização conhece bem o discurso planejado para o consumo externo, que intenciona ocultar a real dinâmica de implementação das decisões dos controladores das empresas, bem esquematizada por Lugones⁴⁰:

Estas decisiones, a su vez son toleradas, estimuladas o exigidas, desde arriba, e implementadas desde abajo por funcionarios – directores, p. e – de

39 Ob. cit., p. 172.

40 LUGONES, Narciso J. *Programa para el estudio del delito ambiental: la esquematización de sus lugares comunes*. Em: CAFFERATTA, Néstor (dir.). *Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, v. I, p. 1495.

las personas jurídicas o autoridades o agentes suyos de variada jerarquía – gerentes, responsables **técnicos**, capataces, empleados, operarios –.

La decisión se transmite hasta las personas físicas de estas diversas categorías, no indispensablemente como una orden directa de cometer delitos, sino envuelta en sobreentendidos, esperanzas ilícitas más o menos genéricas que se depositan corrientemente en el personal jerárquico y profesional de determinadas áreas – contadores, ingenieros, gerentes, capataces – expresados en ciertas máximas de acción que actúan de uno y otro lado de la frontera entre la codicia criminal y el afán de lucro ilícito, que tienen como norte minimizar gastos y conflictos.

El grado de criminalidad y el daño causados por estos delitos es variable – ahorrar gastos en disposición de residuos peligrosos (no utilizando instalaciones adecuadas, porque se carece de ellas o porque el gasto de su funcionamiento, insumos, etc., quiere evitarse; vertiendo en ríos, vía pública, redes cloacales, terrenos no habilitados para ello) (...) La parquedad en las órdenes criminales a veces es posible porque hay una práctica ampliamente conocida y difundida de cómo hacer muchos de esos ‘ahorros’; algunas prácticas además existen de muy larga data, al punto de considerárselas corrientes. En estos casos, la persecución penal aparece como una novedad histórica: hoy se pena por hacer lo que ‘a verdad sabida’ hicieron mis abuelos, mis padres y yo mismo por largos años, sin escándalo de nadie salvo tal vez algunos entrometidos marginales, resentidos o utópicos para buena parte de la sociedad.

Multiplique-se o exemplo para várias empresas com a mesma dinâmica, e incontáveis divisões, setores, encarregados, milhares de empregados: o desastre está ali, é a única certeza. Mas como filho feio não tem pai...

O fracionamento da atividade em uma miríade de fragmentos tem seu ápice na mais que comum situação de não se poder imputar a ninguém o fato ilícito, pois nenhuma pessoa “*reúne todos los presupuestos de punibilidad*”⁴¹. Ainda nos casos em que se identifique um executor, em geral é um empregado de um nível mais subalterno, cuja conduta não é a mais relevante para a produção do delito, frente às divisões, horizontal e vertical, do trabalho nas empresas⁴².

41 MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa. Cuestiones alternativas*. Buenos Aires: Hamurabi, 1983, p. 33.

42 “...Se trata, en efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división del trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarca, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva – la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí solo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo – no es siempre la más relevante, lo que supone un importante cambio de perspectiva respecto al derecho penal clásico.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Responsabilidad penal*

Ainda assim, a necessidade de responsabilização persiste em um contexto onde a maioria das condutas criminosas, que nem sequer chegam ao nosso conhecimento, apenas os danos, se verifica na estrutura cerada das empresas, e em que o emprego das estruturas clássicas de autoria e participação leva a uma responsabilidade para baixo, afetando o efeito preventivo do Direito Penal⁴³ e gera uma irresponsabilidade organizada, em que nenhum dos intervenientes pode ser qualificado como autor, o que obscurece o futuro do próprio sistema jurídico-penal.

5.2 A irresponsabilidade organizada

Ulrich Beck enfrenta o tema da irresponsabilidade organizada em obra específica⁴⁴.

A irresponsabilidade organizada se inicia no “*círculo vicioso entre normalización simbólica y amenaza material: administración, política, gestión industrial e investigación estipulan los criterios de lo que es ‘racional y seguro’*”⁴⁵.

Pressionado pela sociedade que busca proteção quanto aos riscos crescentes na sociedade moderna, o Estado define o que é seguro, porém utilizando velhos mecanismos, a lógica de exploração crescente, e termina normalizando a contaminação, a ausência de imputação. O controle do Estado vê-se desvirtuado e serve de estímulo à poluição, já que as normas administrativas admitem níveis de poluição tão altos que, na prática, sanção nenhuma é aplicável.

Como a definição do que será admitido como limite de poluição não impõe limites verdadeiros, os riscos crescem, os danos avultam. Nada muda, apesar da existência de uma fachada de um sistema que funciona.

Os problemas continuam na fiscalização dos empreendimentos de atividades arriscadas: a própria indústria fiscalizada se incumbe de apresentar seus dados, sem uma correspondente contraprova, é dizer, não há nada que garanta o afirmado. Isso ficou bem claro no desastre de

de las empresas y de sus órganos en el derecho español. Em: SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN e FIGUEIREDO DIAS – coordenadores. *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 368-9).

43 FARALDO CABANA, Patricia. *Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa*. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social ...*, p. 204.

44 BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure, 1998.

45 BECK, *La sociedad del riesgo mundial...*, p. 135..

Mariana, em que laudo de expertos contratados pela empresa certificavam a segurança da barragem. É a promessa de segurança baseada em cálculos bastante incertos. É como se os expertos pudessem, desde seu trono, proclamar: assim (tão perigosamente) tendes de viver⁴⁶, como se dá em vários casos de geotecnia na mineração, onde distintos métodos e conclusões surgem em análises do mesmo empreendimento. Múltiplas conclusões, díspares, são possíveis, de acordo com o método e a extensão dos exames realizados.

Nessa definição dos riscos, predomina a tecnocracia autoritária, implicando o efeito de assentar que agora tudo é possível, devendo as pessoas ali depositarem confiança⁴⁷ (o que se dá nos licenciamentos de grandes empreendimentos). E o que se verifica, desde Chernobyl, e foi reprisado em Mariana e Brumadinho, é que o “maior acidente hipotético é possível; que a segurança baseada em cálculos e probabilidade é enganosa⁴⁸”. Com os desastres, a segurança dos expertos é erosionada; o descalabro de ramos da indústria é exposto ao mundo⁴⁹.

A desilusão com o sistema de licenciamento levou Beck inclusive a dar as boas-vindas “ao cabaré de definições nacionais de ameaça”⁵⁰, pois, quanto mais liberalmente são fixados os valores limite de poluição, quanto maior é a quantidade de chaminés, efluentes, etc., menor é a probabilidade legal de responsabilizar um autor pelas descargas e contaminações coletivas, em uma espécie de convivência entre a industrialização e o Direito – quanto mais se polui de fato, menos se polui formalmente, porque os limites permitidos são constantemente aumentados.

Além disso, a postura dos órgãos de licenciamento, muitas vezes dominados pela hipocrisia, seja quando se apresentam rigorosos em detalhes e não questionam temas de fundo, como se se deve ou não aceitar a instalação de determinado empreendimento, muitas vezes altamente arriscado, seja quando insistem em proclamar uma segurança constantemente desmentida pela reiteração dos danos ambientais, tudo isto põe em xeque o próprio sistema de fiscalização ambiental, fazendo-nos questionar sobre sua utilidade⁵¹:

46 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 10.

47 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 89.

48 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 113, tradução livre.

49 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 114, tradução livre.

50 BECK, *La sociedad del riesgo mundial...*, p. 54.

51 BECK, *La sociedad del riesgo mundial...*, p. 53.

... ¿Para qué sirve un sistema legal que persigue y regula en todos sus detalles los pequeños riesgos técnicamente manejables y en cambio, en virtud de su autoridad, legitima e impone a todos (incluso a los muchos que están en contra) los grandes riesgos, que la técnica no puede minimizar? ¿Cómo puede sostenerse política y democráticamente una autoridad que tiene que responder a la creciente conciencia del peligro con vehementes proclamas de seguridad y sin embargo siempre está a la defensiva y jugándose su credibilidad con cada accidente o amago de accidente?

Ainda que o Estado fiscalizador constate finalmente o descumprimento dos elásticos limites máximos de contaminação, a irresponsabilidade organizada se estende ao âmbito da imputação; a estrutura cerrada da empresa e suas múltiplas divisões representam um importante obstáculo às regras jurídico-penais tradicionais de responsabilização, situação de que se aproveita a delinquência empresarial.

Assim as coisas, alerta Beck que é ingenuidade achar que será fácil identificar responsáveis, apesar de que se saiba que os danos partiram de determinada empresa:

Quem crê que as causas estão precisamente ali onde sai a poluição das chaminés e que os responsáveis devem prestar contas ignoram as muralhas protetoras de definições que as empresas têm levantado ao seu redor, amparadas e reforçadas pela lei e pela ciência⁵².

Prossegue o professor alemão recordando que quanto mais se penetra nos corredores, salas, túneis subterrâneos da fabricação do perigo e de sua burocracia, tanto mais evidente é que se trata de uma macroburocracia da imprudência, da insegurança generalizada, do conhecimento pela metade e ignorância crescentes, da falsificação, da ocultação, de acordo com o princípio organizador, quase genial, da incompetência não imputável⁵³. Vale reiterar: é tudo feito de caso pensado. Não é por acaso que as estruturas ali estão.

Já durante o processo civil ou penal, laudos periciais inconclusivos fazem com que a crítica ao macroperigo quede refutada. A carga probatória é imposta a quem busca a responsabilização com fingida ingenuidade, “através de labirintos de demonstráveis indemonstrabilidades⁵⁴”

52 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 109, tradução livre.

53 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 111-112.

54 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 112.

5.2.1 A irresponsabilidade organizada e sua projeção penal

A especial dificuldade de imputação no âmbito das grandes empresas (a que pessoa individual imputar os danos e riscos?), associada ao modelo de decisões apontado, é, assim, a projeção muito específica, em questões de imputação, da irresponsabilidade organizada, no âmbito penal, como assinala a doutrina⁵⁵.

Observa Beck que os desafios do século XXI são abordados com conceitos e receitas tomadas do início da sociedade industrial, do século XIX e princípios do século XX. Esses desafios – como o são os desastres minerários brasileiros – geram situações completamente novas para as instituições encarregadas de vigiar tais empreendimentos, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial. E, quando se busca aplicar as regras tradicionais de responsabilidade penal, rotundo é o fracasso. A aplicação despreocupada destas regras na investigação e nos processos culmina com efeito contrário ao desejado: os perigos se incrementam e se legitima sua crescente anomia⁵⁶.

O “erro secular” identificado por Beck fica patenteado na falta de preparativos depois da catástrofe. Os macroperigos atômico, químico, ecológico, genético, não são abrangidos pela cooperação organizada de segurança. Os desastres apresentam danos e destruições irreversíveis com ponto de início determinado, mas sem um final previsível⁵⁷, como se vê nos longos

55 ROXIN, Claus. *Informe final*. Em: AAVV. *Crítica y justificación ...*, p. 329. “...Problema que se agrava extraordinariamente quando as condutas perigosas têm lugar no seio de empresas, de grupos ou de equipas com complexa divisão de tarefas e a suspeita da sua prática recai sobre um grande e indeterminável número de pessoas, cuja interação, coordenada ou casual, é fonte do perigo que, por sua vez contribui para a verificação de um risco global. Particularmente aqui, perante aquilo que se vai chamando já o fenómeno actual da irresponsabilidade organizada, o modelo tradicional da imputação jurídico-penal parece falhar rotundamente; como também quando se persista em manter um modelo puramente individual de responsabilidade penal, que empresta nova e mais forte razão à alegação de que o sistema penal está de há muito pensado em termos de atingir preferencialmente os estratos e os membros socialmente mais desfavorecidos ou excluídos da população. Por isso a ciência do direito penal começa a perguntar-se por possíveis soluções.” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 136-7). HERZOG, *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo...*, p. 257: “La irresponsabilidad organizada se esconde hoy tras la complejidad. Frente a todas las promesas de la sociedad de la información sabemos cada día menos sobre los procesos de decisión, sus actores y su motivación.” SUÁREZ GONZÁLEZ, p. 291, matiza a complexidade das esferas organizativas como característica de uma sociedade do risco: “Los ámbitos de acción individual han dado paso a contextos de carácter colectivo. Los sistemas de producción se estructuran a partir de la división funcional del trabajo de cara a la obtención de un mayor rendimiento. Y un modelo de estas características, basado en la aportación colectiva, presupone a cada una de sus partes como partes ‘intercambiables’ o fácilmente sustituibles. Ello da lugar a que la asunción individual de responsabilidad se diluya en el conjunto de las aportaciones, llegándose incluso a afirmar que las estructuras complejas de producción dan lugar a una ‘irresponsabilidad organizada’”

56 BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure, 1998, p. 7.

57 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 8.

processos penais, que muitas vezes terminam com extinções do processo penal com *habeas corpus*, como são exemplos recentes casos de Mariana julgados no Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁵⁸.

O aparato judicial penal, modelado para detectar apenas o delinquente individual, se vê aturrido. Isso termina protegendo os responsáveis dos desastres, que deveriam prestar contas de seus atos; tal consequência favorece, legitima a irresponsabilidade. Observa Beck que é sem sentido que o Poder Judiciário, sobrealimentado com leis, converta a culpabilidade coletiva em julgados de inculpabilidade, “apesar de que esteja programado, ao menos oficialmente, para conseguir o contrário, mediante elevadas exigências jurídico-burocráticas⁵⁹.”

A utilização das regras do sistema de responsabilidade é fundamento da irresponsabilidade: essa normalização do risco “foi obtida exigindo e fazendo o que sempre se queria: investigar as causas e os possíveis responsáveis, em consonância com a interpretação constitucional vigente⁶⁰.” Há um sistema organizado para não funcionar, e, ao não funcionar, cumpre seu objetivo... As regras habituais de imputação “geram um ponto morto e conservam-se as atuais e injustas regras de definição (carga probatória)⁶¹”

Este modelo de processo penal, voltado para uma delinquência individual, com dura carga probatória, se mostra ineficaz para esses casos. Beck lembra⁶² que há que se afastar a crença ingênua de que os perigos que possuem origem no desenvolvimento tecnológico e industrial podem ser descobertos, perseguidos, trados e evitados se há vontade para tanto.

Quem pensa assim desconhece a irresponsabilidade organizada, pois é exatamente o contrário que se dá: é a aplicação das normas jurídico-processuais que garante a normalização do risco, pois as principais instâncias decisórias das empresas não resultam condenadas. Arremata o sociólogo alemão recordando que quem advoga pela rígida aplicação do princípio da comprovação da causalidade e, ademais, o impõe aos atingidos, não somente exige algo cuja impraticabilidade está já suficientemente demonstrada pela Ciência, como levanta estupenda barreira

58 Por exemplo, o processo de n. 1029985-02.2018.4.01.0000, Habeas Corpus, da 4ª Turma, relator o Desembargador Federal Olindo Menezes, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/trf-tranca-acoas-homicidio-executivos.pdf>, acesso em 10 de janeiro de 2021.

59 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*..., p. 9, tradução livre.

60 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*..., p. 115-116.

61 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*..., p. 116.

62 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*..., p. 115.

protetora para conseguir que os perigos crescentes fiquem a salvo do tratamento adequado e não resultem individualmente imputáveis⁶³.

Assim as coisas, surge o questionamento: para que serve um sistema de Direito capaz de fazer o seguimento exaustivo de riscos menores, tecnicamente controláveis, mas que, graças a sua autoridade, legaliza e impõe a todo o mundo os macroperigos, que se subtraem à minimização técnica? O grosso do potencial dos perigos ecológicos se localiza no colapso administrativo e jurídico. As fachadas de segurança se derrubam não só em casos de verdadeiros acidentes, mas também ante a mera suspeita de um acidente possível. As fachadas de incompetência e os minúsculos castelos de prevenção e vigilância ficam expostos pelos macroperigos⁶⁴.

Consequência: erosão de legitimidade, com a histórica insuficiência das regras para atribuir e imputar responsabilidades. Resultam evidentes as contradições entre as promessas de segurança que partem das instituições e a legalização dos perigos⁶⁵.

Há, portanto, que se vencer o abismo secular encoberto. As situações de perigo em escala mundial vêm sendo tratadas com raciocínios insuficientes, de autor individual, fazendo com que o Direito Penal individual se oponha à ameaça coletiva⁶⁶.

6. Os instrumentos utilizados pelo Direito Penal Ambiental para a responsabilidade penal dos dirigentes

Na tentativa de superar a irresponsabilidade organizada, ainda preva-
lecente, vislumbram-se algumas possibilidades diante do instrumental
normativo existente.

Nesse ponto, há, nos diversos países que enfrentam o problema dos crimes cometidos no contexto de atividades empresariais, o confronto entre dois modelos: o de uma responsabilidade estabelecida em um formato conhecido como *bottom up model*, em que há a responsabilidade preferente como autor daqueles que atuam em último lugar, estendendo-se essa modalidade em segundo momento àqueles que prestaram uma contribuição mais distante para a realização do ilícito quanto a de um modelo de responsabilidade de cima para baixo (*top down model*), que assume como ponto de partida a responsabilidade preferente de

63 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 115.

64 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 123-124, 133 e 135.

65 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 152.

66 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 237.

administradores ou diretores da empresa e em seguida a amplia para os comandos intermediários, encarregados e demais empregados.

O artigo 2º da Lei 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, prevê a responsabilização do superior hierárquico em comissão por omissão em relação aos delitos praticados por seus subordinados, buscando aproximar-se da responsabilidade para cima do primeiro modelo, tendo como fundamento um caso de dupla contingência, o que merece explicação.

6.1 O conceito de dupla contingência como fundamento da responsabilidade empresarial individual ambiental pelos delitos cometidos pelos subordinados – O artigo 2º da Lei 9.605/98

Alguns exemplos da utilização do Direito Penal Ambiental podem ser explicados segundo a teoria dos sistemas, e aqui temos como interessante projeção a responsabilidade empresarial individual pelos danos ambientais, que pode ser vista como um caso de dupla contingência, importante conceito sistêmico, que fundamenta a existência do artigo 2º da Lei 9.605/1998, ao prever a responsabilidade do superior hierárquico ao se omitir em relação aos crimes ambientais praticados por seus subordinados, tentativa de vencer o erro secular diagnosticado por Beck.

Em qualquer interação, há uma dupla contingência. Por um lado, as gratificações do ego são contingentes em sua seleção entre alternativas disponíveis. Mas a reação de alter será contingente à seleção de ego e resultará de uma seleção complementar por parte de alter⁶⁷. Há dupla contingência, pois cada ator é tanto agente em ação quanto objeto de orientação, para si mesmo e para os outros; como agente em ação, orienta a si mesmo e aos outros, como objeto, tem sentido para si mesmo e para os outros⁶⁸.

Por contingência compreende-se que as possibilidades apontadas poderiam ser diferentes das esperadas. Há aqui, um duplo problema: a complexidade associada à contingência.

A complexidade, portanto, implica seleção forçada, e a contingência, o perigo de desapontamento, bem como a necessidade de assumir-se riscos⁶⁹.

67 PARSONS, Talcott. SHILS, Edward. *Toward a General Theory of Action*. Cambridge: Harvard University Press, 1951, p. 16.

68 PARSONS, Talcott. *Interaction, International Encyclopedia of the Social Sciences*. Vol. 7. Nova York: 1968, p. 436.

69 Seguimos nesse fragmento LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*, volume I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 46.

Mais do que isso, a vida real nos apresenta uma dupla contingência. “Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu⁷⁰.” Tenho que reconhecer que o outro pode variar seu comportamento, também para ele o mundo é complexo e contingente.

Por conseguinte, se alguém possui expectativas em relação à conduta de outrem, esse outrem também possui expectativas em relação à conduta desse alguém. Há uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele. Ao lado dessa dupla expectativa, todo agir social apresenta uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de cumprimento, na satisfação ou desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do próprio comportamento em relação às expectativas do outro⁷¹.

A teoria dos sistemas e seu conceito de dupla contingência permite a melhor compreensão do fundamento da responsabilidade empresarial individual pelos danos ambientais que ocorrem a partir da atividade arriscada, ainda que a conduta causadora do dano tenha sido praticada por um subordinado.

Uma dupla contingência se caracteriza muito claramente no exercício da atividade empresarial potencialmente poluidora, no contexto de empreendimentos arriscados.

O sistema social se preocupa com a prevenção dos danos ambientais diante da atividade das empresas, que potencializam os riscos de uma forma que anteriormente se desconhecia. Essa preocupação justifica a existência de estudos de impacto ambiental, de um sistema de licenciamentos para que se instalem e operem empresas; que exista um sistema de monitoramento, órgão de controle e fiscalização, enfim, que exista uma Administração Pública ambiental, cuja principal atividade é – ou pelo menos deveria ser – desenvolvida neste controle das empresas, no afã de prevenir danos ambientais relevantes.

A preocupação com as atividades produtivas é realçada na Constituição brasileira, que exige o estudo de impacto ambiental para instalação de atividades potencialmente degradadoras e o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que representem risco para o meio ambiente (artigo 225, § 1º, IV e V). É inclusive criminalizada na Lei 9.605 de 1998 a instalação de atividades potencialmente poluidoras sem a correspondente licença ou autorização.

70 LUHMANN, *Sociologia do direito*, volume I..., p. 47.

71 LUHMANN, *Sociologia do direito*, volume I..., p. 48.

Essa é, portanto, a expectativa da sociedade, do sistema social, ao conceder o licenciamento às atividades potencialmente poluidoras. Ela se preocupa que danos não advenham do exercício desta atividade. Esta é a contingência que a sociedade põe diante do empreendedor.

O empreendedor, por outro lado, possui a expectativa, legítima, de obter lucro, de produzir, no exercício da livre iniciativa assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 170 e todo o arcabouço do Direito Empresarial. O exercício de sua atividade, visando o lucro, é a contingência que oferece à sociedade. A esse contexto de dupla contingência se acresce, por certo, a compreensão da função social da empresa, tema sobre o qual a doutrina brasileira já produziu rico material⁷².

Dentre os postulados dos sistemas sociais, uma das consequências mais importantes da teoria da dupla contingência é o surgimento da confiança ou da desconfiança. O outro pode agir diferentemente do esperado por mim e pode, precisamente quando sabe que espero, agir diferentemente do que espero. Pode deixar claras suas intenções ou enganar. Nesse contexto, confiança é a estratégia de maior alcance. Quem oferece confiança amplia consideravelmente seu potencial de ação. A confiança reduz a complexidade social. Desconfiança é a estratégia mais fortemente restritiva. Permite-se correr um risco somente quando se preveniu contra eventualidades, por exemplo, quando se dispõe de sanções ou se está satisfatoriamente seguro contra prejuízos. Confiança e desconfiança só podem se manifestar no domínio da dupla contingência, não devem ser confundidos com otimismo ou pessimismo. Confiança tem de ser demonstrada contingentemente⁷³.

A transição da desconfiança para a confiança depende de apoios complementares do Direito⁷⁴. Isso explica a existência do artigo 2º da Lei 9.605/98.

A dupla contingência e a confiança/desconfiança que envolvem a atividade empresarial pavimentam a explicação da responsabilidade do superior hierárquico pelos crimes praticados por seus subordinados, prevista no artigo 2º da Lei dos Crimes Ambientais. É só porque se confia que a atividade de risco se desenvolverá de maneira adequada que a sociedade confere a licença ou autorização para sua instalação e operação. Pode até

72 Conforme, a título de exemplo, a análise de NEVES, Edson Alvisi. *A intervenção judicial na empresa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 22 e ss.

73 LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016, p. 151-152. Ensina Luhmann que a teoria da dupla contingência se torna propícia em uma sociedade que já não se baseia em princípios absolutos, mas coloca em prática o indicado no pós-modernismo: não é possível chegar a um ponto em que todos estivessem unanimemente de acordo (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 322).

74 LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 152-153.

ser que o sistema de licenciamento ambiental e o correspondente controle ambiental das empresas constitua algo relativamente inovador. Sua motivação, sem embargo, não traduz nenhuma novidade. O que se espera é o de sempre: não causar prejuízos, não causar danos, enfim, *neminem laedere*. As pessoas não querem sofrer prejuízos em consequência de atividades alheias. Porém, além desse princípio do dano (*harm principle*) aplicável às empresas, para que não representem riscos dos quais advenham danos individuais, deve-se somar-lhe uma preocupação atual da sociedade: que não causem danos ao meio ambiente.

Assim sendo, a expectativa social relativa às empresas é resumível a não causar danos relevantes às pessoas e ao meio ambiente – essa é a contingência oferecida pelo sistema social. Isto em nada difere da expectativa relativa a qualquer pessoa, a qualquer atividade, de que não cause danos. Se antes se discutia a responsabilidade, administrativa, civil ou penal, pela atividade do próprio corpo, ou a responsabilidade das pessoas que empregam em suas atividades animais, carroças, automóveis, máquinas ou obras, agora também se discute, particularmente no âmbito penal, a responsabilidade das pessoas que desenvolvem suas atividades por meio de empresas. O *neminem laedere* projeta-se hodiernamente de uma forma muito mais ampla, frente ao potencial ofensivo da atividade industrial, que não pode converter-se em um foco de perigos para a coletividade⁷⁵.

E se a pessoa tem a liberdade de configurar a organização de suas atividades (a contingência oferecida pelo empresário, a exploração de uma atividade visando ao lucro), também corresponde, como contrapartida, o dever de assegurar – e daí surge que parte da doutrina afirme existir deveres de asseguramento - que esta configuração das atividades se dê de uma forma tal que dela não se desprendam riscos que excedam o nível permitido, que se respeitem os direitos alheios, e, agora, pela evolução do pensamento social, que se respeite o meio ambiente.

Está assim caracterizada uma dupla contingência, com os atributos de confiança/desconfiança: dá-se a licença porque se confia que não advirão danos, que o controle sobre a atividade os evitará (confiança). Caso ocorram, essa confiança é quebrada, e passa-se a utilizar o mecanismo complementar que garante a transição da desconfiança para confiança: perquirir a responsabilidade do empresário no controle preventivo de sua atividade, prevendo-se sanções para tanto, como a do artigo 2º da Lei 9.605/98. Deve-se evitar que a organização do próprio âmbito gere re-

75 SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 331.

sultados lesivos, que defraude a expectativa social de que terceiros não sejam lesionados. Aquele que tem a liberdade de organizar também tem a responsabilidade de assumir as consequências, de que não derivem danos dessa organização. Por conseguinte, os danos que advenham desse exercício da liberdade de organização serão imputáveis aos responsáveis pela configuração da organização que propiciou sua ocorrência.

Um setor da doutrina denominará os deveres derivados dessa competência para organização de deveres de asseguramento da convivência, distinguindo-os de deveres em virtude da competência institucional, que afetam pessoas com um *status* especial, como os pais na relação pater-filial, o cônjuge, o destinatário de uma confiança especial ou alguns cargos públicos⁷⁶.

Esta distinção decerto guarda paralelismo com a doutrina tradicional, que centra a distinção no conteúdo da garantia. Serão garantes de proteção aqueles que possuem o dever de proteger determinado bem jurídico contra todos os ataques, em função da proteção do bem jurídico contra perigos de toda ordem, de que é exemplo o pai em relação aos filhos. E serão garantes de controle aqueles que possuem o dever de supervisionar determinada fonte de perigos, de evitar todas as ameaças que provenham de uma fonte de perigo determinada. O garante de controle deve sujeitar a fonte de perigo, não pode esperar até a produção de uma situação de perigo determinada. Deve, assim, evitar os perigos que comumente provêm da fonte que lhe corresponde controlar. O garante de controle tem sua primeira atenção depositada na fonte de perigos em si mesma, e, como efeito reflexo e imediato, daí se deriva a garantia dos bens jurídicos ameaçados pela fonte de perigo⁷⁷.

76 Conforme, desde fundamentos da filosofia hegeliana, a terminologia de JAKOBS, Günther. *La competencia por organización en el delito omisivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 9-17; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 21-29 e PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 30-31, 82-85. Para este setor da doutrina pouca ou nenhuma diferença pode ser verificada quanto às regras aplicáveis à comissão ou omissão nos crimes de organização, pois a expectativa social é a mesma: não causar danos a terceiros, evitar que a organização gere resultados lesivos. De fato, para aquele que sofre os efeitos de uma poluição originária da atividade empresarial pouco importa se se trata de uma ação ou omissão. Este quer ver-se indenizado, que o responsável seja castigado, que o problema seja solucionado. Também para este setor o dever de solidariedade não é o fundamento para o âmbito de organização, e sim para os crimes omissivos próprios (que se baseiam no mínimo de solidariedade que o Estado exige do cidadão para viver em sociedade), e para os crimes em virtude de uma instituição (que se baseiam em uma solidariedade juridicamente assegurada). Tampouco se distingue a comissão da omissão em virtude da posição de garante nos delitos de organização, já que também é necessária uma posição de garante nos crimes comissivos. Sobre o assunto, exemplificativamente, Sánchez-Vera, ob. cit., especialmente p. 21-22, 95 e 137. A diferenciação mais significativa não se dá entre comissão e omissão, e sim entre o fundamento da responsabilidade – competência de organização ou caráter institucional.

77 KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289-290;

Seja qual for a abordagem doutrinária, o fundamento é o mesmo: a teoria da dupla contingência justifica a previsão da responsabilidade empresarial ambiental individual. Em uma sociedade do risco, a crescente interdependência dos indivíduos dá lugar a que, cada vez mais, a incolumidade dos bens jurídicos dependa de condutas positivas por parte de terceiros, razão pela qual esta função de controle de fontes de perigo assume um papel essencial no incremento dos delitos de comissão por omissão⁷⁸.

A confiança depositada no empresário quando da concessão do licenciamento da atividade arriscada possui, portanto, caráter circular, se autos-supõe e se autoconfirma⁷⁹. Há a necessidade de que o dirigente realmente exerça o controle, do contrário não faria sentido permitir a atividade potencialmente poluidora, não existe razão para nele confiar.

A posição de controle de uma fonte de perigos possui origem, diversas vezes, em normas jurídicas constitucionais, civis, comerciais ou trabalhistas, que estabelecem uma situação de controle sobre a fonte de perigos, deveres em relação à coisa (ou empresa), superioridade em uma organização, ou, o que interessa especialmente para esta discussão, um direito de comandar e de dar ordens, e, conseqüentemente, de repelir as decisões de outros, frente à subordinação dos empregados em relação a uma pessoa que ocupa uma posição de mando. Estas normas, muitas vezes, recebem o reconhecimento da norma penal de uma situação de garantia⁸⁰ (que, por óbvio, não prescinde do exame do caso concreto, onde se verificará a presença deste efetivo controle e relação de subordinação). A confiança, conforme ensina a teoria dos sistemas, depende dessa proteção, que apresenta o simbolismo de reagir a informações críticas não somente em virtude dos fatos que elas informam, mas porque elas atuam como indicadores de confiabilidade⁸¹.

Para evitar a irresponsabilidade organizada no âmbito das empresas, já é possível concluir que os garantes de controle, encarregados de deve-

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 459-460; FRISTER, Helmut. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 424.

78 SILVA-SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2 ed., Buenos Aires: B de f, 2006, p. 209 e *La expansión del Derecho Penal...*, p. 17. Conforme SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Derecho penal y riesgos tecnológicos*. Em: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurft* coordenadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003. p. 292-3, o instituto da comissão por omissão na delinquência empresarial constitui o exemplo mais significativo da necessidade de desenvolver novos instrumentos de imputação na sociedade do risco.

79 LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 153.

80 Ainda conforme SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, p. 342-3, analisando a repartição de tarefas ou a hierarquia dos deveres de relação, no prisma de sua teoria do domínio.

81 LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 153.

res especiais de proteção relativos a uma fonte de perigos, caso deixem de cumprir os mandatos estabelecidos de controlar a fonte de perigos pela qual são responsáveis, é dizer, se omitam no controle, poderão responder por eventuais delitos de comissão por omissão, como consequência imediata dessa situação de dupla contingência e da confiança depositada no empresário quando da permissão da atividade arriscada. A dupla contingência dá lugar a um duplo condicionamento⁸²: a empresa, se preenchidos os requisitos, deve conseguir a licença; no exercício da atividade, deve prevenir os danos, caso contrário (“se”) será responsabilizado individualmente o empresário que se omitir na fiscalização de seus subordinados (“então”). Sistemas são concebidos não como uma quantidade de objetos, mas como perspectivas de ordem, a partir das quais uma relação entre sistema e ambiente é acessível, como redução de complexidade, orientando seleções⁸³.

A adequada utilização do artigo 2º contribui para a manutenção da confiança da sociedade quando da concessão de licença para atividades arriscadas, e, mais do que isso, contribui para a prevenção de danos ambientais.

6.2 Os garantes de controle nas empresas – O dever de garantia relativo aos ilícitos penais cometidos pelos subordinados e a prevenção de danos ambientais

O reforço complementar do Direito para garantir a confiança nesta situação de dupla contingência da atividade empresarial estimula aqueles que se encontram melhor posicionados para realizar as adaptações necessárias no âmbito empresarial (ou, para empregar a terminologia de determinada corrente, em sua competência de organização), no sentido de que procurem estas soluções (se reorganizem) para cumprir a normativa ambiental. Os diretores de uma empresa se encontram em uma melhor posição para saber quais áreas necessitam maior controle e podem desenvolver programas para suas necessidades específicas.

Ademais, como os empregados querem aumentar os lucros da empresa para obter promoções (também uma dupla contingência, agora no seio da atividade), é função do *CEO* esclarecer que as normas ambientais devem ser cumpridas fielmente, e treinar seus subordinados nesse sentido. Como o diretor pode ser responsabilizado, deve comunicar-se constantemente com seus su-

82 LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 157.

83 LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 159.

bordinados, evitando processos penais⁸⁴. Em suma: a responsabilidade dos diretores contribui para a prevenção dos danos ambientais.

Por conseguinte, nada mais compreensível que a existência de um dever de garantia que recaia sobre aqueles que possuem o efetivo controle sobre a estrutura da empresa. Quem detém o controle sobre a empresa é garante. Se, como visto, a sociedade somente conferiu a licença para a atividade por que confia que o empreendimento se desenvolverá de maneira adequada, tal confiança também abrange a necessidade de que as pessoas responsáveis por uma empresa cumpram suas tarefas para prevenir danos⁸⁵.

Também se afirma, além da confiança, que o domínio exercido sobre a fonte de perigos gera o dever de garante⁸⁶.

A confiança que a sociedade deposita e o domínio mencionado constituem critérios válidos para explicar, no plano fático, o dever de garantia, e a eles deve somar-se uma argumentação eminentemente jurídica: o dever de garantia do titular da empresa, de um diretor, ou de um responsável por uma seção específica de uma grande corporação, de impedir delitos de seus empregados, se deriva de forma inequívoca, ou é um correlato inevitável de seu direito de dirigir e de dar ordens. Essa pessoa pode repelir as decisões de outras, que seriam ingerências indevidas em sua esfera de atribuições (no caso, a decisão de seus subordinados de cometer delitos a partir da estrutura da empresa) – e, portanto, deve velar, em virtude de sua superioridade hierárquica ou domínio, para que não se realizem tais condutas⁸⁷.

84 MURNANE, Colleen C. "Criminal sanctions for deterrence are a needed weapon, but self-initiated auditing is even better: keeping the environment clean and responsible corporate officers out of jail." *Ohio State Law Journal*, 1994, vol. 55, p. 1186-1200.

85 Sublinhou a situação de dupla contingência a Câmara Federal de San Martín, sala 1ª, 26/8/92, "Constantini, Rodolfo y otros s/averiguación contaminación Río Reconquista", *Jurisprudencia Argentina*, 1993, p. 199: "Sólo a condición de que el titular o directivo de una empresa tome los recaudos de seguridad necesarios para evitar riesgos respecto de los bienes o personas, es que la sociedad autoriza el establecimiento y la operación de instalaciones altamente complicadas y riesgosas." Neste acórdão também se esclareceu que se o diretor ou titular delega o dever de controle sobre coisas perigosas, possui "un deber de cuidado en la elección de su personal según su capacidad y un deber de supervisión general" (p.199).

86 Posição de SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, em toda sua obra, e com a variante do *domínio social*, proposta por GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 117-169 (em especial p. 142-144); p. 171-262 (em especial p. 171-172); p. 813-814 e p. 819-868, capítulos em que examina a comissão por omissão e a responsabilidade de diretores.

87 Conforme TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009, p. 188, afirmando ser esta a doutrina dominante. Anota este também que na França, pelo instituto da *responsabilité d'autrui* e na Inglaterra, pela *vicarious liability*, também se aplica a responsabilidade de superiores pelos fatos delitivos de terceiros, mas para crimes que não exigem uma culpabilidade, ou prova de culpabilidade (p. 187). E que na Alemanha o artigo 130 OWiG estabelece uma contravenção geral, similar à posição de garante, da lesão do dever de vigilância nas empresas, quando se produzirem crimes ou contravenções dos empregados (p. 188 e 237). Realça FRISTER (p. 437): "Ante todo, una posición de garante de control puede derivarse del poder de organización sobre determinado ámbito de dominio. Aquel que está

Portanto, apesar do fato de que quem realiza a ação típica seja um subordinado plenamente responsável, com autonomia pessoal, adulto e dotado de razão, ou, em português claro, maior e vacinado, também é certo que esta pessoa se encontra integrada em uma estrutura alheia de comando; bastaria uma ordem de seus superiores e o crime não seria cometido⁸⁸. Nesse contexto, este superior tem o dever de garante de impedir delitos alheios, sem que se fira o princípio de responsabilidade.

Onde há autoridade, hierarquia, poder de mando jurídico sobre penalmente capazes, cabe imputar também àquele que possui este direito de dirigir e dar ordens, mas se omite em repelir as condutas criminosas de seus subordinados, a realização da conduta típica, em forma de comissão por omissão⁸⁹.

Todas as razões expostas contribuem à prevenção do dano ambiental: a responsabilidade dos superiores hierárquicos pelos crimes praticados pelos seus subordinados é derivado inequívoco da expectativa social de que aqueles que controlam a empresa, que possuem o direito de dirigir e dar ordens nesta estrutura cerrada, façam, por meio da fiscalização e supervisão, que seus subordinados cumpram as normas ambientais e adotem, assim como seus superiores, todas as medidas necessárias para a prevenção do dano ambiental, ainda que para tanto se reorganize a empresa, para que do exercício da atividade não advenham danos às pessoas ou ao meio ambiente⁹⁰.

O artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais claramente se inspira na tendência majoritária internacional⁹¹ e estabelece um critério material, pois

habilitado para tomar determinaciones dentro de cierto ámbito y que, por ello, puede repeler las decisiones de otros, en principio, como injerencias habidas en sus propios asuntos, tiene que velar jurídicamente, como contrapartida de esa atribución de dominio, por que de ese ámbito no surjan peligros para otros."

88 Observe-se, com SILVA-SÁNCHEZ (*El delito de omisión...*, p. 471-2) "que la omisión no crea el riesgo, sino que el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos que provienen de otras fuentes, fundamenta un dominio sobre el riesgo (que entonces se hace típicamente relevante) perfectamente idéntico al que se obtiene con la comisión activa.."

89 Conforme TIEDEMANN, ob. cit., p. 186, e SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, p. 378-9.

90 Neste sentido SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, p. 338: "... Si el señor de la cosa quiere evitar que su ámbito de dominio se convierta de manera prohibida en causa de un resultado, ha de adoptar para ello todas las medidas que mantienen a su ámbito de dominio al margen del proceso causal dañino. El que a tal efecto haya de tener lugar una transformación sustancial de la propia cosa, o una modificación de sus circunstancias, de su situación con respecto al entorno, no es cuestión del principio de imputación, sino exclusivamente del caso concreto y del cuidado objetivamente prescrito en el caso concreto. ... Si, a tenor de lo dicho, si quisiera caracterizar el contenido de los deberes de cuidado con un lema, se ofrece el término 'preceptos de prevención de accidentes' o también 'deberes de asegurar' (por lo cual también se utiliza a menudo en este ulterior sentido la expresión 'deberes de garantizar la seguridad del tránsito'). El ámbito de dominio propio tiene que estar asegurado de manera que ya no represente peligros para otros." (sem o primeiro grifo no original).

91 De que é exemplo a versão final de 2000 do projeto de *Corpus Iuris* para a proteção dos interesses financeiros da Comunidade Europeia, tentativa de unificação mínima do Direito Penal europeu, cujo artigo 12, § 3 cuida da responsabilidade dos superiores em comissão por omissão relativa aos delitos cometidos por seus subordinados (texto disponível em TIEDEMANN, p. 306).

reconhece a existência de garantes de controle em relação à lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos ameaçados por uma fonte de perigo, atribuindo o dever de garantia àqueles que exercem funções de comando na estrutura das empresas, que têm o direito de dar ordens e o poder de repelir ordens e ainda o poder de repelir as condutas de seus subordinados, cabendo-lhes responder em comissão por omissão quando, sabendo da conduta delitiva de seus empregados, não intervêm para evitá-las:

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.

Há evidente opção legislativa por uma responsabilidade para cima, buscando a prevenção do dano ambiental por meio do efetivo controle e supervisão da fonte de perigos por aqueles que detêm funções de mando na estrutura cerrada das empresas. Estes, sabendo das condutas delitivas de seus subordinados, devem por elas responder, se deixam de evitá-las, quando o podem fazer.

Vê-se, assim, que a teoria dos sistemas permite uma leitura muito mais rica e embasada da responsabilidade empresarial individual prevista no artigo 2º da Lei 9.605/98.

6.3 Outros instrumentos disponíveis para a responsabilidade empresarial individual – A responsabilidade em comissão por omissão como hipótese muito específica – A verificação da existência de ordem ou política criminal de empresa como primeiro foco da investigação

A responsabilidade dos superiores hierárquicos pelos crimes ambientais cometidos por seus subordinados prevista no artigo 2º da Lei 9.605/98 não constitui o único caso de responsabilidade penal dos dirigentes das empresas nos crimes ambientais.

Mais do que isso, deve ser entendida como uma situação muito específica, chegando a ser contraditório que o superior hierárquico que eventualmente deseje a realização do crime ambiental e tudo organiza para sua ocorrência seja responsabilizado ao final por uma omissão de impedir um crime, quando tudo aponta para sua responsabilidade por ação⁹². Silva

92 GRACIA MARTÍN, Luis. *La responsabilidade penal de los administradores y representantes de las em-*

Sánchez ressalta que a opção pela responsabilidade em comissão por omissão não se dá por outro motivo que razões probatórias, na dificuldade de se comprovar o comando para delinquir⁹³.

Somente se discute a aplicação da responsabilidade em comissão por omissão do dirigente quando este não ordenou a comissão do delito, quando este não atuou em uma planificação do fato delitivo comum ao seu subordinado.

Logo, é necessário analisar a prova que surge durante a investigação, no sentido de verificar-se inicialmente se houve alguma ordem no sentido da comissão do delito partida do superior.

Se verificada esta ordem, se constatado que o dirigente atuou no mesmo plano delitivo que seu subordinado, sequer será necessário discutir uma responsabilidade em comissão por omissão. Sem embargo, se verificado que o dirigente não atuou neste mesmo plano, aí sim, passa-se ao exame seguinte, que é o da omissão. A discussão de eventual responsabilidade em comissão por omissão de um dirigente é residual, posterior, em uma investigação.

E mais, o que demonstra que a responsabilidade em comissão por omissão é um caso de malha fina: sequer é necessária uma ordem expressa para que se afaste a discussão, residual, da responsabilidade em comissão por omissão. Também se equiparam às ordens dos superiores para cometer um crime as situações em que o dirigente cria dolosamente um ambiente propício para a aparição de uma política criminal da empresa, como, por exemplo, quando afirma que há que maximizar lucros a qualquer custo, que não importam preocupações com o meio ambiente, o cumprimento das normas ambientais, que o interesse da empresa está acima de tudo, situação que infelizmente é a prática de muitas empresas.

Nestes casos, não será necessário discutir os detalhes de uma possível comissão por omissão, invocar o artigo 2º da Lei 9,605/95, segunda parte. O dirigente é diretamente coautor com seu subordinado, porque o orientou a agir como agiu, e isso equivale a uma ordem para cometer o crime.

Essa distinção é realçada nas doutrinas alemã e espanhola, em raciocínio plenamente aplicável à legislação brasileira:

Como paso previo conviene dejar constancia de que no se van a tratar aquí los casos en que no se ordenó la realización del injusto típico, que sin embargo sí hubiera podido ser impedido a través de la vigilancia y el control de quienes ocupan posiciones dirigentes en la empresa, esto es, lo que se conoce como responsabilidad del superior por falta de vigilancia.

presas por los delitos especiales. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social* ..., p. 274.

93 SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*..., p. 77-78.

En estos supuestos surge el problema de imputar el delito cometido por el subordinado al dirigente en comisión por omisión, o mediante un delito de omisión del deber de vigilancia o de impedir delitos, cuando éste no ha ordenado la comisión de delitos pero de forma imprudente o dolosa ha infringido su deber de control y vigilancia sobre las actividades de sus subordinados.

En los casos que aquí nos ocupan, por el contrario, partimos de que el dirigente ha impartido la orden de cometer un delito, que la orden ha sido cumplida dolosamente por el subordinado y que el delito cometido por el subordinado está en relación con la actividad que desarrolla en la empresa. A estos supuestos se equiparan las situaciones en las que el dirigente ha creado dolosamente las condiciones necesarias para la aparición de una política criminal de empresa en cuya ejecución se cometen delitos (pensemos en defraudaciones tributarias, delitos contra el medio ambiente o blanqueo de bienes), sin haber necesitado nunca dar una orden concreta.

Por ejemplo, bastándole insinuar que hay que maximizar beneficios a cualquier coste, que no importan los medios, que el interés de la empresa está por encima de cualquier consideración legal.⁹⁴

Assim sendo, somente tem sentido passar-se à discussão de uma eventual responsabilidade em comissão por omissão quando a investigação já alcançou um estágio em que não conseguiu identificar uma ordem do superior para seu subordinado, ou, pelo menos, a criação desse cenário propício à realização do delito, tal como demonstrado acima. Somente na ausência desses é que a investigação alcançará o estágio seguinte, a malha fina da comissão por omissão. Já que não se conseguiu identificar essa ordem ou criação de um contexto favorável para a realização do crime ambiental, deverá perquirir-se se esse dirigente, que não deu a ordem nem criou o contexto para a prática do crime, ao saber de sua ocorrência, não se omitiu. Aí sim tem sentido invocar a segunda parte do artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais.

Nos demais casos, em que comprovada a ordem, ou esse contexto empresarial próprio à realização do crime ambiental, sequer é necessário alcançar a discussão judicial os requintes da responsabilidade em comissão por omissão. Caberá ao Poder Judiciário diretamente condenar empregado e dirigente, sem necessidade de discutir se o dirigente soube e se omitiu. Em verdade, ele já havia fornecido a ordem, ou, pelo menos, criou o contexto favorável para a realização do crime, o que equivale a esta ordem direta, expressa, concreta.

Esse é aspecto ainda não realçado pela doutrina, olvidado pelas investigações, e que vem passando ao largo das decisões judiciais. Se demonstrado esse contexto empresarial favorável à realização do delito ambiental, isso equivale à ordem direta, e torna desnecessário provar

94 FARALDO CABANA..., p. 217-218, citando diversos autores espanhóis e alemães que reiteram tal posição.

que o dirigente soube do delito e se omitiu. Em verdade, ele já havia atuado antes, criando o cenário propício à efetivação do crime ambiental, e, por isso, deve ser condenado em um eventual processo penal.

6.3.1 Outras possibilidades de aplicação – O domínio social do fato e a autoria mediata

Outra possibilidade de abordagem da questão é o domínio social do fato.

São requisitos para a aplicação da teoria do domínio do fato, que objetiva responsabilizar quem dirigiu a execução da ação que realizou o tipo penal, na formulação tradicional que lhe foi conferida por seu maior expoente, Roxin, a existência de a) uma estrutura hierarquizada; b) a fungibilidade dos executores, sendo os executores da conduta típica facilmente intercambiáveis, podendo ser substituídos uns pelos outros, sob o comando de quem controla a ação e c) a desvinculação da organização ao ordenamento jurídico.

Não há dúvida sobre a presença dos dois primeiros requisitos nas atividades realizadas dentro das empresas. A divisão do trabalho, sua especialização, a complementariedade das contribuições de todos os intervenientes do processo e a hierarquia são princípios que regulam a atividade realizada nas empresas. Mais do que isso: há nas empresas um plano comum, que está sob a direção de outros indivíduos, que idealizam o plano de atuação geral, determinam a qualidade e quantidade de contribuição de cada um dos demais intervenientes e determinam ainda os fluxos de informação e de materiais entre todos eles, a fim de realizar o objetivo final⁹⁵.

Pela ausência do terceiro requisito – que há a organização esteja à margem do ordenamento jurídico – haverá doutrinadores, como o próprio Roxin, que negarão a aplicação do domínio do fato ao contexto empresarial⁹⁶.

Contudo, as jurisprudências alemãs e espanholas têm admitido largamente a aplicação da teoria do domínio do fato, muitas vezes, empregando tal teoria em situações como as aqui discutidas, como anota Feijoo Sánchez⁹⁷. O *Bundesgerichtshof*, ou BGH, o Tribunal Supremo alemão, em matéria penal, sempre deixou claro que não teria por que limitar essa teoria aos aparatos organizados de poder e realçou, por mais de uma vez, que “a construção da autoria mediata por domínio da organização poderia ter

95 GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal de los administradores y representantes de las empresas por los delitos especiales...*, p. 267-268, ancorado em Paredes Castañón.

96 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Civitas, 2014, p. 121 e ss..

97 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autoria e participação em organizações empresarias complexas”. *Revista Libertades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 9, janeiro- abril de 2012, p. 30,

aplicação igualmente em outra classe de estruturas organizadas, mencionando entre elas, expressamente, as empresas⁹⁸”.

As jurisprudências alemãs e espanholas abraçam a teoria do domínio do fato para a responsabilização penal de condutas criminosas ocorridas a partir do desenvolvimento de uma atividade empresarial. Há, aqui, um domínio social do fato, em que os inferiores hierárquicos não possuem liberdade ilimitada de atuação nem mesmo em suas próprias atribuições, fazendo tudo em um cumprimento quase mecânico das instruções superiores, e sob ameaça ou pressão intensa dos superiores. Os subordinados, nessas situações, são meros instrumentos para a realização da atividade delitiva empresarial, deslocando-se a responsabilidade para quem domina o fato⁹⁹.

Essa discussão também deve ser submetida à jurisprudência brasileira para os crimes ambientais empresariais, especialmente nos desastres, o que ainda se aguarda. Tudo dependerá de a investigação se desenvolver adequadamente para permitir sua utilização, o que ainda não se vê. Esse debate é necessário, em especial, naquelas empresas em que o descumprimento da legislação ambiental é tamanho que se verifica uma atitude criminógena de grupo, com exacerbação do interesse da empresa, relativizando a capacidade do empregado de opor-se (isso não é coisa sua)¹⁰⁰.

7. Conclusão

A forma como se desenvolve a moderna atividade empresarial, sob os princípios da divisão e especialização do trabalho, com múltiplas ramificações e complementaridade das contribuições dos intervenientes do processo produtivo desafia o Direito a ingressar nessa estrutura fechada, que oferece barreiras a que se alcance(m) a(s) pessoa(s) individual(is) verdadeiramente responsável(is) pelo dano ambiental ou pela exposição ao risco, é dizer, efetivamente responsáveis pelo processo decisório interno, seja pela tomada de decisão determinante do fato, por ordenar sua execução, ou, simplesmente, por não haver adotado as medidas necessárias para evitar sua ocorrência.

98 PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Autoría y participación en la empresa*. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social ...*, p. 176-177. A respeito, RÜBENSTAHL, Markus. “Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Unternehmen durch den BGH.” *HRR-Strafrecht. Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, v. 10, p. 210-219, 2003. ISSN 1865-6277. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr-archiv/03-10/hrr10-03.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2021. Também o registra ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 148 e seguintes.

99 GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal de los administradores y representantes de las empresas por los delitos especiales...*, p. 270-271.

100 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa...*, p. 66-67.

A responsabilidade penal, baseada em um modelo de criminalidade violenta e individual, fracassa, gerando uma irresponsabilidade organizada.

Uma moderna teoria da responsabilidade empresarial penal que alcance os responsáveis pela produção dos riscos e danos ambientais é uma necessidade do Estado Democrático do Direito em uma sociedade do risco, especialmente nos desastres ocorridos no contexto de uma atividade empresarial arriscada. Dentre o instrumental disponível, encontra-se a responsabilidade do superior hierárquico em relação aos crimes ambientais praticados por seus subordinados.

A teoria dos sistemas permite rica leitura da responsabilidade empresarial individual prevista no artigo 2º da Lei 9.605/98. Uma dupla contingência se caracteriza no exercício da atividade empresarial potencialmente poluidora em empreendimentos arriscados. O sistema social se preocupa com a prevenção dos danos ambientais diante da atividade das empresas, que potencializam os riscos de forma que anteriormente se desconhecia. Tal se observa na Constituição brasileira, que exige o estudo de impacto para instalação de atividades potencialmente degradadoras e o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que representem risco para o meio ambiente (artigo 225, § 1º, IV e V). É inclusive criminalizada na Lei 9.605 de 1998 a instalação de atividades potencialmente poluidoras sem a correspondente licença ou autorização.

O empreendedor, por outro lado, possui a expectativa, legítima, de obter lucro, de produzir, no exercício da livre iniciativa assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 170 e todo o arcabouço do Direito Empresarial. O exercício de sua atividade, visando ao lucro, é a contingência que oferece à sociedade.

Uma das abordagens da dupla contingência é a confiança/desconfiança. O outro pode agir diferentemente do esperado. A confiança é estratégia de maior alcance e reduz a complexidade social. Permite-se correr um risco somente quando se preveniu contra eventualidades, quando se dispõe de sanções ou se está satisfatoriamente seguro contra prejuízos. A transição da desconfiança para a confiança depende de apoios complementares do Direito. Isso explica a existência do artigo 2º da Lei 9.605/98. A dupla contingência e a confiança/desconfiança que envolvem a atividade empresarial pavimentam a explicação da responsabilidade do superior hierárquico pelos crimes praticados por seus subordinados. É só porque se confia que a atividade de risco se desenvolverá de maneira adequada que a sociedade confere a licença ou autorização para sua instalação e operação.

A responsabilidade dos superiores hierárquicos é, assim, expressão de dupla contingência, com foco na prevenção do dano ambiental, pois es-

timula aqueles que efetivamente exercem o controle sobre empresa, que possuem o direito de dirigir e dar ordens dentro dessa estrutura cerrada, e que podem repelir as decisões de seus subordinados, façam, por meio da fiscalização e supervisão, que o subordinados cumpram as normativas ambientais, e adotem, assim como seus superiores, todas as medidas necessárias para a prevenção do dano ambiental, ainda que, para tanto, tenham que reorganizar a empresa.

Entretanto, não constitui o único caso de responsabilidade penal dos dirigentes, cabendo discutir figuras amplamente utilizadas na jurisprudência alemã e espanhola, que são os instrumentos do domínio social do fato e da autoria mediata. Isso porque o mencionado dispositivo refere-se à situação muito específica, praticamente uma sintonia fina, chegando a ser contraditório que o superior hierárquico que eventualmente deseje a realização do crime ambiental e tudo organiza para sua ocorrência seja responsabilizado ao final por uma omissão de impedir um crime, quando tudo aponta para sua responsabilidade por ação.

Indo além: deve discutir-se a responsabilização direta dos superiores hierárquicos não somente nas situações em que os dirigentes ordenaram o cometimento do delito, mas também quando criaram as condições necessárias para a aparição de uma política criminal de empresa, sem que fosse necessário dar uma ordem concreta, bastando o estabelecimento de uma política em que há que maximizar benefícios a qualquer custo, não importando os meios, encontrando-se o interesse da empresa acima de qualquer consideração legal.

Por conseguinte, nas investigações relativas aos crimes praticados na atividade empresarial, somente há sentido em passar-se à discussão de eventual omissão do superior hierárquico quando a investigação já alcançou um estágio em que não conseguiu identificar uma ordem do superior para seu subordinado, ou, pelo menos, a criação desse cenário propício à realização do delito.

Somente na ausência desses é que a investigação alcançará o estágio seguinte, a malha fina da comissão por omissão. A atividade investigativa policial nos crimes ambientais empresariais brasileiros deve mudar sua perspectiva, cabendo antes orientar seus trabalhos para perquirir a responsabilidade direta dos superiores hierárquicos e, somente em caso de resultado negativo, passar a investigar a omissão diante dos crimes praticados por seus subordinados. Esses aspectos merecem melhor realce da doutrina, e vêm sendo olvidados pelas investigações policiais e atividade ministerial, passando ao largo das decisões judiciais.

8. Referências

AAVV. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt* / coordenadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003.

AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado / dirigido por Luis Arroyo Zapatero; Carlos Lascano; Martín Adan Nieto*. Buenos Aires, Ediar, 2012.

AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. 2 ed., Madrid: Siglo XXI, 2009.

CUESTAAGUADO, Paz M. de La. "Tipificación del riesgo y delitos de peligro." *Revista de Derecho Penal 2007-2: delitos de peligro*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007.

EWALD, François. "Risk in contemporary society." *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 6, 1999-2000.

FARALDO CABANA, Patricia. *Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa*. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado / dirigido por Luis Arroyo Zapatero; Carlos Lascano; Martín Adan Nieto*. Buenos Aires, Ediar, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Sobre la 'administrativización' del derecho penal en la 'sociedad del riesgo'." *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá: jul.-set. 2003, n. 4.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*. Buenos Aires: B de f, 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Autoria e participação em organizações empresarias complexas". *Revista Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 9, janeiro- abril de 2012.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FRISTER, Helmut. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

GIDDENS, Anthony. "Risk and responsibility." *The modern law review*. Vol. 62, n. 1, janeiro de 1999.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. *La responsabilidade penal de los administradores y representantes de las empresas por los delitos especiales*. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado / dirigido por Luis Arroyo Zapatero; Carlos Lascano; Martín Adan Nieto*. Buenos Aires, Ediar, 2012.

GÜNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. Em: PÜSCHEL, Flavia. *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 2009.

HANNIGAN, John. *Sociologia ambiental*. Petrópolis: Vozes, 2009.

HERZOG, Felix. "Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo LII, 2002.

JAKOBS, Günther. *La competencia por organización en el delito omisivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed., Madrid: Marcial Pons, 2010.

JOAS, Hans. *Teoria social: vinte lições introdutórias / Hans Joas, Wolfgang Knobl*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LUGONES, Narciso J. *Programa para el estudio del delito ambiental: la esquematización de sus lugares comunes*. Em: CAFFERATTA, Néstor (dir.). *Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, v. I.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito, volume I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. 3 ed., México, DF: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho como sistema social*. Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa. Cuestiones alternativas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1983.

MENDOZA BUERGO, Blanca. "Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo LII, 2002.

MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Limitaciones del Derecho Penal del medio ambiente: alternativas político-criminales*. Em: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?” *Revista La Ley Penal*. Madrid: n. 9, janeiro de 2002.

MURNANE, Colleen C. “Criminal sanctions for deterrence are a needed weapon, but self-initiated auditing is even better: keeping the environment clean and responsible corporate officers out of jail.” *Ohio State Law Journal*, 1994, vol. 55.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. “El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad.” *Pensamiento penal y criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, ano VI, n. 10, 2005.

NEVES, Edson Alvisi. *A intervenção judicial na empresa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PEREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas.” *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá: julho-setembro 2003, n. 4.

PARSONS, Talcott. *Interaction, International Encyclopedia of the Social Sciences*. Vol. 7. Nova York: 1968.

PARSONS, Talcott. SHILS, Edward. *Toward a General Theory of Action*. Cambridge: Harvard University Press, 1951.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Autoría y participación en la empresa*. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado / dirigido por Luis Arroyo Zapatero; Carlos Lascano; Martín Adán Nieto*. Buenos Aires, Ediar, 2012.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad de riesgo y derecho penal*. Em: AAVV. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt/* coordinadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal*. Em: AAVV. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt/* coordinadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Civitas, 2014.

RÜBENSTAHL, Markus. “Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Unternehmen durch den BGH.” *HRR-Strafrecht. Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, v. 10, p. 210-219, 2003. ISSN 1865-6277. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/03-10/hrr10-03.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2021.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

SANTIAGO, Alex Fernandes. *Fundamentos de direito penal ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SARRABAYROUSE, Eugenio C. *Responsabilidad penal por el producto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el derecho español*. Em: SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN e FIGUEIREDO DIAS – coordenadores. *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995.

SILVA-SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2 ed.. Buenos Aires: B de f, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed., ampliada. Buenos Aires: B d f, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Buenos Aires, B de f, 2013.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Derecho penal y riesgos tecnológicos*. Em: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt/* coordenadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003.

TEUBNER, Gunther. "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law". *International Journal of the Sociology of Law*, 12, 1984.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009.

ALEX FERNANDES SANTIAGO

8º Promotor de Justiça de Juiz de Fora. Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios - Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Penal do Mercosul - orientação Direito Penal Econômico e Societário Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Ambiental - Universidad de Buenos Aires

PLÍNIO LACERDA MARTINS

Promotor de Justiça aposentado. Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Direitos, Instituições e Negócios - Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho.